



ارزیابی «طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول» با رویکرد تطبیقی

منصور امینی^{*}، جنت خداداد^{**}

چکیده

مالکیت به عنوان یکی از حقوق بنیادین بشر شایسته احترام است. هویت بخشی به املاک و اراضی و ثبت مشخصات مالکان و ذی نفعان کوششی هدفمند برای ایجاد امنیت روانی، اقتصادی و حقوقی در جامعه است. مطالعه نظام حقوقی کشورهای پیشرفته نشان می دهد قوانین منسجم و کارآمدی در این رابطه تهیه و نظارت جدی برای تحقق پذیری آن صورت گرفته است. گرایشی که در کشورهای مختلف جهت طراحی و کارآمدتر کردن سیستم های ثبت زمین و کاداستر وجود دارد، ریشه در هدف تضمین امنیت مالکیت برای توسعه اقتصادی پایدار دارد. در ایران نیز ناکامی ثبت در تأمین امنیت مالکیت در اثر رواج معاملات عادی، اصلاح مقررات ثبت را ضروری ساخته و «طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول» حاصل این ضرورت است. طرح مذکور در ۳۱ اردیبهشت ۱۳۹۹ تصویب و با ایراد شورای نگهبان جهت اصلاح به مجلس اعاده شده است. اما این طرح، تا چه میزان می تواند در تأمین بازار امن معاملات املاک تأثیرگذار باشد؟ پاسخ به این پرسش موضوع مقاله حاضر است که پس از بیان نکات مثبت و منفی طرح، با ارزیابی موضوعی آن در یک رویکرد تطبیقی با دیگر نظام های ثبتی مطرح دنیا انجام می شود. این بررسی که به شیوه تحلیلی انتقادی صورت گرفته، نشان می دهد طرح فوق به رغم نکات مثبت، با فرض تصویب در وضعیت فعلی در مجمع تشخیص مصلحت نظام نیز، در تأمین امنیت مالکیت از توفیق کامل برخوردار نخواهد بود.

واژگان کلیدی: توسعه پایدار، امنیت مالکیت زمین، رسمیت سند، ثبت دفتر املاک.

* دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)

aminimansour@yahoo.fr

** دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

jannatkhodadad@yahoo.com

مقدمه

پیامد مثبت ثبت ملک، برقراری امنیت حقوقی برای مالک و جامعه است؛^۱ نظریه‌ای که طرفداران آن، امنیت مالکیت^۲ در کشورهای پیشرفته را به عنوان شاهد مدعای خود ارائه و آن را ناشی از سیستم‌های جامع ثبت در این کشورها می‌دانند^۳ (Deininger, 2003). بررسی‌های انجام شده توسط بانک جهانی و فانو، ارتباط نظام‌های ثبت املاک با توسعه اقتصادی پایدار را تأیید می‌کند (Palmer, 1999). این بررسی‌ها، این باور را پدید آورده است که سیستم‌های ثبت ناکارآمد، جدای از تبعیض آمیز بودن، سبب توسعه‌نیافتگی حقوق مالکیت (تعداد محدود املاک ثبت‌شده) و در پی آن کاهش رشد اقتصادی در کشورهای در حال توسعه است زیرا سیستم غیرایمن ثبت، توانایی سرمایه‌گذاران و به ویژه افراد فقیر در تبدیل «دارایی‌های مرده» به «سرمایه زنده» از طریق تسهیلات وثیقه‌ای را محدود می‌سازد (De soto, 2000).

امروزه، با توجه به «دستورکار توسعه پایدار ۲۰۳۰»^۴ سازمان ملل، ثبت حقوق مالکیت زمین، یک مولفه تأثیرگذار برای از بین بردن فقر و دستیابی به توسعه پایدار است و مهندسی مجدد سیستم‌های ثبت و کاداستر برای مواجهه با پدیده‌هایی مانند گسترش شهرنشینی، تغییرات جمعیتی، نابرابری‌های اجتماعی، تحولات دیجیتال و آسیب‌های زیست‌محیطی از ملزومات اصلی رسیدن به این هدف تلقی می‌شود (Oosterom, 2018).

ایران نیز بی‌تأثیر از این تحولات نبوده و تصویب قانون جامع کاداستر در ۱۳۹۳ و پیشنهاد طرح «ارتقاء اعتبار اسناد رسمی»^۵ که پس از تغییرات اساسی نهایتاً، با عنوان «طرح الزام به ثبت رسمی

۱. برخی عناصر سه‌گانه «ثبت مطمئن، کاداستر دقیق و بروز و دفاتر اسناد رسمی مستقل» را پیش شرط لازم جهت تحقق امنیت مالکیت زمین می‌دانند (Ott L.L.M., 2011).

۲. Sécurité de propriété foncière سازمان‌های فعال در زمینه توسعه جهانی نظیر بانک جهانی و فانو، آن را «شفافیت، قطعیت و قابلیت اطمینان سیستم کاربری، مدیریت و مالکیت زمین» تعریف می‌کنند. نک:

Food and Agriculture Organization (FAO), 2012; UN, 2010; World Bank; 1989, World Bank, 2003, 2010; USAID, 1986

۳. این ایده، مخالفانی نیز دارد. برخی با اشاره به مطالعات انجام شده در کشورهای آفریقایی، معتقدند ثبت زمین فی‌نفسه موجب امنیت مالکیت نیست و در مواردی حتی موجب ناامنی است. آن‌ها صدور سند مالکیت و بیمه آن را برای ایجاد امنیت مالکیت پیشنهاد می‌کنند (Abdulai and Ochieng, 2017; Abdulaia and OwusuAnsah, 2014).

4. The 2030 Agenda for Sustainable Development

۵. طرح مذکور در ۱۳ ماده با اصلاح برخی مواد قانون ثبت و دیگر قوانین از جمله قانون شهرداری‌ها و قانون مجازات اسلامی، با هدف ارتقاء اعتبار اسناد رسمی، ضمن اصلاح ماده ۴۶ قانون ثبت. «ثبت کلیه عقود، معاملات، ایقاعات و حقوق راجع به عین املاک ثبت شده و ثبت نشده و نیز فسخ، بطلان و اقاله» آن‌ها در دفاتر اسناد رسمی را از تاریخ

معاملات غیر منقول» در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید، در این راستا قابل تفسیر است. طرح اخیر، طی نظریه ۲۲ خرداد ۱۳۹۹ با ایرادات غالباً شرعی شورای نگهبان مواجه و در حال رسیدگی مجدد در کمیسیون قضایی مجلس است. با این حال و صرف نظر از این که شورا در برخورد با طرح اصلاحی مجلس، از موضع مستقر خود دست می کشد^۱ یا سرنوشت آن، به صلاحدید مجمع

اول فروردین ماه ۱۳۹۷ الزامی ساخته و با اصلاح ماده ۴۸ قانون ثبت ضمانت اجرای عدم ثبت را افزایش حق تمبر دعاوی ناشی از ماده ۴۶ اصلاحی در مراجع قضایی و شبه قضایی که از ده درصد تا ۷۰ درصد بهای واقعی ملک را شامل می شد قرار داد. طرح، برای کاهش تنظیم اسناد عادی که آن را یکی از اهداف اصلی خود در مقدمه توجیهی ذکر کرده است، ضمن تشدید مجازات مشاورین املاک، درج عبارت «این سند به هیچ وجه در مقام بیع یا در انتقال مالکیت نیست» در اسناد وکالت فروش اموال را الزامی کرده و اسناد مذکور را از حیث هزینه های مالی مشمول مقررات مربوط به اسناد انتقال قطعی و سه برابر هزینه های مذکور قرار داده بود. نک به: طرح ارتقاء اعتبار اسناد رسمی، سایت مرکز پژوهش های مجلس،

https://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/state/1512835

۱. از حیث تاریخی، موضع شورای نگهبان در برخورد با سند و ثبت رسمی، به تأیید نسخ مواد ۱۳۰۶ الی ۱۳۰۸ و ۱۳۱۰ قانون مدنی در سال ۶۱ به دلیل مخالفت با شرع بازمی گردد. مغایر دانستن ماده ۱۳۰۹ قانون مدنی و اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت و عموم ماده ۱۴ آیین نامه ماده ۲۹۹ قانون امور حسبی با شرع؛ تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه که با لحاظ موضع شورا، اسناد عادی را در صورت احراز اعتبار شرعی، قابل معارضه با سند رسمی می داند، استقرار این دیدگاه را نشان می دهد. همین نگاه در بررسی طرح حاضر نیز تکرار می شود. بررسی این سابقه نشان می دهد شورای محترم نگهبان در این حوزه، با وفاداری به نظر مشهور در فقه، در رویکردی فردگرایانه به تأیید دیدگاه کسانی می پردازد که معتقدند نمی توان به خاطر حل مشکلات جامعه، موازین فقهی را به هم زد. این گروه، برای حفظ موازین شرع، سر و سامان دادن به معلول را بر رفع علت ترجیح می دهند. ایشان، تشکیل پرونده های قضایی متعدد ناشی از اعتبار اسناد عادی را ناگزیر دانسته و راه حل را دریافت هزینه های رسیدگی، از دولت و اصحاب دعاوی می دانند (سه راه فقهی برای انحصاری کردن سند رسمی، سایت شبکه اجتهاد، آخرین بازدید ۹۹/۱۲/۲۲ در <http://ijtihadnet.ir> / سه راه فقهی برای انحصاری کردن سند رسمی /). این در حالیست که ظرفیت گسترده «اجتهاد مستمر» که فقه امامیه آن را برای تطبیق احکام ثابت دین بر متغیر زمان برگزیده است، لحاظ مواردی نظیر مقتضیات فعلی، توجه به تبدیل بسیاری از نهادهای خصوصی به عمومی به لحاظ ارتباط با منافع و نظم عمومی، تحولات علمی و صنعتی، مصلحت اندیشی و توجه به مشهورات عقلی و عرفی، در پاسخ به حوادث واقعه و موضوعات مطروحه را امری اجتناب ناپذیر ساخته است (محقق داماد، ۷۴: ۵۴). همچنان که برخی با این دیدگاه، سه ظرفیت فقهی را برای انحصار انتقال اموال غیر منقول با سند رسمی پیشنهاد می دهند (سه راه فقهی برای انحصاری کردن سند رسمی، سایت شبکه اجتهاد، آخرین بازدید ۹۹/۱۲/۲۲ در <http://ijtihadnet.ir> / سه راه فقهی برای انحصاری کردن سند رسمی /). امید است شورا با این تحولات همراه شده و در بررسی موضوعات، با نگاهی همه جانبه نگر، علاوه بر موازین شرع، شرایط و مقتضیات جامعه و انتظام و منافع عمومی را نیز در نظر گیرد.

تشخیص مصلحت نظام^۱ سپرده می‌شود، موضوع مقاله حاضر، بررسی قابلیت راهکارهای پیشنهادی طرح مصوب مجلس، در رفع کاستی‌های نظام ثبت ایران و تأمین امنیت مالکیت است. پاسخ به این پرسش، در دو قسمت با بیان نکات مثبت و منفی طرح در یک ارزیابی کلی، و سپس ارزیابی موضوعی آن از حیث نقش و آثار اصول «رسمیت سند»^۲ و «ثبت دفتر املاک» در انتقال مالکیت، با یک رویکرد تطبیقی با دیگر نظام‌های ثبتی مطرح دنیا داده می‌شود. برای مطالعه تطبیقی، از دو نظام اصلی ثبت «تأسیسی و اعلامی» به ترتیب، دو کشور سوئیس و فرانسه به لحاظ الهام‌بخش بودن نظام حقوقی کشورهای مذکور در تدوین قوانین مدنی و ثبت ایران و نیز پیشرو بودن سیستم ثبتی آن‌ها انتخاب شده‌اند. به علاوه، با توجه به این‌که به دلایل تاریخی، نظام ثبت مستقر در استان‌های آلزاسموزل فرانسه یک سیستم ثبت ترکیبی آلمانی فرانسوی است، بررسی موضع این نظام ثبتی نیز می‌تواند در ارزیابی طرح و ارائه پیشنهادات اصلاحی مفید باشد.

۱. ارزیابی کلی طرح؛ دستاوردها و کاستی‌ها

بررسی طرح نشان می‌دهد تهیه‌کنندگان، مشکلات ثبت ایران را صرفاً ناشی از رواج معاملات عادی اموال غیر منقول دانسته و برای رفع آن کوشیده‌اند با اصلاح ضمانت اجرای مقرر در ماده ۴۸ قانون ثبت، اصل ثبت اجباری عقود و معاملات غیر منقول را قوام بخشیده و با الزامی نمودن ثبت وکالت انتقال اموال مذکور در دفتر املاک و تعیین کیفر سنگین برای مشاورین املاک، از انتقالات عادی املاک پیشگیری کنند. طرح با قرار دادن ثبت دفتر املاک به عنوان دلیل مالکیت و پیش‌بینی تکلیف مراجع قضایی و اداری ذی‌ربط، به ارسال برخط تصمیمات و آراء خود به سازمان و نیز بیمه سند درصدد تقویت ثبت برآمده است با این حال، طرح به دور از اشکالات اساسی نیست.

۱. جایگاه «نظم» در اندیشه‌های فقهی و مواجهه آن با «حق» نکته مهمی است که نیاز به اندیشه‌ورزی دارد. «مالکیت شرعی» و «مالکیت رسمی» حاصل دو اندیشه و دو مشرب فکری است که یکی ریشه‌های آسمانی و دیگری زمینی دارد. شرایط و مقتضیات جهانی دیگر اجازه نمی‌دهد کماکان با ستایش از آزادی اراده و تفوق حق خصوصی، نظم عمومی نادیده گرفته شود. امروزه، شکل‌گرایی جدید با رویکرد انتقادی غایت‌شناختی جایگاهی پراهمیت در حقوق موضوعه و دکتترین حقوقی کشورهای مختلف به دست آورده است (قاسمی، ۱۷: ۸۸). باید امیدوار بود در مورد حاضر، مجمع تشخیص مصلحت در فرض اصرار مجلس بر الزام اشخاص به ثبت رسمی معاملات، موضوع را با این دیدگاه مورد توجه و تصمیم‌گیری قرار دهد.

۲. منظور از رسمیت سند، الزام به تنظیم و ثبت عقود و معاملات غیر منقول در دفاتر اسناد رسمی است.

۱-۱. دستاوردها

طرح، از حیث برخی قواعد حقوقی و الزام به استفاده از فناوری در ثبت و تبادل اطلاعات، دارای نکات بسیار ارزشمندی است.

