

## صحت‌سنجی عملکرد قانون‌گذار نسبت به «تحدید حاکمیت اراده» در «قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول»

سیدمحمد اسدی‌نژاد • دانشیار، گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.  
asadinezhad@guilan.ac.ir  
جمال نیک‌کار • دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.  
jamalnikkar@phd.guilan.ac.ir (نویسنده مسئول)

### چکیده

ناکارآمدی اصل رضایی بودن قراردادها در جامعه امروز موجب گردید که مقنن ایرانی نسبت به بازنگری در شرایط انعقاد برخی معاملات اقدام نماید. معاملات اموال غیرمنقول یکی از مصادیق این عقود است که به موجب «قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول»، مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام، نحوه انعقاد آن مورد بازنگری قرار گرفته و با عدول از اصل رضایی بودن قراردادها، جری تشریفات ثبت رسمی معامله شرط اعتبار آن قرار گرفته است. از طرفی، احکام و ادبیات موجود در خصوص تلف حکمی نیز در سالیان اخیر توسعه یافته و رویکردهایی مخالف با مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی ایران به رشته تحریر درآمده است. به‌علت ماهیت استثنایی تشریفات و شکل‌گرایی در حقوق مدنی ایران که مبتنی بر فقه امامیه است، و حاکمیت چندین ساله اصل رضایی بودن قراردادها، و از دیگر سو، به‌دلیل اهمیت معاملات اموال غیرمنقول و اثر مستقیم آن بر امنیت قضایی و حیات اقتصادی مردم، این اقدام قانون‌گذار با واکنش‌های گوناگونی از سوی حقوق‌پژوهان روبه‌رو شده است و صحت عملکرد مقنن در بوته نقد واقع گردیده است. در مقاله پیش‌رو، با اتخاذ روش توصیفی تحلیلی تلاش شده است تا با مطالعه مبانی تشریفات و شکل‌گرایی، ضمن تبیین کارایی شکل‌گرایی در حوزه معاملات اموال غیرمنقول، عملکرد قانون‌گذار در وضع قانون پیش‌گفته مورد تحلیل قرار گیرد. نتایج پژوهش حاکی از آن است که به علل مختلفی چون گسترش جوامع انسانی و نابرابری قدرت معاملاتی اشخاص، پیروی از اصل رضایی بودن قراردادها برای معاملات حوزه املاک، دیگر پاسخگوی نیازهای امروز جوامع بشری نبوده و وضع تشریفات برای آن، مشابه با عملکرد بسیاری از نظام‌های حقوقی دیگر، امری اجتناب‌ناپذیر است. با این همه، عملکرد مقنن ایرانی از برخی جهات نظیر «احکام مترتب بر اثر فسخ قرارداد بر معاملات ثانویه» واجد ایراد بوده و مستلزم بازنگری است.

واژگان کلیدی: اصل حاکمیت اراده، اصل رضایی بودن قراردادها، شکل‌گرایی، تلف حکمی.



فحوای مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ قانون مدنی ایران بیانگر آن است که اصل در نظام حقوقی ما رضایی بودن عقود است که خود مبتنی بر اصل حاکمیت اراده است. بر اساس این اصل (حاکمیت اراده)، که نشأت گرفته از نظریه‌ی اصالت فرد است؛ طرفین عقد آزادی کامل در انعقاد قرارداد و اجرای آن داشته و جز اراده‌ی آن‌ها، اراده و تشریفات دیگری در ایجاد عقد دخالت ندارد (امامی، ۱۳۶۴، ص ۶۶). لذا مجرد رضای به وجود آوردن‌گان اعمال حقوقی برای ایجاد التزام کافی است، بدون آن‌که به استفاده از شکل خاصی از عقود و یا نحوه‌ی بیان اراده‌ی انشایی یا الفاظ خاصی مقید باشد (حائری، ۱۳۷۰، ص ۳۹). با این حال، علیرغم همه مزایای رضایی بودن قراردادها و حاکمیت اراده افراد (از جمله سرعت در مبادلات و ایجاد ابتکار در آحاد جامعه و عدم مداخله‌ی قوای حاکم در معاملات)، مینا قرار گرفتن مطلق این اصل نیز مفاسدی به همراه داشته که قانون‌گذار را ناچار نموده به منظور تأمین منافع جمعی و حفظ نظم عمومی مداخله نماید و با ایجاد محدودیت‌هایی از حاکمیت اراده اشخاص بکاهد. محدودیت‌هایی که با اهدافی چون حمایت از اشخاص ثالث، حمایت از طرف ضعیف، نظارت بر مبادلات ارزشمند اجتماعی و جلوگیری از ایجاد اختلافات آینده و اشتغال بیش از حد دستگاه قضایی صورت گرفته و موجب اعمال تشریفات خاصی برای برخی عقود گردید است. از جمله این محدودیت‌ها، تدوین قانون «الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول» است که پس از طرح آن در مجمع تشخیص مصلحت نظام در ۱۴۰۳/۰۲/۲۶ به تصویب رسیده است و مقنن با بازنگری نسبت به نحوه انعقاد معاملات اموال غیرمنقول، تشریفات را برای انعقاد معاملات احصاء شده در ماده ۱ این قانون تعیین و عدم رعایت آن‌ها را موجب بی‌اعتباری معاملات و غیرقابل استناد بودن آن‌ها در محاکم و ادارات دولتی قلمداد نموده و بدین طریق از دایره شمول حاکمیت اراده افراد در مرحله انعقاد قرارداد (انعقاد قرارداد به نحو عادی) کاسته و به آن کارکردی سازنده اعطا کرده است.<sup>۱</sup> این شیوه اقدام مقنن، با وجود مخالفت با ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های

۱. یکسال پس از راه اندازی رسمی سامانه ساماندهی اسناد غیر رسمی موضوع ماده (۱۰) این قانون هر عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع که موضوع یا نتیجه آن انتقال مالکیت عین یا انتقال حق انتفاع (اعم از عمری یا رقبی برای مدت بیش از دو سال یا انتقال حق ارتفاق اموال غیر منقول باشد و وقف و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص آنها و انعقاد عقود مفید انتقال منافع اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و اجاره به شرط تملیک و هر نوع پیش فروش ساختمان اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه و یا

توسعه کشور<sup>۱</sup> (که برای اسناد عادی اعتبار و ارزش قانونی قائل است)؛ این پرسش را به ذهن متبادر می‌کند که: ۱- به طور کلی وضع تشریفات (شکل‌گرایی) برای انعقاد اعمال حقوقی مبتنی بر چه مبنایی است؟ ۲- در وضع تشریفات ثبتی برای معاملات اموال غیرمنقول کدام یک از مبانی شکل-گرایی مدنظر بوده است و قانون‌گذار در تدوین قانون الزام به ثبت رسمی، چه اندازه در تحقق مبانی مزبور موفق عمل نموده است؟ ۳- آیا پیش‌بینی مقرر در تبصره یک ماده یک قانون مزبور (حکم به تلف حکمی) با اصول فقهی و حقوقی همخوانی دارد؟ فرضیه نگارندگان این است که با وجود ناکارآمدی قوانین سابق (دادن اعتبار به معاملات عادی اموال غیرمنقول)، وضع تشریفات ثبت رسمی برای معاملات اموال غیرمنقول ضرورتی غیرقابل انکار است؛ اما عملکرد مقنن از جهاتی واجد ایراد و مستلزم بازنگری است.

در خصوص قانون الزام به ثبت معاملات غیرمنقول و تحدید حاکمیت اراده افراد که در این قانون صورت پذیرفته، مطالعه مبنایی و تحلیلی صورت نگرفته است و در تألیفات مشابه صرفاً به بررسی اصل حاکمیت اراده، سیر تاریخی بیع تشریفات و معیارهای شناسایی تلف حکمی در حقوق اسلامی

---

ایمان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور باید در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به ثبت برسد در غیر این صورت دعاوی راجع به اعمال حقوقی مذکور که ثبت نشده باشد و ادله راجع به آنها در بخشی که مفید موارد مذکور است، نزد مراجع قضائی شبه قضائی و داوری قابل استماع نبوده و فاقد اعتبار است و جز دعوای استرداد عوضین هیچ شکایت کیفری یا دعوای حقوقی یا تقاضایی در خصوص آن عمل حقوقی و اسناد مربوط به آن از قبیل شکایت انتقال مال غیر دعوای اثبات یا تنفیذ معامله ابطال سند رسمی مالکیت الزام به تنظیم سند رسمی خلع ید، تخلیه ید و الزام به اجرای تعهدات مندرج در آن در مراجع مذکور مسموع نیست. همچنین اسناد ثبت نشده راجع به اعمال حقوقی مذکور در هیچ یک از دستگاه‌های اجرائی موضوع ماده ۲۹ قانون برنامه پنج ساله ششم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۴/۱۲/۱۳۹۵ پذیرفته نمی‌شود و در مراجع قضائی و اداری مذکور فقط شخصی مالک، ملک شناخته می‌شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که از این پس در این قانون «سازمان» نامیده می‌شود ملک به نام او به ثبت رسیده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد.

۱. ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور 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».

پرداخته شده است.<sup>۱</sup> این در حالی است که نگارندگان با انجام این پژوهش تلاش دارند ضمن پاسخ به سوالات فوق، عملکرد مقنن را در قانون الزام به ثبت مورد تحلیل قرار داده و بررسی نمایند که وضع تشریفات برای معاملات اموال غیرمنقول، اقدامی کارآمد است یا خیر. در صورت کارآمدی وضع تشریفات، شیوه اقدام مقنن در قانون مزبور و تحدید حاکمیت اراده اشخاص، تا چه اندازه صحیح بوده و همسو با قواعد فقهی و حقوقی است. بدین منظور بدواً به اختصار جایگاه و کارکرد شکل‌گرایی بررسی خواهد شد. سپس مبانی شکل‌گرایی در قانون الزام به ثبت مورد تحلیل قرار گرفته و در نهایت نحوه عملکرد مقنن در ایجاد تشریفات برای انعقاد عقود مورد بررسی و صحت سنجی قرار خواهد گرفت.

