

ضمانت اجرای کیفری معامله معارض؛

نقدی بر رای وحدت رویه شماره ۴۳ دیوان عالی کشور (۱۳۵۱/۰۸/۱۰)

علی اصغر صانعیان^۱

چکیده:

به موجب رای وحدت رویه شماره ۴۳ - ۱۳۵۱/۰۸/۱۰ برخلاف نظر مستدل و مستند دادستان وقت کل کشور، حکم مندرج در ماده ۱۱۷ قانون ثبت، محدود به معامله معارض با سند رسمی شد، زیرا با وجود اجباری بودن ثبت رسمی اسناد، چنانچه معامله‌ای نسبت به مال غیرمنقول با سند عادی انجام شود، مستند به مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ ق. ث سند عادی مزبور قابل پذیرش در دادگاه نیست، در نتیجه مندرجات آن قابلیت تعارض با سند رسمی معامله موخر را نخواهد داشت تا بتوان عمل را مشمول ماده ۱۱۷ قانون ثبت دانست؛ این تفسیر آشکارا برخلاف نص قانون است، زیرا قانون گذار با آگاهی از مقررات مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت در اصلاحات سال ۱۳۱۲ «سند عادی» را به قسمت نخست ماده ۱۱۷ اضافه کرده و بدین ترتیب با حمایت از خریداران عادی، فروشندگان را به قید مجازات از انجام هرگونه معامله معارض با معامله نخست منع کرده است. نظر به این که مطابق ماده ۶۲ قانون احکام توسعه کشور مصوب ۱۳۹۶ اسناد عادی که اعتبار شرعی آنها در دادگاه اثبات شده باشد، قابلیت معارضه با سند رسمی را خواهد داشت و این حکم، استدلال مندرج در رای وحدت رویه موصوف را نقض می کند و با آن در تعارض است، در نتیجه باید قایل به نسخ ضمنی رای وحدت رویه مزبور به موجب قانون اخیر شد؛ بنابراین در وضعیت حقوقی کنونی، حکم مقرر در ماده ۱۱۷ قانون ثبت علی الاطلاق بر تمامی معاملات رسمی که معارض با معامله عادی یا رسمی مقدم واقع شده، حکومت دارد.

کلیدواژه‌ها: معامله معارض، سند عادی، سند رسمی، معاملات املاک، ماده ۱۱۷ قانون ثبت

مقدمه

مطابق ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک^۱: «هر کس به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیر منقول) حقی به شخص یا اشخاص داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به موجب سند رسمی معارض با حق مزبور معامله یا ؟؟؟؟ بکند، به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد». استاد فقید مرحوم دکتر جعفری لنگرودی در کتاب مبسوط در ترمینولوژی حقوق در تعریف معاملات معارض مرقوم داشته‌اند: «(مدنی) اگر مال مورد معامله با زید بار دیگر مورد معامله با بکر قرار گیرد، به طوری که اجتماع حقوق دو متعامل مقدور نباشد، معامله موخر معامله معارض است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۳۴۱۹). تا پیش از صدور رای وحدت رویه شماره ۴۳ - ۵۱/۰۸/۱۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور در تفسیر ماده ۱۱۷ ق. ت اختلاف نظر وجود داشت، زیرا به رغم تصریح به اعطای حق با سند عادی و انجام معامله معارض با آن در ماده مرقوم، اعتقاد بر این بود که سند عادی معامله یا تعهد نسبت به مال غیرمنقول مستند به مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ ق. ت قابل پذیرش در دادگاه نیست، در نتیجه، مندرجات آن قابلیت تعارض با سند رسمی معامله موخر را نخواهد داشت تا بتوان عمل را مشمول ماده ۱۱۷ دانست (نسب، ۱۳۴۹: ۷). این نظر برخلاف نظر دادستان کل کشور به شرح رای وحدت رویه مزبور مورد پذیرش اکثریت هیات عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفت. در این مقاله درستی تفسیر هیات عمومی دیوان عالی کشور از ماده ۱۱۷ ق. ت. و همچنین جایگاه آن در وضعیت حقوقی کنونی مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت. توجه به نظر عالمانه و مبسوط مرحوم دکتر علی‌آبادی دادستان وقت کل کشور در مقدمه رای که با دقت زوایای مختلف موضوع را تشریح کرده، حاوی نکات علمی ارزنده‌ای است؛ بزرگ مردی که علاوه بر داشتن درجات بالایی علمی و قضایی به لحاظ سجایای اخلاقی نیز مثال زدنی بوده است؛ مرحوم استاد دکتر کاتوزیان در مقدمه کتاب عدالت قضایی-گزیده آراء با ذکر خاطره‌ای در وصف ایشان می‌نویسند: «در خیل عاشقان عدالت چنین مردانی کم نبوده‌اند که در طریقت خود شجاعت را در ترس از خدا می‌دیدند». (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۷)

۱. زین پس جهت رعایت اختصار: ق. ت.