نخست. اصلاح حکم مقرر در مواد ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت از حیث تسری قاعده ثبت اجباری به «عقود و معاملات» راجع به املاک: از ابتدای تصویب قانون ثبت، برخی با این استدلال که الزام به ثبت رسمی، ناظر به «سند معامله» است و نه خود «معامله»، نقش ثبت در انتقال مالکیت غیر منقول را صرفاً یک نقش ساده اثباتی دانسته‌اند. تصریح بر «ثبت اجباری عقود و معاملات غیر منقول در دفاتر اسناد رسمی» در ماده یک،^۱ این ابهام را حداقل از حیث شکلی مرتفع ساخته اگرچه طرح در خصوص ارزش اثباتی یا ثبوتی ثبت رسمی کماکان با ابهام مواجه است که در بخش کاستی‌ها به آن پرداخته می‌شود؛

دوم. پذیرش ثبت رسمی معامله در دفاتر اسناد رسمی به عنوان دلیل منحصر اثباتی: صراحت ماده یک، در عدم پذیرش معامله ثبت نشده در محاکم و ادارات، قاعداً، اثبات معامله با سایر دلایل را غیر ممکن و سند رسمی را دلیل منحصر اثبات معامله قرار می‌دهد. طرح، بدین ترتیب، به طور شفاف از نظریه استنادناپذیری اسناد عادی در برابر اسناد رسمی املاک تبعیت کرده و ایراد وارده بر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی که با قید استثنا «مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است»، قاعده عام مندرج در ماده مذکور مبنی بر عدم قابلیت استناد و معارضه اسناد عادی در مقابل اسناد رسمی را بی‌اثر می‌ساخت، برطرف ساخته است؛

۱. طبق ماده یک و تبصره‌های آن: «کلیه امور و معاملات راجع به حقوق، عین و منافع اموال غیر منقول ثبت شده از قبیل انتقال مالکیت و اجاره برای مدت بیش از دو سال، پیش فروش ساختمان اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه و یا اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه موارد مذکور باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد و عقود و معاملاتی که به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد و فقط کسی 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 ملک مذکور به طور رسمی به او منتقل شده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد.

تبصره ۱ در مورد اموال غیر منقول در جریان ثبت که تاکنون در دفاتر املاک به ثبت نرسیده نیز حکم ماده فوق مجری است. تبصره ۲ وکالت در فروش و انتقال مالکیت و عزل وکیل در مورد اموال غیر منقول ثبت شده باید در دفتر الکترونیک املاک سازمان ثبت شود و در پاسخ استعلام به اطلاع متعاملین برسد. میزان مالیات، حق الثبت و حق التحریر بر تنظیم وکالت بلاعزل در این تبصره در دفاتر اسناد رسمی معادل تنظیم سند رسمی انتقال ملک خواهد بود. چنانچه ظرف مدت ۶ ماه اموال مذکور به وکیل منتقل شود سند رسمی انتقال بدون نیاز به پرداخت مجدد مالیات نقل و انتقال ملک تنظیم می‌شود».

سوم. پذیرش ثبت دفتر املاک به عنوان دلیل مالکیت دارنده نسبت به عموم: ماده یک، با اصلاح صدر ماده ۲۲ قانون ثبت و حذف واژه «دولت»، ثبت دفتر املاک را دلیل مالکیت نسبت به عموم قرار داده و به اختلاف نظر در مفهوم «دولت» پایان می‌دهد؛

چهارم. اجباری ساختن ثبت تعهد به معاملات مذکور در دفاتر اسناد رسمی: طرح در ماده یک، در اقدامی هم‌سو با سیستم‌های حقوقی پیشرو، تعهد به معاملات املاک ثبت شده و جاری را مشمول قاعده ثبت اجباری سند قرار داده است؛^۱

پنجم. پذیرش ضمنی ثبت اجباری وکالت انتقال املاک ثبت شده در دفاتر اسناد رسمی: سکوت قانون ثبت در خصوص لزوم رسمیت وکالت انتقال املاک، همواره از موارد چالشی بوده است.^۲ تبصره دو ماده یک به طور ضمنی این الزام را مقرر کرده است؛

ششم. پذیرش اصل بیمه سند رسمی برای جبران خسارات ناشی از بطلان معامله: بیمه سند^۳ در کشورهای مختلف، یک ابزار مکمل و اختیاری برای حمایت از مالک و نیز بستانکار رهنی در برابر عیوبی است که حقوق خریدار یا بستانکار را متأثر می‌سازد. در برخی کشورهای دارای سیستم ثبت تأسیسی مطلق نظیر استرالیا، اصل بیمه از اصول حاکم بر دفتر املاک است که طی آن دولت از طریق یک صندوق بیمه، خسارات وارده به مالک واقعی را جبران می‌کند (Brochu, Francois, 2002). نظریه بیمه مسئولیت در ماده ۱۳ طرح^۴ از ابتکارات ارزشمند قانون‌گذار است؛

هفتم. افزون بر موارد مذکور، الزام مراجع قضایی و اداری ذی‌ربط به ارسال برخط آرا و تصمیمات مربوط به اراضی و املاک به سازمان ثبت، پیش‌بینی راهکارهایی برای اجرای قانون پیش‌فروش ساختمان،

۱. ماده ۶۲ قانون احکام دائمی نیز چنین حکمی را بدون تعیین ضمانت اجرا صرفاً در مورد املاک ثبت شده مقرر داشته است.

۲. اختلاف نظر در امکان ثبت این معاملات به استناد وکالت دادگستری منجر به صدور بخشنامه ۷/۳۳۷۰۰ مورخ ۷۹/۱۰/۲۶ سازمان ثبت و ممنوعیت تنظیم سند به استناد وکالت‌های مذکور گردید. اخیراً نیز هیئت تخصصی اداری و امور عمومی دیوان عدالت اداری طی رأی ۹۹۰۰۲۶ - ۹۹/۰۲/۲۲ با استناد به مواد ۱۲۸۷ و ۱۲۸۹ قانون مدنی و ماده ۷۳ قانون ثبت، بر این نظریه عدم پذیرش وکالت‌نامه‌های عادی وکلای دادگستری جهت انتقال ملک و حقوق عینی غیرمنقول صحه گذارده است.

3. L'assurance titres

۴. ماده ۱۳ در این مورد مقرر می‌دارد: «در صورتی که معامله رسمی انجام شده ابطال شود شخصی که بطلان مستند به او باشد مکلف به جبران خسارت وارد شده است، سازمان موظف است در خصوص معاملات رسمی که پس از لازم‌الاجرا شدن این قانون منعقد می‌شوند نسبت به اخذ حق بیمه از طرفین معامله ناقل مالکیت اقدام و مسئولیت موضوع این ماده را نزد یکی از شرکت‌های بیمه، بیمه نماید.

این امر مانع مراجعه شرکت بیمه به شخصی که بطلان مستند به اوست، نمی‌باشد. نحوه تعیین حق بیمه با پیشنهاد مشترک سازمان و بیمه مرکزی جمهوری اسلامی ایران به تصویب رئیس قوه قضائیه می‌رسد».

تلاش برای اجرای صحیح قانون دلالتان مصوب ۱۳۱۷ در خصوص تمرکز مشاورین املاک بر وظیفه اختصاصی خود که واسطه‌گری معاملات غیر منقول است، استفاده از فناوری نوین برای تبادل الکترونیکی اطلاعات بین دفاتر اسناد رسمی، ثبت و سایر شرکای حرفه‌ای از دیگر نکات مثبت طرح می‌باشد.

۲-۱. کاستی‌ها

اما طرح، با وجود نکات مثبت، خالی از ایراد نبوده و از انسجام کافی برخوردار نیست به نحوی که در صورت تصویب نهایی، از تلفیق این مواد با مقررات موجود استخراج یک «نظریه عمومی ثبت» تقریباً غیرممکن است.

نخست. ابهام در نقش و آثار رسمیت سند: طرح نتوانسته است ابهام و تفسیرپذیری مواد ۲۲، ۴۶ الی ۴۸ قانون ثبت از حیث نقش رسمیت سند در انتقال مالکیت غیر منقول را از بین ببرد؛ دکترین و رویه قضایی مدت زمان طولانی است که درباره تشریفاتی بودن انتقال مالکیت غیر منقول و لزوم مداخله سردفتران اسناد رسمی، دچار اختلاف نظر می‌باشند. موضوع اعتبار و آثار معاملات عادی املاک و نیز قراردادهای مقدماتی، در طرح حل نشده و با عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا برای عدم ثبت رسمی تعهد به معاملات غیر منقول (در ماده یک)، مشکل قولنامه‌ها کماکان ادامه می‌یابد؛

دوم. ابهام در نقش و آثار ثبت دفتر املاک: بر پایه مفاد طرح، ثبت معامله در دفتر املاک، دلیل مالکیت شناخته شده اما ارزش اثباتی آن تصریح نگردیده و مشخص نیست در صورت بروز معاملات معارض، آیا ثبت دفتر املاک سبب تقدم دارنده‌ی ثبت شده در دفتر املاک صرف‌نظر از تاریخ وقوع معامله او خواهد بود یا خیر؛

سوم. ابهام در اصل مشروعیت و قانونی بودن ثبت: طرح نه تنها ابهام اصل مشروعیت را مرتفع نساخته بلکه با عدم قید وصف «مطابقت ثبت با قانون» در ماده یک، رعایت این الزام طبق ماده ۲۲ قانون ثبت را نیز مورد تردید قرار داده است. به علاوه، با توجه به تکرار احکام مقرر در مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت در ماده یک، وضعیت نسخ یا اعتبار مواد مذکور در ابهام قرار دارد؛

چهارم. عدم حمایت از اشخاص ثالث: طرح در ایجاد اعتماد عمومی به ثبت موفقیتی ندارد. حکم مقرر در صدر ماده ۱۳، بطلان معامله رسمی را صرف‌نظر از حسن‌نیت یا سوءنیت شخص ثبت شده در دفتر املاک ممکن دانسته و صرفاً با برقراری بیمه سند به هزینه طرفین، درصدد حمایت از متضرر برآمده است؛^۱

۱. در اینصورت نیز معامله باطل و ثالث خلعید شده و صرفاً حق بیمه به او پرداخت خواهد شد. در حالیکه جدای از موضوع امنیت حقوقی، تحلیل اقتصادی حقوق مالکیت نیز حمایت از خریدار با حسن‌نیت را با توجه به پایین‌تر

پنجم. مکانیسم ناقص جبران خسارت: طرح، مسئولیت دولت جهت جبران خسارات ناشی از ثبت را نپذیرفته و بیمه مذکور در ماده ۱۳ نیز با توجه به قلمرو محدود آن که صرفاً اسناد آتی و معاملات ناقل مالکیت را پوشش می‌دهد، در جبران خسارت ناشی از ثبت ناتوان خواهد بود.

۲. ارزیابی موضوعی طرح؛ اصول «رسمیت سند» و «ثبت دفتر املاک»

نظام ثبت در ایران از آسیب‌های متعدد رنج می‌برد اما آن‌چه به پاشنه آشیل نظام ثبت تبدیل و دکترین و رویه قضایی نیز ناتوان از رسیدن به اجماع بر سر آن بوده‌اند، ابهام در نقش و آثار دو اصل «رسمیت سند» و «ثبت دفتر املاک» در انتقال مالکیت و سایر حقوق عینی غیرمنقول است. این امر، موفقیت هر طرح اصلاحی را به جامعیت، صراحت و شفافیت در بیان اصول مذکور، آثار و نقش آن‌ها منوط می‌سازد. در قسمت اول، دستاوردهای طرح در خصوص اصول مذکور مورد اشاره قرار گرفت. در بخش حاضر، ایرادات و ابهامات طرح در اصول رسمیت سند و ثبت دفتر املاک، در پرتو آورده‌های حقوق تطبیقی مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۲-۱. اصل رسمیت سند

اصل ثبت عقود و معاملات غیرمنقول در دفاتر اسناد رسمی، اصلی پذیرفته‌شده در نظام ثبت ایران است اما، موضع سازشکارانه قانون‌گذار در تعیین نقش و آثار آن در انتقال مالکیت، تصویب مقرراتی مبهم و تفسیرپذیر را سبب گردیده است. اختلاف در دکترین^۱ و تشتت در رویه قضایی^۱ حاصل این

بودن هزینه‌های مبادله توجیه می‌کند. برای مالکی که تصرفی بر مال غیرمنقول خود ندارد، استرداد ملک یا اخذ معادل پولی آن تفاوتی نخواهد داشت، اما گرفتن ملک از خریدار متصرف، منجر به کاهش منفعت وی شده، تمایل در سرمایه‌گذاری را متاثر می‌سازد (یثربی، رضاپور آکردی، ۱۳۹۷: ۳۵۹؛ طباطبایی حصار، ۱۳۹۴: ۳۳۲). حمایت از خریدار با حسن نیت و حمایت از مالک واقعی با پرداخت معادل پولی ملک به او از طریق پیش‌بینی مسئولیت دولت و بیمه، می‌تواند با تضمین حقوق مالکیت، کارایی اقتصادی ثبت را افزایش دهد.

