

The Impact of Article 62 of the Permanent Provisions Law of Development Programs on the Theoretical Foundations of Consensual Property Transactions

Mojtaba Safarзад Davaji¹, Hamid Abhari^{2}, Sam Mohammadi³*

1. PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran.

Email: m.safarзад1391@gmail.com

2. Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran.

*Corresponding Author: Email: hamid.abhary@gmail.com

3. Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar, Iran.

Email: sammhmd@yahoo.com

ABSTRACT

The enactment of Article 62 of the Permanent Provisions Law of Development Programs and its predominant interpretation has entrenched the theory of consensual validity in property transactions, albeit while creating conflicts with certain foundational principles upheld by its proponents, such as the principle of presumption of validity (asl-e sehah). This judicial and doctrinal shift has generated significant challenges for the public, the judiciary, and the government, particularly in cases where transactions executed through informal documents have been contested despite parties' good-faith reliance on governmental authorities and the State Organization for Registration of Deeds and Properties. When such transactions are later invalidated by judicial rulings, the resulting legal uncertainty not only undermines public trust but



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.2024.433447.2546

Received:
8 December 2023

Accepted:
18 February 2024

Published:
6 July 2025



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/>.



also disrupts the stability and security of property transactions, potentially facilitating financial corruption. To mitigate these adverse effects, legislative intervention is necessary - either by mandating formalization for transactions involving registered properties or by rendering unregistered transactions inadmissible against third parties and the government, in line with comparative legal frameworks. Consequently, the Expediency Discernment Council's pending approval of the proposed bill - which would invalidate unregistered property transactions and bar their judicial enforcement - is both urgent and justified.

Keywords: Permanent Provisions Law of Development, Official Document, Transactions, Real Estate, Unofficial Document.

Excerpted from the Ph.D. thesis entitled "The Effect of Registration on the Ownership of Immovable Property", Faculty of Law and Political Science, Mazandaran University, Babolsar. Iran.

Funding:

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

Acknowledgements:

The authors would like to thank Mrs. Fattane Fard for her Cooperation in Preparing and Writing this research.

Author contributions:

Mojtaba Safar zad Davaji: Conceptualization, Software, Formal Analysis, Writing - Original Draft.

Hamid Abhari: Methodology, Resources, Writing - Review & Editing, Supervision, Project Administration.

Sam Mohammadi: Validation, Data Curation, Visualization.

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

Citation:

Safar zad Davaji, Mojtaba, Hamid Abhari & Sam Mohammadi. "The Impact of Article 62 of the Permanent Provisions Law of Development Programs on the Theoretical Foundations of Consensual Property Transactions". *Journal of Legal Research*, 24, no. 62 (July 6, 2025), 427-456.

Extended Abstract

Prior to the enactment of Article 62 of the Permanent Provisions Law of Development Programs in 2016 (1395 in the Iranian calendar), two dominant legal doctrines concerning the validity of unregistered transactions involving recorded real estate properties prevailed within Iranian legal scholarship and judicial practice. The first, known as the theory of consensual validity (*rizā'ī*), gained considerable support over time, particularly in light of subsequent legislative amendments following the 1931 Registration Law, jurisprudential interpretations issued by the Guardian Council and other Islamic jurists, and judicial precedents. This theory posits that contracts concerning registered properties executed without official deed registration or formal recording nonetheless remain valid and enforceable. Conversely, the formalist theory (*tashrīfātī*) maintained that formal registration is an indispensable element of contract validity - not merely a procedural or evidentiary formality - thereby rendering unregistered transactions null and void due to non-compliance with registration mandates.

Advocates of the formalist approach grounded their position in significant sociological and economic imperatives arising from vast social transformations, including rapid population growth, evolving transactional cultures, increased mobility, and fundamental changes in contract formation practices. Furthermore, they emphasized the state's diminished capacity to regulate and govern economic affairs effectively - especially in relation to taxation, real estate oversight, and broader economic policymaking - as a key justification for enforcing stringent registration requirements. Amidst this doctrinal divide, intermediate legal interpretations also emerged, the most prominent being the unenforceability theory against third parties. This theory, which loosely aligns with consensual validity, holds that unregistered transactions in recorded real estate are binding between contracting parties but cannot be enforced against third parties due to the absence of formal registration. Despite its nuanced stance, the core dispute between the consensual and formalist theories remained unresolved.

Although debates regarding the legal status of unregistered property transactions have persisted since the introduction of the 1931 Registration Law, subsequent legislative developments after the 1979 Islamic Revolution, including the abrogation of conflicting statutory provisions and the issuance of authoritative Guardian Council interpretations, progressively reinforced the theory of consensual validity. These developments enhanced the legal recognition and enforcement of informal property transactions under Iranian law. The apex of this legislative evolution is epitomized by the passage of Article 62 in the Permanent Provisions Law, compelling legal scholars and practitioners to reconsider and adapt their interpretative frameworks in light

of the legislator's explicit will. Article 62 was enacted firmly grounded in the theoretical principles of consensual contract law concerning real property, fully consistent with the position of proponents of consensual validity. While the Article occasionally conflicts with the principle of presumption of validity (*asl-e sehah*), which constitutes one of the theory's foundational premises, its unequivocal wording effectively precludes contrary interpretations and decisively marginalizes opposing views that advocate formalistic registration requirements.

The formal endorsement of consensual validity through Article 62 has, however, precipitated significant adverse consequences for both private parties and governmental bodies. In response to these challenges, the Islamic Consultative Assembly introduced legislation mandating the official registration of immovable property transactions. Despite objections raised by the Guardian Council concerning certain provisions, the Assembly resolutely advanced the bill, which has subsequently received explicit endorsement from the Supreme Leader of the Islamic Republic.

Portions of this legislative proposal have been ratified, including provisions that unequivocally render unregistered immovable property transactions legally invalid and prohibit courts from entertaining related claims. The legislation limits permissible claims to restitution of consideration (*istirdad-e 'iwadhain*), a legal remedy generally incompatible with the enforcement of valid contracts unless such contracts are rescinded or void *ab initio*. This legislative design effectively establishes registration as a constitutive condition of contractual validity in the real estate domain. To mitigate ongoing legal uncertainties and address the resulting societal and administrative challenges, the full ratification and enforcement of the registration mandate - which has already received partial approval from the Expediency Discernment Council - is indispensable. Such reform would confer legal protection upon parties acting in good faith and relying on state registration mechanisms, empower the government to implement effective economic policies in the real estate sector, reduce the caseload burden on judicial institutions, and restore comprehensive legal certainty and order in property transactions within the Iranian legal system.

In conclusion, adopting and implementing the compulsory registration regime for immovable property transactions as articulated in the proposed bill represents the most pragmatic and viable solution to the existing legal ambiguities. It ensures that all real estate dealings are subject to transparent, enforceable legal formalities, safeguarding stakeholders' interests, strengthening governance capacity, and fostering a more orderly and predictable legal environment for property commerce in Iran.

تأثیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور بر مبانی نظریه رضایی بودن معاملات املاک

مجتبی صفرزاد دواجی^۱، حمید ابهری^۲، سام محمدی^۳

۱. دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
m.safar zad1391@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
*نویسنده مسئول: hamid.abhary@gmail.com

۳. استاد، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.
samhmhd@yahoo.com

چکیده:

تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور و تفسیر غالب ارائه‌شده از این ماده، سبب تقویت نظریه رضایی بودن معاملات املاک شده است، هرچند با برخی از مبانی معتقدین به این نظریه، مانند اصل صحت تعارضاتی دارد. پذیرش نظریه رضایی بودن معاملات املاک، سبب ایجاد مشکلات فراوان برای مردم، قوه قضائیه و دولت شده است. پرونده‌های کثیری ناشی از معاملات با اسناد عادی به طرفیت اشخاصی که با اعتماد مشروع به حاکمیت و سازمان ثبت اسناد و املاک کشور، به‌صورت رسمی اقدام به انعقاد قرارداد نموده‌اند و در دفتر املاک نام آنان به‌عنوان مالک قید شده است، مطرح می‌شود که بسیاری از آنها منتهی به صدور حکم ابطال اسناد رسمی می‌گردد. این نظریه نه تنها سبب ناراضی‌ت‌های اشخاصی که با این مسئله مواجه شده‌اند، می‌باشد، بلکه سبب از بین رفتن نظم و امنیت معاملات املاک و وسیله‌ای برای ارتکاب فسادهای مالی است و برای پایان دادن به این مشکلات، راهی جز تصویب قانونی



پژوهش‌های حقوقی



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/ijr.2024.433447.2546

تاریخ دریافت:
۱۷ آذر ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:
۲۹ بهمن ۱۴۰۲

تاریخ انتشار:
۱۵ تیر ۱۴۰۴

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 با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License 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.



برای تشریفاتى کردن معاملات املاک ثبت شده و یا غیرقابل استناد نمودن این معاملات در برابر اشخاص ثالث و دولت همانند نظام‌های حقوقی معتبر وجود ندارد و به همین دلیل تصویب طرح الزام به ثبت رسمی معاملات املاک که در مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح و دعاوی معاملات بدون ثبت رسمی را غیرمعتبر و غیرقابل استماع اعلام نموده، ضروری است.

کلیدواژه‌ها:

قانون احکام دائمی توسعه، سند رسمی، معاملات، املاک، سند عادی.

برگرفته از رساله دکتری با عنوان «تأثیر ثبت بر مالکیت اموال غیرمنقول»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

قدردانی:

بدین وسیله از خانم فتانه فرد بابت همکاری در تهیه و نگارش این پژوهش سپاسگزاری می شود.

مشارکت نویسندگان:

مجتبی صفرزاد دواجی: مفهوم‌سازی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، نوشتن - پیش‌نویس اصلی.
حمید ابهری: روش‌شناسی، منابع، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.
سام محمدی: اعتبارسنجی، نظارت بر داده‌ها، تصویرسازی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

صفرزاد دواجی، مجتبی، حمید ابهری و سام محمدی. «تأثیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور بر مبانی نظریه رضایی بودن معاملات املاک». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۴، ش. ۶۲ (۱۵ تیر ۱۴۰۴)، ۴۲۷-۴۵۶.