بند یکم: رای وحدت رویه شماره ۴۳- ۱۳۵۱/۰۸/۱۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور

الف- آرای متهافت صادر شده از شعب دیوان عالی کشور

خلاصه دو حکم متهافت صادره از شعب دیوان عالی کشور در جلسه مورخ ۱۳۵۱/۰۸/۱۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور به این شرح آمده است:

یک- خلاصه دادنامه شماره ۱۹۳۰-۱۳۳۹/۴/۳۰ هیأت عمومی دیوان کشور مذکور در ردیف ۲۲۴ صفحه ۲۹۳ جلد اول مجموعه رویه قضایی کیهان سال ۱۳۴۲، شخصی به اتهام انجام دو فقره معامله معارض به موجب اسناد عادی و رسمی مورد تعقیب دادسرای شهرستان کرمان واقع شده و طبق ماده ۱۱۷ از ق. ث. با تنظیم کیفرخواست به دادگاه جنایی تسلیم شده است دادگاه جنایی کرمان پس از رسیدگی با احراز بزه کاری و انطباق عمل متهم با ماده ۱۱۷ از ق. ث و اعمال و جهات مخففه مشارالیه را به دو سال حبس تأدیبی محکوم کرده است و بر اثر فرجام خواهی متهم موضوع در شعبه سوم دیوان کشور مطرح شده و این شعبه با استدلال آن که سند عادی منسوب به متهم مستنداً به ماده ۴۸ از ق. ث از اسنادی نیست که در محاکم به عنوان دلیل انتقال خانه قابل پذیرفتن باشد عمل متهم را از مصادیق ماده ۱۱۷ از ق. ث ندانسته و بلکه با فرض ثبوت بزه آن را با ماده ۲۳۸ از قانون مجازات عمومی منطبق تشخیص و حکم فرجام خواسته را نقض کرده است در رسیدگی بار دوم دادگاه جنایی مرجوع الیه ایضاً عمل متهم را با ماده ۱۱۷ از ق. ث منطبق و در حدود این ماده با اعمال جهات مخففه برای متهم مجازات تعیین کرده است که متهم از آن حکم فرجام خواسته اصراری تشخیص و پرونده به هیأت عمومی فرستاده شده است و هیأت پس از رسیدگی به استنباط و نظر شعبه سوم دیوان کشور را پذیرفته است.

دو- به طوری که محتویات پرونده فرجامی شماره ۷۰۱۱/۱ ک حکایت می کند گدا علی اسکندری به اتهام انجام دو فقره معامله معارض که یک فقره آن با سند عادی صورت گرفته است مورد تعقیب دادسرای شهرستان فسا واقع و به موجب کیفرخواست در حدود ماده ۱۱۷ از ق. ث تعیین کیفر وی از دادگاه جنایی فارس خواسته شده است دادگاه جنایی فارس پس از رسیدگی با استدلال به این که معامله اول گدا علی اسکندری متهم با سند عادی واقع شده و این

سند طبق ماده ۴۸ از ق. ث قابل پذیرش در محاکم و ادارات نیست عمل متهم را با ماده ۱۱۷ از ق. ث منطبق ندانسته ولی با احراز بزه کاری وی و تطبیق عملش با ماده ۲۳۸ از قانون مجازات عمومی وی را با اعمال جهات مخففه به سه ماه حبس تأدیبی محکوم کرده است بر اثر فرجام خواهی دادسرا موضوع در شعبه نهم دیوان کشور مطرح شده و این شعبه پس از رسیدگی عمل متهم را با ماده ۱۱۷ از ق. ث منطبق تشخیص و حکم فرجام خواسته را نقض کرده است در رسیدگی بار دوم دادگاه جنایی به همان استدلال اول عمل را با ماده ۲۳۸ منطبق و متهم را محکوم کرده است و بر اثر فرجام خواهی موضوع اصراری تشخیص شده که اکنون موضوع در ردیف ۶ هیأت عمومی قرار دارد.

ب- نظر دادستان کل کشور

به تاریخ چهارشنبه دهم آبان ماه یک هزار و سیصد و پنجاه و یک هیأت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست جناب آقای عمادالدین میرمطهری ریاست کل دیوان عالی کشور و با حضور جناب آقای عبدالحسین علی آبادی دادستان کل کشور و جنابان آقایان رؤسا و مستشاران شعب دیوان عالی کشور تشکیل شد. نظر دادستان کل کشور به این شرح ابراز شده است:

[قبلاً لازم می‌دانم در چگونگی تصویب ماده ۱۱۷ ق. ث اسناد مختصری بحث نمایم. ماده ۱۱۷ در تاریخ ۲۶ اسفند ۱۳۱۰ یعنی در همان اوانی که ق. ث اسناد تصویب شده فاقد جمله (یا عادی) بوده و انحصار به تنظیم دو سند رسمی مختلف التاریخ داشته است و بعداً در تاریخ ۱۳۱۲/۵/۷ با اضافه شده جمله (یا عادی) به نحو زیر اصلاح و تصویب گردیده است. هرکس به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیرمنقول) حقی به شخصی یا اشخاصی داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به موجب سند رسمی معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور بنماید به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد با امعان نظر بر ماده فوق مسائل زیر جلب توجه می‌نماید.

مسئله اول- مقنن با توجه به ماده ۴۷ و ۴۸ ق. ث به شرح زیر ماده ۱۱۷ را در تاریخ ۱۳۱۲/۵/۷ اصلاح کرده و جمله (یا عادی) را بر آن اضافه است.

ماده ۴۷- در نقاطی که اداره ثبت اسناد و املاک و دفاتر رسمی موجود بوده و وزارت عدلیه مقتضی بداند ثبت اسناد ذیل اجباری است.

۱- کلیه عقود و معاملات راجعه به عین یا منافع اموال غیرمنقوله که در دفتر املاک ثبت شده.
۲- صلح‌نامه و هبه‌نامه و شرکت‌نامه.

ماده ۴۸- سندی که مطابق مواد فوق باید به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.