۱. تفسیرپذیری مقررات ثبت، طیفی گسترده از افراط و تفریط، در اعتقاد به نقش ماهوی رسمیت سند به عنوان شرط صحت معامله (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۵۶۲۶۰ و ۱۳۶۹: ۲۴۶۲۵۰؛ کاشانی، ۱۳۸۵: ۵۷ و ۱۳۸۶: ۲۸ ۲۷؛ امیری قائم مقامی، عبدالمجید، ۱۳۹۰: ۶۱۹۰، قاسمی، ۱۳۸۸: ۳۹۳، یاری، ۱۳۴۹)، تا نادیده گرفتن کامل این شرط در فرایند تشکیل بیع غیرمنقول (شهیدی، ۱۳۸۸: ۶۴۹۱ و ۱۳۸۰: ۱۱۷۱۱۹، صفایی، ۱۳۸۲: ۴۲۴۳، جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۹۱: ۶۰۲، امامی، ۱۳۹۵: ۲۲۰) و تنزل آن در مرحله اثباتی به یک دلیل ساده (موضع شورای نگهبان) را سبب گردیده است. اگرچه، در کنار این دیدگاه‌های افراطی، نظریات بعضاً متعادل‌تری نیز شکل گرفته است. برخی، رسمیت سند را شرط قابلیت استناد معامله نسبت به اشخاص ثالث با حسن نیت می‌دانند (خدابخشی، ۱۳: ۷۴ و ۹۷: ۸۳)، برخی دیگر، الزام به ثبت را ناظر بر آثار عقد بیع غیرمنقول از جمله انتقال مالکیت دانسته و معتقدند ذی‌نفع می‌تواند وقوع بیع را با سند عادی یا ادله دیگر اثبات و سپس برای بهره‌مندی از آثار بیع، الزام خواننده

عدم شفافیت است. اما آیا طرح، توانسته است اصل مذکور، نقش و آثار آن در انتقال مالکیت را به صورت کامل و جامع تبیین و به اختلافات موجود پایان دهد؟

طرح در مواد ۱، ۲، ۳ و ۱۰ احکامی را در این خصوص مقرر داشته است. ماده یک و تبصره‌های آن، تلفیقی ناقص از احکام مقرر در مواد ۲۲، ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت است که ضمن تصریح بر ثبت اجباری «عقود و معاملات غیر منقول»، دامنۀ ثبت را به «تعهد به معاملات مذکور» نیز گسترش داده است. به علاوه در ماده ۲، تکلیف دفاتر اسناد رسمی به ثبت قراردادهای خصوصی راجع به اموال غیر منقول تصریح گردیده و بدین ترتیب، جواز ثبت رسمی قراردادهای مقدّماتی معاملات غیر منقول که تاکنون به دلیل برخورد با قواعد شکلی ثبت با ابهام مواجه بود، فراهم شده است. ماده ۳ با پیش‌بینی یک سامانۀ جهت ارتباط مشاورین املاک با دفاتر اسناد رسمی آن‌ها را از تنظیم اسناد عادی معاملات مشمول ثبت برحذر داشته و در ماده ۱۰ تکلیف

به تنظیم سند رسمی را از دادگاه بخواهد (نویخت، ۱۳۷۲: ۳۱۰). گروهی، با نگرانی حفظ اصول بنیادین نظام حقوقی، ضمن اعطای نقش صرفاً شکلی به ثبت، همین اثر شکلی را نیز به عنوان یک قاعدۀ حل تعارض به دعوی میان دارنده سند رسمی و دارنده سند عادی محدود می‌نمایند (امینی، ۱۳۸۸: ۲۳۲).

۱. اصل ثبت اجباری اسناد و لزوم اخذ برخی استعلامات، سبب پیدایش قولنامه بعنوان قرارداد مقدماتی بیع در عرف معاملاتی گردیده است (طاهری، ۱۳۵۴: ۴۵). ابهام در نقش رسمیت سند در بیع غیر منقول و عدم پیش‌بینی نظام حقوقی «وعده بیع» در قانون مدنی، سردرگمی دکتترین و رویه قضایی در رابطه با اعتبار و آثار قولنامه‌ها را در پی داشته است. برخورد رویه قضایی با موضوع را به سه دورۀ تاریخی تقسیم می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۲۳۱ و ۱۳۸۱: ۵۹). باید دوران اولیه پس از تصویب قانون ثبت نیز به این تقسیم افزود. در این دورۀ دکتترین غالب، تنظیم سند رسمی معامله غیر منقول و ثبت آن در دفتر املاک را عنصر سازندۀ عقد دانسته و قولنامه‌ها را اسناد تعهد به فروش تلقی می‌کردند که صرفاً موجد یک حق دینی برای متعهدله است. بر این اساس، رویه قضایی نیز تا سال‌ها از پذیرش دعوی الزام به تنظیم سند به استناد قولنامه خودداری کرده و تخلف از تعهد را با الزام متخلف به پرداخت خسارت یا وجه التزام مقرر در سند مجازات می‌کرد (طاهری، ۱۳۵۴: ۴۸). دورۀ دوم که تقریباً از دهه ۵۰ و هم‌زمان با اصلاح مقررات ثبت در ۱۳۵۱ شروع می‌شود، قولنامه به عنوان پیش‌قرارداد حاوی تعهد به بیع تلقی گردید (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۲۳۱ و کاشانی، ۱۳۸۵: ۵۷) که طبق ماده ۱۰ قانون مدنی الزام‌آور بوده و دادگاه انجام عین تعهد به استناد آن را می‌پذیرفت؛ دورۀ سوم، دوران حذف قولنامه به عنوان سند الزام‌آور است. در این دورۀ، به اعتقاد شورای عالی قضایی «آنچه صرفاً قولنامه است و ترتیب مقرر در آن ضمن عقد خارج لازم انجام نگرفته، اعتبار قانونی و شرعی ندارد، دادگاه‌ها نمی‌توانند طرفین را الزام بر وفا نمایند». این ایده، زمینه‌ساز پیدایش دورۀ چهارم گردید که در آن مباحثه‌نامه جای قولنامه را گرفت. در این دورۀ که کماکان نیز تدوam دارد، اعتقاد غالب در رویه قضایی آن است که قولنامه خود سند بیع است و تعهد به تنظیم سند رسمی صرفاً برای کمال عقد و نفوذ آن در برابر دیگران است؛ تعهدی فرعی بر عهده طرفین که می‌توان اجرای آن را از دادگاه درخواست نمود (شهیدی، ۱۳۹۱: ۷۹). رأی اصراری شماره ۱۵ مورخ ۲۷ مهر ۱۳۷۸ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به صراحت این دیدگاه را تأیید می‌کند (مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه، ۱۳۹۷: ۲۱۴).

اسناد عادی که تا پیش از اجرایی شدن قانون تنظیم شده‌اند را برای دوران گذار تعیین کرده است. اما، راه‌حل ارائه شده در طرح، جامع و کامل نبوده و متضمن ابهامات و ایرادات شکلی و ماهوی است که در ادامه، اهم موارد مذکور، با تفکیک «معاملات غیرمنقول» و «تعهد به معاملات مذکور» مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱-۱. رسمیت عقود و معاملات اموال غیرمنقول

پیش از ورود به بحث، آشنایی با موضع دیگر سیستم‌های ثبتی در خصوص اصل مذکور خالی از فایده نیست.

۲-۱-۱-۱. مطالعات تطبیقی

مطالعه در حقوق تطبیقی نشان می‌دهد رسمیت سند حسب مورد، شرط شکلی یا ماهوی در معاملات غیرمنقول است.

در حقوق فرانسه طبق ماده ۴ مصوبه ۴ ژانویه ۱۹۵۵ راجع به اصلاح حقوق ثبت هر سند مشمول ثبت باید به صورت رسمی تنظیم شود.^۱ این الزام کلی، به منظور تأمین امنیت و اعتماد به دفاتر عمومی ثبت، به موجب ماده ۱۷۱۰ قانون مدنی الحاقی ۲۸/۰۳/۲۰۱۱ مقید گردیده است.^۲ طبق بند اول این ماده «هر سند یا حق به منظور انجام تشریفات ثبت، باید موضوع یک سند رسمی تنظیمی توسط سردفتر رسمی فعال در فرانسه و یا ناشی از یک حکم قضایی یا یک سند صادره از مقام اداری باشد».^۳ بدین ترتیب، سند رسمی در حقوق ثبت، مفهومی مضیق‌تر نسبت به این مفهوم در حقوق مدنی می‌یابد.^۴

1. (Art. 4 du Décret n°5522 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière : « Tout acte sujet à publicité dans un service chargé de la publicité foncière doit être dressé en la forme authentique »)
در حقوق فرانسه، اسناد مشمول ثبت به صراحت و به تفصیل در مواد ۲۸ الی ۳۷ مصوبه ۴ ژانویه ۱۹۵۵ و برخی مقررات خاص احصا شده‌اند. قراردادهای رهن و امتیازات غیرمنقول نیز طبق مقررات قانون مدنی مشمول ثبت اختیاری می‌باشند.
2. علی‌رغم صراحت ماده ۴ فوق، تا پیش از تصویب ماده ۱۷۰۱ قانون مدنی در ۲۰۱۱، طبق ماده ۶۸ آیین‌نامه اجرایی ۱۴ اکتبر ۱۹۵۵، اسناد عادی انتقال در صورت شناسایی خط و امضاء طرفین سند توسط سردفتر اسناد رسمی، ارزشی برابر با سند رسمی داشته و می‌توانست در پرونده املاک به ثبت برسد. این قاعده، با تصویب ماده فوق‌الذکر صراحتاً نسخ و اصل رسمیت به کلیه اسناد تسری یافت و صرفاً صورت‌جلسات مجامع عمومی یا موسس شرکت‌ها در مورد آورده غیرمنقول و نیز صورت‌جلسات تعیین حدود املاک (Bornage) از شمول رسمیت سند معاف شدند (بند دو ماده ۱۷۱۰ قانون مدنی).
3. (Tout acte ou droit doit, pour donner lieu aux formalités de publicité foncière, résulter d'un acte reçu en la forme authentique par un notaire exerçant en France, d'une décision juridictionnelle ou d'un acte authentique émanant d'une autorité administrative)
4. بند اول ماده ۱۳۶۹ قانون مدنی سند رسمی را سندی می‌داند که توسط مأمور عمومی که دارای صلاحیت و شرایط لازم برای تنظیم سند است، با رعایت تشریفات مقرر تنظیم می‌گردد.

در این سیستم، رسمیت سند صرفاً شرط کارایی و اثربخشی سند نسبت به اشخاص ثالث است و جز در برخی موارد استثنا که در قانون تصریح گردیده،^۱ تأثیری در ماهیت و اعتبار عقد ندارد. طبق ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی عقد به صرف توافق طرفین و خارج از هر تشریفاتی منعقد و طرفین ملزم به آن می‌گردند و باید آن را با حسن نیت اجرا کنند اما قابلیت استناد اسناد مذکور نسبت به اشخاص ثالث مستلزم ثبت آن‌ها است و لازمه ثبت، تنظیم آن‌ها طی سند رسمی است (Fourmier, 2019 : n° 276 ; Peidelièvre, 2014 : 5455).

در حقوق محلی آلاسکوزل تا پیش از الحاق مجدد این استان‌ها به فرانسه در ۱۹۱۹، رسمیت سند به تبعیت از حقوق آلمان شرط اعتبار عقد تلقی می‌گردید. با تصویب قانون ورود قوانین مدنی فرانسه در این استان‌ها در اول ژوئن ۱۹۲۴ که من بعد به اختصار «قانون ورود» نامیده می‌شود، رسمیت سند به عنوان شرط شکلی طی ماده ۴۲ مقرر گردید که جز در موارد تصریح شده در قانون تأثیری در اعتبار عقد منعقد طی سند عادی ندارد. اکنون، با توجه به بند اول ماده مذکور اصلاحی ۲۰۰۲ و ماده ۱۷۱۰ قانون مدنی، ثبت «کلیه حقوق مشمول ثبت»^۲ در دفتر املاک مستلزم تنظیم طی سند رسمی است.

با این حال، دغدغه قانون‌گذار در تأمین امنیت حقوقی و جلوگیری از معاملات معارض، سبب شد طی قاعده‌ای خاص در بند ۲ ماده فوق،^۳ رسمیت سند در «عقود موجد، ناقل یا اعلام‌کننده مالکیت غیر منقول و حق ارتفاق»، شرط اعتبار عقد تعیین گردد. این مقرر، اعتبار معاملات عادی فوق را ۶ ماه از تاریخ انعقاد تعیین و طرفین را ملزم نموده است تا ظرف مدت مذکور حسب مورد، نسبت به تنظیم سند معامله در دفتر اسناد رسمی و در صورت استتکاف یکی از طرفین، اقامه دعوی در دادگاه اقدام نماید، در غیر این صورت، معامله منعقد به اعتبار خواهد شد (Hube, 2014 : 51 ; Mischler, 2012 : n° 29).

در حقوق سوئیس، مفهوم انتقال دو مرحله‌ای مالکیت که میراث حقوق رم است، سبب ایجاد تمایز بین حقوق اموال و حقوق تعهدات شده است. توافق اراده طرفین با ضمانت بی‌اعتباری، باید طی سند رسمی تحقق یابد. این توافق، صرفاً موجد حق شخصی است و به موجب آن انتقال‌دهنده به «انتقال ملک به خریدار» و «درخواست ثبت انتقال در دفتر املاک»^۴ متعهد می‌شود. اثر عینی انتقال، فقط با

۱. در برخی عقود نظیر اسناد رهن و هبه و پیش‌فروش املاک، رسمیت سند شرط اعتبار عقد است اما در این عقود

نیز، ثبت آن‌ها را نسبت به اشخاص ثالث، قابل استناد می‌سازد.

۲. ماده ۳۸ قانون ورود، حقوق مشمول ثبت را به تفصیل برشمرده است.

3. Art. 42 de la loi d'introduction modifié 4 mars 2002, al 2 : Tout acte entre vifs, translatif ou déclaratif de propriété immobilière, tout acte entre vifs portant constitution ou transmission d'une servitude foncière souscrit sous une autre forme doit être suivi, à peine de caducité, d'un acte authentique ou, en cas de refus de l'une des parties, d'une demande en justice, dans les six mois qui suivent la passation de l'acte.

۴. مواد ۹۶۳ الی ۹۶۶ قانون مدنی ناظر به این درخواست است.

ثبت معامله در دفتر املاک محقق می‌گردد. در مقررات، رسمیت سند صراحتاً، به عنوان شرط اعتبار اسناد ناقل مالکیت غیرمنقول^۱ تعیین شده است.^۲

۲-۱-۱-۲. کاستی طرح در اصل رسمیت معاملات اموال غیرمنقول

طرح، با هدف رفع ابهام از مقررات ثبت در خصوص اصل رسمیت و آثار آن تدوین شده است. مقدمه توجیهی طرح و عناوین آن، «ارتقای اعتبار اسناد رسمی» یا «الزام به ثبت رسمی معاملات غیرمنقول» به خوبی این هدف را منعکس می‌کند اما راهکار پیشنهادی، کماکان مبهم و تفسیرپذیر بوده و از جامعیت لازم برخوردار نیست به نحوی که بسیاری از اعمال حقوقی موثر بر حقوق عینی غیرمنقول از شمول اصل خارج مانده‌اند.