مقدمه

پیش از تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور در سال ۱۳۹۵ (در این پژوهش به اختصار تحت عنوان قانون احکام دائمی یاد می‌شود) دو نظر غالب در خصوص وضعیت معاملات املاک ثبت‌شده بدون ثبت رسمی، در دکتترین حقوقی و رویه قضایی کشور مشاهده می‌شد؛ از طرفی نظریه رضایی بودن این عقود که هرچه از قانون ثبت ۱۳۱۰ فاصله بیشتر می‌شد، با توجه به قانونگذاری‌های بعدی، نظریات فقهی شورای نگهبان و سایر فقها و رویه قضایی، طرفداران و معتقدین بیشتری در تفسیر نظام حقوقی ایران پیدا کرده بود و معاملات بدون تنظیم سند رسمی و ثبت به‌موجب این نظریه، صحیح تلقی می‌شد و از طرف دیگر نظریه تشریفاتی بودن این عقود که یک رکن یعنی ثبت معامله را اضافه بر تطابق ایجاب و قبول، لازم و ضروری و از شرایط صحت عقد می‌دانست. بر اساس این نظریه، معامله املاک ثبت‌شده بدون ثبت آن بر خلاف مقررات ثبتی و بی‌اعتبار است. از دلایل توجیه‌کننده این نظریه می‌توان به ضرورت‌های اجتماعی ناشی از تغییرات گسترده اجتماعی و رشد جمعیت، تغییر فرهنگ معاملات، سهولت در حمل و نقل و...، به‌طور کلی دگرگونی فراوان در شرایط انعقاد معاملات نسبت به گذشته و همچنین عدم امکان حکمرانی صحیح در اقتصاد توسط حاکمیت از جمله در خصوص اخذ مالیات و سیاست‌گذاری در حوزه املاک و بخشی از اقتصاد اشاره کرد.

در این بین نظریات دیگری نیز مطرح و حقوق دانانی به دفاع از آنها پرداخته‌اند که از جمله مبنایی و کاربردی‌ترین آنها نظریه غیرقابل استناد بودن معاملات املاک ثبت‌شده بدون تنظیم سند رسمی در برابر ثالث است که ذیل نظریه رضایی بودن تعریف شده. لکن دعوی اصلی همواره میان نظریات فوق‌الذکر بوده است.

گرچه از زمان تصویب قانون ثبت، اختلاف نظر در خصوص اعتبار معاملات املاک بدون تنظیم سند رسمی وجود داشت، لکن قانونگذار پس از انقلاب اسلامی قوانین مختلفی را وضع و برخی مواد از قوانین سابق را نسخ کرد و شورای نگهبان نیز تفاسیری ارائه نمود که سبب تقویت نظریه رضایی بودن معاملات املاک و اعتبار معاملات غیررسمی در این حوزه شد؛ اما آخرین اراده مقنن که به تأیید شورای نگهبان رسیده و به شکل قانون مصوب درآمده است، ماده ۶۲ قانون احکام دائمی بوده است. تصویب ماده مذکور، هر یک از معتقدین به نظریه‌های مذکور را بر آن داشت که در توجیه نظریه خود بر اساس آخرین اراده مقنن اقدام نمایند. پژوهش حاضر کوششی برای بررسی و نقد آخرین اراده مقنن و تطبیق آن بر اساس مبنایی نظریه رضایی بودن معاملات املاک و تلاشی برای نشان دادن ضرورت‌های تصویب

طرح الزام به ثبت رسمی املاک برای خروج از وضعیت حاضر است.

۱- قوانین و نظریه‌های شورای نگهبان پیش از تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی

معتقدین به نظریه رضایی بودن معاملات املاک، پیش از تصویب ماده ۶۲ قانون مذکور، در تأیید نظریه خود به‌عنوان نظریه حاکم بر معاملات املاک ثبت‌شده به قوانین مختلفی از جمله به مواد ۱۰، ۱۹۰، ۱۹۱، ۳۳۹ و ۱۲۹۱ قانون مدنی، مواد ۷۲، ۹۳، ۱۰۶ و ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک و قوانین روابط موجر و مستأجر سال‌های ۱۳۵۶، ۱۳۶۲ و ۱۳۷۶ و مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت و قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی، تبصره ماده ۶ قانون اراضی شهری، تبصره ماده ۷ و ماده ۷ آیین‌نامه اجرایی آن و ماده ۱۳ قانون زمین شهری، ماده ۱۴ اراضی متعلق یا منتقل شده به دولت و شهرداری‌ها استناد می‌نموده‌اند. آنان همچنین اصل آزادی اراده را به‌عنوان شاخص و ملاک اصلی در قراردادهای و تفسیر آنها می‌دانستند و الزام به معامله با سند رسمی را به معنای عدم امکان اثبات معامله از طرق دیگر نمی‌دانستند و قائل به وجود دلیلی برای بطلان قراردادهای عادی املاک ثبت‌شده نبودند.^۱

تفسیر شورای نگهبان نیز همواره مؤید این نظریه بوده است؛ از جمله به نظریه شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۰۸/۰۸ فقهای شورای نگهبان در خصوص مغایرت ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی با مقررات شرعی و بی‌اعتبار شدن این ماده استناد می‌شود. با این نظر شورای نگهبان، دیگر محدودیتی در خصوص عدم پذیرش بینه در تعارض با مفاد و مندرجات سند رسمی وجود ندارد.

معتقدین به نظریه رضایی بودن معاملات املاک اعلام نمودند که با حذف این ماده از قانون مدنی، دیگر منعی برای عدم استناد به شهادت شهود برای اثبات معامله املاک ثبت‌شده بدون تنظیم سند رسمی وجود ندارد و در قوانین مختلف، دلیلی بر بطلان و بی‌اعتباری معاملات این حوزه حتی بدون تنظیم سند عادی نیز وجود ندارد و چنانچه مدعی، ادله اثبات خود را شهادت شهود نیز قرار دهد، دادگاه حکم به مالکیت ایشان صادر خواهد کرد.^۲

اما عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند با توجه به اینکه نظریه مذکور شورای نگهبان در سال ۱۳۶۷ اعلام شده است، اما آخرین اصلاحات قانون مدنی در سال ۱۳۷۰ انجام شده که در آن اصلاحات این

۱. مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی مقاله فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی (تهران: حقوقدان، ۱۳۸۵)، ۵۵-۵۶.

۲. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات (تهران: حقوقدان، ۱۳۷۷)، ۱۲۳.

ماده خلاف شرع تشخیص داده نشده است؛ بنابراین می‌توان آخرین اراده شورای نگهبان را بر شرعی بودن این معامله دانست.^۳ ضمن اینکه باقی بودن ماده ۱۳۱۲ قانون مدنی که استثنا بر اصلی است که در ماده ۱۳۰۹ بیان شده نیز حکایت از باقی بودن ماده ۱۳۰۹ دارد.^۴

در سال ۱۳۹۵ نظریه‌ای از فقهای شورای نگهبان در پاسخ به پرسش مطرح‌شده توسط یکی از فقهای آن شورا در خصوص اعتبار اسناد عادی و اطلاق مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت منتشر شد که منطبق با مبانی نظری معتقدین به نظریه رضایی بودن نقل و انتقال املاک ثبت شده بود. مطابق نظر فقهای شورای نگهبان، اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت که دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسنادی عادی غیررسمی دارد، خلاف شرع و باطل اعلام می‌شود.^۵ ملاحظه می‌گردد فقهای شورای نگهبان که مرجع تشخیص عدم مخالفت قوانین بر اساس موازین اسلامی به‌موجب اصل چهارم قانون اساسی هستند، این مقررات ثبتی را خلاف شرع و باطل اعلام می‌نمایند.

در خصوص تأثیر اعلام خلاف شرع بودن قوانینی که در گذشته توسط شورای نگهبان وضع شده، اختلاف نظر وجود دارد و به اعتقاد برخی حقوق‌دانان اصل چهارم قانون اساسی جز اصول کلی است که جزئیات آن در اصول دیگر قابل پیگیری است و در فصل قوه مقننه آمده است و شورای نگهبان تنها می‌تواند مانع قانونگذاری نامشروع شود و نمی‌تواند در مورد ابقا یا نسخ قوانین، تصمیم‌گیری کند و مسئله بررسی قوانین سابق باید توسط مجلس انجام شود و این شورا صلاحیت ابطال قوانین موجود را ندارد.^۶ گروه دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که اصل چهارم قانون اساسی، اصلی مستقل است و اطلاق آن بر سایر اصول، چنین مسئولیتی را به شورای نگهبان داده است؛ ضمن اینکه وقتی اصل بر اطلاق و عموم همه قوانین حتی قانون اساسی حاکم است، به طریق اولی بر قوانین گذشته نیز حاکمیت دارد و نظریه تفسیری شماره ۱۹۸۳ شورای نگهبان نیز حکایت از همین امر دارد.^۷

۳. ناصر کاتوزیان، اثبات و دلیل اثبات، جلد اول (تهران: میزان، ۱۳۸۳)، ۶۱.

۴. ناصر کاتوزیان، «سیاست قضایی و دفاتر اسناد رسمی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۶۸ (۱۳۸۴)، ۲۹۳-۲۹۴.

۵. «نظر فقهای شورای نگهبان درباره مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک»، پایگاه خبری اعتبار، ۱۲ آبان ۱۳۹۵. قابل دسترسی در:

<https://www.ekhtebare.ir/?p=25000>

۶. کاتوزیان، «سیاست قضایی و دفاتر اسناد رسمی»، پیشین، ۲۹۳-۲۹۴؛ سیدمحمد موسوی بجنوردی و افتخار دانش پور، «بررسی فقهی حقوقی جایگاه شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی ایران و نحوه نظارت آن بر قوانین و مقررات»، پژوهشنامه متین، ۵۳ (۱۳۹۰)، ۵۸؛ سید محمد هاشمی، حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم (تهران: میزان، ۱۳۸۹)، ۲۴۵-۲۴۶.

۷. حسین مهرپور، دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی (تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۴)، ۲۰-۲۱.

صرف‌نظر از پذیرش هر یک از نظریه‌های مذکور با توجه به اینکه شورای نگهبان در سال ۱۳۹۵، این نظریه را در خصوص مواد قانون ثبت ارائه نموده است و در پایان سال ۱۳۹۵ قانون جدیدی توسط قوه مقننه با توجه به جمیع شرایط وضع شد و تاکنون نیز مجری است، لذا بررسی این مقرر (ماده ۶۲) از اهمیت بالاتری برخوردار است.

آنچه مسلم است این است که نظریات متعدد شورای نگهبان با تکیه بر اصولی همچون لزوم وفای به عهد، اصل صحت، اصل لزوم معاملات، تجارت عن تراض و اصل آزادی قراردادی و... تاکنون حکایت از مخالفت شورا با هر نظریه‌ای غیر از رضایی بودن بیع معاملات املاک داشته است؛ از آن جمله می‌توان به تلاش‌های مجالس ادوار مختلف اشاره کرد که جملگی آن مصوبات با ایرادات فقهای شورای نگهبان مواجه شده‌اند. آخرین مصوبه مجلس شورای اسلامی، طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول است که بعد از مخالفت شورای نگهبان با اصرار مجلس در خصوص بی اعتبار بودن معاملات بدون تنظیم سند رسمی، به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارسال شده و منتظر تعیین تکلیف نهایی در آن مرجع می‌باشد.