#### ۱. جایگاه و کارکرد شکل‌گرایی در فقه و حقوق ایران

امروزه اراده، مهم‌ترین رکن اعمال حقوقی محسوب شده که اثرگذاری آن متوقف بر اظهار آن است. ابراز اراده در کلیه اعمال حقوقی ضرورت داشته و فقدان آن عمل حقوقی را بی‌اثر می‌کند؛ زیرا آگاهی طرفین از خواسته‌های یکدیگر در قراردادهای، مستلزم اظهار اراده باطنی آنهاست و اراده‌ای که در باطن شخص وجود دارد و ابراز نمی‌شود، به ساحت اجتماع و جهان حقوق راه نمی‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۲۴۸؛ صفایی، ۱۳۹۵، ص ۵۶). مطالعه فقه امامیه حکایت از آن داشته شکل اظهار اراده<sup>۲</sup> فراز و فرودهای بسیاری را تجربه نموده و در خصوص آن میان فقهای متقدم و متاخر اختلاف نظر اساسی وجود دارد. به نحوی که فقهای متقدم حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را نپذیرفته و تأکید خاصی بر شکل لفظی اظهار اراده و مداخلیت آن در صحت عقود و بالاخص

۱. برای نمونه بنگرید به: قندالی، محمد؛ پیلوار، رحیم، مرادی، عبدالرحیم (۱۴۰۲)، سیر تاریخی بیع تشریفاتی در ایران، فصلنامه جغرافیا و برنامه ریزی منطقه‌ای، دوره ۱۳، شماره ۵۰. زارع، امیر؛ پیشنماز، سید امین (۱۴۰۱)، جایگاه شکل در قراردادهای با تحلیل مختصر تحولات حقوق مدنی فرانسه، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۴۹. جواهر کلام، محمد هادی؛ حدادی اردکانی، صمد (۱۴۰۲)، معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی؛ با تحلیل ضابطه «انتقال به ثالث با حسن‌نیت» در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی، پژوهش‌نامه حقوق اسلامی، دوره ۲۴، شماره ۵۹.

۲. مقصود از شکل در قراردادهای، شیوه ابراز اراده اشکال خاصی است که به صورت استثنایی و در راستای عدول از اصل رضایی بودن، از جانب قانون‌گذار در انجام برخی اعمال حقوقی مقرر شده است (واحدی، ۱۳۹۱، ص ۳۴). قدر جامع تعاریف ارائه شده در خصوص شکل در تعامل با اراده، عبارت است از: «عنصر خارجی و محسوسی که اراده باطنی را کشف، تکمیل، اثبات، حمایت یا هدایت کرده و یا جایگزین آن می‌شود» (بنائی اسکویی و فضلی جمور، ۱۴۰۲، ص ۲۳۲).

عقود لازم دارند و سایر اشکال اظهار اراده را جز در فرض ناتوانی متعاقد از ادای لفظ جایز نمی‌دانند (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۵۹؛ حلی، ۱۴۲۰، ص ۷؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ص ۱۲، شهید ثانی، ۱۳۸۸، ص ۱۷). عمده دلایل ایشان نیز روایت «انما یحلل الکلام و یحرم الکلام» و انحصار آن بر صیغه لفظی، اجماع و اعتقاد بر توقیفی بودن اعمال حقوقی است. اما در نقطه مقابل، متأخرین ضمن نفی توقیفی بودن عقود و ایقاعات، سایر اشکال اظهار اراده را به رسمیت شناخته و باور دارند آنچه اهمیت دارد، نه لفظ، بلکه کشف مراد اشخاص است و این مهم، به هر طریقی که حاکی از قصد باطنی افراد باشد، محقق می‌شود (محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۴۸؛ حسینی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۷؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۸، ص ۱۴۴؛ نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۳۴).<sup>۱</sup> فقهای معاصر نیز به تاثیر از ایشان، تأکید بر لفظ را صرفاً به دلیل روشنی آن در دلالت بر مقصود باطنی بیان نموده و اظهار متقدمین را صرفاً محصول اجتهاد آنان و نه ناشی از ادله شرعی دانسته‌اند (مغنیه، ۱۴۱۴، ج ۳، ص ۱۱؛ خوبی، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۱۰۴) و به صراحت اظهار نموده‌اند قصد باطنی به هر وسیله‌ای اعم از لفظ یا فعل که اظهار شود، معتبر است و اصولاً شکل و نحوه اعلام اراده به نحوی خاص موضوعیت ندارد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱، ص ۳۰۱). به نظر می‌رسد مبنای تشریفاتی بودن عقود براساس پذیرش نظریه اراده ظاهری در مقابل اراده باطنی است (اسدی نژاد و صادقی، ۱۴۰۲، ص ۲۸۰). مهم‌ترین اثر پذیرش و تفسیر بر اساس اراده ظاهری آن است که ادعای اشتباه و وجود اکراه قابل قبول نبوده و تاثیری نخواهد داشت. در تئوری اراده ظاهری بر خلاف اراده باطنی که مبتنی بر اصالت فرد است، اجتماع و روح جامعه مطرح است که باید در مقررات حقوقی مورد توجه قرار گیرد. هر چند افراط و تفریط در پذیرش هر دو نظریه موجب انحراف و تضییع حقوق افراد و جامعه است و باید تعدیل گردد. ظاهراً براساس نظریه پیروان حاکمیت اراده و فردگرایان (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۱۲۵) اراده باطنی ملاک اصلی است؛ به طوری که عبارات و الفاظ قرارداد باید مبین اراده واقعی و باطنی باشد. بنابراین اگر معلوم شود که مقصود طرفین غیر از چیزی است که ظاهر الفاظ و عبارات اقتضا می‌کند در این صورت در تفسیر قرارداد اراده واقعی آنان را باید در نظر داشت (السنهوری، ۱۹۳۴، ص ۱۷۶).

۱. البته برخی از فقهای متأخر نیز از رویکرد اتخاذی فقهای متقدم پیروی نموده و بر استفاده از الفاظ تأکید داشتند و استعمال لفظ را در صورت توانایی متعاقدین، شرط صحت عقود می‌دانستند (نجفی، ۱۴۳۰، ج ۲، ص ۲۱۹).

سیر تحولات رضایی یا تشریفاتی بودن عقود در حقوق ایران بیانگر آن است که رضایی بودن عقود مبتنی بر تبعیت از نظام سنتی و فقهی از یک سوی (ماده ۲۳۴ ق.م و یا مواد ۷۵۲ ق.م به بعد در صلح) و نظام رومی ژرمنی از سوی دیگر (ماده ۹۵۷ و ماده ۱۰ ق.م) است. در حقیقت مقنن با پیش‌بینی ماده ۱۰ قانون مدنی پذیرفت که «شکل»، جز در موارد استثنائی در ماهیت و صحت قرارداد دخیل نیست و طرفین می‌توانند هر نوع تعهدی را که خود بخواهند فارغ از شرط یا صلح یا هر عقد معین دیگر، بین خود برقرار نمایند (بیگدلی، ۱۳۹۴، به نقل از قندالی و همکاران، ۱۴۰۲، ص ۴۴۱). ورود استثنائات نیز نتیجه اهمیت بیش از اندازه به اراده انسانی و اصالت فرد و بروز جلوه‌هایی ناخوشایند از جمله اجحاف طرف توانا بر طرف ناتوان قرارداد به بهانه آزادی قراردادی و آسیب به منافع اشخاص ثالث و غیره بوده است که از آغاز قرن بیستم مورد توجه نظام‌های حقوقی قرار گرفت (رفیعی‌مقدم، ۱۳۹۰، ص ۴۹)<sup>۱</sup> و حقوق ایران نیز با تبعیت از این نظام‌ها به منظور حفظ مصالح اجتماعی، اقتصادی و نظم عمومی، اقدام به پیش‌بینی تشریفاتی در برخی از عقود نموده است؛ به نحوی که، گاهی پیش از انعقاد عقد (مانند برگزاری مناقصه و مزایده)، گاهی همزمان با انعقاد عقد (مانند به‌کارگیری لفظ در عقد نکاح) و گاهی پس از انعقاد عقد (مانند انتقال املاک موضوع مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت) تشریفات خاصی مقرر شده است.<sup>۲</sup>

۱. از این دوره به عنوان «نوزایی شکل‌گرایی» تعبیر می‌شود.

۲. البته پذیرش تشریفات به نحوی استثنایی برای عقود دارای ریشه فقهی (مانند نکاح و عقود عینی و ...) نیز بوده است و صرفاً منحصر به رفع نیازهای جامعه و حفظ نظم عمومی، اقتصادی (انتقال سرقفلی، سهام و مواد ۴۶، ۴۷، ۴۸ قانون ثبت) نبوده است (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ص ۸۸؛ صفایی، ۱۳۹۵، ص ۴۴). در حقوق ایران تفاسیر متفاوتی از سوی حقوقدانان برای شکل و تشریفات در اعمال حقوقی ارائه شده است؛ به نحوی که، برخی مفهوم شکل را به صورتی مضیق تقلیل داده و آن را صرفاً مؤثر در انعقاد عقد قلمداد نموده‌اند (امامی، ۱۳۹۳، ص ۲۰؛ شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۲۱؛ لنگرودی، ۱۳۹۶، ص ۴۵۸). برخی دیگر، آن را شامل مواردی می‌دانند که اظهار اراده باید به شکل خاصی ارائه شود و بدین طریق امور منضم به اراده اظهار شده را از دایره شمول تشریفات و مفهوم شکل خارج کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۸۸). عده‌ای نیز با توجه به پذیرش روزافزون شکل‌گرایی، از ارائه مفهوم محدود و مضیق امتناع نموده و تعریفی موسع برای آن بیان کرده‌اند و معتقدند هرگاه مقنن در یک عمل حقوقی خاص، آزادی شخص را در اظهار اراده محدود سازد یا او را پیش و پس از اظهار آزادانه اراده خویش، به انجام پاره‌ای تشریفات وادار کند، عقد از حالت رضایی خارج می‌شود. شکل و تشریفات در این معنا، برخلاف مفهوم مضیق که عدم رعایت آن صرفاً موجب بطلان است، حسب مورد طیف وسیعی از ضمانت اجراها (از جمله بطلان، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد، دشواری در مقام اثبات)

