

## ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات تملیکی اموال غیر منقول

محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی<sup>۱</sup>

### چکیده

اهمیت زمین و به طور کلی اموال غیر منقول در میان اموال دیگری که بشر با آنها سر و کار دارد موجب شده است تا این اموال موضوع تنازعات فراوانی میان افراد جامعه قرار گیرند؛ به همین دلیل معاملات مربوط به اموال غیر منقول همواره می‌تواند محملی برای طرح دعوی قضایی باشد. نظام‌های حقوقی مختلف دنیا هر یک تلاش نموده‌اند راه حلی ارائه نمایند تا خریدار مطمئن از عدم وجود معامله معارض مقدم باشد و دسترسی به اطلاعات مرتبط با مالکیت اموال غیر منقول را که برای سیاست‌گذاری اقتصادی ضروری به نظر می‌رسد تسهیل نماید. در این مقاله تلاش شده است به سوالات ذیل پاسخ داده شود: آیا شرعاً می‌توان انعقاد بیع را منوط به ثبت آن نمود؟ آیا می‌توان انتقال مالکیت را منوط به بیع نمود؟ آیا می‌توان معامله‌ای که توسط دولت ثبت نشده است را در برابر ثالثی که ملک همراه با معامله‌ای مؤخر به نام او ثبت شده است، غیر قابل استناد دانست؟ آیا می‌توان سند ثبتی معامله یا مالکیت مال غیر منقول را تنها راه اثبات مالکیت آن تلقی کرد؟ در پاسخ به این سوالات پیشنهاد شده است تا در صورت منحصر بودن راه حل مساله در وضعیت کنونی در استفاده از نظام ثبت رسمی مالکیت، از ظرفیت احکام سلطانیه که در اختیار حاکم اسلامی است برای مشروعیت بخشی به آن استفاده شود. در این طریق رهیافت نیل به اهداف ذکر شده، قاعده لاضرر و بازشناسی تشریح این قاعده می‌باشد.

**واژگان کلیدی:** ثبت مالکیت، بیع اموال غیر منقول، قاعده لاضرر.

<sup>۱</sup>- دکتری حقوق خصوصی و مدعو موسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه ریزی. [shahnoosh1388@gmail.com](mailto:shahnoosh1388@gmail.com)

### مقدمه

تردیدی نیست که بیع در اندیشه فقهی معاصر عقدی رضایی است یعنی با صرف توافق طرفین و رضایت آنها منعقد می شود و مالکیت به وسیله آن منتقل می گردد. البته باید توجه داشت که تا پیش از محقق کرکی فقیه قرن دهم ظاهراً تردیدی میان فقهای امامیه وجود نداشته است که عقود لازم نیازمند انشاء لفظی هستند؛ آنها با الفاظی که صریح در مقصود طرفین باشند. (شهید ثانی)، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۴، ص: ۱۱۹) همچنین در توضیح دلیل نیازمندی عقد نکاح به انشاء لفظی به لازم بودن عقد نکاح استناد می کند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ه ق، ج ۵، ص: ۱۰۸) - همچنین در مقام بیان اینکه چرا عقد رهن نیازمند رعایت صیغه لفظی مخصوص نیست می نویسد: «أن الرهن ليس على حدّ العقود اللازمة، لأنّه جائز من طرف المرتهن، فترجيح جانب اللزوم و لزوم ما يعتبر في اللزوم ترجيح من غير مرجح، خصوصا مع ما سلف من الكلام على اعتبار ما ذكره في العقد اللازم». (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۴، ص: ۹) این استدلال در پاره ای منابع نیز دیده می شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۵، ص: ۱۷۲؛ بحرانی، شیخ یوسف، ۱۴۰۵ ه ق، ج ۱۸، ص ۳۴۹).

با این حال پس از تحقیقات شیخ انصاری ره، برای فقهای معاصر تردیدی وجود ندارد که عقد لازمی چون بیع نیز حتی به انشاء لفظی صریح نیازی ندارد و صرفاً با تراضی طرفین و ابراز آن منعقد می شود و انتقال مالکیت نیز بدون نیاز به تحصیل شرطی دیگر همزمان با انعقاد بیع (یا هر عقد تکلیکی دیگر) در نتیجه آن حاصل خواهد شد (انصاری، ۱۴۲۳ ه ق، ج ۳، ص: ۳۷).