بنابراین ملاحظه می‌شود که مقنن آگاه بوده که اسناد مشمول ماده ۴۸ قابل پذیرفتن در محاکم حقوقی نبوده و با وجود این تنظیم‌کننده سند عادی انتقال مال غیرمنقول را که بعداً همان مال را با سند رسمی به شخصی دیگر واگذار می‌کند از لحاظ جزایی قابل تعقیب دانسته و مجازات او را جنایت تشخیص و به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم می‌نماید.

مسئله دوم- باید دانست که به اسناد فوق اطلاق سند می‌شود و ماده ۱۲۸۴ قانون مدنی نافی آن نمی‌باشد زیرا منظور از ماده ۱۲۸۴ مبنی بر (سند عبارت است از هر نوشته که در مقام دعوی یا دفاع قابل استناد باشد) این است که ابراز‌کننده سند آن را به عنوان حقانیت خود تسلیم دادگاه نماید خواه در اثر ارائه آن او را محکوم کند یا به نفع او رای دهد در ماده ۱۱۷ با این که اسناد عادی مربوط به اموال منقول در محاکم پذیرفته نمی‌شود و مقنن برای تنظیم‌کننده آن مجازات جنایی معلوم کرده است معذالک اطلاق سند با آن کرده است.

همین طور ماده ۳۸۶ آیین دادرسی مدنی نسبت به نوشته‌ای که دادگاه قرار جعلیت آن را صادر می‌کند اطلاق سند نموده است.

ماده ۳۸۶ هرگاه دادگاه مدنی قرار جعلیت سندی را داد مکلف است مراتب را به دادستان اطلاع دهد.

مسئله سوم- این که گفته می‌شود تنظیم‌کننده سند وقتی قابل تعقیب است که سند تنظیمی او با سند رسمی که بعداً تنظیم می‌کند تعارض داشته باشد و سند غیر رسمی مطابق ماده ۴۸ ق. ث اسناد و املاک نمی‌تواند با سند رسمی تعارض داشته باشد این ادعا به جهات ذیل غیرقابل قبول می‌باشد. تعارض مصدر باب تفاعل به معنی تخالف است (تعارض خلاف یکدیگر آمدن جز و جز آن نقل از لغت منتهی الارب) و مسلم است که وقتی سند غیررسمی تنظیم می‌شود و مال غیرمنقولی طبق آن به کسی منتقل می‌گردد و بعداً به موجب سند رسمی همان مال به دیگری انتقال داده می‌شود این دو سند مخالف یکدیگر می‌باشد و مفهوم تعارض

مصدق پیدا می‌کند اگر اشخاصی که این معنی را قبول ندارند و مدعی هستند که مقصود از تعارض این است که صرفاً تضییع حق کسی باشد و چون سند غیررسمی نمی‌تواند حق شخصی را که دارای سند رسمی است تضییع کند تنظیم کننده آن غیرقابل تعقیب است آیا می‌توانید این عقیده را در تمام موارد قابل اعمال دانند مثلاً اگر کسی در مقابل سند ذمه‌ای رسید جعلی ارائه دهد آیا جاعل این سند جعلی که نمی‌تواند حق دارنده سند ذمه‌ای را تضییع کند قابل تعقیب نمی‌باشد در ماده ۱۱۷ قانونگذار تنظیم کننده سند رسمی را از لحاظ تضییع حق دارنده سند رسمی مجازات نمی‌کند بلکه از لحاظ سوء نیت او است که او را مستوجب مجازات حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال می‌دانند و نظری به این ندارد که آیا این تمهید متقلبانه او ثمربخش هست یا نه؟

مسئله چهارم- باید توجه داشت که ماده ۱۱۷ ق. ت اسناد و املاک یک ماده جزایی است نه حقوقی در جرایم جنایی تعقیب مجرم ملازمه ندارد به این که تضییع حقی از کسی شده یا نه مقنن مرتکب جنایت را به صرف ارتکاب قابل تعقیب دانسته است اگر مدعی شوند که تعقیب مجرم در صورتی میسر است که ضرری متوجه مجنی علیه باشد باید اعمال ذیل را غیرقابل تعقیب دانند.

۱- شروع به جنایت غالباً موجب اضرار مجنی علیه نمی‌شود و معذالک مرتکب را قبل از این که در نیت پلید خود موفقیت حاصل کند قابل تعقیب می‌دانند آیا شروع به جنایت که منتهی به تضییع حق کسی نشده غیرقابل تعقیب است؟

۲- اگر کسی اقدام به قتل کسی کند و تمام عناصر تشکیل دهنده جرم تحقق یابد ولی شلیک متهم در اثر عدم تبحر او به شخص مورد نظر او اصابت نکند آیا چنین شخصی که نتوانسته به شخص مورد نظر خود ضربه بزند غیرقابل تعقیب می‌باشد؟

ماده ۲۰ قانون مجازات عمومی در این زمینه چنین مقرر می‌دارد (هرگاه کسی قصد جنایتی کرده و شروع به اجرای آن بنماید ولی به واسطه موانع خارجی که اراده فاعل در آن مدخلیت نداشته قصدش معلق یا بی اثر بماند و جنایت منظوره واقع نشود و مرتکب به حداقل مجازاتی که به نفس جنایت مقرر است محکوم خواهد شد) نظر هیأت عمومی محترم را به یکی از خصائص مهمه حقوق جزا جلب می‌نمایم و آن استقلال حقوق جزا است که آن را به فرانسه

Autonomie یا Particularisme می‌نمایند.

این خصیصه استقلال یا در نتیجه مقررات قانونی و یا تقسیمات قوه قضاییه به منصفه ظهور رسیده است. حمایت از نظم اجتماعی (Orare Socill) موجب پیدایش این خصیصه که روز به روز بر اهمیت آن افزوده می‌شود شده است.