۲-۱-۱-۳. ابهام در قلمرو

طرح به دلایل زیر از جامعیت لازم در خصوص تعریف و قلمرو قاعده ثبت اجباری سند برخوردار نیست: الف. همانند قانون ثبت، طرح نیز «سند رسمی از منظر حقوق ثبت» را تعریف نکرده است و این امر با توجه به تجویز ثبت مستقیم کلیه آراء قضایی و تصمیمات مراجع اداری راجع به اموال غیرمنقول در دفتر املاک در ماده ۸، مفهوم رسمیت سند را بیش از گذشته دچار ابهام نموده است: در «انتقال رسمی»، آیا رسمیت مذکور در ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی مدنظر است یا صرفاً اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی را شامل می‌شود؟ امری که تعریف صریح سند رسمی از حیث حقوق ثبت را کاملاً ضروری می‌سازد. همچنان‌که که قانون‌گذار فرانسه نیز با درک چنین ضرورتی، ماده ۱۷۱۰ قانون مدنی را در ۲۸ مارس ۲۰۱۱ تصویب و صراحتاً «اسناد تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی شاغل در فرانسه، اسناد تنظیمی مقامات اداری و احکام ترافعی دادگاه» را به عنوان سند رسمی از منظر حقوق ثبت تعیین نمود؛

ب. ماده یک در مورد شمول قاعده به اسناد متضمن فسخ، انحلال یا سقوط حقوق مشمول ثبت ساکت است. به علاوه، عقود و معاملات املاک مجهول‌المالک ثبتی که بخش قابل توجهی از املاک سراسر کشور را شامل می‌شود کماکان از شمول قاعده، خارج هستند؛^۳

۱. ماده ۶۵۵ قانون مدنی ضمن تعریف مالکیت غیرمنقول (propriété foncière)، مال غیرمنقول (immeuble) را شامل

املاک و رقبات؛ حقوق مفروز و دائمی ثبت‌شده در دفتر املاک؛ معادن و سهم‌الحصه از املاک مشاعی می‌داند.

۲. ماده ۶۵۷ قانون مدنی ناظر به این قاعده کلی است. به علاوه، برخی مواد قانون تعهدات از جمله ماده ۲۱۶ در بیع،

۲۳۷ در معاوضه، ۲۴۲ و ۲۴۳ در هبه نیز این قاعده را تکرار کرده‌اند.

۳. ماده ۱۲ قانون ثبت به منظور اجبار افراد به ثبت املاک، مجازات سختگیرانه سلب مالکیت دارنده و ثبت ملک به نام دولت پس از انقضاء ده سال از آگهی نوبتی، را به عنوان مجازات عدم تقاضای ثبت ظرف مدت مقرر در قانون مقرر

پ. علی‌رغم اطلاق عبارت «عقود و معاملات»^۱ در ماده یک، به دلیل عدم تصریح ماده، تسری قاعده به عقود اعلامی^۲ نظیر تقسیم اموال غیر منقول که عدم رسمیت آن‌ها، منشأ بسیاری از اختلافات در مراجع قضایی است و در دکترین همواره مورد مناقشه بوده است، کماکان محل تردید است؛

ت. اساساً قلمرو ثبت، حقوق عینی غیر منقول است و تسری آن به انتقال منافع، صرفاً در مواردی است که این انتقال، بر ارزش اقتصادی ملک تأثیرگذارده و بر همین اساس، اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث ضرورت یابد. از این‌رو، تعیین مدت دو سال برای اجباری ساختن رسمیت اسناد انتقال منافع، با توجه به تأثیر اندک آن بر ارزش اقتصادی ملک و نیز با توجه به این‌که حقوق مستأجر طبق ماده ۴۹۸ قانون مدنی تأمین می‌شود، غیر ضروری است. ضمن آن‌که برخلاف بسیاری کشورهای اروپایی، در عرف معاملاتی جاری ایران، اجاره‌های بلندمدت مرسوم نیست. حتی در فرانسه نیز که چنین اجاره‌هایی رایج است، صرفاً اجاره‌های با بیش از ۱۲ سال مشمول ثبت اجباری گردیده‌اند؛^۳ هرچند کارایی ثبت مذکور نیز در دکترین به شدت محل مناقشه است به نحوی که در طرح اصلاح مقررات ثبت، اسناد مذکور از شمول ثبت خارج شده‌اند (Séjean-Chazal: 2018 : 62)؛

۲-۱-۴. ابهام در نقش و آثار

طرح، برخلاف مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت که ثبت «سند» را مقرر می‌دارد، با تصریح بر ثبت اجباری «عقد و معامله»، در شفافیت اصل رسمیت معاملات اموال غیر منقول کوشیده اما، به دلایل زیر، کماکان نتوانسته است ابهامات موجود از حیث نقش و آثار اصل مذکور را مرتفع سازد:

۱. داشت. اما، حجم بسیار بالای این املاک (مجهول‌المالک)، قانون‌گذار را ناگزیر ساخت قبل از پایان مدت مذکور، آن را اصلاح و با حذف مجازات سلب مالکیت، عدم تقاضای ثبت را با جریمه مدنی و محرومیت دارنده از تنظیم سند رسمی معاملات این املاک مجازات نماید. ضمانتی کاملاً ناموفق که سبب گردیده بخش قابل توجهی از وظایف ادارات ثبت و نیز دعاوی مطروحه در دادگاه‌ها مسائل مربوط به املاک مجهول‌المالک باشد.
۲. به رغم اینکه عبارت کلی «عقود و معاملات» مذکور در مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت، از گذشته تفاسیر متعددی را سبب شده بود با این حال، طرح مجدداً از عبارت مذکور استفاده کرده است. نمونه این تفسیرپذیری اختلاف‌نظر در خصوص شمول قاعده بر تقسیم و افراز املاک است.
۳. منظور عقود است که موجد یک حق جدید نبوده و صرفاً یک حق از پیش موجود را آشکار و اعلان و در نتیجه آن را تقویت می‌کنند (DAGOT, 1981: 177). در فرانسه، ماده ۴۲۸ مصوبه ۴ ژانویه ۱۹۵۵، اسناد و آراء قضایی اعلامی نظیر تقسیم و صلح دعوی را مشمول ثبت اجباری قرار داده است اما عدم ثبت این اسناد با عدم قابلیت استناد، ضمانت نمی‌شود.
۴. بند ب ماده ۱۲۸ مصوبه ۴ ژانویه ۱۹۵۵.

الف. ماده یک در مقام بیان نقش و اثر رسمیت، منشأ دو برداشت متفاوت است: نخست آن‌که مطابق ظاهر ماده و با توجه به ضمانت اجرای مقرر، رسمیت سند در معاملات غیرمنقول دلیل منحصر اثبات معامله و طریق منحصر ثبت سند در دفتر املاک است (نقش شکلی). شورای نگهبان نیز با همین برداشت، اطلاق آن را خلاف موازین شرع دانسته است. دیگر آن‌که، از عبارت «ملک مزبور به طور رسمی به او منتقل شده»، این برداشت نیز قابل استنباط است که تنظیم سند رسمی در مورد املاک مذکور، شرط انتقال مالکیت است (نقش ماهوی). به عبارت دیگر، قید مذکور می‌تواند مفهوم آن باشد که مالکیت غیرمنقول فقط با تنظیم سند رسمی منتقل می‌شود. خصوصاً اینکه این اصلاح، ظاهراً، در راستای رفع ایراد مخالفان نقش ماهوی رسمیت سند در انتقال مالکیت، صورت گرفته که عبارت «یا ملک مزبور به او منتقل گردیده» در ماده ۲۲ قانون ثبت را دلیل بر فقدان چنین نقشی می‌دانستند؛

ب. در ماده یک، اجرای قاعده، با عدم پذیرش عقود و معاملات ثبت نشده در ادارات و محاکم تضمین شده است.^۱ یک ضمانت اجرای شکلی که اگر چه در ظاهر، تأثیر مستقیمی بر ماهیت و اعتبار معامله ندارد اما، چون دلیل منحصر اثبات آن تلقی شده، عدم رعایت آن به منزله عدم تحقق عقد خواهد بود. این راهکار با توجه به اینکه ابهام گذشته را برطرف و شرط رسمیت را ناظر به عقد و نه سند نموده است، می‌توانست بسیار کارساز باشد، در صورتی که وضعیت حقوقی معاملات ثبت نشده از حیث اعتبار و آثار نسبت به طرفین و اشخاص ثالث نیز به صراحت تعیین می‌گردید اما، طرح از این حیث ناقص و این امر کارایی اصلاح یادشده را متأثر می‌سازد.

۲-۱-۲. رسمیت در تعهد به معاملات اموال غیرمنقول

اصل رسمیت تعهد به معاملات املاک ثبت شده، پیش از این در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی مقرر شده است اما، ماده یک طرح در یک نوآوری، شمول قاعده را به «تعهد به معاملات املاک جاری»^۲ نیز گسترش داده است. با این حال، اثربخشی این مقرر، با توجه به عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا و نیز ابهام در قلمرو با تردید مواجه است. پیش از بررسی نواقص، موضع دیگر نظام‌های ثبتی در این مورد ارائه می‌گردد.

۱. شورای نگهبان در نظریه صادره، این ضمانت اجرا را در مورد محاکم مطلقاً، و در مورد ادارات، از حیث اطلاق، خلاف شرع دانسته است.

۲. املاکی که جریان ثبتی آن‌ها خاتمه نیافته و هنوز در دفتر املاک به ثبت نرسیده‌اند.

۱-۲-۱. مطالعات تطبیقی

تأمین امنیت حقوقی، سیستم‌های مختلف ثبتی را ناگزیر از وضع مقرراتی در خصوص رسمیت و انتشار تعهد به معاملات اموال غیر منقول نموده است. در این مورد نیز، رسمیت سند حسب مورد، شرط اعتبار یا پیش شرط ثبت این اسناد تلقی شده است.

در فرانسه، ثبت و انتشار این تعهدات نظیر وعده یک طرفه بیع^۱، وعده اجاره بیش از ۱۲ سال و قرارداد حق تقدم^۲ در اداره ثبت محل وقوع ملک، طبق ماده ۱۳۷ مصوبه ۴ ژانویه ۱۹۵۵ اختیاری است؛ اما، چنانچه شخصی بخواهد نسبت به ثبت آن‌ها اقدام کند، اسناد مذکور باید به صورت رسمی تنظیم شوند.^۳ بنابراین رسمیت در این اسناد، یک شرط شکلی و پیش شرط ثبت است. با این حال، وعده یک طرفه بیع دارای رژیم حقوقی خاص بوده و اعتبار آن طبق مقررات مالیاتی منوط به ثبت آن ظرف مدت ده روز از تاریخ انعقاد در اداره مالیاتی صالح یا تنظیم آن طی سند رسمی است.^۴ همچنین، ماده 2901 L. قانون جامع ساختمان و مسکن مصوب ۲۰۰۹^۵ نیز در راستای حمایت از حقوق افراد، رسمیت وعده بیع تنظیمی توسط یک شخص حقیقی با مدت بیش از هجده ماه را با ضمانت بطلان مقرر داشته است.

در حقوق محلی آلاسکاموزل نیز رسمیت سند در این تعهدات پیش شرط لازم برای ثبت در دفتر املاک است.^۶ طبق بند ۶ ماده ۳۸ قانون ورود، وعده یک طرفه بیع، وعده معاوضه و قرارداد حق تقدم بعنوان «محدودیت بر حق واگذاری» توصیف و مشمول ثبت اجباری در دفتر املاک می‌باشند و بدین منظور باید طی سند رسمی تنظیم شوند.

1. Promesse unilatérale de vente

2. Pacte de préférence

۳. لازم به ذکر است که تعهد متقابل بیع (قولنامه) (Promesses synallagmatiques de vente) مشمول ماده مذکور

نیست. این قرارداد طبق ماده ۱۵۸۹ قانون مدنی به منزله بیع است و به عنوان بیع مشروط به شرط معلق در شمول ثبت اجباری با ضمانت عدم قابلیت استناد قرار می‌گیرد. لازمه ثبت سند مذکور رسمیت آن است. راه حلی که در عمل به دلیل تحمیل هزینه و مالیات مضاعف انجام نمی‌شود و معمولاً طرفها تا رفع موانع تنظیم سند رسمی بیع صبر می‌کنند. امری که سبب شده است اصلاح قواعد مالیاتی ناظر به این قرارداد، در طرح اصلاح مقررات ثبت پیشنهاد شود (SUQUET-COZIC, 2014 : 58)

۴. ماده ۲۱۵۸۹ قانون مدنی، تنظیم وعده یک طرفه بیع طی سند رسمی، یا ثبت مالیاتی آن ظرف مدت ده روز از انعقاد وعده عادی را با ضمانت ابطال مقرر کرده است.

5. Art. L. 2901 du code de la construction et de l'habitation (CCH) : « Toute promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dixhuit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dixhuit mois est nulle et de nul effet si elle n'est pas constatée par un acte authentique, lorsqu'elle est consentie par une personne physique »

۶. بند اول ماده ۴۲ قانون ورود و ماده ۱۷۱۰ قانون مدنی

در سوئیس طبق بند ۲ ماده ۲۱۶ قانون تعهدات الحاقی ۴ اکتبر ۱۹۹۱، رسمیت سند، شرط اعتبار این نوع تعهدات است. طبق این ماده «وعده‌های بیع، توافقات راجع به حق تقدم، حق خریدار برای تملک ملک موضوع بیع با شرط تأخیر در انتقال مالکیت و حق فروشنده برای خرید مجدد ملک فروخته شده، فقط در صورتی که طی سند رسمی تنظیم شوند معتبرند»^۱.

۲-۲-۱-۲. کاستی طرح در رسمیت تعهد به معاملات اموال غیرمنقول

ثبت اجباری این تعهدات در ماده یک طرح مقرر گردیده است. اما، قاعده مذکور به لحاظ ابهام در قلمرو و عدم تعیین نظام حقوقی و ضمانت اجرا ناقص است.

عبارات «تعهد به معاملات» در ماده ۱، «قراردادهای خصوصی» در ماده ۲ و «پیش‌نویس قرارداد» در ماده ۳، تشخیص اسناد مشمول قاعده را با ابهام همراه ساخته است. ماده ۱ طی یک قاعده کلی، تعهد (یک جانبه یا متقابل) به تمامی عقود و معاملات راجع به عین، حقوق و منافع املاک ثبت شده و جاری را مشمول ثبت اجباری سند قرار داده است. ماده ۲ در حکمی معارض، دفاتر اسناد رسمی را صرفاً در صورت درخواست مراجعین، مکلف به ثبت قراردادهای خصوصی من جمله وعده بیع و قولنامه می‌داند بدون اینکه با توجه به اطلاق عبارت «کلیه عقود و معاملات» و «تعهد به عقود و معاملات» در ماده یک، مشخص شود منظور از قراردادهای خصوصی چیست.