به موجب ماده یک این طرح که به تازگی در صحن مجمع تشخیص مصلحت نظام به تصویب رسیده است (با توجه به اینکه مواد دیگر این طرح در حال رسیدگی است، متن مصوبه هنوز به صورت رسمی منتشر نشده است)، ثبت الکترونیکی معاملات اموال غیرمنقول، الزامی شناخته شده و به استثنای دعوی استرداد عوضین این معاملات، دعاوی راجع به اموال غیرمنقول که به ثبت نرسد، غیرمعتبر و غیرقابل استماع است. این مقرر نتیجه‌ای است که قانونگذار جهت برطرف نمودن ایرادات تصویب ماده ۶۲ احکام دائمی و پذیرش نظریه رضایی بودن معاملات اموال غیرمنقول که در ادامه به آنها پرداخته می‌شود، ناگزیر به تصویب آن از طریق مجمع تشخیص مصلحت نظام شده است.

بنابراین باید بیان کرد، پیش از تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی، نظام حاکم بر معاملات املاک ثبت‌شده همواره مورد اختلاف بوده و طرفداران هریک از نظریه‌های موجود، آن را بر اساس نظریه خویش تفسیر می‌نموده‌اند، گرچه رویه قضایی طی سالیان با توجه به مطالب فوق به نظریه رضایی بودن گرایش پیدا کرده بود، اما همواره اقلیت معتقد به تشریفاتی بودن و عدم انتقال مالکیت پیش از ثبت در دفتر املاک بودند و معتقد بودند ثبت، جزئی از تشریفات معامله است و بدون تحقق آن، عقد منعقد نشده است.^۸

۸. حمید ابهری، «نقش سند رسمی در بیع املاک»، پژوهش‌های حقوقی، ۷، ۱۴ (۱۳۸۷)، ۲۰۳.

۲- نحوه تصویب و محتوای ماده ۶۲ قانون احکام دائمی

ماده ۶۲ قانون احکام دائمی، آخرین اراده مقنن (پیش از طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول که اکنون در مجمع تشخیص مصلحت نظام در حال رسیدگی است و برخی از مواد آن نیز تصویب شده است و در واقع یکی از دلایل تصویب این طرح همین ماده ۶۲ می‌باشد)، در خصوص وضعیت حقوقی معاملات املاک ثبت شده است که به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده، مورد تأیید شورای نگهبان قرار گرفته و تبدیل به قانون شده و انتشار یافته است. پس از اعلام نظر شورای نگهبان در خصوص مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت و به‌نوعی کمتر شدن اعتبار آن قانون، مجلس شورای اسلامی در سال ۱۳۹۵ که اقدام به تصویب قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور نموده است، ماده‌ای را به معاملات املاک اختصاص می‌دهد. مصوبه اولیه مجلس شورای اسلامی در ماده ۵۲ الحاقی مقرر داشته بود «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.» شورا به اطلاق آن ایراد کرد و آن را نسبت به اسنادی که دارای اعتبار شرعی هستند، خلاف موازین شرع شناخت.

مجلس نسبت به اصلاح مقرر اقدام و در نهایت در ماده ۶۲ آن قانون به‌صورت قانون فعلی به تصویب می‌رسد. ماده ۶۲ قانون احکام دائمی مقرر داشته است «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند، مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.»

تصویب این ماده از منظر معتقدین به نظریه رضایی بودن معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده، مؤیدی دیگر بر نظر آنان محسوب می‌شود. از زمان تصویب مواد ۲۲، ۴۷، ۴۸ و ۷۲ قانون ثبت اسناد و املاک تا قبل از اعلام نظر شورای نگهبان به شرح مذکور و وضع ماده ۶۲ قانون احکام دائمی، تفسیرهای متعددی در خصوص وضعیت حقوقی معاملات اموال غیرمنقول ثبت شده بدون تنظیم سند رسمی از بطلان تا اعتبار و صحت کامل آنها ارائه شده بود. به‌موجب این ماده، هرچند اشخاص مکلف به تنظیم سند رسمی در خصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده هستند و اسناد عادی در

برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست، لکن مفهوم مخالف قسمت ذیل ماده دلالت بر این دارد که اگر اعتبار شرعی سند عادی برای دادگاه احراز گردد، از حجیت کافی اثباتی برخوردار خواهد بود و حتی در برابر اشخاص ثالث نیز قابل استناد است.

به عقیده برخی نویسندگان، لزوم متابعت عالم اثبات از عالم ثبوت و منع انکار واقعیت در مقام دادرسی و غیرموجه بودن فزونی اعتبار شکل بر ماهیت از جمله اصول مؤید اعتبار اسناد عادی در خصوص اموال غیرمنقول هستند.^۹

نکته حائز اهمیت در این بخش، صراحت مقنن در غیرقابل استناد اعلام نمودن معاملاتی است که توسط دادگاه اعتبار شرعی آن احراز نشود، هرچند چنین معاملاتی محدود به معاملاتی می‌شود که یکی از شرایط صحت معاملات در شرع را نداشته باشد، لکن پیش از این در حقوق ایران، مقررهای به این صراحت در خصوص معاملات املاک با اسناد عادی که حکایت از غیرقابل استناد بودن آنها داشته باشد، وجود نداشته است.

اما به موجب ماده یک طرح الزام به ثبت رسمی معاملات املاک مقرر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی به صورت کلی اصلاح شده و اسناد عادی جهت ارائه به دادگاه و معارضه با اسناد رسمی پس از راه‌اندازی سامانه مقرر در ماده ۱۰ طرح الزام، دارای اعتبار نبوده و دعوای مستند به ادله‌ای غیر از سند رسمی قابل استماع نیست و به موجب ماده ۹ این قانون در خصوص قضات و مأموران دولتی یا عمومی که به مفاد اسناد رسمی ترتیب اثر ندهند، جرم‌انگاری انجام شده است؛ بنابراین بر خلاف قوانین گذشته (مانند قانون پیش فروش ساختمان و قانون ثبت) مقنن صرفاً اقدام به جرم‌انگاری ننموده است، زیرا همواره در خصوص صحت یا بطلان قراردادهای بدون رعایت تشریفات مقرر علی‌رغم جرم‌انگاری اختلاف نظر بود، مقنن این بار به صراحت معاملات بدون رعایت تشریفات ثبتی نزد مراجع قضایی و دولتی را غیرمعتبر و غیرقابل استناد دانسته و تنها دعوی قابل استماع را دعوی استرداد عوضین عنوان نموده است.

۳- نسبت ماده ۶۲ قانون احکام دائمی بامبانی نظریه رضایی بودن معاملات املاک بدون ثبت

ماده ۶۲ قانون احکام دائمی که به اسناد عادی اعتبار داد، عده‌ای از نویسندگان را بر آن داشت تا برای جلوگیری از پذیرش آثار زیان‌بار نظریه رضایی بودن در حقوق ایران، اعلام نمایند مادامی که اسناد عادی با حقوق دارنده رسمی در تقابل نباشد، معتبرند و

۹. سیدمحمد‌هادی اسلامی، جلیل قنوتی و عباسعلی حیدری، «تفسیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی»، پژوهش‌نامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۱، ۱ (۱۳۹۷)، ۵۳.

در غیر این صورت نمی‌تواند سبب انتقال مالکیت شود.^{۱۰} اما با توجه به روشن بودن مفاد این ماده و مفهوم مخالف قسمت ذیل این ماده، قابلیت معارضه اسناد عادی با فرض احراز شرایط مذکور در مقابل اسناد رسمی (نظریه رضایی بودن به صورت مطلق آن) پذیرفته شده است، به همین دلیل این نظر طرفداران زیادی نداشته و راهی به جز اصلاح این مقرر و وجود ندارد. برای بررسی تأثیر ماده ۶۲ بر حکومت نظریه رضایی بودن در حقوق ایران، نسبت به بررسی وضعیت آن مطابق مبانی نظریه مذکور و تفاسیر معتقدین به این نظریه از قوانین ثبتی پرداخته می‌شود تا مشخص شود آیا این ماده با هدف دیگری غیر از پذیرش نظریه رضایی بودن معاملات املاک وضع شده است یا خیر.

۳-۱- اصل حاکمیت اراده در معاملات املاک و ماده ۶۲ احکام دائمی

در فقه اسلامی و به‌ویژه فقه امامیه، حاکمیت اراده در حوزه قراردادهای بین اشخاص از ابتدا مورد توجه بوده است و جز در موارد استثنایی، فقه اسلامی نظریه رضایی بودن را که از نتایج اصل حاکمیت اراده بوده، مورد پذیرش قرار داده است و در نفی نظریه محصور بودن و پذیرش اصل حاکمیت اراده و صحت عقود بی‌نام، نسبت به نظام‌های حقوقی غربی پیشتاز بوده است.^{۱۱}

البته در قسمت اخیر (صحت عقود بی‌نام) اختلاف نظر وجود داشته است. فقها در قرون اولیه، حاکمیت اراده در این خصوص را مطلقاً نپذیرفته و به دو مسئله شرعی بودن عقود و اصالت شکل آن تأکید داشته‌اند، اما مخالفین این نظر نیز وجود دارند و عمده اختلافات از نحوه تفسیر حروف «ال» در کلمه «العقود» در آیه ۲۹ سوره نسا ناشی می‌شود.^{۱۲} معتقدین به نظریه نفی حصری بودن عقود، به دلایلی از جمله آیه ۲۹ سوره نسا و عموم قاعده سلطنت نیز استناد کرده‌اند^{۱۳} و همچنین از قاعده «العقود تابعه للقصود» برای تقویت نظر خویش بهره جستند و بر این اساس معتقدند که در هیچ یک از این دلایل، تشکیل عقد محدود به قالب‌های معین، نشده است، ضمن آنکه اصل اباحه را نیز به معنای آزادی هر

۱۰. سید محسن سادات اخوی و سید مرتضی طباطبایی، «تحلیل اعتبار مطلق اسناد رسمی در پرتو قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور»، حقوقی دادگستری، ۱۰۸ (۱۳۹۸)، ۱۱۹.

۱۱. محسن اسماعیلی، «اصل حاکمیت اراده در حقوق غرب و اسلام مبانی، آثار و پیشینه تاریخی»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۵، ۱۶ (۱۳۹۷)، ۲۱.

۱۲. محمدکاظم بن حسین آخوند خراسانی، کفایه الأصول (قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام) لإحياء التراث، ۱۴۰۹ ق)، ۱۴-۱۹؛ عطاءالله بیگلری، «حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی ژرمنی و حقوق ایران، درآمدی مبنایی - فلسفی»، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۶، ۱۱ (۱۳۹۴)، ۱۳۷.

۱۳. ناصر مکارم شیرازی، قواعد الفقهی، جلد دوم (قم: مدرسه الامام امیر المومنین، ۱۴۱۱)، ۱۷.