دقت در عقود تشریفاتی حاکی از آن است که به طور معمول وضع تشریفات در قراردادهای با اهداف حمایتی، نظارتی، درآمدی و اثباتی انجام می‌شود.<sup>۱</sup> هدف حمایتی در راستای حمایت از اراده فاعل عمل حقوقی، منافع اشخاص ثالث و جلوگیری از گسترش قراردادهای تحمیلی و الحاقی است؛ زیرا اولاً، طبیعت خاص برخی از عقود اقتضا دارد انعقاد آن‌ها همراه با دور اندیشی و به دور از هر گونه تعجیل انجام پذیرد (مانند عقود عینی همچون وقف و هبه و ...). تا اشخاص در خصوص آثار ناشی از آن با درایت بیشتری عمل کنند، لذا قانون‌گذار جهت ایجاد فرصت تأمل در آثار و پیامدهای عمل حقوقی و پرهیز از شتابزدگی، با پیش‌بینی تدابیری (شکل و تشریفات) تلاش نموده است تا فرد نتیجه توافق خود را در عالم خارج ببیند و در اثر اشتباه یا غلبه عواطف اموال خود را از دست ندهند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۸۹). ثانیاً، به دلیل نابرابری قدرت معاملاتی طرفین (به واسطه انحصار یا تشکیل کارتل‌ها و ...) و سوء استفاده‌های حاصل از تفوق مطلق اصل حاکمیت اراده، دولت به منظور حمایت از افراد ضعیف در قراردادهای تحمیلی و الحاقی، اقدام به مداخله نموده و تلاش داشته با محدود نمودن آزادی اشخاص در قالب شکل و تشریفات نوعی تعادل را در قرارداد ایجاد نماید.

هدف اثباتی شکل‌گرایی ناشی از آن است که پذیرش مطلق اصل رضایی بودن قراردادها، موجب گسترش نزاع و اختلاف میان طرفین می‌شود؛ زیرا این امکان را برای اشخاص فراهم می‌کند که به موجب یک توافق شفاهی اقدام به انعقاد عقد کنند، بدون آن‌که تمهید خاصی برای اثبات آن اندیشیده باشند، در نتیجه امکان انکار اصل قرارداد و بروز اختلاف در خصوص مفاد آن و بالتبع افزایش شمار پرونده‌های دادگستری امری محتمل خواهد بود (Beatson, 2010؛ به نقل از زارع و پیشنهاد، ۱۴۰۱، ص ۲۵۳)؛ از این رو قانون‌گذار با الزامی نمودن تشریفات همچون تنظیم سند عادی یا رسمی برای برخی عقود (مانند وصیت، بیمه، طلاق، نکاح و ...)، در صدد تسهیل اثبات انعقاد عقود و تبیین شرایط آن و احراز قصد واقعی طرفین برآمده است.

---

۱. به همراه دارد (قاسمی، ۱۳۸۸، ص ۵۵). در هر صورت تشریفات شدن برخی از عقود از جمله تنظیم سند رسمی در هنگام نقل و انتقال اموال غیر منقول بر خلاف احکام و مقررات فقهی نبوده بلکه به نظرات فقهی نزدیک تر شده است.

۲. تصور ساماندهی امور حقوقی و تنظیم روابط اجتماعی، کاهش هزینه، اخذ مالیات و بسیاری از علل دیگر، مبنای تمایل دولت‌ها برای اعمال شکل‌گرایی است (مازو، ش ۶۷؛ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۲۹۶).

نظارت مقامات دولتی و قضایی بر عمل حقوقی و اطلاع از آن‌ها، جهت کنترل و هدایت‌گری اراده، در راستای حفظ منافع فردی و جمعی از دیگر مبانی عنوان شده برای شکل‌گرایی است که در مواردی مختلفی چون ضرورت اجازه دولت ایران جهت نکاح تبعه زن ایرانی با تبعه مرد خارجی، لزوم تصویب دادستان یا دادگاه در خصوص انتقال اموال غیرمنقول محجور و لزوم رعایت شرایط شکلی ویژه اسناد تجاری در ماده ۲۲۳ قانون تجارت و ... مورد توجه مقنن قرار گرفته است. آخرین مبنای شکل‌گرایی اخذ مالیات است که از جمله منابع درآمدی دولت‌ها محسوب می‌شود و در توزیع ثروت در جوامع و تأمین عدالت در حوزه‌های اقتصادی و اجتماعی بسیار موثر است، این نقش حساس سبب شده است قانون‌گذار با تشریفات نمودن برخی از عقود به این اهداف خود دست یابد.<sup>۱</sup>

## ۲. مبانی شکل‌گرایی در وضع تشریفات برای معاملات اموال غیرمنقول

وضع تشریفات و الزام اشخاص به رعایت شکل‌های خاص در اعمال حقوقی؛ تدبیری خلاف اصل، زمان‌بر و موجب صعوبت شهروندان است که باید دلیل قابل قبول و منطقی برای آن وجود داشته باشد. در مقدمه طرح قانون الزام به ثبت که بدواً از سوی نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی تقدیم مجلس گردید، دلایل توجیهی‌ای در راستای تحقق سیاست‌های کلی نظام و سیاست‌های کلی برنامه ششم توسعه بر شمرده شد<sup>۲</sup> تا دو هدف تسهیل صدور سند مالکیت برای اراضی فاقد سند مالکیت و افزایش امنیت قضایی و حقوقی و اعتماد به اعتبار اسناد رسمی محقق شود. اما تدبیر وضع تشریفات برای بیع حاکی از آن است علاوه بر دو هدف فوق، وجود تشریفات در مرحله

۱. در تکلیف تنظیم سند رسمی توسط مأمور رسمی در برخی اعمال حقوقی یا در اسناد تجاری از این مبنا پیروی شده است.
۲. بند «۶۶» سیاست کلی برنامه ششم توسعه دایر بر لزوم حمایت قضایی موثر در تضمین حقوق مالکیت و استحکام قراردادها به منظور توسعه سرمایه‌گذاری بخش خصوصی و سرمایه‌گذاری خارجی.
- بند «۶۷» سیاست کلی برنامه ششم توسعه دایر بر لزوم توسعه ثبت رسمی اسناد و املاک و ثبت رسمی مالکیت دولت و مردم بر املاک و اراضی کشور در نظام حدنگار.
- بند «۲۱» سیاست‌های کلی نظام در دوره چشم‌انداز دایر بر توسعه نظم و امنیت.
- بند «۲۳» سیاست کلی نظام در دوره چشم‌انداز بر لزوم توسعه قانون‌گرایی، تقویت انضباط اجتماعی.
- بند «۳۶» سیاست کلی نظام در دوره چشم‌انداز بر لزوم ایجاد فضای مناسب، امن و اطمینان بخش برای فعالان اقتصادی و سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی با تکیه بر احترام به حقوق مالکیت‌داری‌های مادی.



انعقاد عقد بیع حاوی آثار مفید دیگری نیز خواهد بود و به تحقق هر چه بیش‌تر کارایی در جامعه منجر می‌شود؛ زیرا:

- اولاً؛ با وضع تشریفات ثبتی، مانعی مستحکم در مقابل افراد سودجو و کلاهبردار ایجاد شده و از آمار جرایم فروش مال غیر و کلاهبرداری کاسته خواهد شد. از طرف دیگر، آمار ارتکاب جرایمی همچون جعل و استفاده از سند مجعول نیز کاهش می‌یابد و از احتمال تضییع حقوق اشخاص که گاهی به موجب تشخیص اشتباه از سوی هیات‌های کارشناسی روی می‌دهد کاسته می‌شود.
- ثانیاً؛ از حقوق افراد جامعه به نحوی مطلوبی حمایت می‌شود و اعتماد عمومی ایشان به حاکمیت (قانون‌گذار و نهادهای قضایی) افزایش می‌یابد؛ زیرا با اجرای این قانون، حاصل زحمات و تلاش‌های چندین ساله افراد جامعه که در راستای خرید مسکن و ملک (از جهت رفع نیاز یا سرمایه‌گذاری) هزینه می‌شود، از سوی افراد سودجو و کلاهبردار تضییع نخواهد شد.
- ثالثاً، از دامن زدن به معضل اطاله دادرسی و آثار سوء و جبران‌ناپذیر آن همچون سلب اعتماد عمومی به دستگاه قضایی، گسترش اقدامات خودسرانه و تشدید درگیری‌ها جلوگیری خواهد شد؛ زیرا با الزامی شدن ثبت معاملات، از طرح دعاوی متعددی همچون جعل، کلاهبرداری، ورود ثالث، اثبات وقوع بیع که به واسطه اعتبار معاملات عادی در محاکم مطرح می‌شود و به نحوی غیرمستقیم موجبات اطاله دادرسی را ایجاد می‌نماید جلوگیری می‌شود.
- رابعاً؛ با ثبت معاملات اموال غیرمنقول، مشکلات اثباتی ناشی از وقوع معامله در قالب مبیعه - نامه‌های عادی همچون شهادت‌های کذب که به واسطه پذیرش اعتبار اسناد عادی در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، دامن‌گیر دستگاه قضایی شده و تضییع حقوق افراد و صدور احکام غیرعادلانه را موجب گردیده، کاهش می‌یابد.
- خامساً؛ معضل اخفای اموال از سوی اشخاص که به واسطه اعتبار مبیعه‌نامه‌های عادی، به عنوان مانعی برای اجرای احکام مالی دادگاه‌ها محسوب می‌شود برطرف شده و شعب اجرای احکام

۱. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به: اسدی‌نژاد طاهرگورابی، سید محمد؛ نیک کار، جمال (۱۴۰۲)، «تأملی در اطاله دادرسی؛ پیامدها، علل و راهکارها»، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال چهاردهم، شماره دوم، ص ۱۸۵-۱۹۹.