با توجه به این خصیصه است که قوه قضاییه ممالک متریقی برای حراست و صیانت نظم اجتماعی تصمیمات بدیع اتخاذ می‌کنند و بر سیل نمونه چند فقره از آن ذیلاً نقل می‌شود.

۱- قبل از این که دادگاه بازرگانی راجع به ورشکستگی تاجر متهم به ورشکستگی به تقلب تصمیم اتخاذ کند دادگاه جنایی پس از رسیدگی حکم محکومیت او را صادر می‌کند.

۲- دهنده چک بلا محل در صورتی هم که چک صادر شده فاقد شرایط پیش‌بینی شده در قانون بازرگانی باشد قابل تعقیب می‌باشد.

۳- خائن در امانت اگر هم قرارداد امانت که موجب تسلیم مال امانت به او شده ابطال گردد قابل تعقیب جزایی می‌باشد.

تصمیمات فوق در کتاب معروف حقوق جزا که دو نفر از استادان شهیر فرانسه به نام بوزاو و پیناتل آن را به رشته تحریر درآورده‌اند در شماره ۹ به شرح زیر درج گردیده است.

Pinatel, bouzat:

L'autonomie du droit pénal tient à L'objet spécial qui est la protection de l'ordre social citons parmi les manifestations caracteristiques de cette autonomie, le fait que pendant longtemps, avant que le législateur en ait décidé ainsi, une condamnation pour banqueroute a pu intervenir sans jugement préalable déclaratif de faillite; le fait qu' une condamnation pour émission de chèque sans provision peut être prononcée même si le chèque ne remplit pas les conditions d'assistance imposées par le droit commercial le fait qu' une condamnation pour abus de confiance peut être infligée malgré la nullité du contrat qui a détermine la renise de la chose.

قضیه استقلال حقوقی جزا چگونگی آیین دادرسی کیفری را از آیین دادرسی حقوقی به کلی متمایز ساخته است در امر حقوقی دادرسی باید هم خود را معطوف تجزیه و تحلیل ظاهری حقوق اصحاب دعوی کند در صورتی که در امر جزایی دادرسی مکلف است در عمق شخصیت اشخاص وارد شود تا بتواند تصمیمی که مناسب با شخصیت متهم و در عین حال حافظ نظم

اجتماعی باشد اتخاذ نماید. با این خصیصه استقلال جزا آیا به استناد این که تنظیم کننده سند غیررسمی نمی تواند حقوق دارنده سند رسمی را تضییع کند می توان او را مجازات پیش بینی شده در ماده ۱۱۷ ق. ث اسناد و املاک معاف دانست.

مسئله پنجم- اگر مقرر شود که ماده ۱۱۷ به واسطه عدم امکان تضییع حقوق دارنده سند رسمی بلا اجرا ماند همین اصلی باید نسبت به دو سند رسمی مختلف التاريخ اتخاذ شود زیرا اسناد رسمی موخر التاريخ نمی تواند مضیع حق دارنده سند رسمی مقدم التاريخ شود.

مسئله ششم- در عهد قدیم در حقوق جزا مجازات ارادی و دلخواهی بود به این معنی که قضات در تعیین آن اختیارات موسعی داشتند یکی از اصول اساسی حقوق عمومی این سنت غیرعادلانه را تغییر داد و آن اصل عبارت از این است که (هیچ جرمی بدون قانون وجود پیدا نمی نماید) یکی از نتایج اصل فوق این است که دادرس نمی تواند در حکم محکومیت ابداع مجازات نماید بلکه باید برای جرم ارتكابی مجازاتی را که قانون پیش بینی کرده تعیین نماید بنابراین اگر برای تنظیم کننده سند غیررسمی در مورد مال غیرمنقولی مجازاتی تعیین شود که مخالف ماده ۱۱۷ باشد در حکم این است که برخلاف اصل فوق تصمیم اتخاذ شود.

مسئله هفتم- طبق اصل کل مواد جزایی باید طوری تفسیر شود که عمومیت داشته باشد و ایجاد تبعیض نکند مخصوصاً وقتی که تبعیض ناقض اصل عدالت باشد.

با ملاحظه ماده ۱۱۷ ملاحظه می شود که بین مقنن سند غیررسمی منقول و یا غیرمنقول فرقی قائل نشده و هر دو را در عرض هم قرار داده است اینک اگر بخواهند نسبت به اسناد غیررسمی اموال غیر منقول مجازات کلاهبرداری روا داشته و یا اساساً آن را جرم ندانند ولی نسبت به اسناد غیررسمی اموال منقوله مجازات ماده ۱۱۷ را اعمال نمایند. نتیجه آن این خواهد شد که اگر کسی در مورد مال منقولی که ارزش آن بیش از هزار تومان نیست او را در معرض مجازات جنایی و حبس با اعماق شاقه قرار دهند ولی کسی که سند غیررسمی در مورد مال منقولی که ده میلیون ارزش دارد تنظیم کند او را به مجازات کلاهبرداری محکوم کرده و یا اساساً عمل او را مانند بعضی محاکم جرم تلقی ننمایند. به علاوه مجبور هستند نسبت به اسناد غیررسمی اجازه و عین مستاجر که مطابق تبصره یک ماده ۱ قانون مالک و مستأجر اسناد رسمی آن در دادگاهها پذیرفته می شود قائل به تبعیض شوند و او را به مجازات جنایی محکوم نماید.

مسئله هشتم- لازم است علت این که مقنن برای مشمولین ماده ۱۱۷ ق. ث و املاک مجازات جنایی معین کرده متذکر شوم.