فعل یا ترک فعل و معادل اصل آزادی اراده دانسته‌اند.^{۱۴}

این نکته را باید مدنظر قرار داد که با توجه به وجود عقد صلح، عملاً حاکمیت اراده در نظام‌های حقوقی اسلامی حتی در نظر فقهای متقدم نیز حاکم بوده و اشخاص می‌توانستند در قالب عقد صلح به خواسته خویش دست یابند، ولی همان‌طور که ملاحظه شد، آن حصر نیز توسط فقهای متأخر مورد پذیرش قرار نگرفته و از جمله آنان می‌توان به نظریات محقق اردبیلی، محقق سبزواری، کاشف و... اشاره نمود.^{۱۵}

در حقوق رومی و غربی نیز برخلاف متقدمین آنها، حاکمیت اراده پس از رنسانس جایگاه خود را رفته‌رفته به دست آورد؛ فلاسفه قرن هجدهم اراده را منبع هر حق و تکلیفی می‌دانستند و معتقد بودند اراده افراد در مورد قراردادهای منبع مستقیم حق و تکلیف و قانون، منبع غیرمستقیم است و برای آن ارزش اخلاقی هم قائل بودند.^{۱۶} به عقیده این حکیمان آنچه در عالم خارج وجود و اصالت دارد، انسان است و اجتماع که امر موهوم است به خاطر سعادت و رفاه انسان به وجود آمده است و هدف نظام حاکم بر اجتماع حفظ حقوق طبیعی انسان است؛ اجتماع وسیله‌ای است که شخص با استفاده از آن می‌تواند حقوق خود را اجرا کند. همان‌طور که از نظر فلسفی اندیشیدن نشانه وجود انسان است، اراده نیز دلیل شخصیت انسان است؛ هیچ نیرویی جز اراده انسان نمی‌تواند او را متعهد سازد. اجتماع نیز نتیجه قراردادی است که اشخاص با یکدیگر منعقد نموده‌اند تا از بخشی از آزادی‌های خویش به نفع اجتماع بگذرند؛ این نظریه فلسفی مبنای نظر معتقدین به نظریه حاکمیت اراده است.^{۱۷} به عبارت دیگر نظریه حاکمیت اراده مبتنی بر این نظریه فلسفی می‌باشد که انسان ذاتاً آزاد است، اما چاره‌ای جز زندگی در اجتماع نیز ندارد؛ لذا تنها اراده خود انسان به دلیل مصالح اجتماعی که ضروری تلقی می‌کند، می‌تواند آزادی اجتماعی انسان را محدود نماید.^{۱۸}

برخی حقوق‌دانان فرانسوی نتایج حقوقی این اصل را در موارد ذیل دانسته‌اند:

- ۱- آزادی قراردادی؛ ۲- رضایی بودن عقود؛ ۳- حاکمیت مفاد قرارداد در روابط طرفین؛ ۴- نسبی بودن قرارداد؛ ۵- معرفی اراده و رضایت متعاملین به‌عنوان عنصر اصلی تشکیل دهنده قرارداد.^{۱۹}

۱۴. محمدجعفر لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰)، ۴۲۳.

۱۵. اسماعیلی، پیشین، ۱-۲۱.

۱۶. سیدحسین صفایی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم: قواعد عمومی قراردادها (تهران: میزان، ۱۳۸۹)، ۴۵.

۱۷. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات (تهران: میزان، ۱۳۹۳)، ۳۷.

18. Alex Weill & François Terré, *Droit Civil: les obligations* (Paris: Dalloz, 1980), 51.

19. Jacques Ghestin, *Traité de droit civil: la formation du contrat, Vol. 1-2: les obligations* (Paris: Librairie

برخی حقوق دانان، موارد دیگری را نیز در ذیل نتایج حاصل از اصل حاکمیت اراده برشمرده‌اند، از جمله اینکه اراده حاکم بر ایجاد تعهد تابع تشریفات و شکل خاصی نیست، اثر این اراده از طریق قانون حاکم، بها داده می‌شود یعنی حصر الگوهای قراردادی و تشریفاتی بودن قراردادها با این نظریه به نامحدود بودن شکل و رضایی بودن قرارداد تغییر پیدا کرد.^{۲۰}

در نظام حقوقی ایران نیز که نشئت گرفته از فقه امامیه است، از زمان‌های بسیار دورتر از دوره جدید، بر تأثیر تعیین کننده اراده در قراردادها تأکید شده و جز در موارد استثنایی و نادر همواره نقش اصلی و مقوم معاملات، اراده طرفین آن بوده و این نظریه را می‌توان در اصولی همچون اصل رضایی بودن قراردادها و «العقود تابعه للقصد» نیز مشاهده کرد.^{۲۱}

اما امروزه قیدوبندهای فراوانی به این اصل به دلیل ضرورت‌های اجتماعی وارد شده است. هر وقت ضرورت اجتماع اقتضا کند، دولت مداخله نموده و آزادی قراردادی متعاقبین را در راه تأمین مصلحت اجتماعی و رعایت عدالت (و نظم) محدود می‌نماید. قوانین مربوط به نظم عمومی، محدودکننده اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادهاست.^{۲۲}

ماده ۶۲ قانون احکام دائمی، این اصل را بر خلاف نظام‌های حقوقی معتبر جهان، به صورت مطلق در معاملات املاک در نظام حقوقی ایران حاکم نموده است و نه تنها به معاملات با اسناد عادی بدون تنظیم سند رسمی اعتبار داده است، بلکه آنها را در صورت احراز سایر شرایط، قابل معارضه با اسناد رسمی و قابل استناد در برابر ثالث دانسته است. نظرهای مخالف این برداشت نیز با توجه صراحت منطوق و روشن بودن مفهوم این ماده، مورد پذیرش غالب حقوق دانان و رویه قضایی قرار نگرفته است.

۳-۲- ماده ۶۲ احکام دائمی و اصل صحت

اصل یا قاعده صحت که در اصطلاح فقهی از آن به اصاله الصحه یاد می‌شود، در فقه در مفهوم تکلیفی این اصل گفته شده است، در دوران بین احتمال صحت و مشروعیت اعمال و عدم صحت و عدم مشروعیت آنها، اعمال افراد صحیح و مشروع است.^{۲۳}

از اصل صحت در مفهوم وضعی آن به این معنا یاد می‌شود که رفتار مسلمان به گونه‌ای تفسیر

generale de droit et de jurisprudence, 1993), 46.

۲۰. اسماعیلی، پیشین، ۸-۹.

۲۱. سید مرتضی قاسم‌زاده، اصول قراردادها و تعهدات (تهران: دادگستر، ۱۳۸۳)، ۳۹.

۲۲. صفایی، پیشین، ۴۶.

۲۳. مصطفی محقق داماد، قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت/ مسئولیت) (تهران: مرکز نشر علوم انسانی، ۱۳۹۲)، ۱۹۵.

می‌شود که آثار صحیح شرعی بر آن مترتب شود.^{۲۴} به عبارت دیگر در خصوص صحت یا فساد افعال دیگران، زمانی که در خصوص سایرین تأثیر داشته باشد، بنا بر صحت اعمال آنهاست؛^{۲۵} بنابراین اصل صحت در معاملات همان‌طور که ذکر شد به معنای این است که معاملات منعقدشده تا زمانی که دلیل بر بطلان آنها وجود نداشته باشد، به حکم اصل صحت، آن معامله صحیح و معتبر است.^{۲۶}

در خصوص جریان اصل صحت در سه مورد اتفاق نظر وجود دارد: ۱- شک در شرایط متعاملین؛ ۲- شک در مقررات شکلی؛ و ۳- شک در وجود شرط فاسد یا مانع. لکن در خصوص امکان اجرای آن، در شک در ارکان اصلی معامله اختلاف است.^{۲۷}

در خصوص ادله صحت در فقه، در سه بخش اجماع، بنای عقلا و ظهور حال مسلمین بحث شده است؛ اما دلیل اصلی آن حسب اعتقاد بسیاری از فقها، بنای عقلاست و این اصل یک تلقی ضروری است و اختصاص به مسلمین و افعال آنان نداشته و مسلمین طریقه خاصی خارج از طریقه عقلایی آن را کشف نکرده‌اند و از قبل اسلام وجود داشته است.^{۲۸}

ماده ۶۲ احکام دائمی هرچند که در تأیید نظریه رضایی بودن عقود تفسیر شده است، اما مفهوم مخالف قسمت ذیل ماده حکایت از این دارد که اسناد عادی که شرایط شرعی آن توسط دادگاه تشخیص داده شود، قابل معارضه به اسناد رسمی و قابل استناد در برابر ثالث است؛ منطوق آن نیز اسناد عادی فاقد این شرایط را در برابر ثالث قابل استناد و معارضه با اسناد رسمی نمی‌داند. این قید یعنی در معامله با املاک ثبت‌شده با سند عادی در برابر اشخاص ثالث بر خلاف هر چهار محل اجرای اصل صحت که در بالا اشاره شد، باید تمام این موارد به دادگاه ارائه شود و برای دادگاه احراز شود و دیگر استناد به اصل صحت کافی نیست، زیرا همان‌طور که ملاحظه شد به محض انعقاد عقد، اصل صحت جاری و معامله صحیح فرض می‌شود مگر آنکه فساد آن معلوم شود، اما ماده مذکور اصل را بر غیرقابل استناد بودن معاملات املاک با اسناد عادی دانسته و استثنای آن را اسناد عادی دارای شرایط شرعی به تشخیص دادگاه دانسته است.

۲۴. ابوالقاسم گرگی، مجموعه مقالات حقوقی (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۲)، ۳۵۲.

۲۵. سید محمدصادق طباطبایی و روح‌الله کیانی، «بازتاب‌های اصل صحت در فقه و حقوق»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۳۲ (۱۳۹۲)، ۵۲.

۲۶. شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات، پیشین، ۵۵.

۲۷. محقق داماد، پیشین، ۲۰۵-۲۰۶.

۲۸. همان، ۳۲۰.

بنابراین چنانچه شخصی مدعی وجود حقی بر ملکی به استناد سند عادی باشد، صرف دارا بودن سند کافی نیست و مشارالیه باید اثبات نماید که این سند حکایت از وقوع معامله‌ای با شرایط شرع، نزد دادگاه دارد، در حالی که در سایر معاملات به دلیل جاری بودن اصل صحت، مدعی فساد معامله باید آن را اثبات نماید.