۲-۲-۲-۱-۲. عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا

طبق صدر ماده یک طرح: «کلیه «عقود و معاملات» راجع به حقوق، عین و منافع اموال غیرمنقول ... و «تعهد به انجام کلیه موارد مذکور» باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد و «عقود و معاملاتی» که به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد». ملاحظه می‌شود که علی‌رغم پیش‌بینی ثبت اجباری عقود و معاملات و تعهد به معاملات در ماده، ضمانت اجرا صرفاً ناظر به «عقود و معاملات» ثبت نشده گردیده و عدم ثبت تعهدات از شمول آن خارج مانده است. به علاوه، مجازات مقرر برای مشاورین املاک در ماده ۱۱ طرح نیز صرفاً ناظر به معاملات بوده و تعهدات مذکور را شامل نمی‌شود. بر این مبنا، طرح از کارآمدی لازم در پیشگیری از تنظیم قراردادهای عادی برخوردار نخواهد بود.

۲-۲-۲-۱-۲. سکوت در آثار

صرف نظر از تفاوت ماهوی قراردادهایی که به عنوان نمونه در ماده یک ذکر شده (تعهد به بیع، قولنامه و بیع‌نامه)، چنان‌چه منظور از قراردادهای خصوصی، توافقات مقدماتی راجع به انتقال اموال

1. (Les promesses de vente et les pactes de préemption, d'emption et de réméré portant sur un immeuble ne sont valables que s'ils ont été passés en la forme authentique).

غیر منقول باشد، با توجه به این که در قانون مدنی، نظام حقوقی و آثار این قراردادها تعیین نگردیده، لازم بود طرح در راستای تأمین امنیت حقوقی این خلأ را برطرف می ساخت. آثار این نوع قراردادها بین طرفین کماکان نامشخص است و نویسندگان طرح پرسش های زیر را بدون پاسخ گذاشته اند:

آیا قرارداد های مقدماتی موجد حق شخصی هستند؟

آیا در پی تنظیم این نوع پیمان ها یک حق عینی ایجاد می شود؟

جبران ناشی از نقض تعهدات قراردادی به چه نحوی است؟

بررسی تطبیقی نشان می دهد که در نظام های ثبتی مورد مطالعه، قانون گذار با پای بندی به اصول بنیادین حقوقی خود، راه حلی سازگار با نظام حقوقی حاکم جهت تأمین امنیت مالکیت اتخاذ کرده است؛ در فرانسه با احترام به اصل انتقال رضایی و فوری مالکیت، رسمیت سند صرفاً یک شرط شکلی است که تأثیری در ماهیت عقد ندارد با این حال، چون پیش شرط ثبت سند و نتیجتاً قابلیت استناد آن نسبت به اشخاص ثالث است، افراد را ناگزیر از تنظیم سند رسمی معاملات خود می نماید، در سوئیس با وفاداری به صورت گرای رومی در انتقال مالکیت، رسمیت سند، شرط اعتبار عقد تلقی و خطر تهدید امنیت با معاملات عادی املاک وجود ندارد و در حقوق محلی آلاس موزل که ثبت از جنبه ساختاری آلمانی و از حیث قواعد حاکم فرانسوی است، با توجه به اماره صحت مندرجات دفتر املاک، قانون گذار راه حلی بینابین دو سیستم ثبتی فوق را انتخاب و بدون این که از شکل گرای مطلق آلمانی تبعیت کند، رسمیت سند در ایجاد و انتقال حق مالکیت و حق ارتفاق را با تعیین یک مهلت ۶ ماهه، با بی اعتباری معامله منعقدۀ تضمین می کند. همین وضعیت در مورد تعهد به معاملات اموال غیر منقول نیز حاکم است. تأمین منافع عمومی و تضمین امنیت بازار معاملات املاک، نظام های مذکور را به شکل گرای در این نوع قراردادها سوق داده است اما، طرح حاضر، علی رغم برخی پیشرفت ها، در استقرار و تعیین نقش و آثار اصل رسمیت سند در این دو حوزه کماکان ناقص است و نتوانسته است به ابهامات موجود پایان دهد.

۲-۲. اصل ثبت دفتر املاک

اصل ثبت ملک و انتقالات آن در دفتر املاک به موجب قانون ثبت ۱۳۰۲ برقرار و در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ تکامل یافت. در این قانون، ثبت عمومی املاک با ضمانت سلب مالکیت و ثبت اجباری اسناد با ضمانت عدم پذیرش سند مقرر گردید تا با استقرار مالکیت رسمی، امنیت قضایی تأمین شود. اصل مالکیت رسمی در ماده ۲۲ قانون، حمایت مطلق از مالک و منتقل الیه ثبت شده در دفتر املاک را حداقل در دهه اول بعد از تصویب قانون به همراه داشت.^۱ قانونگذار، با

۱. به تعبیری «فرمانروایی ماده ۲۲ قانون ثبت» (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۶: ۱۳۱)

اعتماد به صحت عملکرد مامورین ثبت، «منتهی درجه اعتبار را به دفتر املاک» (امامی، ۱۳۲۰: ۱۳۶) اعطا کرد بدون اینکه با پیش‌بینی احتمال وقوع اشتباه یا عمد در ثبت ملک یا معاملات بعدی، اختیار اصلاح دفتر املاک یا امکان اقامه دعوی برای ابطال موارد خلاف را پیش‌بینی کند. تعدیل این افراط غیرمنطقی، اصلاح مکرر قانون ثبت را در پی داشت. اما اصلاحات مذکور نیز نتوانست مشکلات ثبت ایران را مرتفع سازد. کاهش اعتبار ثبت بعد از پیروزی انقلاب روندی رو به شتاب گرفت و برون‌رفت از وضعیت نابسامان ناشی از آن، تعیین صریح و شفاف قلمرو، نقش و آثار سلبی و ایجابی ثبت دفتر املاک را ضروری ساخت. اما آیا طرح اصلاحی حاضر، توانسته است در این مسیر بخوبی نقش آفرینی کند؟ این موضوع با تفکیک ثبت «معاملات» و «تعهد به معاملات» و با لحاظ موضوع دیگر نظام‌ها ثبتی، در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲-۱-۲. در ثبت معاملات اموال غیرمنقول

تهیه‌کنندگان طرح، بدون تفکیک بین دو اصل رسمیت سند و ثبت دفتر املاک، افزایش اعتبار اسناد رسمی را جهت حل مشکلات کافی دانسته و صرفاً در قسمت اخیر ماده یک، به صورتی مبهم ثبت دفتر املاک را دلیل مالکیت دانسته‌اند. آن‌ها با حذف کلمه «دولت» از صدر ماده ۲۲ قانون ثبت و الحاق کلمه «رسمی» در قسمت اخیر آن در صدد شفافیت اصل برآمده‌اند. تلاشی که به دلایلی که در ادامه می‌آید، با نتیجه مقصود همراه نیست. اما پیش از آن، موضع نظام‌های ثبتی مورد مطالعه در این خصوص بیان می‌شود.

۲-۱-۲-۲. مطالعات تطبیقی

نظام ثبت املاک فرانسه مبتنی بر سیستم ثبت و انتشار سند است.^۱ قانون‌گذار کلیه اسناد مشمول ثبت را به دقت و صراحت تعیین کرده است. مواد ۲۴۲۶ الی ۲۴۵۷ ق م در خصوص رهن‌ها و امتیازات غیرمنقول، و مواد ۲۸ الی ۳۷ مصوبه ۴ ژانویه ۱۹۵۵ ناظر به سایر اسناد و آراء قضایی مشمول ثبت است.^۲ در این سیستم، ثبت اسناد موجد، ناقل، اعلام‌کننده یا ساقط‌کننده حق مالکیت و سایر حقوق عینی غیرمنقول اجباری است.^۳

۱. نظام‌های ثبتی از حیث موضوع ثبت به دو دسته نظام ثبت یا انتشار سند (Publication des actes) و نظام ثبت حق (Inscription des droits) تقسیم می‌شوند. در سیستم ثبت سند این اسناد هستند که به منظور قابلیت استناد نسبت به اشخاص ثالث ثبت و منتشر می‌شوند (نظام فرانسه)، در حالیکه در نظام ثبت حق که به دفتر املاک موسوم است حقوق مورد ثبت قرار می‌گیرند (نظام ثبت سوئیس و استان‌های آلزاسموزل فرانسه). نک: (THERI, 1998 : 426)

۲. پراکندگی مقررات ناظر به ثبت و فقدان نظریه عمومی در این حوزه، از انتقادات وارده به سیستم ثبت فرانسه در دکتترین بوده است.

۳. به علاوه برخی اسناد با هدف اطلاع‌رسانی در شمول ثبت اجباری قرار دارند. برخی دیگر می‌توانند به صورت اختیاری به ثبت برسند که در این گروه نیز ثبت شماری از آن‌ها (رهنها و امتیازات غیرمنقول)

با توجه به نقش اعلامی ثبت فرانسه، ادارات ثبت (ادارات مسئول انتشار اسناد ملکی)^۱ فاقد هر گونه اختیار قضایی بوده و جز در برخی استثنائات، کنترل تشریفات مورد درخواست، صرفاً به یک کنترل شکلی اسناد محدود می‌شود. از این رو، ثبت یک سند یا حق، دلیل اعتبار یا اثبات وجود آن نیست. با این حال، قانون‌گذار ثبت را به صراحت شرط قابلیت استناد نسبت به اشخاص ثالث^۲ قرار داده است.^۳ این حمایت، متناسب با مبانی ثبت است زیرا طبق قاعده انتشار، اشخاص ثالث تا زمانی که نسبت به ایجاد یا انتقال یک حق عینی آگاه نشوند، به رغم آن که حق مذکور ماهیتاً عام‌الشمول و به محض ایجاد یا انتقال نسبت به همگان قابل استناد است، قانوناً حق دارند وجود آن را نادیده بگیرند. بدین ترتیب، ثبت، از طریق اعطاء تقدم به معامله مقدم‌الثبت نسبت به معامله‌ای که به ثبت نرسیده یا با تأخیر به ثبت رسیده است، تعارض در معاملات معارض از ناحیه یک ناقل، را حل و فصل می‌کند (Piedelievre, 2014 : 114). رویه قضایی و سپس قانون مدنی در ماده ۱۱۹۸ مصوب ۲۰۱۶ حمایت از شخص ثالث با حسن نیت را پذیرفته^۴ و دولت مسئولیت جبران خسارات ناشی از اشتباه ادارات ثبت را به عهده دارد.^۵

با ضمانت قابلیت استناد نسبت به اشخاص ثالث حمایت می‌شود.

1. Services de la publicité foncière

۲. ماده ۳۰ مصوبه ۴ ژانویه ۱۹۵۵

۳. برخی آن را نوعی شکل‌گرایی غیر مستقیم می‌دانند. به اعتقاد ایشان، تشکیل قطعی یک حق، مبتنی بر تجزیه آن در دو مرحله است: در مرحله اول فقط توافق اراده طرف‌ها دخالت می‌کند، حق با رعایت شرایط لازم برای اعتبار آن، بین طرفین ایجاد می‌شود؛ در گام دوم شکل‌گرایی مطرح می‌شود که تنها تضمین برای قابلیت استناد حق ایجاد شده به اشخاص ثالث است (Fournieh, 2019).

۴. در مورد قلمرو حسن نیت بین رویه قضایی و قانون اختلاف است. دیوان عالی کشور در آخرین موضع‌گیری خود در رأی مورخ ۱۲ ژانویه ۲۰۱۱ شعبه سوم مدنی، معتقد بود که جز در فرض تبانی متقلبانه با فروشنده، خریدار دوم نسبت به خریدار اول اولویت خواهد داشت در صورتی که قرارداد بیع خود را قبل از او منتشر کند، حتی اگر از وجود قرارداد فروش اول در زمان انعقاد قرارداد خود آگاه باشد. اما، قسمت اخیر بند سه ماده ۱۱۹۸ جدید قانون مدنی، تقدم فوق را منوط به داشتن حسن نیت به صورت مطلق دانسته است که به معنی «عدم آگاهی از قرارداد اول» و نه «عدم تبانی متقلبانه با فروشنده» است. این موضع‌گیری قانون‌گذار که ناقض نقش اصلی انتشار ملکی در حل تعارضات است مورد انتقاد دکتترین است و از این رو در طرح نوسازی انتشار ملکی، به حذف عبارت اخیر از انتهای ماده برای پای‌بندی به راه حل رویه قضایی نظر داده شده است (Séjean-Chazal, 2018 : 80s).

۵. طبق صدر ماده ۲۴۵۰ قانون مدنی اصلاحی ۲۰۱۰ «دولت مسئول زیان ناشی از اشتباهات ارتكابی توسط هر یک از ادارات ثبت در اجرای وظایفشان است» بنابراین، مسئولیت دولت در این زمینه مطلق بوده و در تمام مواردی که اشتباه یا کوتاهی ادارات مذکور منجر به بروز خسارت به اشخاص ثالث شود مسئولیت دولت جلب می‌گردد.

در حقوق محلی آلاسکا موزل، نظام ثبت املاک به تبعیت از حقوق آلمان مبتنی بر سیستم ثبت حق^۱ است. ماده ۳۸ قانون ورود، حقوقی که باید در دفتر املاک به ثبت برسند را به تفصیل برشمرده است. این حقوق شامل حق مالکیت، سایر حقوق عینی غیر منقول و برخی حقوق شخصی است. ثبت معاملات راجع به اموال غیر منقول، جز در مواردی که املاک عمومی بین اشخاص حقوق عمومی نقل و انتقال می‌یابد، اجباری است.^۲ در این سیستم که از حیث آثار به نظام ثبت فرانسه نزدیک شده است، ثبت دفتر املاک، موجد یا ناقل حق مالکیت نیست و اثر اصلی آن، قابل استناد ساختن حق ثبت شده نسبت به اشخاص ثالث است. ثبت، در معاملات معارض انجام شده از ناحیه یک فروشنده، صرف‌نظر از تاریخ انعقاد آن‌ها، تقدم را به معامله‌ای که زودتر در دفتر املاک به ثبت رسیده است، می‌دهد. به علاوه، برخلاف حقوق فرانسه و به یادگار از حقوق آلمان، مندرجات دفتر املاک صحیح فرض شده^۳ و دلیل مالکیت تلقی می‌گردند (Syquet-cozic, 2015: 72).

اداره املاک که یک واحد قضایی وابسته به دادگاه بدوی است، انجام تشریفات ثبت را تحت مدیریت قاضی دفتر املاک به عهده دارد. ثبت حقوق در دفتر املاک مستلزم احراز شرایط شکلی و ماهوی مقرر در قانون است که توسط قاضی مذکور انجام می‌شود.^۴ در صورتی که اشتباه یا تقصیر قاضی منجر به ورود زیان به اشخاص گردد، جبران زیان وارده به عهده دولت است. دولت پس از پرداخت خسارت، حق رجوع به متخلف را دارد^۵ (Mischler, Fasc. 431, n°58, 8995).