تنظیم نوشته به عنوان دلیل یکی از مناظم مهم آیین دادرسی قضایی و روابط اجتماعی است و مقنن از لحاظ اهمیت آن خواسته هرکس آن را از اعتبار بیندازد و یا در اعتبار آن رخوت و سستی ایجاد کند او را در معرض مجازات شدید قرار دهد بنابراین برای جرم جعل نوشته با این که غالباً یکی از مصادیق کلاهبرداری است قانونگذار مجازات جنایی معین کرده است همین رویه نسبت به اسناد مشمول ماده ۱۱۷، اتخاذ شده است.

بنا به مراتب بالا تنظیم کنندگان اسناد غیررسمی مشمول ماده ۱۱۷ به نظر اینجانب باید طبق این ماده در معرض مجازات جنایی قرار گیرند.
دادستان کل کشور - عبدالحسین علی آبادی»]

پ- رأی اکثریت هیأت عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۴۳ مورخ ۱۳۵۱/۰۸/۱۰
[نظر به این که شرط تحقق بزه مشمول ماده ۱۱۷ ق. ث اسناد و املاک، قابلیت تعارض دو معامله یا تعهد نسبت به یک مال می باشد و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیرمنقول به موجب بند اول ماده ۴۷ قانون مزبور اجباری باشد، سند عادی راجع به معامله آن اموال طبق ماده ۴۸ همان قانون در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نشده و قابلیت تعارض با سند رسمی نخواهد داشت، بنابراین چنانچه کسی در این قبیل نقاط با وجود اجباری بودن ثبت رسمی اسناد قبلاً معامله ای نسبت به مال غیرمنقول بوسیله سند عادی انجام دهد و سپس به موجب سند رسمی معامله ای با معامله اول در مورد همان مال واقع سازد، عمل او از مصادیق ماده ۱۱۷ ق. ث اسناد نخواهد بود، بلکه ممکن است بر فرض احراز سوء نیت با ماده کیفری دیگری قابل انطباق باشد. این رأی طبق قانون وحدت رویه قضایی مصوب سال ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاهها لازم الاتباع است.]

بند دوم: نقش سند رسمی در انتقال املاک، بحثی در ماهیت و اعتبار قراردادهای

عادی املاک

مطابق ماده ۳۳۸ قانون مدنی «پس از توافق بایع و مشتری در مبیع و قیمت آن، عقد بیع به ایجاب و قبول واقع می شود ...» و به مجرد وقوع بیع، خریدار مالک مبیع و فروشنده مالک

ثمن می‌شود، همچنین عقد بیع بایع را به تسلیم مبیع و مشتری را به تأدیه ثمن ملزم می‌کند (ماده ۳۶۲ قانون مدنی). بنابراین پس از وقوع بیع، خریدار به عنوان مالک حق همه گونه تصرف در مایملک خود را دارد؛ چنانچه مبیع هنوز به وی تسلیم نشده باشد، می‌تواند بر مبنای تعهد قانونی یا قراردادی، الزام فروشنده را به تسلیم مبیع از دادگاه بخواهد یا بر مبنای ضمان قهری از دادگاه درخواست خلع ید کند، علاوه بر آن می‌تواند اجرت المثل ایام تصرف فروشنده پس از عقد بیع را نیز از وی مطالبه کند. با وجود این، حکم ماده ۳۳۸ قانون مدنی در مورد اموال غیرمنقولی که مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسیده با مانع قانونی روبه رو ست. مطابق ماده ۲۲ ق. ث «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به اسم او ثبت شده و یا کسی را که ملک مزبور به او منتقل شده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده یا این که ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت». بنابراین تنها وقوع تراضی برای انتقال مالکیت این دسته از املاک کافی نیست، بلکه باید این انتقال در دفتر املاک نیز به ثبت برسد؛ با توجه به این که ثبت انتقال در دفتر املاک بر عهده اداره ثبت اسناد و املاک است، به عنوان مقدمه، افراد باید با مراجعه به دفاتر اسناد رسمی نسبت به تنظیم سند انتقال اقدام کنند و این دفاتر پس از تنظیم سند، خلاصه معامله مندرج در سند را برای ثبت در دفتر املاک، به اداره ثبت ارسال کنند. حکم ماده ۲۲ ق. ث حاکم بر حکم مقرر در ماده ۳۳۸ قانون مدنی در موضوع اموال غیرمنقول است و از آن جا که ثبت انتقال در دفتر املاک واجب شمرده شده و تا پیش از آن منتقل‌الیه مالک محسوب نمی‌شود، از طرف دیگر مقدمه در این جا (تنظیم سند رسمی در دفترخانه) «وجودی» است (در برابر وجوبی)، در نتیجه، تحصیل آن نیز واجب است.

آنچه تاکنون محل اختلاف نویسندگان و استادان حقوق مدنی بوده، ماهیت و اعتبار قراردادهای مستند به سند عادی است که به طور معمول پیش از تنظیم سند رسمی تنظیم می‌شود و طرفین در مورد میزان و چگونگی پرداخت ثمن و تاریخ حضور در دفترخانه و تحویل ملک توافق می‌کنند. تفصیل بحث را باید در جای خود دید^۱، در این جا به طور خلاصه اشاره

۱. برای این منظور رجوع کنید: دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)، چاپ هفتم، ۱۳۷۸، شرکت سهامی انتشار، شماره ۱۷۴؛ همو، توجیه و نقد رویه قضایی، ۱۳۷۷، چاپ اول، نشر دادگستر، صفحه ۱۱۶-۹۷؛ دکتر مهدی شهیدی، مجموعه مقالات حقوقی، ۱۳۷۵، نشر حقوق‌دان، چاپ اول، تهران، صفحه ۷۲-۳