۳-۳- ماده ۶۲ احکام دائمی و تحلیل مواد ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت

معتقدین به نظریه رضایی بودن معاملات راجع به املاک غیرمنقول، به‌طور کلی در خصوص مواد مذکور این‌گونه استدلال می‌نمایند که هیچ دلیلی بر بطلان معاملات انجام‌شده با سند عادی در خصوص املاک ثبت‌شده در قوانین ثبتی وجود ندارد و فقط آنچه توسط مواد مذکور مقرر شده، اجباری بودن ثبت چنین معاملاتی است و از طرفی، ضمانت اجرای عدم ثبت آن را نیز قانونگذار صرفاً عدم پذیرش چنین معاملات و اسنادی در محاکم و ادارات دولتی و نه بطلان معامله با سند عادی عنوان داشته است.^{۲۹} عده‌ای از این حقوق‌دانان معتقدند صرفاً وجود سند عادی دلیل بر وقوع معامله نیست و چنین معامله‌ای نیازمند احراز شرایط اثباتی آن در محاکم قضایی به‌وسیله ادله اثبات است و صرف نگارش سند عادی، مؤید وقوع معامله در حوزه املاک ثبت‌شده نیست، در حالی که صرف ثبت چنین معامله‌ای به‌صورت رسمی بدون استناد به هیچ دلیل دیگری، مثبت وقوع معامله و معرف مالکیت اشخاص می‌باشد؛ به عبارت دیگر مواد مذکور دلیل بودن سند عادی را بدون رسیدگی قضایی محدود نموده است، اما در مقام بیان عدم اعتبار معاملات با سند عادی و همچنین غیرممکن نمودن استناد به این اسناد در معاملات مربوط به املاک ثبت‌شده در دعاوی مربوطه نبوده است.^{۳۰}

قائلین به این دیدگاه معتقدند نظر به آنکه وفق ماده ۴۸ قانون ثبت (سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسید در هیچ یک از ادارات محاکم پذیرفته نخواهد شد)، بنابراین مفاد ماده مذکور دلالت بر باطل بودن بیع مال غیرمنقول ندارد، زیرا آنچه مورد توجه مقنن قرار گرفته، سند است، نه معامله (مسند) و اعلام غیرقابل پذیرش بودن سند و عدم به‌کارگیری اصطلاح حقوقی «بطلان معامله» خود قرینه بر صحت معامله است؛ به عبارت دیگر غیرقابل قبول بودن سند مرادف با بطلان معامله نیست، زیرا قانونگذار که در مقام بیان آثار ثبت نشدن سند بوده، اصطلاح «باطل» را به کار نبرده است.

۲۹. شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی مقاله فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی، پیشین، ۵۶.

۳۰. حمید ابهری و علی سرخی، نقش اسناد عادی در معاملات املاک (تهران: فکرسازان، ۱۳۹۶)، ۱۹۴؛ شهیدی، مجموعه

مقالات حقوقی مقاله فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی، پیشین، ۵۸.

مراد مقنن از پذیرفته نشدن سند عادی این است که بر خلاف سند رسمی، تحقق مفاد سند ثبت‌نشده، مشکوک و مردد است، به‌صرف ارائه نزد ادارات و محاکم، بدون رسیدگی قضایی نمی‌توان به وقوع معامله پی برد، نه اینکه در دعوی اعلام وقوع معامله یا الزام به تحویل مبیع یا تسلیم ثمن قابل استناد نباشد.^{۳۱} به دیگر سخن، صرف دارا بودن سند عادی در خصوص معاملات املاک ثبت‌شده و ارائه آن به ادارات و محاکم نشان‌دهنده انتقال مالکیت از مالک رسمی به دارنده سند عادی نیست، ولی دربردارنده این معنا نیز نمی‌باشد که شخص نتواند مستند به این سند از دادگاه و در دعوی مربوطه، الزام به تنظیم سند رسمی یا ابطال سند رسمی مؤخر معارض با مفاد سند عادی را در صورت احراز شرایط قانونی و شرعی معاملات در خصوص معامله مقدم ایشان با فروشنده، درخواست نماید و هیچ دلیل شرعی و قانونی برای عدم دلیل بودن این اسناد در دعوی یادشده وجود ندارد.

بنابراین با توجه به عموماً قانون مدنی در خصوص تعریف سند که آن را اعم از عادی و رسمی می‌داند و با عنایت به مفاد مواد ۱۲۸۴، ۱۲۸۶، ۱۲۸۹ و ۱۲۹۱ قانون مدنی و مواد ۹۶ و ۲۱۷ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ اسناد عادی نیز جزء ادله اثبات مورد پذیرش قوانین مذکور بوده است.^{۳۲} ماده ۶۲ قانون احکام دائمی کاملاً منطبق و مؤید نظر این حقوق‌دانان است.

۳-۴- اعتبار سایر ادله اثبات و قابلیت معارضه با اسناد رسمی

یکی دیگر از استدلال‌های معتقدین به نظریه رضایی بودن معاملات املاک ثبت‌شده این است که ادله اثبات دعوی برای اثبات وقوع این معاملات، منحصر به اسناد عادی نیست و می‌توان این معاملات را به‌وسیله سایر ادله اثباتی نیز در محاکم اثبات نمود، از جمله با شهادت شهود و ماده ۴۸ نیز تنها سخن از عدم پذیرش اسناد نموده و متعرض سایر ادله نشده است و از جمله چنانچه مدعی ادله اثبات خود را شهادت شهود نیز قرار دهد، دادگاه حکم به مالکیت ایشان صادر خواهد کرد؛^{۳۳} بنابراین نه‌تنها اسناد عادی بلکه سایر ادله نیز به شرح مذکور، قابلیت معارضه با اسناد رسمی و حتی ابطال آنها را خواهند داشت.

۳۱. ابهری و سرخی، پیشین، ۱۹۴.

۳۲. عبدالله شمس، ادله اثبات دعوا حقوق ماهوی و شکلی (تهران: دراک، ۱۳۹۱)، ۸۱.

۳۳. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، پیشین، ۱۲۳؛ شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی مقاله فروش مال غیرمنقول

بدون تنظیم سند رسمی، پیشین، ۵۷.

با تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی در خصوص اعتبار سایر ادله اثبات به نظر می‌رسد اختلاف پدید آید، زیرا ظاهر صدر و ذیل ماده به گونه‌ای نگارش شده است که چنین برمی‌آید که معاملات املاک صرفاً با سند رسمی یا سند عادی که نزد دادگاه شرایط شرعی آن محرز باشد، معتبر است و سایر انواع معاملات از جمله معاملات شفاهی و معاطاتی، اعتباری ندارد. حال آنکه با قیاس سایر معاملات با معاملات با اسناد عادی با توجه به منصوص العله بودن اعتبار معاملات با اسناد عادی (احراز اعتبار شرعی توسط دادگاه) باید گفت، چنین معاملاتی نیز در صورت احراز شرایط شرعی مشمول قسمت ذیل ماده بوده و معتبر هستند؛ بنابراین با توجه به مفهوم مخالف ذیل این ماده، معامله با اسناد عادی و یا بدون آن در صورتی که معامله با شرایط شرعی توسط آن‌ها احراز شود، قابلیت معارضه با اسناد رسمی را دارند و بنابراین می‌توانند سبب ابطال اسناد رسمی مالکیت نیز شوند.

۳-۵- ماده ۲۲ قانون ثبت و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی

ماده ۲۲ قانون ثبت از منظر معتقدین به نظریه رضایی بودن چنین تفسیر می‌گردد که آنچه مقنن در ماده ۲۲ مقرر داشته، سبب بطلان معاملات با سند عادی نیست بلکه در مقام شناسایی مالک از جانب دولت است و ارتباطی به انتقال مالکیت در رابطه قراردادی ندارد.^{۳۴} به عبارت دیگر پس از طی فرایندهایی که قانونگذار در قانون ثبت برشمرده است و پس از انقضا مواعد اعتراض به آن، همان‌گونه که به‌صراحت مقنن در ماده ۲۴ قانون ثبت مقرر شده است، دعوی اینکه تضييع حقی در ضمن جریان ثبتی از کسی صورت پذیرفته باشد، خواه دعوی حقوقی یا کیفری پذیرفته نخواهد بود.^{۳۵}

بنابراین ماده ۲۲ در مقام شناسایی مالک از منظر دولت می‌باشد و اینکه این مالک رسمی از حقوق و اختیاراتی که قانون به مالک آن اعطا نموده، برخوردار است و در مراجعه به محاکم و ادارات می‌تواند از این حقوق بهره‌بردار و تنها حکمی که از این ماده استنباط می‌گردد محرومیت شخص غیردارنده سند رسمی از این اختیارات است و حکم بطلان از ماده ۲۲ استنباط نمی‌گردد؛ بنابراین اگر مدعی بتواند ثابت نماید که ملک را از مالک رسمی یعنی کسی که در دفتر املاک، ملک به نام او ثبت شده و یا از شخصی که پس از ثبت ملک به نام مالک رسمی به او منتقل شده، خریداری نموده است و دادگاه صحت ادعای او را با استناد به ادله اثبات دعوی احراز نماید، حکم مالکیت او صادر می‌شود و این منافاتی با ماده ۲۲

۳۴. شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، پیشین، ۱۲۳.

۳۵. مهدی صاحبی، «نقش ثبت سند در معاملات غیرمنقول با تأکید و رویه قضایی مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه» (رساله

دکتر، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹)، ۱۸۵.

نخواهد داشت. همچنین چنانچه مدعی اثبات نماید قبل از انتقال رسمی از یک مالک رسمی به مالک دیگر، با سند عادی اقدام به خرید چنین ملکی نموده، می‌تواند نسبت به ابطال سند مالکیت مالک رسمی دوم اقدام نماید.^{۳۶}

مطابق این نظر، داشتن سند رسمی مالکیت و به تبع آن ثبت در دفتر املاک صرفاً در حد اماره مالکیت شناخته شده و شخص مالک را از استناد به دلیل دیگر برای اثبات مالکیت در مراجعه به محاکم و ادارات بی‌نیاز می‌کند و به‌عنوان مثال دادخواست خلع ید مشارالیه استماع می‌شود، زیرا حسب رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱ خلع ید اموال غیرمنقول فرع بر مالکیت است.^{۳۷}

در خصوص اثر ثبت در دفتر املاک و ضمانت اجرای عدم ثبت نیز بیان شده است، چنانچه انتقال ملک در دفتر املاک ثبت نشده باشد، اثری (منظور آثاری که معتقدین به نظریه رضایی بودن به آن قائل‌اند) بر آن مترتب نیست و طبق مقررات ماده ۲۲ دارنده سند رسمی که انتقال به نام او در دفتر املاک ثبت نشده است، مالک رسمی از منظر محاکم و ادارات شناخته نمی‌شود.^{۳۸}

بنابر این نظریه، ثبت سند (غیر از ثبت اولیه) تأثیری در مالکیت نخواهد داشت بلکه فقط در برخورداری مالک از حقوق رسمی و قانونی مؤثر است و به عبارت دیگر از اسباب مالکیت به شمار نمی‌رود؛ ماده ۲۲ قانون ثبت نیز فقط در حد اماره و به این معناست که شخصی که به موجب تنظیم سند رسمی مالک است، مالک رسمی و قانونی است اما اگر کسی مدعی خلاف آن باشد، باید با ادله اثباتی در محکمه ادعای خود را اثبات نماید؛ اگر چنین کرد، مالکیت دارنده سند رسمی بی‌اعتبار خواهد شد. ماده ۶۲ قانون احکام دائمی همان‌طوری که در تحلیل ماده ۲۲ قانون ثبت بیان شد، مطابق با تفسیر معتقدین به نظریه رضایی بودن کاملاً منطبق با این نظر بوده و از این حیث خدشه‌ای به این رأی وحدت رویه نیز وارد نیست.