در سوئیس طبق قانون مدنی ۱۹۱۲ یک نظام ثبت یک‌نواخت و منسجم بر اساس نقشه‌برداری جامع کاداستری حاکم است که در آن ثبت کلیه اموال غیر منقول و معاملات آن در دفتر املاک بمنظور تأمین

دولت پس از جبران خسارت حق رجوع به متخلف را دارد. دعوی مسئولیت علیه دولت ظرف ۱۰ سال از تاریخ ارتکاب اشتباه، در محاکم قضایی قابل اقامه است (Simeler et Delebecque, 2012: 815).

۱. نک به زیرنویس ش ۴۱.

۲. ماده ۳۳ مصوبه ۷ اکتبر ۲۰۰۹ راجع به دفتر املاک و رایانه‌ای سازی آن

۳. لازم به توضیح است که قانون کاداستر در ۳۱ مارس ۱۸۸۴ با هدف تسهیل استقرار دفتر املاک در این استان‌ها، تصویب و کاداستر مالیاتی رایج را به کاداستر حقوقی تبدیل نمود. مندرجات کاداستر طبق ماده ۲۴ قانون مذکور از قدرت اثباتی برخوردار است و این امر صحت مندرجات دفتر املاک از حیث وضعیت فیزیکی ملک نیز با توجه به ارتباط متقابل و نزدیک این دو نهاد، سبب شده است.

۴. طبق ماده ۴۶ قانون ورود موارد زیر باید مورد کنترل قاضی دفتر املاک قرار گیرد: ۱. قابلیت ثبت حق مورد درخواست؛ ۲. انطباق سند موضوع ثبت با شرایط شکلی مقرر در قانون؛ ۳. انطباق شخص ناقل با شخص ثبت‌شده در دفتر املاک؛ ۴. اهلیت و صلاحیت طرفین معامله؛ و ۵. در صورتی که طرفین سند به نمایندگی معامله کرده باشند بررسی مجاز بودن نمایندگی و مطابقت آن با قانون

۵. بند دو ماده ۴۶ قانون ورود.

امنیت حقوقی الزامی است.^۱ در این سیستم، مالکیت و سایر حقوق عینی غیر منقول صرفاً از طریق ثبت در دفتر املاک ایجاد، منتقل یا ساقط می‌شوند.^۲ مگر در مواردی نظیر ارث یا مرور زمان مملک که انتقال حق به موجب قانون یا حکم دادگاه صورت می‌گیرد.^۳ با این حال، ثبت در دفتر املاک، اگرچه شرط ضروری برای ایجاد، انتقال و اسقاط حق است اما شرط کافی نبوده و اعتبار ثبت مستلزم مشروعیت سبب منشأ آن است. طبق این قاعده که به «اصل مشروعیت»^۴ موسوم است ثبت یک حق در دفتر املاک سند منشأ آن را از عیوب احتمالی پاک نساخته و عدم مالکیت فروشنده را توجیه نمی‌کند. در این موارد مالک واقعی می‌تواند از دادگاه ابطال و اصلاح ثبت دفتر املاک را درخواست نماید.^۵

احراز مشروعیت، از طریق کنترل مقدماتی اسناد مورد ثبت از حیث شرایط شکلی و ماهوی مقرر در قانون است که توسط مسئول دفتر املاک^۶ انجام می‌شود.^۷ مندرجات دفتر املاک صحیح فرض می‌شوند^۸ و این قدرت اثباتی، نسبت به اشخاص ثالثی که با حسن نیت و اعتماد به دفتر املاک معامله

۱. مقررات قانون مدنی ۱۹۱۲ در مورد ثبت و کاداستر تابع سه اصل است: ایجاد و انتقال حق مالکیت بر اموال غیر منقول مستلزم

ثبت در دفتر املاک است (ماده ۶۵۶)؛ محتوای ثبت دفتر املاک، وابسته به نقشه برداری از ملک است (ماده ۹۵۰) و

نقشه برداری، مستلزم تحدید حدود حقوقی ملک است (ماده ۶۶۹) (Orozco and Steudler, 2017).

۲. مواد ۹۷۱ و ۹۷۲ قانون مدنی به صراحت آثار سلبی و ایجابی ثبت را بیان می‌دارد.

۳. این موارد مشمول اصل ثبت نسبی هستند که در آن مالکیت به حکم قانون یا دادگاه و خارج از دفتر املاک منتقل می‌شود. بند ۲ ماده ۶۵۶ قانون مدنی ناظر به این موارد است.

4. Principe de légalité

۵. طبق ماده ۹۷۵ قانون مدنی «کسی که حق عینی او بدون دلیل مشروع به موجب ثبت، اصلاح یا حذف ثبت تضییع شده است، می‌تواند حذف یا اصلاح موارد مذکور را درخواست کند». علت آن است که طبق اصل صحت مندرجات دفتر املاک، ثبت ناروا نیز برای دارنده آن، یک موقعیت ظاهری تولید می‌کند که موجب آثاری به نفع اوست. این موقعیت ظاهری، در صورت عدم اعتراض ذی‌نفع، می‌تواند از طریق مرور زمان مملک یا انتقال ملک به شخص ثالث با حسن نیت، به مالکیت غیرقابل اعتراض دارنده منجر گردد. بر این مبنا، قانون‌گذار صراحتاً اختیار اقامه دعوی برای ابطال یا اصلاح ثبت دفتر املاک را برای ذینفع پیش‌بینی می‌کند. دعوی اصلاح دفتر املاک می‌تواند یک دعوی مالکیت (Action en revendication) باشد برای اینکه دارنده ظاهری نتواند از مهلت مرور زمان مملک ۱۰ ساله مقرر در بند یک ماده ۶۶۱ قانون مدنی بهره‌مند شود یا یک دعوی برای تصدیق حق (Action en constatation de droit) باشد تا دارنده نتواند آن را به یک شخص ثالث با حسن نیت (ماده ۹۷۳ قانون مدنی) منتقل و به این طریق حق مالک واقعی را تضییع کند (TUOR, 1950: 451).

۶. بر حسب استانهای مختلف مسئول دفتر املاک می‌تواند قاضی یا یک کارمند دولت (Conservateur) باشد.

۷. بندهای دو و سه ماده ۹۶۵ قانون مدنی

۸. اصل صحت مندرجات دفتر املاک در مواد ۹ و ۹۳۷ قانون مدنی بیان شده است.

کرده‌اند، غیر قابل انکار می‌شود.^۱ سوءنیت در معنای اطلاع یا قابلیت اطلاع از غیرقانونی بودن ثبت، ثالث را از این حمایت محروم ساخته و به ذی‌نفع اجازه طرح دعوی برای ابطال ثبت را می‌دهد.^۲ به علاوه، مسئولیت دولت برای جبران خسارات ناشی از ثبت به صراحت در ماده ۹۵۵ قانون مدنی مقرر شده است (Rossel et mentha, 1922 : 334 ; Tuor, 1950 : 441).

۲-۱-۲-۲. کاستی طرح در ثبت معاملات اموال غیرمنقول

نظام ثبت املاک ایران در زمینه آثار و نقش ثبت دفتر املاک نیز به دلیل ابهام، سکوت و تفسیرپذیری مقررات همواره با چالش مواجه بوده است. عدم صراحت قانون در تعیین آثار ثبت بین طرفین و اشخاص ثالث، ابهام در اصل مشروعیت ثبت، پیش‌بینی نشدن اختیار برای ادارات ثبت جهت کنترل مقدماتی شرایط شکلی و ماهوی معاملات مشمول ثبت، عدم حمایت از اشخاص ثالث با حسن نیت و مسئولیت شخصی کارکنان ثبت در اشتباهات ارتكابی از جمله این نواقص است. اما طرح حاضر که در قسمت اخیر ماده یک ناظر به «ثبت دفتر املاک» است نیز به دلایل زیر موفقیتی در رفع موارد مذکور ندارد.

۲-۱-۲-۳. ابهام در آثار ثبت

در مواد ۱ و ۸ طرح، ثبت دفتر املاک، «دلیل منحصر اثبات مالکیت ملک» و «شرط قابلیت استناد آراء صادره نسبت به اشخاص ثالث» تلقی شده است. با این حال، عدم صراحت و شفافیت در بیان موارد مذکور کارایی طرح در رفع ابهامات نظام ثبت را متاثر ساخته است.

نخست. ثبت دفتر املاک به عنوان «دلیل منحصر اثبات مالکیت»

طرح در قسمت اخیر ماده یک با اصلاح جزیی قاعده مقرر در ماده ۲۲ قانون ثبت، حکم فوق را مقرر داشته اما، این حکم علاوه بر مواردی که در گفتار اول اشاره شد، متضمن ایرادات زیر است:

الف. نگارش ماده مبهم و تفسیرپذیر بوده و منشأ دو برداشت متفاوت است. برداشت اول: کسی مالک شناخته می‌شود که: ۱. ملک به نام او در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد؛ ۲. ملک به طور رسمی به او منتقل شده باشد؛ ۳. ملک از مالک رسمی به او به ارث رسیده باشد؛ برداشت دوم: مالک کسی است که: ۱. ملک در دفتر املاک به نام او به ثبت رسیده باشد؛ ۲. ملک طی

۱. بند یک ماده ۹۷۳ قانون مدنی به صراحت این حمایت را بیان می‌کند: «کسی که مالکیت یا سایر حقوق عینی را با حسن نیت بر اساس ثبت دفتر املاک به دست آورد، مالکیت او محفوظ می‌ماند».

۲. بندهای یک و سه ماده ۹۷۴ ناظر به این قاعده است. «زمانی که یک حق عینی به صورت غیر مجاز ثبت شده باشد، اشخاص ثالثی که از نقص مطلع یا باید از آن مطلع بوده باشند، نمی‌توانند از این ثبت بهره‌مند شوند»؛ «کسی که حقوق عینی او نقض یا متحمل خسارت شده باشد، می‌تواند مستقیماً، در برابر اشخاص ثالث با سوءنیت، به غیرقانونی بودن ثبت استناد کند».

سند رسمی به او منتقل و این انتقال در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد؛^۳ ملک از مالک رسمی به او به ارث رسیده و این انتقال ارثی در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد. هر دو برداشت با اشکال همراه است.

ب. با پذیرش برداشت اول، سند انتقال تنظیمی نزد سردفتر اسناد رسمی ناقل و مثبت مالکیت است و بر ثبت آن در دفتر املاک اثری بار نمی‌شود که به نظر نمی‌رسد تدوین‌کنندگان چنین نظری داشته باشند؛ در برداشت دوم، با توجه به اینکه مالکیت وراثت بر ماترک ناشی از قانون است بنابراین، گرچه لازم است خلا قانون ثبت از حیث عدم تعیین مدت برای الزام وراثت به ثبت انتقالات ارثی در دفتر املاک، با تعیین مدت و ضمانت اجرا مرتفع شود، اما منوط کردن شناسایی مالکیت وراثت، به ثبت در دفتر املاک صحیح نمی‌باشد؛^۱

ت. ماده، هیچ حکمی در خصوص ثبت معاملات موجد، ناقل یا اعلامی مربوط به سایر حقوق عینی غیر منقول و اجاره بیش از دو سال، در دفتر املاک و آثار آن ندارد و ضمانت اجرایی برای عدم ثبت عقود مذکور پیش‌بینی نشده است؛

دوم. ثبت دفتر املاک شرط قابلیت استناد آراء قضایی

ماده ۸ طرح در اقدامی ابتکاری ارسال برخط و ثبت کلیه تصمیمات مراجع قضایی و سایر مراجعی که در خصوص اراضی و املاک تصمیم‌گیری می‌کنند در دفتر املاک الکترونیک را با ضمانت «عدم قابلیت استناد نسبت به اشخاص ثالث» اجباری نموده است. اما، این قاعده که ظاهراً در راستای حمایت از مردم در برابر تصمیمات دولت و شفاف‌سازی زمان استقرار مالکیت عمومی مقرر شده است، از حیث قلمرو، ضمانت اجرا و مسئولیت دارای ایراد و ابهام است:

الف. از حیث قلمرو: معیار مقرر در این ماده برای تعیین تصمیمات و آراء مشمول ثبت، بسیار وسیع و مبهم است و نتیجه آن، لزوم ثبت بسیاری از آراء و تصمیماتی^۲ است که عملاً نقشی در

۱. در حقوق سوئیس، طبق بند دو ماده ۶۵۶ قانون مدنی، در انتقالات ارثی، انتقال مالکیت خارج از دفتر املاک محقق، اما مالک تا قبل ثبت آن در دفتر املاک امکان انتقال آن را ندارد. در حقوق فرانسه نیز انتقالات ارثی طبق ماده ۳۲۸ مصوبه ۴ ژانویه ۱۹۵۵ مشمول ثبت اجباری است که ظرف ده ماه از فوت باید انجام شود اما ثبت شرط قابلیت استناد انتقال نسبت به اشخاص ثالث نیست (Fournier, 2019 : n° 101).

۲. قید مذکور، کلیه آراء قضایی اثبات التزام فروشنده به بیع، مزایده مال غیر منقول، اثبات مالکیت، الزام به تحویل بیع، اجرت‌المثل مال غیر منقول و غیره و همچنین تصمیمات کمیسیون‌های مواد ۷۷ و ۱۰۰ شهرداری و نظائر آن‌ها را نیز در شمول ماده قرار می‌دهد. در حالی که بسیاری از این موارد، اساساً، نیازی به انعکاس در دفتر املاک ندارند و در برخی موارد نیز ثبت، بر خلاف اصل رسمیت سند و مغایر با مواد ۱۴۳ و ۱۴۶ قانون اجرای احکام مدنی است.