می‌شود که قراردادهای مستند به سند عادی از گذشته تاکنون صرف نظر از عنوان آن که «قولنامه» یا «مبیعه‌نامه» باشد، به عنوان «سند انتقال» (منظور سندی که مفید انتقال مالکیت باشد) در دادگاهها پذیرفته نمی‌شود، به عبارت روشن‌تر قراردادهای مستند به سند عادی مفید انتقال مالکیت نیست و به این عنوان در دادگاهها پذیرفته نمی‌شود و خریدار نمی‌تواند به استناد آن از آثار بیع استفاده کند، رای وحدت رویه شماره ۶۷۲- ۸۳/۱۰/۱ هیات عمومی دیوان عالی کشور که مطابق آن خلع ید از اموال غیرمنقول فرع بر مالکیت است و طرح دعوی خلع ید از زمین قبل از احراز و اثبات مالکیت قابل استماع نیست بر همین مبنا استوار است؛ با وجود این، قراردادهای عادی می‌تواند به عنوان سند تعهد به انتقال در دادگاه پذیرفته شود، زیرا به طور معمول به موجب قراردادهای مزبور طرفین تعهداتی متقابل در مورد انتقال ملک و پرداخت کامل ثمن در آینده در دفترخانه بر عهده می‌گیرند و حسب مورد ضمانت اجرای نقض تعهدات هر یک نیز در قرارداد مزبور تعیین می‌شود، حتی در فرضی که به صراحت به لزوم حضور در دفترخانه و تنظیم سند رسمی اشاره نکرده باشند نیز برحسب عرف و همچنین به موجب قانون فروشنده ملتزم به حضور در دفترخانه و تنظیم سند رسمی انتقال به نام خریدار خواهد بود؛ چرا که عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌سازد، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم هستند (ماده ۲۲۰ قانون مدنی). بدیهی است در صورتی که هر یک از طرفین از انجام تعهد، خودداری کند، طرف مقابل می‌تواند با اثبات انجام تعهد خود یا دست کم انجام مقدمات آن که به طور معمول با اخذ گواهی عدم حضور از دفترخانه صورت می‌گیرد، با مراجعه به دادگاه الزام طرف مقابل را به ایفاء تعهد درخواست کند.

بند سوم- فقدان تطابق رای وحدت رویه موصوف با مقررات موضوعه

از جمع مواد ۱۸۳ و ۱۲۸۴ قانون مدنی این به دست می‌آید که سند عادی یا رسمی نوشته‌ای است که بر وقوع عقد بین دو نفر دلالت دارد که در مقام دعوا یا دفاع قابل استناد باشد. با وجود این که مطابق مقررات مواد ۲۲ و ۴۶ و ۴۷ ق. ت.، قراردادهای عادی مفید انتقال مالکیت املاک نیست و به این عنوان در دادگاهها پذیرفته نمی‌شود، به موجب مقررات ماده ۱۱۷ آن قانون، انجام دادن معامله معارض با حقی که پیشتر به شخص ثالث داده شده است، اعم از

این که به موجب سند عادی یا رسمی باشد، جرم تلقی می شود و برای آن مجازات تعیین شده است. شایان ذکر است که ماده مزبور در ق. ث مصوب ۱۳۱۰ به این صورت تنظیم شده بود: «هر کس به موجب سند رسمی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیر منقول) حقی به شخص یا اشخاص داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به موجب سند رسمی دیگری معارض با حق مزبور تعهدی یا معامله ای بکند، جاعل در اسناد رسمی محسوب و به حبس با اعمال شاقه از سه تا پانزده سال محکوم خواهد شد.» اما دو سال بعد و در سال ۱۳۱۲ این ماده مورد بازنگری قرار گرفت و به این صورت اصلاح شد: [«هر کس به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیر منقول) حقی به شخص یا اشخاص داده و بعد نسبت به همان عین یا منفعت به موجب سند رسمی معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور بنماید به حبس با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد»]. بر این اساس، در صدر ماده و بعد از سند رسمی، «سند عادی» به متن اضافه شد، همچنین «جاعل در اسناد رسمی محسوب و» از متن حذف شود و مجازات نیز از «سه تا پانزده سال» به «سه تا ۱۰ سال» تغییر یافته است.

روشن است که قانون گذار با آگاهی از مقررات مندرج در مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ ق. ث به اصلاح ماده ۱۱۷ آن قانون اقدام کرده و «سند عادی» را به آن افزوده است. نکته حایز اهمیت آن که در قسمت نخست از ماده ۱۱۷ صحبت از انجام دادن معامله و انتقال مالکیت نیست، بلکه فرضی را مطرح می کند که مالک «حقی» را نسبت به ملک خود با سند عادی یا رسمی به شخصی می دهد، سپس مبادرت به معامله یا تعهد معارض با آن می کند. با توجه به این که قراردادهای عادی رایج بین مردم از گذشته تا کنون به حکم قانون مفید انتقال مالکیت نیست، بلکه سند تعهد طرفین به حضور در دفترخانه و پرداخت تتمه ثمن و تنظیم سند رسمی انتقال است و از این رو متعهدله می تواند با استناد به آن الزام طرف مقابل به ایفای تعهد (تنظیم سند رسمی انتقال یا پرداخت تتمه ثمن و خسارت ناشی از تاخیر در ایفای تعهد) از دادگاه درخواست کند، قانون گذار در راستای حمایت از خریداری که با تنظیم قرارداد عادی و پرداخت بیعانه در صدد تهیه باقی ثمن برای پرداخت در روز دفترخانه است، انجام دادن هرگونه معامله معارض با آن را به قید مجازات منع کرده است. با وجود این، در رای وحدت رویه شماره ۴۳ استدلال شده