را قادر به شناسایی اموال محکومین از یک سوی و اجرای هرچه شایسته‌تر عدالت از سوی دیگر خواهد نمود. از طرفی، با وضع تشریفات ثبتی، مسئله تنظیم مبایعه‌نامه‌های صوری با تاریخ مقدم بر صدور آراء، که در راستای فرار از تادیه دیون از سوی افراد صورت می‌گیرد حل شده و دیگر افراد قادر نخواهند بود با انعقاد معاملات صوری جهت تضییع حقوق دیگران اقدام نمایند.

- سادسا؛ اخذ مالیات به عنوان یکی از منابع درآمدی دولت تسهیل می‌شود و موجبات توسعه اقتصادی کشور و بهبود ارائه خدمات در حوزه‌های مختلفی چون بهداشت، درمان، آموزش، راه و ترابری و غیره فراهم می‌گردد. همچنین امکان نظارت، کنترل و هدایت‌گری دولت در راستای حفظ منافع فردی و جمعی نیز بیش از پیش فراهم خواهد شد.

بنابراین به نظر می‌رسد وضع تشریفات و تعیین چارچوب ثبتی الزام‌آور، علاوه بر دلایل توجیهی تصریح شده؛ دارای مزایای بسیاری بوده و از مشکلاتی که جوامع امروزی به واسطه پذیرش اعتبار اسناد عادی (مبایعه‌نامه‌های عادی) با آن روبروست می‌کاهد و به کارایی در حوزه‌های مختلف حقوقی، قضایی، اقتصادی می‌انجامد. لذا به جرات می‌توان اظهار داشت که در وضع تشریفات ثبتی برای انعقاد عقد، چهار مبنای شکل‌گرایی (اثباتی، حمایتی، نظارتی و درآمدی) مورد بوده و هدف اساسی قانون‌گذار از تشریفات کردن معامله اموال غیرمنقول حفظ نظم عمومی جامعه است.

**۳. تحلیل عملکرد مقنن در قانون الزام به ثبت معاملات غیرمنقول در راستای تحقق اهداف تشریفاتی نمودن**

همانطور که پیش‌تر بیان شد قانون‌گذار ایران در راستای تقویت اعتبار اسناد رسمی و بهبود عملکرد محاکم قضایی اقدام به تدوین قانون الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول نمود، تا بدین طریق از چالش‌ها و مفاسدی به واسطه اعتبار اسناد عادی با آن‌ها مواجه بود جلوگیری نماید. به منظور دستیابی به این مهم، انعقاد اعمال حقوقی (بیع‌نامه) یا تعهد به انجام اعمال حقوقی (قولنامه) نسبت به اموال غیرمنقول منوط به ثبت در سامانه ثبت الکترونیک اسناد گردیده و انجام اعمال حقوقی خارج از این چارچوب فاقد اثر حقوقی و حمایت قضایی دانسته شده است. از طرفی مقنن با توجه به حاکمیت چندین ساله اصل رضایی بودن قراردادها، به منظور ساماندهی مالکیت‌های مبتنی بر اسناد غیررسمی و فراهم ساختن زیرساخت‌های لازم جهت اجرای قانون، در ماده ۱۰ مقرر کرد تا ظرف مدت یک‌سال از تاریخ ابلاغ قانون، سامانه‌ای برای ساماندهی اسناد غیررسمی تدارک

دیده شود تا مدعیان مالکیت عین و منافع و ..... (ظرف مدت دو سال) نسبت به بارگذاری مستندات مالکیت خود در این سامانه اقدام نمایند. از طرفی افراد پس از ثبت مستندات مکلف شده‌اند (ظرف مدت دو سال) نسبت به انجام هر امر قانونی در راستای اخذ سند رسمی مالکیت (اعم از طرح دعوی الزام به تنظیم سند رسمی یا دعوی مرتبط در مراجع قضایی) و درج آن در سامانه اقدام نمایند. ضمانت اجرای عدم اقدام در مدت تعیین شده (عدم ثبت مستندات مالکیت در سامانه)، غیر قابل استماع بودن ادعای افراد (هر چند ذی‌حق) نسبت به اراضی عمومی و دولتی و اشخاص ثالث با حسن نیت است. البته به منظور حفظ حقوق افراد و جلوگیری از سوء استفاده اشخاص سودجو (بارگذاری اسناد جعلی و خلاف واقع)، از یک سوی افرادی که با سوء نیت و علم به عدم استحقاق خود نسبت به درج اسناد عادی در سامانه اقدام کنند به ۲۰ درصد قیمت روز ملک به عنوان جزای نقدی محکوم می‌شوند؛ از سوی دیگر، در صورت عدم اقدام فرد در مهلت مقرر دو ساله و عدم امکان رجوع به ثالث با حسن نیت، محاکم مکلف شده‌اند به قیمت روز مال غیرمنقول علیه افرادی که نسبت به معامله معارض اقدام کرده‌اند حکم نمایند. در حقیقت قانون‌گذار با پیش‌بینی ماده ۱۰ تلاش نموده است با سامان‌دهی اسناد عادی و اعتبار سنجی آن‌ها، وضعیت حقوقی این اسناد را مورد ارزیابی قرار دهد و به دنبال آن با ایجاد الزام به ثبت معاملات در سامانه ثبت الکترونیک اسناد به موجب ماده ۱ این قانون مشکلات و مصائبی را که جامعه حقوقی امروزه با آن روبرو است به پایان برساند. با وجود وثوق عقلانیت بر وضع تشریفات و شکل بر معاملات اموال غیرمنقول، عملکرد قانون‌گذار در قانون مزبور از منظر رعایت اصول و مبانی حقوقی از جهاتی قابل تامل است که در ذیل به بررسی آن‌ها پرداخته خواهد شد.

### ۳.۱. ضمانت اجرای عدم ثبت مستندات در سامانه

همانطور که پیش‌تر بیان شد قانون‌گذار در ماده ۱۰ قانون الزام به ثبت، مهلتی را برای ثبت ادعاهای افراد و بررسی صحت این ادعا و انجام مقدمات لازم جهت اخذ سند رسمی مالکیت تعیین نموده است و عدم اقدام افراد در مهلت تعیین شده را واجد آثاری دانسته است؛ بدین نحو که، ادعای موخر و خارج از مهلت افراد (مالکین حقیقی) را در برابر مالکیت اراضی عمومی و دولتی و اشخاص ثالث با حسن نیت قابل استناد، استماع و معارضه نمی‌داند. بنابراین در صورتی که اشخاصی برخلاف

واقع مدعی مالکیت ملکی شوند و نسبت به بارگذاری اسناد جعلی در سامانه اقدام نمایند و در نقطه مقابل مالک واقعی نیز در مدت مقرر قانونی به تکلیف قانونی خود عمل نکند و این فعل و انفعالات منتج به صدور اسناد رسمی و بالتبع نقل و انتقالاتی شود؛ مالک حقیقی دیگر نمی‌تواند در برابر دارنده با حسن نیتی که با اعتماد به اعتبار اسناد رسمی اقدام به خرید ملک نموده ادعایی را مطرح نماید. این شیوه اقدام مقنن در ماده مزبور با نص صریح ماده ۳۶۵، ۳۶۶ و ۳۱۱ قانون مدنی و نظرات فقهی در خصوص اثر عقد فاسد (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۱۲، ص ۲۲۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۱، ص ۱۶۳؛ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۶۴) در تعارض است و نوعی بدعت‌گذاری جدید و اعتبار بخشی به معامله فاسد محسوب می‌شود. البته لازم به ذکر است مقنن برای مالک واقعی حق مطالبه قیمت روز ملک را از اشخاصی که عالماً نسبت به بارگذاری مستندات جعلی یا معامله معارض اقدام نموده‌اند قائل شده است و تلاش داشته با اتخاذ چنین رویکردی ارزش‌هایی چون اعتبار اسناد رسمی و معاملات مستند به آن و حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت را حفظ نماید.

اگرچه اتخاذ رویکرد فوق با مبانی فقهی منطبق نیست و ممکن است مالک واقعی را در برابر افراد معسر قرار دهد و در دستیابی به قیمت روز ملک با مشکلاتی مواجه کند؛ اما از جهاتی نیز کارآمد محسوب شده و از اعتبار اسناد رسمی و حقوق اشخاص ثالث حمایت می‌کند. به نظر می‌رسد قانون‌گذار در تدوین این ماده بر سر یک دوراهی قرار داشته که یک سمت آن اتخاذ سیاستی مبتنی بر فقه و سمت دیگر آن اتخاذ سیاستی مبتنی بر کارایی و عدالت بوده است که هر یک واجد آثاری هستند. سیاست قانونی مبتنی بر فقه (بیع فاسد اثری در تملک ندارد) موجب می‌شود سلسله معاملات انجام شده بر روی یک ملک به واسطه منشاء فاسد مالکیت فروشنده اول (بارگذاری اسناد جعلی و غیر واقعی) باطل تلقی شود و بالتبع منجر به طرح دعاوی متعدد، کاهش اعتبار اسناد رسمی و اختلال در نظم اقتصادی جامعه گردد. این درحالی است سیاست دوم<sup>۱</sup> واجد آثار زیانبار فوق نبوده و ضمن توجه به اعتبار اسناد رسمی و حمایت از حقوق ثالث با حسن نیت؛ به حقوق مالک واقعی نیز توجه داشته و برای وی امکان مطالبه قیمت روز ملک را از ارائه دهنده اسناد جعلی پیش‌بینی نموده است.

۱. سیاست مبتنی بر اقدام مقنن در ماده ۱۰ که از آن به عنوان سیاست مبتنی بر عدالت و کارایی نام برده است.