تأمین امنیت حقوقی که مأموریت اصلی ثبت است، ندارند. به علاوه ماده هیچ تعریفی از شخص ثالث^۱ ارائه نمی‌دهد؛

ب. از حیث ضمانت اجرا:^۲ صرف‌نظر از این که مشخص نیست منظور ماده، عدم قابلیت استناد در مرحله ثبوتی یا اثباتی است، در نگارش آن نیز ابهام وجود دارد و معلوم نیست این ضمانت اجرا صرفاً ناظر به تکلیف سازمان ثبت در انعکاس آراء و تصمیمات صادره در دفتر املاک است یا به عدم اعلام موارد مذکور توسط مراجع ذی‌ربط نیز تسری دارد و در صورت عدم تسری، آیا می‌توان ثبت دفتر املاک را به استناد آراء و تصمیمات صادره اما اعلام نشده اصلاح کرد؟ در این صورت، نفع این ماده چیست؟ بعلاوه، ضمانت اجرای تأخیر در اعلام آراء و تصمیمات یا تأخیر در انعکاس آن‌ها در دفتر املاک نیز تعیین نشده است؛

ت. از حیث مسئولیت: مسئولیت اداره (در مفهوم عام) در قبال عدم اعلام یا اعلام با تأخیر تصمیمات و آراء صادره در ماده نادیده گرفته شده، خصوصاً در مواردی که تضییع حقوق اشخاص را در پی دارد. به علاوه، با توجه به اطلاق واژه «متخلف» مشخص نیست که مسئولیت به عهده مراجع مذکور به عنوان اشخاص حقوقی حقوق عمومی است یا مسئولیت شخصی کارمند متصدی و یا هر دو مدنظر است.^۳

۲-۱-۴. ابهام در قلمرو ثبت

ماده یک در تعیین قلمرو ثبت مبهم است به علاوه، طرح در تبصره ۲، با صحه‌گذاشتن بر عرف ناصواب موجود که در نتیجه رواج معاملات عادی املاک مرسوم گردیده، وکالت در بیع املاک را از حیث تشریفات ثبتی، به عنوان بیع تلقی و آن را مشمول ثبت اجباری در دفتر املاک قرار داده است.^۴ قاعده مذکور که با توجه متن تبصره، ظاهراً جهت اطلاع متعاملین، وضع گردیده، نتیجه‌ای جز

۱. برای مطالعه در مفهوم شخص ثالث و حمایت از او نک: طباطبایی حصار؛ کاظمی (۱۳۹۲)، ۱۳۷۱۵۴؛ خداداد (۱۳۹۵)، ص ۳۳۵۶.

۲. شورای نگهبان عدم قابلیت استناد آراء مراجع قضایی در برابر اشخاص ثالث را خلاف اصل ۱۵۸ قانون اساسی و اطلاق آن نسبت به مواردی که منجر به تضییع حقوق مردم می‌شود را خلاف شرع اعلام کرده است.

۳. شورای نگهبان نیز قسمت اخیر ماده را «از جهت نامشخص بودن شمول حکم متخلف نسبت به موارد غیر عمد و همچنین میزان مسئولیت وی در صورت وجود اسباب متعدد» مبهم دانسته است.

۴. طرح با تاسی به قاعده‌ای که به موجب تبصره دو الحاقی به ماده ۱۲۳ قانون ثبت در ۱۵ آبان ۸۴ برای جلوگیری از انتقالات وکالتی خودورها، مقرر و به موجب آن، وکالت فروش وسایل نقلیه موتوری از حیث هزینه مشمول حق‌الثبت انتقال قطعی گردید، سعی در کاهش انتقالات عادی اموال غیر منقول از طریق بالا بردن هزینه وکالت کرده است.

سردرگمی افراد و حجیم شدن دفتر املاک به دنبال ندارد. به علاوه، تکلیفی برای دفاتر اسناد رسمی جهت ارسال خلاصه وکالت به دفتر املاک پیش‌بینی نشده و برای عدم رعایت آن نیز، ضمانت اجرایی مقرر نگردیده است؛^۱

۲-۲-۲. ثبت تعهد به معاملات اموال غیر منقول

گفته شد که تأمین امنیت حقوقی سیستم‌های مختلف را به رسمیت و نیز ثبت تعهد به معاملات غیر منقول سوق داده است. طرح، گرچه در ماده یک رسمیت اجباری این تعهدات را مقرر کرده است اما در خصوص ثبت قراردادهای مذکور در دفتر املاک و آثار آن ساکت است. در ادامه ضمن بررسی موضوع نظام‌های ثبتی مورد مطالعه به نواقص طرح از این حیث می‌پردازیم.

۱-۲-۲-۲. مطالعات تطبیقی

در فرانسه، ماده ۱۳۷ مصوبه ۴ ژانویه ۱۹۵۵ ثبت اختیاری وعده‌های یک طرفه بیع و اجاره بیش از ۱۲ سال را مقرر کرده است. همین حکم با تأیید رویه قضایی، در مورد قراردادهای حق تقدم نیز جاری است. ثبت این قراردادها علاوه بر، اطلاع‌رسانی به اشخاص ثالث، به ذی‌نفع وعده نیز در اثبات سوءنیت خریدار ثالث کمک می‌کند (M. Suquet-Cozic, 2014 : p. 58). اما، اختیاری بودن ثبت اسناد فوق با توجه به آثار زیانباری که بر امنیت معاملات املاک دارد، همواره مورد انتقاد دکتترین قرار داشته (Fournier, 2019: n° 169; Simler et Delebeque, 2012: 798; Piedelievre, 2016: 188) و از این رو، در طرح اصلاح مقررات ثبت، این قراردادها به عنوان «محدودیت بر حق واگذاری» توصیف و ثبت اجباری آن‌ها با ضمانت عدم قابلیت استناد پیشنهاد شده است (Se'jean-Chazal, 2018 : 60).

با این حال، با توجه به اعتبار معاملات عادی غیر منقول بین طرفین و اختیاری بودن ثبت قراردادهای مقدماتی، قانون‌گذار فرانسه، بمنظور تأمین امنیت مالکیت و جلوگیری از آثار وخیم پنهانی بودن قراردادهای فوق، به موجب بند ۲ ماده ۳۷ فوق که در ژانویه ۱۹۵۹ تصویب شد این امکان را فراهم کرده است تا ذی‌نفع بیع‌نامه عادی یا وعده یک طرفه بیع، در صورت استتکاف طرف مقابل از انجام تعهد و تنظیم سند رسمی، بتواند حسب مورد با ثبت «دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی»، «گواهی عدم حضور صادره از دفتر رسمی مربوطه» و یا «اظهارنامه محضری به متعهد مبنی بر مطالبه انجام تعهد»، حق خود را محفوظ دارد. شیوه‌ای که در عمل بسیار کارآمد بوده و مستنکف را ناگزیر از تنظیم سند رسمی بیع می‌سازد (Dagot, 1981: 195). ثبت، اسناد مذکور را ظرف مدت سه سال

۱. این موضوع مورد توجه شورای نگهبان قرار گرفته و ماده را از آن جهت که مشخص نیست در صورت عدم ثبت رسمی، وکالت مزبور نزد مراجع ذی‌ربط پذیرفته می‌شود یا خیر دارای ابهام دانسته است.

نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد می‌سازد. این ثبت اختیاری و موقتی، ترتیب و تاریخ ثبت را برای ذی‌نفع تا صدور حکم دادگاه یا تنظیم سند رسمی حفظ و چنانچه قبل از انقضاء مدت، طبق مقررات تمدید نشود، بی‌اعتبار می‌گردد (Simler et Delebecque, 2012 : P. 768).

در آلماس موزل ثبت تعهد به معاملات غیر منقول از جمله وعده بیع، وعده معاوضه،^۱ وعده آورده شرکت^۲ و نیز قرارداد حق تقدم طبق بند ۶ ماده ۳۸ قانون ورود به عنوان «محدودیت بر حق واگذاری» مشمول ثبت با ضمانت عدم قابلیت استناد نسبت به اشخاص ثالث هستند (Hube, 2014 : 4445).

به علاوه، در این سیستم بعنوان میراثی از دوران حاکمیت حقوق آلمان،^۳ در مواردی که ثبت قطعی و فوری یک حق در دفتر املاک، به دلیل مورد اختلاف بودن یا احتمالی بودن آن امکان‌پذیر نیست، قانون‌گذار جهت پوشش آثار و عواقب ناشی از عدم ثبت حقوق یادشده، طی ماده ۳۹ قانون ورود، امکان حفظ حق ذینفع را از طریق انجام یک «پیش‌ثبت»^۴ در دفتر املاک، فراهم ساخته است.^۵ اثر این ثبت موقتی و احتیاطی، قابلیت استناد حق ثبت‌شده نسبت به اشخاص ثالث تا قبل از ثبت قطعی آن است (Mischler, 2013: n° 1018).

در سوئیس همچنان‌که گفته شده طبق بند ۲ ماده ۲۱۶ قانون تعهدات، رسمیت سند، شرط اعتبار این نوع قراردادهاست و ثبت حقوق ناشی از قراردادهای مذکور که به «حاشیه‌نویسی»^۶ در دفتر املاک موسوم است، آن‌ها را در برابر هر حقی که بعداً بر مال غیر منقول موضوع قرارداد، کسب شود قابل استناد می‌سازد.^۷ به علاوه، ثبت موقتی حقوق اختلافی یا احتمالی نیز با ضمانت عدم قابلیت استناد نسبت به اشخاص ثالث مقرر شده است.^۸

1. Promesse d'échange

2. Promesse d'apport en société

۳. ماده ۸۸۳ قانون مدنی آلمان ناظر به این تاسیس (Vormerkung) است.

4. Prénation

۵. طبق ماده مذکور اصلاحی ۲۰۰۲: «یک پیش‌ثبت، می‌تواند با رضایت اشخاص ذی‌ربط یا طبق یک تصمیم قضایی، با هدف تضمین ترتیب ثبت یکی از حقوق مندرج در ماده ۳۸ یا اثربخشی اصلاح بعدی دفتر املاک، به ثبت برسد». ماده ۴۷ مصوبه ۷ اکتبر ۲۰۰۹ حکم ماده فوق را کامل می‌کند: «ثبت یک پیش‌ثبت می‌تواند طبق شرایط مقرر در ماده ۳۹ قانون ورود با هدف تضمین ترتیب ثبت یک حق آتی یا مشروط انجام شود».

6. Annotation

۷. مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی ناظر به این قاعده است.

۸. طبق ماده ۹۶۱ قانون مدنی ثبت موقت می‌تواند توسط کسی که مدعی یک حق عینی است یا شخصی که قانون او را مجاز به رفع نواقص سند متضمن حق خود کرده است، درخواست شود. ثبت موقت با رضایت طرفهای ذی‌نفع یا به موجب رأی دادگاه صورت می‌گیرد و این اثر را دارد که اگر حق موضوع آن بعداً تصدیق شود، از تاریخ ثبت موقت، نسبت به اشخاص ثالث قابل استناد باشد.

۲-۲-۲-۲. کاستی طرح در ثبت تعهد به معاملات اموال غیر منقول

مواد ۱، ۲، ۳ و ۱۰ طرح احکامی را در خصوص تعهد به معاملات مشمول ثبت، قراردادهای مقدماتی و عادی دربردارد، اما، احکام مذکور کامل نیستند.

الف. طرح، در خصوص لزوم ثبت این تعهدات در دفتر املاک حکمی ندارد. در مواد ۱ و ۲، تکلیفی به انعکاس قراردادهای مذکور در دفتر املاک و در سند مالکیت مقرر نگردیده و مشخص نیست تنظیم سند رسمی برای این قراردادها چنانچه اشخاص ثالث امکان اطلاع از آن‌ها نداشته باشند، چگونه می‌تواند تأمین‌کننده امنیت حقوقی باشد؛

ب. در ماده ۳ علاوه بر این‌که وضعیت حقوقی پیش‌نویس معاملات، آثار و ضمانت درج آن‌ها در سامانه و مهلت طرفین برای ثبت رسمی قراردادهای مذکور مشخص نشده، این ابهام نیز وجود دارد که در صورت استتکاف یکی از طرفین از تنظیم سند رسمی، آیا دعوی الزام به تنظیم سند با ضمانت اجرای مقرر در ماده یک که دادگاه‌ها را به صورت مطلق از پذیرش اسناد عادی منع کرده است، مواجه نخواهد شد؛

ت. به علاوه، طرح در ماده ۱۰ و تبصره‌های آن به منظور تعیین تکلیف قراردادهای عادی تنظیمی پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون، طی یک راهکار موقت، سازمان ثبت را مکلف نموده تا ظرف یکسال سامانه‌ای را جهت ثبت قراردادهای یادشده ایجاد کند. ماده، در ادامه، تکالیفی برای دارندگان اسناد مذکور با ضمانت عدم قابلیت استناد نسبت به دارندگان سند رسمی، پیش‌بینی کرده است.^۱ اما، صرف‌نظر از توانایی مالی سازمان جهت راه اندازی سامانه، با توجه به این‌که مشکلات مالی و بودجه‌ای همواره، یکی از دلایل اعلامی مسئولین سازمان در ناکامی در اجرای کامل طرح کاداستر نیز بوده است، ماده و تبصره‌های آن با ایرادات و ابهامات زیر مواجه است:

معیار تشخیص قراردادهای موضوع این ماده، معیار مناسبی نبوده و زمینه را برای تبانی و جعل اسناد فراهم می‌سازد. مانند آن‌چه در مورد اسناد مشمول مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت حادث و سبب تمدید مدت مقرر در مواد یادشده برای سال‌های متمادی گردید؛

مفهوم مخالف ماده مفهوم آن است که اسناد عادی که به راحتی قابل جعل، و با تبانی، قابل تنظیم به تاریخ پیش از لازم‌الاجرا شدن قانون هستند، حداقل ظرف مدت مقرر در ماده، نسبت به

۱. شورای نگهبان ماده ۱۱ و تبصره‌های ۴، ۶ و ۷ آن را از حیث عدم پذیرش عقود، معاملات ثبت نشده خلاف شرع دانسته است.

اشخاص ثالث دارنده سند رسمی، قابل استناد خواهند بود. بدین ترتیب، ملک مقید شده و گردش آزاد معاملات غیر منقول دچار وقفه می‌گردد؛

قانون‌گذار به جای تقبیح و مجازات ناقضان قانون (دارندگان اسناد عادی) به آنان این امتیاز فوق‌العاده را می‌دهد تا به صرف ثبت اسناد خود در سامانه، ظرف مدت مقرر در ماده، از قابلیت استناد اسناد مذکور نسبت به اشخاص ثالث دارنده سند رسمی بهره‌مند شوند. طبق این راهکار، دیگر حتی نیازی به احراز اعتبار شرعی اسناد عادی در مرجع قضایی طبق ماده ۶۲ قانون احکام دائمی نیست و ثبت در سامانه، این اعتبار را بدون هیچ کنترلی به اسناد مذکور اعطا می‌کند.