بنابراین گرچه ماده ۶۲ قانون احکام دائمی ناسخ ماده ۲۲ قانون ثبت نمی‌باشد، اما راهی به جز تفسیر این ماده مطابق نظر معتقدین به نظریه رضایی بودن املاک ثبت‌شده به شرح فوق باقی نمی‌گذارد. البته که مطابق این نظریه نیز دولت، شخصی را مالک می‌شناسد که ملک در دفتر املاک به نام وی ثبت شده است، لکن معامله بدون تنظیم سند رسمی نیز قابلیت تغییر یا ابطال مندرجات دفتر املاک را

۳۶. همانجا

۳۷. «رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۱۳۸۳/۱۰/۱»، تارنمای پایگاه ملی قوانین و مقررات، قابل دسترسی در: <https://qavanin.ir/Law/PrintText/181656>

۳۸. شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی مقاله فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی، پیشین، ۵۹.

خواهد داشت.

۴- تأثیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی در روبه قضایی

روبه غالب محاکم قضایی پس از وضع ماده ۶۲ قانون احکام دائمی، به تفسیر قوانین مثبتی بر اساس ماده ۶۲ قانون احکام دائمی و نظریه رضایی بودن این معاملات پرداخته است، نظریه‌های مشورتی و آرای متعدد محاکم حقوقی نیز مؤید این مطلب می‌باشد؛ به‌عنوان نمونه می‌توان به نظریه شماره ۷/۹۶/۲۹۴۰ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۳۰ اداره کل حقوقی قوه قضائیه اشاره کرد که در آن اعلام شده است: «... احراز وقوع معامله و انتقال ملک به دارنده سند عادی به موجب ادله شرعی و قانونی و صدور حکم به الزام تنظیم سند رسمی و یا ابطال انتقال رسمی مؤخر بر انتقال عادی فاقد اشکال قانونی است. مفاد ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۰۷/۱۰ مؤید این نظر است... ماده ۶۲ قانون احکام دائمی... صدور حکم بر خلاف مندرجات سند رسمی را نه تنها منع نکرده است، بلکه با عبارت «مگر آنکه اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است» صریحاً آن را تجویز نموده است.»^{۳۹}

نظریه هیئت عالی نشست قضایی قوه قضائیه به شماره ۹۰۴۴-۱۴۰۱ که بیان شده است: «قانونگذار با وضع ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، کلیه معاملات اموال غیرمنقول با اسناد عادی را که اشخاص ثالث با حسن نیت با رعایت موازین شرعی منعقد نموده‌اند، اعتبار بخشیده و با ایجاد نوعی نظم و ثبات معاملات، به اسناد عادی در مقابل اسناد رسمی توان اثباتی قائل شده...»^{۴۰} و همچنین می‌توان به دادنامه‌های صادره در این خصوص استناد نمود.^{۴۱} از جمله دادنامه‌های متعدد صادره در ادامه به برخی از آنها اشاره می‌شود:

در پرونده کلاسه ۹۹۰۹۹۸۱۵۱۰۶۰۰۱۷۵ شعبه ۶ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان ساری در تصمیم نهایی شماره ۹۹۰۹۹۷۱۵۱۰۶۰۱۶۷۸ دادگاه در خصوص ادعای خواهان که مدعی بوده

۳۹. «نظریه شماره ۷/۹۶/۲۹۴۰ مورخ ۱۳۹۶/۱۱/۳۰»، تارنمای اداره کل حقوقی قوه قضائیه. قابل دسترسی در: <https://edarehoquqy.eadl.ir/>

۴۰. «نظریه هیئت عالی نشست‌های قوه قضائیه به شماره ۹۰۴۴-۱۴۰۱»، سامانه نشست‌های قضایی. قابل دسترسی در: www.neshast.org

۴۱. رحیم بیلوار و حاتم صفری، «نگاهی نو به اعتبار اسناد عادی راجع به اموال غیرمنقول با تأکید بر یک رأی»، رأی، ۸، ۲۸ (۱۳۹۸)، ۱۰۶-۱۱۹؛ مهدی کارچانی و مهدی مددی، «گزارش نشست نقد یک رأی (دادگاه تجدیدنظر استان تهران): امکان ابطال سند رسمی رهن به استناد سند عادی انتقال مالکیت با تاریخ مقدم»، رأی، ۸، ۲۶ (۱۳۹۸)، ۱۶۵-۱۸۶.

ملک موضوع دعوی را از خواننده ردیف اول خریداری نموده و متعاقباً بدون در نظر گرفتن معامله وی، آپارتمان یادشده به صورت رسمی منتقل شده است. دادگاه مستنداً به ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه و سایر مقررات قانونی حکم بر ابطال نقل و انتقالات رسمی انتقال خواندگان و الزام بایع به تسلیم مبیع و محکومیت مالک رسمی به انتقال رسمی سند مالکیت در حق خواهان صادر می‌نماید. این رأی به موجب دادنامه مورخ ۱۴۰۰/۰۶/۳۰ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران تأیید و قطعی می‌شود.

در پرونده کلاسه ۹۹۰۹۹۸۰۰۰۰۳۰۰۱۸۰ شعبه ۱۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران دادگاه با پذیرش شهادت شهود که بر خلاف معامله رسمی اولیه شهادت داده‌اند، مستنداً به ماده ۶۲ قانون احکام دائمی کشور که حکم بر ابطال سند رسمی انتقال قطعی شماره ۹۰۰۷ مورخ ۹۴/۰۸/۱۷ و الزام خواننده ردیف دوم به انتقال سند مالکیت به نام خواهان‌ها را صادر نموده است، این رأی در دادگاه تجدیدنظر استان تهران قطعی شده است.

در پرونده‌های کلاسه ۱۴۰۰۳۴۹۲۰۰۰۱۷۲۰۲۵۰ و ۱۴۰۱۳۴۹۲۰۰۰۰۶۸۷۵۰۰ شعبه ۱۱ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان رشت و در تصمیم نهایی شماره ۱۴۰۱۳۴۳۹۰۰۰۱۷۱۲۴۹۹ مورخ ۱۴۰۱/۰۳/۳۱ دادگاه با این استدلال که اختیار بررسی وقوع بیع شرعی و مالکیت شرعی را دارد و مالکیت خواهان تقابل را (بر خلاف سند رسمی) و به استناد ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ و ...، مورد پذیرش قرار داده و حکم به ابطال سند رسمی شماره ۵۷۴۷۲ و الزام خواندگان دعوی تقابل به تنظیم سند رسمی ملک به نام خواهان تقابل صادر می‌نماید.

در پرونده کلاسه ۱۴۰۰۴۷۹۲۰۰۰۲۹۸۱۵۷۹ شعبه ۲ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان نور نیز در تصمیم نهایی شماره ۱۴۰۱۴۷۳۹۰۰۰۱۷۷۱۰۳۸ دادگاه با این استدلال که با عنایت به ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد می‌باشد و با انتقال مبیع به خواهان ناقل ملک به خواهان در تاریخ موخر مالکیتی نسبت به حصه واگذاری به خواهان نداشته... حکم به اثبات وقوع عقد بیع و اصالت مبیعه‌نامه عادی و ابطال سند رسمی نقل و انتقال و ابطال سند رهنی رسمی را صادر نموده است.

در پرونده کلاسه ۱۴۰۰۳۴۹۲۰۰۰۱۳۹۰۲۶۴ شعبه سوم دادگاه حقوقی دادگستری شهرستان آستارا در تصمیم نهایی شماره ۱۴۰۱۳۴۳۹۰۰۰۰۹۹۹۱۳۶ دادگاه با این استدلال که با التفات به ماده ۶۲ از قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور و اینکه خواندگان در خصوص اصالت مبیعه‌نامه و صحت امضای آن ایراد و خدش‌های وارد نموده‌اند، ضمن احراز وقوع بیع با سند عادی، حکم بر ابطال سند

رسمی انتقال و همچنین الزام مالک رسمی به تنظیم سند رسمی به نام خواهان را صادر نموده است. در پرونده‌های کلاسه ۹۹۰۹۹۸۵۱۹۲۰۰۰۶۵۴ و ۹۹۰۹۹۸۵۱۹۲۰۰۰۴۴۹ و شعبه سوم دادگاه حقوقی دادگستری شهرستان کاشمر و در تصمیم نهایی شماره ۹۹۰۹۹۷۵۱۹۲۰۰۱۲۰۷، دادگاه با پذیرش دلیل خواهان که سند عادی مقدم بوده، مستنداً به ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه ضمن ابطال اسناد رسمی حکم به تنظیم سند رسمی در حق خواهان صادر می‌نماید.

۵- نقد و ارزیابی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی

در قسمت‌های قبل، ماده ۶۲ قانون احکام دائمی و ادله نظریه رضایی بودن و تأثیر آن بر رویه قضایی بررسی شد و ملاحظه گردید به جز موارد استثنایی ماده ۶۲ کاملاً منطبق با مبانی نظریه رضایی بودن معاملات املاک وضع شده و تکلیف نظام حقوقی را مشخص نموده است و رویه قضایی نیز همین برداشت را داشته است، لکن نقدهای مهمی به این ماده و نظریه رضایی بودن وارد است که در ادامه به برخی از آنها که مبنای اصلاح مقرر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی در طرح الزام ثبت رسمی معاملات غیرمنقول است، اشاره می‌شود؛

۱- نظریه رضایی بودن عقود به طور مطلق مورد پذیرش قانونگذاران نظام‌های حقوقی منطقه و جهان قرار نگرفته است. از جمله در مقررات قانونی در نظام حقوقی کشورهای امارات (ماده ۱۲۷۷ قانون مدنی)، مصر و همچنین سوریه (ماده ۱۱ آیین‌نامه ثبت اموال غیرمنقول و مواد ۹۸۷ و ۸۹۶ قانون مدنی این کشور) چنین استنباط شده است که تحقق انتقال مالکیت بین متعاملین و نسبت به ثالث را منوط به ثبت بیع نموده‌اند و پس از ثبت معامله نزد مأمور رسمی است که مالکیت به مشتری منتقل می‌شود و این انتقال است که نسبت به شخص ثالث نیز دارای اعتبار است. از منظر فقهی نیز با توجه به قاعده «تصرف الامام علی الرعیه منوط بالمصلحه»^{۴۲} منعی در این خصوص وجود ندارد.