شاید در ظاهر به نظر برسد که مقنن با ممانعت از رجوع مالک حقیقی به دارندگان با حسن نیت، برخلاف نصوص شرعی و حق عینی ایشان اقدام نموده است، اما با دقت در ماده ۱۰ قانون مزبور مشخص خواهد شد که مقنن در تدوین این مقرر قانونی به نحوی هوشمندانه عمل نموده است؛ زیرا نباید فراموش کرد که: اولاً، فرصتی برای ارائه ادعاها و مستندات مالکیت در اختیار افراد قرار گرفته و از حقوق عینی ایشان حمایت شده است.<sup>۱</sup> ثانیاً، با پیش‌بینی حق رجوع مالکین واقعی به ارائه کنندگان مستندات جعلی در راستا حفظ حقوق ایشان و جلوگیری از دارا شدن بلاجهت مدعیان دروغین اقدام شده است و نهایتاً با پیش‌بینی جزای نقدی مقرر در تبصره ۵ ماده ۱۰، ریسک ادعای خلاف واقع و ارائه مستندات جعلی را برای اشخاص افزایش داده و از مطلوبیت آن در نظر ایشان کاسته است. بنابراین به جرات می‌توان گفت قانون‌گذار در تدوین ماده ۱۰ قانون مزبور به نحوی شایسته عمل نموده و توانسته است ضمن ساماندهی مالکیت مبتنی بر اسناد عادی، در راستای حفظ حقوق مالکین و اشخاص ثالث با حسن نیت گام بردارد.

### ۳.۲. شرط عدم انجام تصرفات ناقل

معمولاً در معاملات مغایه‌ای، هر یک از طرفین عقد در راستای حفظ منافع خود عمل نموده و به دنبال آن هستند تا با درج شروط ضمن عقد، دستیابی به این منافع (مبیع یا ثمن) را برای خود تضمین نماید. این مسئله با توجه به ماهیت تملیکی عقد بیع و اینکه اکثر معاملات به صورت غیر نقد واقع می‌شود و پرداخت ثمن در قالب چک یا سایر وسایل پرداخت صورت می‌گیرد، برای فروشنده از اهمیت بسیاری برخوردار است. لذا بر همین مبنا، فروشندگان تلاش می‌نمایند قراردادهای خود را به نحوی تنظیم کنند تا در صورت عدم پرداخت ثمن در مواعد تعیین شده، امکان دستیابی آن‌ها

۱. در صورت تقصیر مالک در عدم مراقبت از مال خود که زمینه تسلط و تصرف غیر را در آن فراهم آورده یا عدم ثبت رسمی ملک خویش یا عدم ممانعت از ایجاد مستحقات در ملک خود، علیرغم اطلاع از وقوع معامله بر آن، می‌توان قاعده اقدام را به عنوان مبنای فقهی و حقوقی برای تحقق تلف حکمی در نظر گرفت و تلف حکمی را به عنوان نتیجه «سهل‌انگاری» مالک برشمرد. در این صورت، مالک به جای مطالبه عین مال خود، باید برای بدل آن، به اموال دیگر انتقال‌دهنده رجوع کند (جواهرکلام و حدادی اردکانی، ۱۴۰۲، ص ۱۳۰).

۲. تبصره ۵: «شخصی که با علم به عدم استحقاق رأساً یا توسط دیگری اقدام به درج سند عادی در سامانه موضوع این ماده نماید به جزای نقدی معادل بیست درصد (۲۰) قیمت روز ملک محکوم خواهد شد.....».

به نظر می‌رسد مقنن در این تبصره به کارکرد تبیهی و بازدارنده جزای نقدی نظر داشته است.

به عین مورد معامله مهیا باشد. این مهم معمولاً با درج شرط خیار (حق فسخ) و منع خریدار از انجام تصرفات ناقل تا زمان معین (پرداخت کامل ثمن یا تادیه وجه چک و ...) محقق می‌شود؛ زیرا وجود چنین شرطی در عقد بر اساس مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی مانع از انجام تصرفات ناقل از سوی خریدار خواهد بود و در صورت انجام معامله نیز چنین عقدی غیرنافذ محسوب می‌گردد.

در خصوص اعتبار و اثر شرط عدم انجام تصرفات ناقل میان فقها اتفاق نظر وجود نداشته و به طور کلی سه نظر از سوی ایشان ابراز شده است. برخی از فقها شرط عدم انجام تصرفات ناقل (فروش) را باطل و مبطل عقد عنوان نموده و علت آن را مخالفت با مقتضای ذات عقد (حلی، ۱۴۲۰، ص ۲۴۷؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ص ۲۱۴)، مخالفت با کتاب و سنت و احکام شرعی (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ص ۲۶۹) و عدم تحقق قصد طرفین (بحرانی، ۱۴۱۰، ص ۶۷) دانسته‌اند.<sup>۱</sup> برخی دیگر شرط عدم فروش مبیع را باطل و عقد بیع را صحیح دانسته‌اند و علت بطلان شرط را مخالفت آن با کتاب و سنت و علت صحت عقد را شمول آیه‌ی شریفه‌ی «احل الله البیع» بیان داشته‌اند (شیخ طوسی، ۱۴۱۷، ص ۱۵۷). عده‌ای نیز شرط عدم فروش مبیع را صحیح دانسته و چنین شرطی را مخالف مقتضای بیع یا احکام شرعی نمی‌دانند و معتقدند با چنین شرطی نه حلالی حرام می‌گردد و نه حرامی حلال؛ در نتیجه تردیدی در صحت آن وجود ندارد (نجفی، ۱۳۶۵، ص ۲۰۱؛ نراقی، ۱۳۷۵، ص ۱۴۵؛ انصاری، ۱۴۲۰، ص ۴۵). البته در خصوص اثر چنین شرطی نیز میان فقهای که نظر به صحت آن دارند اختلاف بوده و دیدگاهی واحد اتخاذ نشده است. در این میان برخی، معامله مبیع را صحیح دانسته و فسخ فروشنده اول را موثر بر معامله دوم نمی‌دانند و برای فروشنده اول صرفاً حق مطالبه مثل را قائل شده‌اند و احکام تلف حکمی را در چنین مواردی جاری نموده‌اند<sup>۲</sup> (انصاری، ۱۴۲۰، ص ۱۵۱). در مقابل، برخی دیگر علی‌رغم اینکه معامله مبیع از سوی خریدار را صحیح دانسته‌اند؛ اما فسخ معامله اول را موثر بر معاملات ثانویه عنوان کرده و برای فروشنده حق مطالبه عین مال را

۱. البته لازم به ذکر است در خصوص باطل و مبطل بودن شرط عدم انجام تصرفات ناقل نیز اختلافاتی میان فقها حاکم است. بدین نحو که برخی چنین شرطی را مطلقاً (اعم از اینکه برای معین باشد یا بدون قید زمان) باطل و مبطل دانسته‌اند (محقق کرکی، ۱۴۰۸، ص ۴۱۴)؛ اما برخی دیگر بطلان را ناظر به زمانی دانسته‌اند که شرط فاقد مدت معین باشد (حلی، ۱۴۲۰، ص ۲۴۷؛ نراقی، ۱۳۷۵، ص ۱۴۵).

۲. رویکردی همسو با تبصره ماده یک قانون الزام به ثبت معاملات غیر منقول.

قائل شده‌اند و بیان داشتند «اگرچه فروش مبیع توسط خریدار (فروشنده دوم) لازم و غیرمتزلزل است اما نسبت به فروشنده‌ی اول متزلزل است و بر همین اساس او می‌تواند بعد از فسخ بیع اول، مبیع را از خریدار دوم مسترد نماید (محقق قمی، ۱۳۷۱، ص ۸؛ موسوی خویی، ۱۳۶۸، ص ۴۸۹).

برخلاف فقها، میان حقوق‌دانان در ارتباط با اعتبار شرط عدم انجام تصرفات ناقل برای مدت معین اتفاق نظر حاکم بوده و ایشان به تاثیر از مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی چنین شرطی را صحیح و واجد اثر می‌دانند. اما در خصوص اثر چنین شرطی تعابیر مختلفی از سوی ایشان مطرح شده است؛ به نحوی که برخی، بطلان در ماده‌ی مزبور را به عدم نفوذ تعبیر نموده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۷۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹، ص ۲۹۴؛ صفایی، ۱۳۹۵، ص ۳۱۰؛ امامی، ۱۳۹۳، ص ۵۵۰).<sup>۱</sup>

اما برخی دیگر به تبعیت از ماده ۴۵۴ ضمانت اجرای بطلان را برگزیدند و عدم تصرفات ناقل خریدار را باطل اعلام نمودند (عدل، ۱۳۷۸، ص ۲۳۲؛ ره‌پیک، ۱۳۸۷، ص ۷۶).<sup>۲</sup> عده‌ای نیز واژه بطلان در ماده ۴۵۴ را به انفساخ تعبیر نموده و در توجیه نظر خود به قاعده حقوقی جمع بین حقوق اشخاص<sup>۳</sup> استناد کرده و معتقدند از یک سوی، خریدار به مجرد وقوع عقد مالک مبیع می‌شود و طبق قاعده تسلیط می‌تواند در مایملک خود هر تصرفی انجام دهد. از سوی دیگر، حقوق فروشنده، که در عقد بیع حق فسخ داشته و همچنین عدم تصرفات ناقله را بر خریدار شرط نموده، اقتضاء می‌کند که اگر وی بیع را فسخ نماید بتواند به مبیع دسترسی پیدا کند و آن را به مالکیت خود درآورد (سکوتی نسیمی، ۱۳۹۳، ص ۱۵۶).

مطالعه نظرات فقها و حقوق‌دانان حاکی از آن است که اکثریت ایشان به صحت شرط عدم انجام تصرفات ناقل برای مدت معین نظر داشته و دلایل مخالفان مبنی بر مخالفت چنین شرطی با مقتضای

۱. ایشان بیان داشتند «ضمانت اجرای عقد دوم براساس شرط عدم انتقال با وجود انتقال مالکیت مبیع به خریدار عدم نفوذ است و این حکم با وحدت ملاک از ماده ۴۶۰ ق.م قابل فهم است. اگرچه این ماده مختص بیع شرط است، ولی با امعان نظر و تامل نشان می‌دهد که این حکم به نحو عموم بر شرط مترتب است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۷۶).