است که شرط تحقق بزه مشمول ماده ۱۱۷ ق. ث اسناد و املاک قابلیت تعارض دو معامله یا تعهد نسبت به یک مال است و در تقاطعی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و معاملات اموال غیرمنقول به موجب بند اول ماده ۴۷ قانون مزبور اجباری باشد، سند عادی راجع به معامله آن اموال طبق ماده ۴۸ همان قانون در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نمی‌شود و قابلیت تعارض با سند رسمی نخواهد داشت. با وجود این که این استدلال در جای خود درست و قابل دفاع است، اما در بحث از ضمانت اجرای کیفری معامله معارض با توجه به تصریح قانون به «سند عادی» در قسمت نخست ماده ۱۱۷ ق. ث برخلاف نص قانون بوده و پذیرفتنی نیست؛ زیرا به تصریح ماده مزبور صرف انجام دادن معامله یا تعهد معارض با حقی که پیشتر به موجب سند عادی یا رسمی به شخصی داده شده، برای تحقق رکن مادی جرم کفایت می‌کند.^۱ با این وصف، بخش بزرگی از مصادیق معامله معارض از شمول حکم ماده مزبور خارج شده است و حکم قانون محدود به دو معامله معارضی شده که هر دو با سند رسمی واقع شده است، در صورتی که با توجه به ضرورت استعمال وضعیت ثبتی از سوی دفترخانه تنظیم کننده سند، در عمل به ندرت چنین اتفاقی رخ خواهد داد.

بنابراین در صورتی که حقی نسبت به اموال غیرمنقول به موجب سند عادی به دیگری واگذار شود، سپس معامله دیگری نسبت به همان مال، معارض با حق مزبور به موجب سند رسمی صورت گیرد، با این که مطابق ماده ۱۱۷ ق. ث این اقدام، جرم محسوب شده و مرتکب قابل تعقیب کیفری خواهد بود، به موجب رای وحدت رویه مورد بحث، از آن جا که معامله نخست به موجب سند عادی بوده که مطابق مقررات مواد ۴۷ و ۴۸ همان قانون در محاکم قابل پذیرش نیست و تاب معارضه با سند رسمی را ندارد، در نتیجه مرتکب از تعقیب کیفری مصون خواهد ماند و تنها در صورتی مرتکب قابل تعقیب کیفری خواهد بود که قراردادهای معارض هر دو مستند به سند رسمی باشند؛ نتیجه‌ای که آشکارا مغایر با نص قانون است.

عبارات پایانی رای وحدت رویه مزبور که مطابق آن: «بلکه ممکن است بر فرض احراز سوء نیت با ماده کیفری دیگری قابل انطباق باشد» ابهام دارد، و مشخص نیست منظور کدام ماده

۱. مرحوم استاد دکتر شهیدی در این زمینه مرقوم داشته اند: «طبق اطلاق ماده ۱۱۷ ق. ث. خود قانون گذار سند عادی مربوط به انتقال حقی نسبت به مال غیرمنقول را با سند رسمی معامله بعدی نسبت به آن مال را معارض معرفی کرده است. در مقام تفسیر این ماده، تعارض موجود بین دو معامله را مشکل بتوان منتفی دانست» (شهیدی، ۱۳۷۵: ۶۲).

قانونی است، زیرا در زمان صدور رای تنها به موجب ماده ۱۱۷ ق. ت. برای انجام دادن معامله معارض مجازات تعیین شده بود که با این رای عملاً کارایی خود را از دست داد و دایره شمول آن محدود شد؛ ممکن است گفته شود که منظور از ماده قانون دیگر اشاره به قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر مصوب ۱۳۰۸ است، در حالی که «معامله معارض» با «فروش مال غیر» بر حسب موضوع تفاوت جوهری دارند و به همین علت نمی‌توان معامله معارض را مشمول قانون مجازات راجع به انتقال مال غیر دانست، به اضافه استدلال مطرح در رای مزبور در این جا نیز صادق است، در نتیجه وقتی خریدار تا پیش از تنظیم سند رسمی انتقال به عنوان مالک شناخته نشود، تعلق مال به غیر در فرضی که معامله نخست با سند عادی بوده محل تردید است و محقق نیست.

بند چهارم - نسخ رای وحدت رویه موصوف به موجب قانون لاحق

مطابق ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۹۶/۰۱/۱۶ مجلس شورای اسلامی: «کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام دادن این گونه معاملات باید به طور 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»^۱. بر این مبنا اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه از اعتبار شرعی برخوردار است نه تنها در برابر اشخاص ثالث قابل استناد خواهد بود، قابلیت معارضه با سند رسمی را نیز خواهد داشت. مقدمه استدلال هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای شماره ۴۳-۱۰/۰۸/۱۳۵۱ با این حکم در تعارض است و این نظر را که حکم مقرر در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور رای وحدت رویه مزبور را نسخ کرده (انجم شعاع، ۱۳۹۷: ۸۲) است باید تأیید کرد، زیرا آراء وحدت رویه جنبه تفسیری دارند، موجد یا ناسخ قواعد حقوقی نیستند و به موجب قانون قابل تغییر هستند

۱. برای ملاحظه تفسیر این ماده رجوع کنید: سید محمدهادی اسلامی و دیگران (۱۳۹۷)، تفسیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۹۵/۱۱/۱۰، فصلنامه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بناب، دوره ۱۱، شماره

(ماده ۴۷۳ قانون آیین دادرسی کیفری). نظر به این که به موجب رای وحدت رویه موصوف برخی از مصادیق معامله معارض از شمول حکم ماده ۱۱۷ ق. ث. خارج شده است، از طرف دیگر با توجه به تغییر روی کرد قانون گذار و اعتبار بخشیدن به قراردادهای عادی مطابق ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور و قابلیت معارضه با سند رسمی، باید قایل به نسخ ضمنی رای وحدت رویه موضوع بحث شد.