در حقوق فرانسه نیز در خصوص اموال غیرمنقول به موجب اصلاح قانون ثبت در سال ۱۹۵۵ و در صدر ماده ۲۸ و به‌ویژه بند یک آن ماده به همراه اصلاحات بعدی انتشار (ثبت) بیع اموال غیرمنقول را اجباری اعلام نمود؛ در واقع بحث انتشار معامله را در آن خصوص مقرر کرد، انتشار دارای دو شرط است یکی ثبت رسمی معامله، دومی احراز رعایت تسلسل ایادی. پس از انتشار هر شخصی می‌تواند بدون نیاز به اثبات حقی صرفاً با ارائه یک درخواست کتبی از اداره ثبت محل وقوع ملک، اطلاعات آن ملک را در

۴۲. ابهری و سرخی، پیشین، ۱۷۵-۱۷۶.

مهلت ۱۰ روز دریافت نماید.^{۴۳}

البته این الزام به معنی تشریفاتی شدن معاملات نبوده بلکه به محض وقوع عقد، مالکیت به شرحی که گذشت منتقل می‌شود، لکن اگر اشخاص در مهلتی که دارند نسبت به تکلیف انتشار معامله اقدام ننمایند، معامله آنان قابلیت استناد در برابر شخص ثالثی که نسبت به همان ملک دارای معامله منتشر شده است (ثبت شده) نخواهد داشت. این مسئله در ماده ۳۰ قانون سال ۱۹۵۵ تصریح شده است و در آخرین اصلاحات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ در ماده ۱۱۹۸ نیز تصویب شده است.^{۴۴}

در حقوق آلمان، روسیه، هلند، آفریقای جنوبی، سوئیس، اسپانیا، نروژ و اتریش توافق طرفین تا قبل از ثبت سند رسمی در خصوص املاک، قراردادی عهدی و دینی است و تعهدات و حقوقی را برای دو طرف معامله در برابر یکدیگر ایجاد می‌نماید، لکن هیچ‌گونه انتقال مالکیتی تا قبل از تنظیم سند رسمی صورت نمی‌گیرد.^{۴۵}

۲- همان‌طور که در بررسی اصل صحت ذکر شد، این اصل بنای عقلایی دارد؛ وقتی نظام‌های حقوقی معتبر در عالم (عقلا عالم) آن را به صورت مطلق در خصوص معاملات املاک بدون تنظیم سند رسمی حداقل در برابر شخص ثالث با حسن نیت دارای سند رسمی نپذیرفته‌اند، دیگر بنای آن خدشه‌دار شده است و در واقع این اصل به نحو اطلاق نمی‌تواند از مبانی نظریه رضایی بودن عقود به نحو مطلق در معاملات املاک باشد، زیرا بنای عقلا به این اصل در این معاملات چنین اعتباری نداده است.

۳- در فقه اسلامی نیز با تمسک به قاعده «تصرف الامام علی الرعیه منوط بالمصلحه» که به عقیده فقها حکم آن نه صرفاً تکلیفی بلکه وضعی می‌باشد^{۴۶} و همچنین با تمسک به احکام ثانویه و قاعده لاضرر، همان‌طوری که در بسیاری از مسائل پیش از این، این امر واقع شده است، نسبت به جلوگیری از اطلاق اعتبار نظریه رضایی بودن عقود جلوگیری کرد؛ البته نظر رهبر معظم انقلاب اسلامی که از آن به حکم حکومتی در حوزه املاک نیز یاد شده حکایت از ضرورت تصویب طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول (دربدارنده بی اعتباری معاملات بدون ثبت رسمی است) به دلیل مفسد ناشی از

43. Philippe Simler & Philippe Delebecque, *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*, 3th ed. (Paris: Dalloz, 2000), 807.

۴۴. اسلامی، قنوتی و حیدری، پیشین، ۴۳.

۴۵. صاحبی، پیشین، ۳۱۶.

۴۶. احمد عابدی، «تقریرات درس خارج فقه: بررسی فقهی قانون تجارت/ورشکستگی شرکت‌ها/ حکم علم و شک به تطابق حکم حاکم با مصلحت»، حوزه علمیه قم، ۱/۱۱/۱۴۰۱. قابل دسترسی در:

<https://eshia.ir/feqh/archive/text/abedi/feqh2/1401/14011101/>

معاملات بدون ثبت رسمی دارد.^{۴۷} این طرح اکنون در مجمع تشخیص مصلحت نظام مطرح است. این نظر که توسط این فقیه و مرجع عالی قدر ارائه شده نیز نشان از ظرفیت فقه اسلامی برای اصلاح نظریه رضایی بودن عقود به دلیل آثار جبران‌ناپذیر آن و خلاف شرع نبودن نظریات مخالف آن دارد. همچنین آیت‌الله اراکی نیز اعلام نموده‌اند «وجود و گسترش معاملات اموال غیرمنقول از طریق اسناد عادی در این حوزه منشأ فساد و اخلال در نظام اجتماعی می‌باشد و مطابق اصول و قواعد فقه نظام در تراجم حکم شرعی اولیه و حکم ملزومه و مصلحت عامه، حفظ نظام اجتماعی و جلوگیری از خلل و فساد در آن مرجح و اهم بوده و بنابراین حتی حکم به بطلان معاملات عادی در خصوص اموال غیرمنقول نیز به بلااشکال می‌باشد و مخالفتی با شرع ندارد.»^{۴۸}

۴- با توجه به اینکه مقنن در قانون ثبت، ثبت سند را جزئی از معامله می‌دانست، بنابراین سند عادی، دلیل محسوب نمی‌شده و معامله با دلایل دیگر همچون شهادت یا اقرار نیز با عنایت به این امر که شرط وقوع معامله در این حوزه تنظیم سند رسمی است، قابل اثبات نبوده و دعوی دارنده با سند عادی در هر صورت محکوم به بطلان است.^{۴۹} لکن وضع ماده ۶۲ به شرح بیان شده، به صراحت این تفاسیر را از میان برداشته است و ماده ۲۲ قانون ثبت را به این سطح که تنها از حیث شکلی تا جایی که هنوز معامله دیگر به اثبات نرسیده، سند رسمی معتبر است، تقلیل داده است.

یکی از اهداف اصلی وضع مقررات ثبتی و تأسیس سازمان ثبت اسناد و املاک کشور نظم دادن به وضعیت املاک سراسر کشور است؛ از طرفی بحث امنیت معاملات در حوزه اموال غیرمنقول ثبت شده اقتضا دارد تا اسناد رسمی معتبر و قابل اتکا باشد، لکن با پذیرش نظریه رضایی بودن به صورت مطلق آن، اعتبار اسناد رسمی بسیار ناچیز و تقریباً با سند عادی تفاوتی ندارد و ماده ۶۲ بر خلاف این اهداف وضع شده است.

این حوزه مرتبط با نظم عمومی است و نباید اصل آزادی اراده سبب برهم خوردن نظم عمومی جامعه گردد و چنین قراردادهایی را صحیح انگاشت. قدر متیقن این است که دولت در چهارچوب اختیارات

۴۷. «رهبر انقلاب: مصلحت کشور در سلب اعتبار از معاملات غیررسمی اموال غیرمنقول است»، خبرگزاری الف، ۰۶ تیر ۱۴۰۲. قابل دسترسی در:

<https://www.alef.ir/news/4020406048.html>.

۴۸. «سودجویی زمین‌خواران از بالاتکلیفی طرح اعتبارزدایی از اسناد غیررسمی»، خبرگزاری فارس، ۲۰ آبان ۱۴۰۲. قابل دسترسی در:

<https://www.farsnews.ir/news/14020815000718>

۴۹. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، دوره عقود معین یک (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴)، ۴۰۱.

خود می‌تواند برای مصلحت اجتماعی قیودی به اصل حاکمیت اراده وارد نماید و این مسئله خلاف شرع نیست، همان‌طور که دولت بدون رضایت مالک در طرح‌های عمرانی ملک او را تملک می‌نماید و پارک یا جاده تأسیس می‌نماید و چنین اختیاراتی به حکم ضرورت و نیاز اجتماعی است و امروزه عموم نظام‌های حقوقی چنین اختیاراتی را برای محدود نمودن آزادی اراده بنا به ضرورت به دولت‌ها داده‌اند.^{۵۰}

به همین دلیل ماده یک طرح الزام ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول نه تنها این اعتبارزدایی از ماده ۲۲ را از میان برداشته است، بلکه به شرحی که گذشت، دعاوی راجع به اموال غیرمنقول بدون ثبت رسمی را به صراحت غیرمعتبر و غیرقابل استناد اعلام نمود و به اختلاف‌نظرها در خصوص تفسیر مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت پایان داده است، زیرا گرچه ظاهر ماده یک طرح مذکور به گونه‌ای نگارش شده است که گویی صرفاً این اسناد قابلیت استناد در دادگاه‌ها و مراجع قانونی را ندارند و دعاوی مستند به آنها غیرقابل استماع است، لکن نظر به اینکه در تبصره ذیل ماده مذکور، دعوی استرداد عوضین مورد پذیرش قانونگذار قرار گرفته است و با توجه به اینکه در عقود صحیح استرداد عوضین ممکن نیست، الا اینکه معامله باطل بوده و یا منحل شده باشد، بنابراین قانونگذار، ثبت را شرط صحت معامله قرار داده است و معامله بدون ثبت رسمی را باطل و بدون اعتبار دانسته است و به همین دلیل عوضین قابلیت استرداد را دارند.

۵- بسیاری از پرونده‌های رایج در محاکم دادگستری در خصوص حوزه املاک ثبت شده است، این مسئله نتیجه پذیرش مطلق نظریه رضایی بودن و سبب رواج معاملات معارض و کلاهبرداری و فروش مال غیر و افزایش دعوی کیفری و حقوقی راجع به اموال غیرمنقول می‌باشد.^{۵۱}

۶- پذیرش این نظر توسط مقنن سبب اخلال در مدیریت اقتصاد کشور توسط دولت شده است و این مسئله در میان اقتصاددانان نیز مطرح شده است و دولت را از اعمال سیاست‌گذاری‌های مناسب در حوزه املاک و جلوگیری از سوداگری در این بازار و اخذ مالیات به منظور ترغیب سرمایه‌گذاری مولد به جای سرمایه‌گذاری در این بخش، دچار مشکل نموده است؛ نامه وزیر اقتصاد به مجمع تشخیص مصلحت نظام برای تصویب طرح الزام به تنظیم رسمی اشاره بر همین نکته دارد.^{۵۲}

۵۰. همان، ۲۵۹.