۲. به نظر می‌رسد این نظر صحیح نیست و بطلان عقد برخلاف موازین حقوقی است. چون وقتی حکم فروش مال غیر، غیر نافذ است نه باطل. بنابراین انتقال مبیع به دیگری با وجود شرط عدم انتقال باطل نخواهد بود؛ به ویژه اینکه ممکن است هرگز مشروط له اقدام به طرح دعوی حقوقی علیه مشروط علیه نکند. بنابراین بطلان چنین معامله علی‌رغم عدم اقدام قانونی از طرف ذینفع غیرعقلایی است.

۳. «الجمع مهما امکن اولی من الطرح».

ذات عقد، کتاب و سنت و قصد طرفین را مردود می‌دانند. البته فارغ از نظرات ابرازی فقها و حقوقدانان، با توجه به عللی چون نقش اساسی قصد و رضای اشخاص در انعقاد عقود، کارآمدی شرط عدم انجام تصرفات ناقل در راستای حفظ حقوق فروشنده (با توجه به آن‌که اغلب معاملات امروزی به صورت نسیه یا به وسیله چک است) و مبنای صدور رای وحدت رویه ۸۱۰ دیوان عالی کشور که اخیراً از سوی هیات عمومی دیوان عالی کشور اصدار یافته است نیز می‌توان به صحت و کارایی این شرط پی برد.

در خصوص اثر شرط عدم انجام تصرفات ناقل نیز فارغ از نظریه شیخ انصاری که قائل به تلف حکمی مال و ضرورت مطالبه مثل شده است؛ سایر فقها و حقوقدانان علیرغم اتخاذ ضمانت‌های اجرای مختلف (عدم نفوذ، انفساخ، بطلان)؛ اتفاق نظر دارند که پس از فسخ معامله اول، فروشنده حق استرداد مال را خواهد داشت. به نظر می‌رسد، پذیرش نظریه اکثریت (استرداد مال در فرض فسخ) صحیح‌تر بوده و نقش موثری در تحقق عدالت و کارایی اقتصادی دارد؛ زیرا این امکان را برای فروشنده ایجاد می‌کند که بتواند در معاملات غیرنقدی با درج چنین شرطی ریسک معامله و احتمال از دست دادن دارایی‌اش را کاهش دهد. این در حالی است که اگر ضمانت اجرای تلف حکمی پذیرفته شود، با وجود مقررات اعسار در حقوق ایران، محملی برای سوء استفاده افراد سودجو و کلاهبردار ایجاد می‌شود و ایشان را قادر خواهد ساخت با پرداخت بخشی جزئی از ثمن اقدام به خرید مال نموده و پیش از فرارسیدن سررسید اقساط ثمن، آن را از دارایی خود خارج کنند و در نهایت با معسر جلوه دادن خود از تادیه مثل یا قیمت مبیع شانه خالی کنند. بنابراین به جرات می‌توان گفت قانون‌گذار در تبصره یک ماده یک قانون الزام به ثبت معاملات غیرمنقول، با پیروی از نظر اکثریت و تصریح به اثر شرط عدم انجام تصرفات ناقل بر حقوق منتقل‌الیه در این قانون (عدم امکان ثبت معاملات در مهلت تعیین شده مورد توافق طرفین و عدم اعتبار معاملات خارج از سامانه ثبت الکترونیک اسناد)، ضمن توجه به اقتضائات حاکم بر نحوه انعقاد معاملات در جوامع امروزی (انجام بیع به صورت نسیه و پرداخت‌های ثمن به صورت موجل)، از هرگونه تفسیر بر مبنای نظرات فقهی و نتیجتاً صدور آرای متعارض در محاکم جلوگیری نموده است.

### ۳.۳. اثر فسخ قرارداد بر معاملات ثانویه



در خصوص تاثیر اعمال حق فسخ بر اقدامات و تصرفات خریدار و ثالث با حسن نیت دیدگاه - های متمایزی از سوی فقها و حقوقدانان اتخاذ گردیده و این تشتت دیدگاه‌ها ناشی از آن است که در مورد زمان انتقال مالکیت در معاملات متضمن اختیار فسخ اختلاف نظر شدیدی حاکم بوده و موضع‌گیری‌های متفاوتی شده است. به طور کلی در خصوص زمان انتقال مالکیت در معاملات متضمن اختیار فسخ سه دیدگاه در میان فقها حاکم است؛ بدین نحو که، برخی قائل به ممنوعیت خریدار از انجام تصرفات ناقل منافی خیار شرط بوده و معتقدند به دلیل وجود خیار فسخ برای فروشنده، هرگونه نقل و انتقال بعدی یک اقدام فضولی و غیرنافذ خواهد بود (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۸۳؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۶۷؛ طباطبایی قمی، ۱۴۲۶، ج ۸، ص ۵۲؛ گلبایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱، ص ۳۶۵). در مقابل، برخی دیگر هر تصرفی را از سوی خریدار جایز دانسته و برای صحت معاملات بعدی، به ماهیت عقد بیع استناد نموده‌اند (علامه حلی، ۱۴۰۸، ص ۶۸؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ص ۲۷۱؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۰۶، ص ۳۵۱؛ محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۳۷۱)؛ در حقیقت ایشان با استناد به زمان انتقال مالکیت که از زمان وقوع عقد است صرف ایجاب و قبول را برای انتقال مالکیت مبیع به خریدار و انجام تصرفات ناقله از سوی وی کافی دانسته‌اند. این درحالی است که عده‌ای از فقهای متاخر با تفکیک بین خیارات و تقسیم آن‌ها به خیارات بالقوه<sup>۱</sup> و بالفعل<sup>۲</sup> راهکاری متفاوت از سایرین ارائه نموده‌اند و معتقدند در زمان خیار بالفعل (حیوان، مجلس، شرط) مشتری حق ندارد مبیع را منتقل نماید؛ اما در زمان خیار بالقوه مشتری حق انتقال داشته و اعمال حق فسخ از سوی فروشنده اول، تأثیری در معامله دوم ندارد و عین مبیع به فروشنده اول اعاده نخواهد شد؛ زیرا تلف حکمی مال صورت گرفته و فروشنده می‌بایست مطالبه مثل یا قیمت مال خود را بنماید (انصاری، ۱۴۲۲، ج ۶، ص ۱۵۲؛ خویی، ۱۳۶۸، ج ۷، ص ۴۷۷).

۱. خیار بالقوه یعنی اینکه ممکن است برای فروشنده در آینده حق فسخ به وجود آید و یا اینکه هرگز چنین حقی ایجاد نشود. مثال الف به ب مالی را می‌فروشد و بخشی از ثمن نقد و بخش دیگر طی چند فقره چک پرداخت می‌نماید و طرفین توافق می‌کنند که اگر هر کدام از چک‌ها منتهی به گواهی عدم پرداخت شد، فروشنده حق فسخ معامله را داشته باشد.

۲. خیاری است که حین العقد موجود است مانند اینکه الف مالی را به بفروشد و به مدت سه ماه برای خود حق فسخ در نظر بگیرد. به عبارتی خیار متصل به زمان عقد بوده و از زمان تشکیل عقد تا سه ماه می‌تواند معامله را فسخ کند.

حقوقدانان نیز با تاثیر از نظرات فقهاء راهکارهای متفاوتی در خصوص اثر فسخ بر تصرفات خریدار ارائه نمودند؛ به نحوی که برخی قائل بر آن هستند مشتری در مدت زمان خیار فسخ می‌تواند هر گونه تصرفی در مبیع نماید و فسخ معامله اولیه به هر دلیلی که باشد موثر بر معاملات انجام شده از سوی خریدار نخواهد بود؛ زیرا اصل کلی این است اثر فسخ از زمان فسخ است و به استناد اصل ابقاء عقود تا زمان کاربرد فسخ، اصل کلی حاکم می‌باشد مگر در مورد خیارات تروی و اختیار (شرط، مجلس و حیوان) که فسخ، اثر قهقرایی دارد؛ زیرا این خیارات از مواردی هستند که حول محور تزلزل<sup>۱</sup> فکر عاقدین، دور می‌زنند و از همان حین عقد، عاقدین با توجه به این تزلزل، اقدام به انعقاد عقد می‌نمایند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ج ۴، ص ۲۰۲). عده‌ای نیز مفاد ماده ۴۶۰ ق.م.د در خصوص بیع شرط را در بیع متضمن خیار شرط جاری دانسته و معتقدند مراد از درج اختیار فسخ این بوده است که مبیع برای باز پس گرفتن آماده باشد، لذا در بیع متضمن خیار شرط عدم تصرفات ناقله منافی با خیار، بر مشتری به طور ضمنی شرط شده است و علی‌رغم انتقال مالکیت از زمان عقد، خریدار از انجام تصرفات منافی خیار بایع ممنوع خواهد بود (امامی، ۱۳۹۳، ج ۱، ص ۵۱۱؛ کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۵، ص ۷۷؛ قاسم زاده، ۱۳۸۶: ۲۵).

از مذاقه در نظرات حقوقدانان و فقهاء در خصوص اثر اعمال فسخ بر تصرفات خریدار این نتیجه حاصل می‌گردد که «نظریه جواز تصرفات خریدار و عدم تاثیر اعمال حق فسخ بر معاملات انجام شده» اگرچه با مواد قانون و اصل کلی در خصوص زمان انتقال مالکیت هماهنگ است؛ اما این ایراد بر آن وارد است که در آن هیچ توجهی به نوع و مبنای خیار و قصد واقعی طرفین نشده است؛ زیرا استقراء در نظرات ابرازی در خصوص مبنای خیارات<sup>۲</sup> حاکی از آن است که خیارات ذکر شده در

۱. تزلزل مالکیت متفاوت از مالکیت مراعی است و به حالتی اطلاق می‌شود که با توجه به وجود حق غیر در آن یا احتمال انحلال قرارداد منشأ مالکیت، امکان از بین رفتن مالکیت وجود داشته باشد. تفاوت اصلی مالکیت متزلزل با مالکیت مراعی در این است که در مالکیت متزلزل، تا زمان وجود مالکیت، منافع مال متعلق به مالک است درحالیکه در مالکیت مراعی با کشف واقع ممکن است منافع از روز نخست متعلق به مالک نباشد و لازم است منافع استفاده شده بازگردانده شود (محقق داماد و همکاران، ۱۴۰۲، ص ۲۴).