بررسی تطبیقی نشان می‌دهد در نظام‌های ثبتی مورد مطالعه، قانون‌گذار با پیش‌بینی احکامی روشن و شفاف حقوق قلمرو ثبت، نقش و آثار ثبت بین طرفین و اشخاص ثالث و ساز و کار جریان خسارت ناشی از آن را به صراحت تعیین کرده است. به علاوه بر حسب نوع سیستم، برای ثبت حقوقی که به دلیل اختلافی یا احتمالی بودن، ثبت فوری و قطعی آن‌ها ممکن نیست و نیز در موارد استتکاف یکی از طرفین قراردادهای عادی از انجام تعهد و تنظیم سند رسمی، راهکارهایی را برای حفظ حقوق اشخاص و جلوگیری از معاملات معارض اتخاذ کرده‌اند، این امر تأمین امنیت مالکیت در این سیستم‌ها را صرف نظر از تأسیسی یا اعلامی بودن آن‌ها ممکن ساخته است. در حالی که طرح حاضر، از جامعیت و شفافیت لازم در تعیین اصول حاکم بر ثبت برخوردار نیست و حتی شتاب‌زدگی در تدوین و تصویب طرح، اصول فعلی حاکم بر ثبت را نیز دچار ابهام بیشتر ساخته است.

نتیجه

«طرح الزام به ثبت رسمی معاملات اموال غیر منقول» راهکاری است که با هدف حل مشکلات نظام ثبت ایران پیشنهاد و در جریان تصویب است. بررسی طرح نشان می‌دهد تدوین‌کنندگان با تعیین نقش شکلی برای ثبت کماکان همان شیوه قانون‌گذار ۱۳۱۰ را اتخاذ کرده‌اند. اما، تکرار تجربه سابق بدون این که با لحاظ تحلیل اقتصادی حقوق مالکیت، موارد سکوت و ابهام مقررات حاکم بر ثبت مرتفع گردد، شکست اصلاح را به شدت محتمل می‌سازد.

طرح، در فرآیند نظم‌بخشی به معاملات اموال غیر منقول و بهره‌مندی از اصول «رسمیت سند» و «ثبت دفتر املاک» به خوبی عمل نکرده است. این ناتوانی ریشه در تاریخ دارد و در طول یک سده اجرای قانون ثبت کاستی‌های مربوط به عدم شفافیت مشاهده می‌شود. تعارض «حق» و «نظم» و برتری اندیشه نظم‌گرایی بر حق‌گرایی به سبب برخورد با دیدگاه‌های فقهی شورای نگهبان، قانون‌گذاری در حوزه ثبت اسناد و املاک را دشوار می‌سازد. عدم شفافیت طرح بی‌ارتباط با تشویش‌های مغایرت آن

با شرع نبوده است؛ نگرانی که بی مورد نبوده و نظریه اخیر شورای نگهبان آن را تأیید می‌کند.^۱

تأمین امنیت حقوق مالکیت مستلزم وجود قوانین صریح، شفاف و همراه با ضمانت اجرای موثر است. نقش تأثیرگذار امنیت مالکیت در توسعه پایدار، معاملات املاک را به یکی از حوزه‌های اصلی احیاء شکل‌گرایی در قرن اخیر تبدیل کرده است. در ایران نیز قانون‌گذار باید یک‌بار برای همیشه، نقش ثبت رسمی در انتقالات غیر منقول را با صراحت و شفافیت تعیین کند. صرف‌نظر از اینکه این نقش شکلی باشد یا ماهوی لازمه موفقیت، پیش‌بینی مقررات صریح، روشن و شفاف در خصوص قلمرو و آثار و مشروعیت ثبت، مرجع تشخیص مشروعیت و اختیارات آن، حمایت از شخص ثالث با حسن‌نیت، پیش‌بینی مکانیسم مطلوب برای جبران خسارات ناشی از ثبت و تعیین نظام حقوقی قراردادهای مقدماتی و معاملات غیر رسمی است. طرح مورد مطالعه، در این موارد کامل نیست. بنابراین پیشنهاد می‌شود:

۱. قانون‌گذار با تفکیک بین دو اصل رسمیت سند و ثبت دفتر املاک، قلمرو، آثار و ضمانت اجرای هر یک از این اصول را به صراحت مشخص و با تعیین نظام حقوقی معاملات عادی به ابهامات موجود پایان دهد؛
۲. با توجه به این‌که رواج معاملات عادی امنیت بازار املاک را بطور کامل تحت تأثیر قرار داده است لازم است قانون‌گذار، ضمن برقراری شرط رسمیت سند در مورد قراردادهای مقدماتی، ثبت آن‌ها در دفتر املاک را به عنوان قراردادهای موجد «محدودیت بر حق واگذاری» مقرر ساخته و با کاهش هزینه‌های ثبتی، افراد را تشویق به ثبت رسمی آن‌ها نماید. در این صورت، باید قواعد مربوط به مدت اعتبار ثبت این قراردادها، اختیار اداره ثبت برای حذف آن‌ها پس از انقضای مدت قانونی و سایر موارد به دقت تعیین گردد؛
۳. طرح در ماده یک، ثبت رسمی معامله را دلیل منحصر اثباتی تلقی نموده اما، با توجه به زمان‌بر بودن تنظیم سند در دفاتر اسناد رسمی، لازم است آثار حقوقی پیش‌نویس قراردادهای موضوع ماده ۳ و نیز قراردادهای مقدماتی تنظیمی توسط افراد مشخص گردد و راهکاری پیش‌بینی شود تا ذی‌نفعان این قراردادها بتوانند در صورت استتکاف طرف مقابل از تنظیم سند، با ثبت در دفتر املاک، حق خود را محفوظ دارند. در این مورد می‌توان از شیوه «پیش ثبت» مقرر در حقوق سوئیس و حقوق محلی آلاسکا موزل بهره برد؛

۱. طی این نظریه شورا تقریباً کلیه راهکارهای پیشنهادی طرح را مغایر شرع دانسته است، به نشانی:

<https://www.shora-gc.ir/fa/news/6982>

نظر-شورای-نگهبان-در باره-طرح-الزام-به-ثبت-رسمی-معاملات-اموال-غیر منقول

۴. لزوم گردش آزاد معاملات املاک و عرف رایج معاملاتی، موفقیت شکل‌گرایی مطلق حقوق سوئیس و آلمان را در ایران با تردید مواجه می‌سازد، به نظر می‌رسد استفاده از راه‌حل میانه حقوق محلی آلاسکا موزل مبنی بر تعیین مدت اعتبار برای این قراردادها بتواند راهگشا باشد؛
۵. با پذیرش اصل مسئولیت دولت در جبران خسارات ناشی از ثبت با حق رجوع به متخلف و استفاده از نهاد بیمه، اعتماد عمومی به دفتر املاک احیا گردد.

منابع

فارسی

- امامی، سید حسن (۱۳۲۰)، *شرح قانون ثبت اسناد و املاک*، تهران: کانون کتاب.
- امامی، سید حسن (۱۳۹۵)، *حقوق مدنی*، جلد ۱، چاپ ۳۷، تهران: اسلامیه.
- امیری قائم مقامی، عبدالمجید (۱۳۷۸)، *حقوق تعهدات*، جلد ۲، چاپ ۱، تهران: میزان.
- امینی، منصور (۱۳۸۸)، «نقش ثبت در بیع مال غیر منقول در حقوق فرانسه و قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۹، ص ۲۱۱-۲۳۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱)، *آراء شورای عالی ثبت و شرح آن*، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۶)، *حقوق ثبت، ثبت املاک*، جلد اول، چاپ دوم، تهران: چاپخانه حیدری.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۷۴)، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۱، ص ۹-۳۹.
- خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۷)، «قابلیت استناد سند عادی در مقابل سند رسمی، رویه قضایی و راهکارها»، *فصلنامه علمی پژوهشی تعالی حقوق*، شماره ۱، ص ۷۸-۱۰۱.
- خداداد، جنت (۱۳۹۵)، «آیا ابطال سند مالکیت در همه موارد طریقی مناسب برای حمایت از حقوق مالک واقعی است؟»، *ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران*، دوره دوم (۱۶۱-۱۶۲)، ۳۳-۵۶.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۰)، *حقوق مدنی-تشکیل قراردادهای و تعهدات*، جلد اول، چاپ دوم، تهران: مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۸)، «فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی»، *ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران*، شماره ۹۱، ۶۴-۸۸.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۲)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد دوم، چاپ اول، تهران: میزان.
- طاهری، ناصر (۱۳۵۴)، «ماهیت حقوقی قولنامه و آثار آن»، *مجله کانون وکلای دادگستری*، شماره ۱۳۲، ۴۵-۶۰.
- طباطبایی حصار، نسرین؛ کاظمی، محمود (۱۳۹۲)، «جایگاه حمایت از اشخاص ثالث در نظامهای ثبت املاک»، *مجله مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۴(۲)، ۱۳۷-۱۵۴.
- طباطبایی حصار، نسرین؛ «کارکردهای اقتصادی ثبت رسمی املاک در پرتو آموزه کارایی اقتصادی»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۷۲(۱)، ۳۱۱-۳۳۶.
- قاسمی، محسن (۱۳۸۸)، *شکل‌گرایی در حقوق مدنی*، چاپ اول، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۱)، *دوره عقود معین (۱)*، *حقوق مدنی*، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹)، «ماهیت و آثار قولنامه»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۱۵۰-۱۵۱.
- کاشانی، سیدمحمود (۱۳۸۵)، «قولنامه»، *ماهنامه قضاوت*، شماره ۴۲، ص ۵۷.

- کاشانی، سید محمود (۱۳۸۵)، «قولنامه عقد بیع نیست»، ماهنامه قضاوت، شماره ۴۳، ص ۱۸-۲۰
- کاشانی، سید محمود (۱۳۸۶)، «قولنامه معارض»، ماهنامه قضاوت، شماره ۴۷، ص ۲۶-۲۹.
- مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه (۱۳۹۷)، *پیشینه رویه قضایی در ایران در ارتباط با قانون مدنی*، جلد اول، چاپ سوم، تهران: نشر مرکز مطبوعات و انتشارات قوه قضاییه.
- نوبخت، یوسف (۱۳۷۲)، *اندیشه‌های قضایی*، چاپ چهارم، تهران: سازمان انتشارات کیهان.
- یاری، بهرام (۱۳۴۴)، «سند و تاریخچه آن»، مجله کانون وکلا، شماره ۹۹، ۱۱۸-۱۲۱.
- یثربی، سید محمدعلی، رضاپور آکردی، محمدعلی (۱۳۹۷)، «انتخاب بین مالک یا خریدار با حسن نیت؛ تحلیل اقتصادی نظام ثبت زمین درکامن‌لان (نظام رکورد و رجیستر) با نگاهی به ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۸ (۲)، ۳۴۳-۳۶۲.

غیرفارسی

- ABDULAI, Raymond Talinbe; Owusu-Ansah, Anthony (2014), "Land information management and landed property ownership security: Evidence from state-sponsored court system", accessible on: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0197397513001240>, Retrieved Nov. 27, 2020
- ABDULAI, Raymond Talinbe; OCHIENG, Edward (2017), "Land registration and landownership security", accessible on: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/PM-09-2015-0051/full/html>, Retrieved Nov. 25, 2020
- Owusu-Ansah, Anthony; Soyeh, Kenneth W.; Asabere, Paul K. (2019), "Developer constraints on housing supply in urban Ghana", accessible on: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/IJHMA-07-2018-0052/full/html>, Retrieved Nov. 28, 2020
- BROCHU, Francois (2002), «Le système Torrens et la publicité foncière québécoise», *The Free Library, McGill Law Journal*, accessible on: <https://www.thefreelibrary.com/Le+systeme+Torrens+et+la+publicite+fonciere+quebecoise.-a0116527094>, Retrieved 20/12/99
- DEININGER, Klaus (2003) "Land Policies for Growth and Poverty Reduction". A World Bank Policy Research Report. Oxford and New York: World Bank and Oxford University Press, accessible on: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15125>, Retrieved Dec. 28, 2020
- DE SOTO, Hernando (2000), **The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere else**. New York: Basic

Books.

- Food and Agriculture Organization (FAO), 2012; UN, 2010; World Bank; 1989, World Bank, 2003, 2010; USAID, 1986
- OOSTEROM, Peter van, (2018), “BEST PRACTICES 3D CADASTRES”, FIG publication, Retrieved 20/12/2020 from: http://www.gdmc.nl/3Dcadastres/FIG_3DCad.pdf
- OROZCO, Carmen Vega ; STEUDLER, Daniel (2017), Report of Joint Workshop WPLA-CLARKEN, “LAND ADMINISTRATION AND LAND MANAGEMENT IN THE INFORMATION AGE”, Retrieved 15/01/2020 from: <https://unece.org/land-administration-and-management>
- DAGOT, Michel, **La publicité foncière**, PUF, coll. Thémis, 1981
FOURNIER, Alain, Dalloz, Publicité foncière, Répertoire de droit civil, février 2007, Dernier mis à jour Avril 2019
- HUBE, François, **Comprendre le livre foncier d'Alsace-Moselle et le pratiquer**, Promoculture-Larcier, 2014.
- MISCHLER, Roland(2012), Juris Classeur Alsace-Moselle, PUBLICITE FONCIERE. - Conditions préalables à l'inscription, Fasc. 425, Dernière mise à jour : 19 Nov. 2012
- MISCHLER, Roland(2013), JurisClasseur Alsace-Moselle, PUBLICITE FONCIERE - Prénation, Fasc. 420, Dernière mise à jour : 1 Avr. 2013
- MISCHLER, Roland (2013), JurisClasseur Alsace-Moselle, PUBLICITE FONCIERE - Particularités du régime foncier des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle., Fasc. 431
- Ott LL.M., Wolfgang, “Sécurité juridique du marché immobilier”, Retrieved Nov. 20, 2020
- PALMER, David(1999), “Améliorer l'efficacité des systèmes de register”, available on :<http://www.fao.org/3/X3720t/x3720t04.htm>, Retrieved Nov. 20, 2020
- PIEDELIEVRE, Jacqueline. et Stéphane(2014), **La publicité foncière**, Déferions, Paris
- ROSSEL, V. ; MENTHA, F. H(1922), **Manuel de droit civil Suisse**, Tome II, 2^o éd, Lausanne
- SEJEAN - CHAZAL, Claire (2018), «Pour une modernisation de la publicité foncière », Rapport de la Commission de réforme de la publicité

foncière, sous la direction de professeure Laurent AYNES, accessible on :
<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/11/rapportpublicitefonciere.pdf>,
 Retrieved Avr. 20, 2021

- SIMLER, Philippe ; DELEBECQUE, Philippe(2014), **Les sûretés, la publicité foncière**, Dalloz, Paris
- SUQUET-COZIC, Muriel (2014), **Publicité foncière**, éd. Francis Lefebvre
- THERY, Philippe (1998), **Sûretés et publicité foncière**, PUF, 2e éd, Paris
- TUOR, P., (1950), **Le code civil Suisse**, 5^eéd, Zourich, 1950