۵۱. همانجا

۵۲. «نامه وزیر اقتصاد به رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام / درخواست تصویب طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال

غیرمنقول»، تارنمای خبرگزاری فارس، ۵ خرداد ۱۴۰۲. قابل دسترسی در:

<https://farsnews.ir/Economy/1685076360000855477>

نتیجه‌گیری

ماده ۶۲ قانون احکام دائمی، با تکیه بر مبانی نظریه رضایی بودن عقود در حوزه املاک و انطباق کامل با نظر معتقدین به نظریه رضایی بودن معاملات املاک ثبت‌شده تصویب شده است. هرچند با اصل صحت که یکی از این مبانی است، تعارضاتی دارد، لکن در مطابقت کامل با سایر مبانی نظریه رضایی بودن این معاملات می‌باشد و صراحت ماده مذکور، سبب از بین رفتن تفاسیر مخالف با نظریه رضایی بودن شده است.

پذیرش نظریه رضایی بودن عقود در معاملات املاک و اعلام رسمی آن در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی، نتایج زیان‌بار غیرقابل جبرانی به مردم و دولت وارد کرده است و این امر سبب شد مجلس شورای اسلامی اقدام به تصویب طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول نماید و علی‌رغم ایرادات شورای نگهبان، مجلس بر مصوبه خویش اصرار نماید، طرحتی که اکنون با تأکید رهبر معظم انقلاب اسلامی بر ضرورت تصویب آن، در حال رسیدگی است و برخی از مواد آن نیز به تصویب رسیده و در آن قانونگذار معاملات اموال غیرمنقول بدون ثبت رسمی را غیرمعتبر دانسته و دعاوی راجع به اموال غیرمنقول بدون ثبت معامله را غیرقابل استماع در دادگاه‌ها اعلام نموده است.

در نهایت به‌عنوان پیشنهاد باید بیان کرد، تنها راهکار برای برون‌رفت از وضعیت حاضر، تصویب قانونی جامع است (حداقل همین طرح الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول که تاکنون چند ماده از آن نیز در مجمع تشخیص مصلحت نظام تصویب شده است) که در آن به صراحت الزام به ثبت معاملات املاک پیش‌بینی شود و هرگونه معامله بدون رعایت این مقررات بی‌اعتبار یا غیرقابل استناد در برابر اشخاص ثالث با حسن نیت شناسایی شود تا اشخاصی که با اعتماد مشروع به ساختارهای حاکمیت اقدام به ثبت معامله خویش می‌نمایند، مصون از خطرات غیرقابل اجتناب بعدی باشند و دولت نیز بتواند سیاست‌های اقتصادی خود را در این حوزه اعمال نماید و هم دعاوی حقوقی و کیفری مربوط به این حوزه در دادگستری‌ها کاهش یابد و نظم در این حوزه در نظام حقوقی کشور حاکم شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی کتاب‌ها

- ابهری، حمید و علی سرخی. نقش اسناد عادی در معاملات املاک. ویرایش سوم. تهران: فکرسازان، ۱۳۹۶.
- شمس، عبدالله. ادله اثبات دعوا حقوق ماهوی و شکلی. ویرایش پانزدهم. تهران: دراک، ۱۳۹۱.
- شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادهای و تعهدات. ویرایش اول. تهران: حقوق دان، ۱۳۷۷.
- شهیدی، مهدی. مجموعه مقالات حقوقی مقاله فروش مال غیرمنقول بدون تنظیم سند رسمی. ویرایش اول. تهران: حقوق دان، ۱۳۸۵.
- صفایی، سیدحسین. دوره مقدماتی حقوق مدنی. جلد دوم: قواعد عمومی قراردادهای. ویرایش نهم. تهران: میزان، ۱۳۸۹.
- قاسم‌زاده، سید مرتضی. اصول قراردادهای و تعهدات. ویرایش اول. تهران: دادگستر، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر. اثبات و دلیل اثبات. جلد اول. تهران: میزان، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات. ویرایش هفتم. تهران: میزان، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادهای، دوره عقود معین یک. ویرایش ششم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۴.
- گرجی، ابوالقاسم. مجموعه مقالات حقوقی. ویرایش دوم. تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۲.
- لنگرودی، محمدجعفر. مبسوط در ترمینولوژی حقوق. ویرایش پنجم. جلد اول. تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰.
- محقق داماد، مصطفی. قواعد فقه: بخش مدنی (مالکیت / مسئولیت). ویرایش سی و هشتم. تهران: مرکز نشر علوم انسانی، ۱۳۹۲.
- مهرپور، حسین. دیدگاه‌های جدید در مسائل حقوقی. ویرایش دوم. تهران: نشر اطلاعات، ۱۳۷۴.
- هاشمی، سید محمد. حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران. جلد دوم. ویرایش بیست و دوم. تهران: میزان، ۱۳۸۹.
- مقالات، رساله و تقریرات
- ابهری، حمید. «نقش سند رسمی در بیع املاک». پژوهش‌های حقوقی، ۷، ۱۴ (۱۳۸۷)، ۱۸۵-۲۱۰.
- اسلامی، سید محمدهادی، جلیل قنوتی و عباسعلی حیدری. «تفسیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی». پژوهش‌نامه فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۱۱، ۱ (۱۳۹۷)، ۳۷-۵۸.
- اسماعیلی، محسن. «اصل حاکمیت اراده در حقوق غرب و اسلام مبانی، آثار و پیشینه تاریخی». پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۵، ۱۶ (۱۳۹۷)، ۳-۲۶.
- Doi: 10.22091/csiw.2019.1554.1124
- بیگدلی، عطاءالله. «حاکمیت اراده در فقه امامیه، نظام رومی ژرمنی و حقوق ایران، درآمدی مبنایی-فلسفی». پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، ۱۶، ۱ (۱۳۹۴)، ۱۲۵-۱۵۰.
- Doi: 10.30497/law.2015.1770
- پیلوار، رحیم و حاتم صفری. «نگاهی نو به اعتبار اسناد عادی راجع به اموال غیرمنقول با تأکید بر یک رأی». رأی، ۸، ۲۸ (۱۳۹۸)، ۱۰۵-۱۱۹.
- Doi: 10.22106/jcr.2018.98848.1219
- سادات اخوی، سیدمحسن و سید مرتضی طباطبایی. «تحلیل اعتبار مطلق اسناد رسمی در پرتو قانون احکام

- دائمی برنامه‌های توسعه کشور». حقوقی دادگستری، ۱۰۸ (۱۳۹۸)، ۱۱۹-۱۳۴.
- صاحبی، مهدی. «نقش ثبت سند در معاملات غیرمنقول با تأکید و رویه قضایی مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه». رساله دکترا. تهران: دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹-۱۳۹۰.
- طباطبایی، سید محمدصادق و روح‌الله کیانی. «بازتاب‌های اصل صحت در فقه و حقوق». پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ۳۲ (۱۳۹۲)، ۴۹-۶۸.
- کاتوزیان، ناصر. «سیاست قضایی و دفاتر اسناد رسمی». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ۶۸ (۱۳۸۴)، ۲۷۹-۲۹۶.
- کارچانی، مهدی و مهدی مددی. «گزارش نشست نقد یک رأی (دادگاه تجدیدنظر استان تهران): امکان ابطال سند رسمی رهن به استناد سند عادی انتقال مالکیت با تاریخ مقدم». رأی، ۸، ۲۶ (۱۳۹۸)، ۱۶۵-۱۸۶.
- Doi: 10.22106/jcr.2019.101548.1236
- عابدی، احمد. «تقریرات درس خارج فقه: بررسی فقهی قانون تجارت/ورشکستگی شرکت‌ها/ حکم علم و شک به تطابق حکم حاکم با مصلحت». حوزه علمیه قم، ۱/ ۱۱ / ۱۴۰۱. قابل دسترسی در: <https://eshia.ir/feqh/archive/text/abedi/feqh2/1401/14011101>
- موسوی بجنوردی، سید محمد و افتخار دانش پور. «بررسی فقهی حقوقی جایگاه شورای نگهبان در نظام جمهوری اسلامی ایران و نحوه نظارت آن بر قوانین و مقررات». پژوهشنامه متین، ۵۳ (۱۳۹۰)، ۵۱-۷۴. وبسایت‌ها
- اداره کل حقوقی قوه قضاییه. «نظریه شماره ۷/۹۶/۲۹۴۰ مورخ ۱۱/۳۰/۱۳۹۶». قابل دسترسی در: <https://edarehoquqy.eadl.ir>
- پایگاه خبری اختیار. «نظر فقهای شورای نگهبان درباره مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک». آخرین ویرایش ۱۲ آبان ۱۳۹۵. قابل دسترسی در: <https://www.ekhtabar.ir/?p=25000>
- پایگاه ملی قوانین و مقررات. «رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۱۰/۱/۱۳۳». قابل دسترسی در: <https://qavanin.ir/Law/PrintText/181656>
- خبرگزاری الف. «رهبر انقلاب: مصلحت کشور در سلب اعتبار از معاملات غیر رسمی اموال غیرمنقول است». ۶ تیر ۱۴۰۲. قابل دسترسی در: <https://www.alef.ir/news/4020406048.html>
- خبرگزاری فارس. «سودجویی زمین‌خواران از بلاتکلیفی طرح اعتبارزدایی از اسناد غیررسمی». ۲۰ آبان ۱۴۰۲. قابل دسترسی در: <https://www.farsnews.ir/news/14020815000718>
- خبرگزاری فارس. «نامه وزیر اقتصاد به رئیس مجمع تشخیص مصلحت نظام/ درخواست تصویب طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول». ۵ خرداد ۱۴۰۲. قابل دسترسی در: <https://farsnews.ir/Economy/1685076360000855477>
- سامانه نشست‌های قضایی. «نظریه هیئت عالی نشست‌های قوه قضائیه به شماره ۹۰۴۴-۱۴۰۱». قابل دسترسی در: www.neshast.org

(ب) منابع عربی

- آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین. کفایه الأصول (طبع آل‌البیت). قم: مؤسسه آل‌البیت (علیهم السلام) لإحياء التراث، ۱۴۰۹ قمری. برداشت شده از تارنمای کتابخانه دیجیتال نور، قابل دسترسی در:

<https://noorlib.ir/book/info/2748>

- مکارم شیرازی، ناصر. قواعد الفقهیه. ویرایش سوم. جلد دوم. قم: مدرسه الامام امیر المومنین، ۱۴۱۱ قمری.

قابل دسترسی در:

<https://noorlib.ir/book/info/313>

- موسوی خمینی، روح‌الله. الرسائل. قم: اسماعیلیان، ۱۳۶۸. قابل دسترسی در:

<https://noorlib.ir/book/info/2733>

(ج) منابع انگلیسی

- Weill, Alex & François Terré. *Droit Civil: les obligathions*. Paris: Dalloz, 1980.
- Ghestin, Jacques. *Traité de droit civil: laformation ducontract*, Vol. 1-2: les obligation. Paris: Libraivie generale de droit et de jurisprudence, 1993.
- Simler, Philippe & Philippe Delebecque. *Droit civil: les sûretés, la publicité foncière*. 3th ed. Paris: Dalloz, 2000.