۲. نظرات ابرازی در خصوص مبنای خیارات را می‌توان به دو گروه تقسیم نمود:

- برخی خیار فسخ را ناشی از حکومت اراده و مفاد تراضی طرفین می‌دانند و معتقدند اگر نیروی الزام‌آور به حکومت اراده مربوط است باید استثنای اصل را نیز در همین مبنا جستجو نمود. بنابراین همه خیارات فسخ در عقود لازم به

قانون مدنی دارای مبنای مشترک نیستند و قاعده لاضرر نمی‌تواند وجود همه اقسام خیار را توجیه کند. برخی از خیارات مانند خیار شرط بی‌تردید مبتنی بر خواست صریح یا ضمنی دو طرف است و برخی نیز مانند خیار مجلس و حیوان از عادات و رسوم اجتماعی و یادگاری‌های تاریخی و حکم شرع سرچشمه می‌گیرد. پس استناد به ضرری که از عقد ناشی می‌شود ما را بی‌نیاز از مبانی دیگر نخواهد ساخت (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۶۴).

نظریه «جواز تصرفات خریدار و ممنوعیت خریدار از تصرفات ناقل منافی خیار شرط» نیز اگرچه گامی در راستای قصد واقعی طرفین برداشته است؛ اما این ایراد بر آن وارد است که ارائه‌کنندگان آن صرفاً خیار شرط (نه همه خیارات تروی) را مورد توجه قرار داده‌اند.

به نظر می‌رسد از میان نظریات ابرازی، ارائه‌کنندگان نظریه‌ی تفکیک خیارات به بالفعل و بالقوه شیوه‌ی مناسب‌تری را اتخاذ نموده‌اند؛ زیرا اولاً، اصل انتقال مالکیت از زمان عقد را پذیرفته و مالکیت خریدار از زمان تراضی را بر طبق مواد ۳۶۲، ۳۶۳، ۳۶۴ ق.م.لحاظ نموده‌اند. ثانیاً با توجه به قاعده تسلیط و ماده ۳۰ ق.م. خریدار را مختار در انحاء تصرفات در ملک خود دانسته‌اند؛ نتیجه‌ای که به طور ضمنی در مواد ۴۵۴، ۴۵۵ ق.م. نیز بدان تصریح شده است. ثالثاً، با استثنا نمودن خیارات بالفعل و ممنوعیت مالک از انجام تصرفات منافی خیار (نه هر تصرفی)، به قصد واقعی طرفین و مبنای خیارات توجه نموده و برخلاف رویکرد اتخاذ شده از سوی قانون‌گذار، به نحوی توانسته‌اند راهکاری هماهنگ با فلسفه خیارات و قصد طرفین را ارائه نمایند. بنابراین به جرات می‌توان گفت که در کلیه خیارات مگر خیار شرط و مجلس و حیوان (خیارات بالفعل)، هدف از وضع خیار، ایجاد امکان فسخ برای احدی از طرفین، حمایت از زیان‌دیده و جلوگیری از اجرای حکم ضرری بوده است و

---

خواست صریح یا ضمنی دو طرف قرارداد باز می‌گردد و حاکمیت اراده مبنای واقعی التزام به عقد و حدود آن است. به همین جهت است که دو طرف می‌توانند به تراضی بر قلمرو اختیار قانونی خود در فسخ عقد بیافزایند یا بکاهند (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ج ۵، ص ۵۸).

- برخی خیار فسخ را نتیجه برخورد التزام ناشی از عقد با عدالت و مصالح اجتماعی می‌دانند و معتقدند جبران ضرر ناروا مبنای خیار فسخ است و اجرای قاعده لاضرر سبب می‌شود که احکام عادی و نخستین جای خود را به حکمی ثانویه دهد. شیخ طوسی در خلاف، علامه حلی در تذکره و شیخ انصاری در مکاسب یکی از مبانی اعمال خیار را حدیث لاضرر (نفی ضرر) بیان داشته‌اند؛ بدین ترتیب که جلوگیری از ضرر ناروا باعث می‌شود که حکم لزوم برداشته شود و زیان‌دیده بتواند عقد را فسخ کند (طوسی، ۱۳۸۵، ص ۱۹؛ حلی، ۱۴۱۴، ص ۱۹۸؛ انصاری، ۱۴۲۲، ص ۲۳۵).

قانون‌گذار تلاش داشته بدین وسیله راهی را برای دستیابی فرد به مالی که به دیگری منتقل نموده است فراهم نماید. اما در خیار مجلس، حیوان و شرط قصد واقعی این بوده است که تا پایان تفرق و جدایی و یا زمان معین برای طرفین معامله امکان فسخ معامله و دستیابی به مبیع وجود داشته باشد. در نتیجه به اقتضای اصل تملیکی بودن، در کلیه خیارات مگر خیار مجلس، حیوان و شرط، فرض بر انتقال مالکیت از زمان وقوع عقد می‌باشد مگر آن‌که طرفین به صورت صریح یا ضمنی برخلاف اثر عقد توافق نمایند.

به نظر می‌رسد، مقنن در تبصره اول ماده یک قانون الزام به ثبت، به تاثیر فسخ قرارداد اولیه بر معاملات ثانویه پرداخته و اثر اعمال حق فسخ بر معاملات لاحق را تشریح نموده و از نظریه «جواز تصرفات خریدار و ممنوعیت خریدار از تصرفات ناقل منافی خیار شرط» تبعیت نموده است. این مسئله را می‌توان از عبارت «اگر طرفین شرط کنند تا پایان مهلت اعمال حق فسخ یا .....» در صدر تبصره و حکم به تلف حکمی و عدم امکان رجوع به اصل مال در فرض فروش آن از سوی خریدار پیش از ثبت فسخ یا انفساخ احراز کرد. این درحالی است که با وجود تحلیل انجام شده از هدف و مبنای خیارات، شایسته‌تر بود، مقنن با مبنا قرار گرفتن نظریه تقسیم خیارات به بالقوه و بالفعل، نسبت به تدوین تبصره یک ماده یک اقدام می‌نمود. بدین نحو که در کلیه خیارات بالفعل (شرط، مجلس و حیوان) امکان انتقال مورد معامله را در مهلت قراردادی یا قانونی از خریدار سلب می‌کرد و احکام تلف حکمی را نیز صرفاً در مورد خیارات بالقوه (در فرض انتقال مورد معامله پیش از ثبت فسخ) اعمال می‌نمود تا هم حاکمیت اراده افراد و رسوم اجتماعی محترم شمرده شود و هم حقوق شخص ثالث با حسن نیت تامین گردد.

### نتیجه‌گیری

شکل اظهار اراده یک مسائل مهم در نظام‌های حقوقی محسوب می‌شود که در مورد آن میان فقها متقدم و متاخر اختلاف نظر اساسی حاکم است. فقهای متاخر و معاصر برخلاف فقهای متقدم که نظر به شکلی بودن عقود داشته‌اند، نظریه رضایی بودن عقود را برگزیدند و تأکید بر لفظ را صرفاً به دلیل روشنی آن در دلالت بر مقصود باطنی می‌دانند. قانون‌گذار نیز با اتخاذ رویکردی مشابه با فقهای معاصر در ماده ۱۰ و ۹۵۷ قانون مدنی، عموماً شکل انعقاد عقود را در تحقق و صحت آن‌ها دخیل

ندانسته و مبنا را بر رضایی بودن عقود قرار داده است. این اصل (رضایی بودن) دارای مزایای بسیاری بوده و موجب سرعت در مبادلات و ایجاد ابتکار در آحاد جامعه می‌شود و مبنا قرار گرفتن آن در بسیاری از حوزه‌ها کارا است؛ اما این مسئله مطلق نبوده و مقنن را ناچار نموده است به منظور تأمین منافع جمعی و حفظ نظم عمومی در شرایط انعقاد برخی از عقود همچون معاملات اموال غیرمنقول تجدیدنظر نماید و با تدوین «قانون الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول» تشریفات را استثنائاً برای انعقاد این عقود تعیین کند.

به طور معمول وضع تشریفات در قرارداد با اهداف حمایتی، نظارتی، درآمدی و اثباتی انجام می‌شود و تمامی این اهداف، با درجه اهمیتی متفاوت، در قانون الزام به ثبت رسمی اموال غیرمنقول مورد توجه مقنن قرار گرفته است. علاوه بر تقویت اعتبار اسناد رسمی و بهبود عملکرد محاکم قضایی به عنوان دلایل توجیهی وضع قانون الزام به ثبت؛ اجرای این قانون دارای آثار مثبت دیگری چون کاهش اطاله دادرسی، پیشگیری از شهادت‌های کذب، تسهیل شناسایی اموال محکومین و اجرای احکام قضایی، بهبود حیات اقتصادی و سرمایه‌گذاری داخلی و خارجی، افزایش درآمدهای مالیاتی و کاهش ارتکاب جرایمی چون کلاهبرداری، جعل و فروش مال غیر خواهد بود. بنابراین با توجه به نقش اساسی تشریفات برای معاملات حوزه املاک در پیشگیری از پیامدهای زیانبار اصل رضایی بودن (اعتبار بخشی به معاملات غیررسمی و عادی) از یک سوی و بهبود امنیت قضایی، اعتبار اسناد رسمی و توسعه اقتصادی کشور از سوی دیگر، وضع تشریفات برای معاملات این حوزه نه تنها تصمیمی کارآمد و منطقی؛ بلکه یک ضرورت اجتناب‌ناپذیر محسوب می‌شود.