نتیجه

رای وحدت رویه شماره ۴۳-۱۰/۰۸/۱۳۵۱ برخلاف ظاهر ماده ۱۱۷ ق.ث. تحقق جرم معامله معارض را محدود به موردی کرده است که معامله مقدم و موخر هر دو به موجب سند رسمی باشد و در صورتی که معامله مقدم با سند عادی واقع شده باشد، مستند به مواد ۴۷ و ۴۸ همان قانون، چون تاب معارضه با معامله مستند به سند رسمی را ندارد، از شمول ماده ۱۱۷ ق.ث. خارج است. در صورتی که معاملات عادی رایج بین مردم اگرچه مفید انتقال مالکیت نیست، اما این حق را برای خریدار ایجاد می‌کند که با مراجعه به دادگاه الزام فروشنده به تنظیم سند رسمی را درخواست کند؛ افزودن «سند عادی» در ابتدای ماده مرقوم در اصلاحات ۱۳۱۲ نیز نشان می‌دهد که برخلاف نظر اکثریت هیات عمومی دیوان عالی کشور قانون گذار در صدد حمایت از خریداران عادی بوده است. با تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی توسعه کشور اسناد عادی که اعتبار شرعی آنها در دادگاه اثبات شده باشد نه تنها در برابر اشخاص ثالث قابل استناد هستند، قابلیت معارضه با سند رسمی را نیز خواهد داشت؛ در تعارض قانون موخر و رای وحدت رویه سابق باید قایل به نسخ ضمنی رای وحدت رویه مزبور شد که جنبه تفسیری دارد، بنابراین در وضعیت حقوقی کنونی حکم مقرر در ماده ۱۱۷ ق.ث. علی الاطلاق بر تمامی معاملات مستند به سند رسمی که معارض با معامله عادی یا رسمی مقدم واقع شده حکومت دارد.

منابع

۱. اسلامی، سید محمدهادی، قنواتی، جلیل، حیدری، عباسعلی (۱۳۹۷)، **تفسیر ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۹۵/۱۱/۱۰**، فصل‌نامه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی واحد بناب، دوره ۱۱، شماره ۱، صفحه ۵۸-۳۷
۲. انجم شعاع، محمد مهدی (۱۳۹۷)، **احیای معامله معارض با سند عادی**، فصل‌نامه علمی دانشنامه‌های حقوقی، دوره ۱، شماره ۱، صفحه ۸۴-۶۷
۳. جعفری لنگردوی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، جلد ۵، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش
۴. شهیدی، مهدی (۱۳۷۵)، **مجموعه مقالات حقوقی**، چاپ اول، تهران، نشر حقوقدان، صفحه ۷۲-۳
۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، **توجیه و نقد رویه قضایی**، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، **حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)**، چاپ هفتم، تهران، شرکت سهامی انتشار
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، **عدالت قضایی-گزیده آراء**، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر
۸. نسب، هدایت (۱۳۴۹)، **معامله معارض موضوع ماده ۱۱۷ قانون ثبت**، ۱۳۴۹، مجله حقوق امروز، شماره ۲۵، صفحه ۷-۹

Criminal Sanction for a Property Owner that Sells the Same Property to Two Different Buyers:

A Critique on Binding Precedent Decision No.43, Rendered by the Supreme Court (November 1, 1972)

Ali Asghar Saneian¹

Abstract

According to binding precedent decision No.43, dated November 1, 1972, contrary to the well-founded and well-argued opinion of the then Attorney General of the country, the provision contained in Article 117 of the Registration Act was limited to transactions contrary to the notarial deed. Since despite the fact that legally recorded documents are mandatory, in case a transaction regarding immovable property is conclude with a private deed, the said deed is not admissible in court, relying on Articles 46, 47, and 48 of the Registration Act. As a result, its contents will not have the potentiality to conflict with the transaction subsequently concluded through a notarial deed so that the action can be considered subject to Article 117 of the Registration Act; This interpretation is clearly contrary to the exact wording of the law, since the legislator, cognizant of the provisions of Articles 46, 47 and 48 of the Registration Act in the amendments of 1933 in order to protect buyers who have transacted with a private deed, adds "private deed" to the first part of Article 117, thus prohibiting sellers from carrying out any transactions inconsistent with the first transaction by declaring such a transaction to be a punishable offence. Considering that according to Article 62 of the Law of Permanent Provisions of the Country's Development Programs of 2016, private deeds whose validity has been proven based on the rules of the Shariah in the court will have the potentiality to contradict the notarial deed, and this provision violates the argument contained in the abovementioned binding precedent decision, and it is in conflict with. As a result, it should be considered that the binding precedent decision is implicitly repealed according to the recent law. Therefore, in the current legal situation, the provision enshrined in Article 117 of the Registration Act governs all recorded documents that are inconsistent with the transaction that has already taken place with a private or notarial deed.

Keywords: *inconsistent transaction, private deed, notarial deed, real estate transactions, Article 117 of the Registration Act*

1. Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, (Email: alisaneian@ut.ac.ir)