تحلیل عملکرد مقنن در وضع تشریفات برای معاملات اموال غیرمنقول حاکی از آن است مقنن در ماده ۱۰ این قانون برای ساماندهی مالکیت مبتنی بر اسناد عادی به نحوی هوشمندانه عمل نموده و به تحقق عدالت و کارایی در معاملات این حوزه توجه داشته است؛ زیرا از یک سوی، بدواً حقوق عینی اشخاص را به رسمیت شناخته است و امکان طرح ادعا را برای مالکین شناسایی نموده است. از سوی دیگر، با مقرر نمودن جزای نقدی برای طرح ادعاهای واهی و مسئولیت پرداخت قیمت روز ملک برای افراد (در فرض سوء استفاده از عدم اقدام مالک حقیقی)، ضمن حفظ حقوق مالک حقیقی و ثالث با حسن نیت، مطلوبیت طرح ادعای واهی را برای افراد سودجو کاهش داده و از دارا شدن بلاجهت ایشان ممانعت نموده است. همچنین مقنن در ماده یک قانون مزبور، در خصوص دو مسئله

اختلافی در فقه و حقوق ایران «اثر شرط عدم انجام تصرفات ناقل در مدت معین» و «اثر اعمال فسخ بر معاملات ثانویه» صریحا اظهار نظر کرده و رویکردی متناسب با مقتضیات جوامع امروزی و در راستای حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت اتخاذ نموده است. اگرچه شایسته تر بود در خصوص اثر فسخ بر معاملات ثانویه به نحوی دیگری عمل می شد و ضمن توجه به تقسیم بندی اختیارات به بالقوه و بالفعل نسبت به تدوین قانون اقدام می گردید؛ لذا پیشنهاد می شود تبصره یک ماده یک قانون در چارچوب نظر مشهور فقها و حقوقدانان مورد بازنگری و اصلاح قرار گیرد؛ سامانه ثبت الکترونیک اسناد باید به گونه ای طراحی گردد که اگر در قرارداد یکی اختیارات بالقوه (شرط، مجلس، حیوان) وجود داشته یا اینکه طرفین قرارداد شرط کنند منتقل الیه تا پایان موعد پرداخت ثمن و یا تا موعد دیگری که مورد توافق طرفین بوده حق انجام اعمال حقوقی موضوع این ماده را ندارد، امکان انتقال مورد معامله در مهلت تعیین شده (برای اعمال خیار یا پرداخت ثمن یا مورد توافق طرفین) فراهم نباشد. در هر حال چنانچه منتقل الیه مورد معامله را قبل از ثبت فسخ یا انفساخ به شخص ثالثی به صورت رسمی منتقل کرده باشد و در عمل حقوقی بعدی وی حق فسخ نداشته باشد و یا معامله اقاله نشده باشد، این انتقال در حکم تلف مورد معامله بوده و اعمال حق فسخ یا انفساخ موجب انحلال قرارداد بعدی نیست که در این صورت دارنده حق فسخ مزبور به قیمت روز مال غیر منقول به منتقل الیه مذکور رجوع خواهد کرد. چنانچه منتقل الیه حق فسخ داشته باشد یا به هر نحو عین مال به ملکیت وی درآمده باشد، عین مال به انتقال دهنده اول دارنده حق فسخ مسترد می گردد.

## منابع

۱. ابن براج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز (۱۴۰۶)، المهدب، جلد ۱، قم دفتر انتشارات اسلامی.
۲. اسدی نژاد، سید محمد؛ نیک کار، جمال (۱۴۰۲)، تاملی در اطاله دادرسی؛ پیامدها، علل و راهکارها، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال چهاردهم، شماره ۲، ص ۱۸۵-۱۹۹.
۳. اسدی نژاد، سید محمد؛ صادقی، علی (۱۴۰۲)، جایگاه اراده ظاهری و باطنی در ایجاد اعمال حقوقی، دوفصلنامه حقوق تطبیقی مفید، دوره دهم، شماره ۲۰، ص ۲۷۳-۲۹۵.
۴. امامی، اسدالله؛ نقش اراده در قراردادها، فصلنامه‌ی حق؛ ش ۴، زمستان ۱۳۶۴، ص ۶۵-۷۷.
۵. امامی، حسن (۱۳۹۳)، حقوق مدنی، جلد ۱، تهران، انتشارات اسلامی.
۶. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۲)، المکاسب، جلد ۳ و ۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۷. بحرانی، شیخ یوسف (۱۴۱۰)، الحدائق الناضرة، جلد ۱۹، چاپ دوم، بیروت، دارالاضواء للطباعة و النشر و التوزیع.
۸. بنائی اسکویی، مجید؛ فضلی جمور، یوسف (۱۴۰۲)، شکل‌گرایی در اسناد تجاری و تعامل آن با اراده، پژوهش حقوق خصوصی، سال دوازدهم، شماره ۴۴.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۶)، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۰. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۹)، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۱. جواهرکلام، محمد هادی؛ حدادی اردکانی، صمد (۱۴۰۲)، معیارهای شناسایی «تلف حکمی» در حقوق اسلامی؛ با تحلیل ضابطه «انتقال به ثالث با حسن نیت» در رویه قضائی و طرح اصلاح قانون مدنی، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۲۴، شماره ۵۹.
۱۲. حائری، مسعود (۱۳۷۰)، تحلیلی از ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی، تهران، انتشارات کیهان.
۱۳. حسینی، میر عبد الفتاح (۱۴۱۷)، العناوین الفقهیة، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسین.
۱۴. حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، جلد ۳، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۱۵. حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰)، تذکرة الفقهاء، جلد ۱۰، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث.

۱۶. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۹)، مصباح الفقاهة فی المعاملات، جلد ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی،
۱۷. رفیعی مقدم، علی (۱۳۹۰)، اصل رضایی بودن اعمال حقوقی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
۱۸. زارع، امیر؛ پیشنماز، سید امین (۱۴۰۱)، جایگاه شکل در قراردادهای با تحلیل مختصر تحوالت حقوق مدنی فرانسه، مجله پژوهش‌های حقوقی، دوره ۲۱، شماره ۴۹.
۱۹. سکوتی نسیمی، رضا (۱۳۹۳)، شرط عدم تصرفات ناقل در مبیع و ثمن، فصلنامه‌ی دیدگاه‌های حقوقی قضایی، شماره ۶۷، ۱۳۳-۱۶۴.
۲۰. سنهوری، عبدالرزاق (۱۹۳۴)، نظریه العقد، قاهره، دارالکتب المصریه.
۲۱. شهید اول، محمدبن مکی (۱۴۱۴)، الدروس الشرعیه فی الفقه امامیه، جلد ۳، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم.
۲۲. شهید ثانی (۱۴۱۴)، مسالک الأفهام، جلد ۳، چاپ اول، قم، مؤسسه معارف اسلامی.
۲۳. شهیدی، مهدی (۱۳۸۵)، حقوق مدنی ۳، تهران، انتشارات مجد.
۲۴. طباطبایی قمی، سید تقی (۱۴۲۶)، مبانی منهاج الصالحین، ج ۸، قم، انتشارات قلم الشرق.
۲۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۵)، کتاب الخلاف، جلد ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۶. طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن بن علی (۱۳۸۷)، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲ و ۳، تهران، مکتبه الجعفریه لاحیاء آثار الجعفریه.
۲۷. صفایی، سید حسین (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد ۲، تهران، نشر میزان.
۲۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱)، القواعد الفقهیه، جلد ۱، چاپ دوم، قم، مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).
۲۹. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین ابن علی بن احمد (۱۳۸۸)، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، جلد ۲، قم، دارالعلم.
۳۰. عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۳۱. عاملی، زین‌الدین (۱۴۱۷)، مسالک الافهام، جلد ۱۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه معارف اسلامی.
۳۲. علامه حلی (۱۴۲۰)، تذکره الفقهاء، جلد ۲ و ۱۰، چاپ اول، قم، مؤسسه آل‌البتیت.
۳۳. قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۸۶)، اصول قراردادهای و تعهدات، چاپ هفتم، تهران، نشر دادگستر.



۳۴. قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، شکل‌گرایی در حقوق مدنی، تهران، نشر میزان.
۳۵. قندالی، محمد؛ پیلوار، رحیم، مرادی، عبدالرحیم (۱۴۰۲)، سیر تاریخی بیع تشریفاتی در ایران، فصلنامه جغرافیا و برنامه ریزی منطقه‌ای، دوره ۱۳، شماره ۵۰.
۳۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۱ و ۵، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۷. \_\_\_\_\_ (۱۴۰۲)، درس‌هایی از عقود معین، جلد ۱، تهران، انتشارات گنج دانش.
۳۸. \_\_\_\_\_ (۱۳۷۷)، فلسفه حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۹. گلبایگانی، لطف الله (۱۴۱۶)، هدایة العباد، ج ۱، قم، دارالقرآن الکریم.
۴۰. محقق اردبیلی، شیخ أحمد بن محمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان، جلد ۸، چاپ اول، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۱. محقق داماد، سید مصطفی؛ ساعتچی، علی؛ جواهرکلام، محمد هادی (۱۴۰۳)، مالکیت مراعی؛ مفهوم و مصادیق، پژوهشنامه حقوق اسلامی، دوره ۲۵، شماره ۶۳.
۴۲. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸)، نظریه‌ی عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، چاپ اول، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۳. محقق سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳)، کفایه الاحکام، جلد ۱، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۴. محقق قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱)، جامع الشتات، جلد ۲، چاپ اول، تهران، مؤسسه کیهان.
۴۵. محقق کرکی، (۱۴۰۸)، جامع المقاصد، جلد ۴، چاپ اول، قم، مؤسسه آل‌البیت.
۴۶. مغنیه، محمد جواد (۱۴۱۴)، فقه الامام جعفر الصادق (ع)، جلد ۳، قم، مؤسسه انصاریان.
۴۷. موسوی خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱)، کتاب البیع، جلد ۱، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۴۸. موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۶۸)، مصباح الفقاهة، جلد ۷، چاپ اول، قم، انتشارات وجدان.
۴۹. نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳)، منیة الطالب، مقرر: موسی خوانساری، ج ۲، تهران، المكتبة الحیدریه.
۵۰. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۳۰)، جواهر الکلام، جلد ۲۲ و ۲۳، بیروت، دار إحياء التراث العربی.
۵۱. نراقی، مولی احمد (۱۳۷۵)، عوائد الأیام، چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات اسلامی.
۵۲. واحدی، قدرت الله (۱۳۹۱)، مقدمه علم حقوق، تهران، نشر میزان.