از طرف دیگر از برخی نوشته های فقهی چنین بر می آید که مکتوبات ولو به وسیله شخصی که شرایط شاهدی که شهادت اش معتبر است نوشته شده باشد، اعتبار ویژه ای ندارد و اماره شرعی محسوب نمی شود. بنابراین ثبت عقد بیع به وسیله هر کس و به هر شیوه ای، امتیازی غیر از امتیاز اماره معتبر شرعی ندارد. با این حال لازمه برخی فتاوا یا استدلالات فقهی آن است که نوشته دال بر یک تصرف اعتباری مثل بیع یا قبض ثمن معتبر است (نجفی، ۱۴۰۴ ه ق، ج ۳۵، ص: ۱۵۰؛ عاملی، کرکی، ۱۴۱۴ ه ق، ج ۵، ص: ۱۶۳؛ فیومی، ۲، ه ق، ج ۲، ص: ۲۲۷).

اهمیت زمین و به طور کلی اموال غیر منقول در میان اموال دیگری که بشر با آنها سر و کار دارد<sup>۳</sup> موجب شده است تا این اموال موضوع تنازعات فراوانی میان افراد جامعه قرار گیرند؛ برخی به دلیل جهل

<sup>۲</sup> «و مِنْهُ شَهْدَ عَلَى (رَسْمِ الْقَبَالَةِ) أَيْ عَلَى كِتَابَةِ الصَّحِيفَةِ».

<sup>۳</sup> به طوری که می توان مدعی شد مالیت زمین مادر مالیت اشیاء دیگر است: گیاهان از زمین می رویند و بخش قابل توجهی از حیوانات بر بستر آن می زیند و از آنچه بر زمین روییده است تغذیه می کنند و بشر بر همین اساس مسکن، شغل و تغذیه خود را فراهم نموده است و

## ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات عملیکی اموال غیر منقول / ۶۷

به حقوق مقدّمی که بر مال غیر منقول ثابت شده است و برخی عالمانه و عامدانه در جهت تضییع حقوق دیگران (کلاهبرداری و به قصد کسب درآمد از طرق متقلبانه) مدّعی حقّ بر همان اموال غیر منقول می‌شوند. به همین دلیل معاملات مربوط به اموال غیر منقول همواره می‌تواند محملی برای طرح دعوی قضایی باشد که موضوع آن مالکیت عین یا منافع آن مال است. از همین رو نظام‌های حقوقی مختلف دنیا هر یک تلاش نموده‌اند بر اساس روش‌هایی که سازوار و سازگار با اصول و چارچوب‌های همان نظام حقوقی است و در راستای خط مشی‌هایی که بر آورنده اهداف آن نظام سیاسی-اجتماعی است، راه حلی ارائه نمایند تا دو هدف مهم را بر آورده سازد:

اول - هر کس اقدام به خرید مالی غیر منقول می‌نماید بتواند مطمئن باشد که مالک آن مال شده است و فروشنده مالی را که قبلاً به دیگری فروخته است، مورد معامله قرار نداده است. ایجاد روش منحصر اطمینان‌آور برای اثبات مالکیت بر این اموال این نتیجه را به همراه دارد که خریدار مطمئن باشد معامله او در آینده با دعوی معارض با حقوقی که او قصد تحصیل آنها را از معامله داشته است، مواجه نخواهد شد. به علاوه اشخاص ثالث غیر از طرفین آن عقد می‌توانند بر ظاهر چنین قرار دادی اطمینان نمایند و با طرفین قرارداد مذکور نسبت به موضوع آن قرارداد، اقدام به معاملات بعدی نمایند. نتیجه چنین وضعیتی تسهیل فروش و باز فروش اموال است. (Shavell, Steven, 2004, p.47).

دوم - به دلیل اهمیتی که اموال غیر منقول بر نظام اقتصادی کشورها دارد، اطلاعات مرتبط با این اموال و مالکیت آنها برای سیاست‌گذاری اقتصادی ضروری به نظر می‌رسد. ثبت مالکیت و معاملات مرتبط با اموال غیر منقول می‌تواند دسترسی به این اطلاعات و به کارگیری آنها را تسهیل نماید. نظام‌های حقوقی مختلف برای دستیابی به این دو هدف از روش‌های مختلفی که مقتبس از سنت حقوقی آنها یا بعضاً نوآورانه بوده است بهره برده‌اند. برای مثال در حالی که در آلمان انتقال مالکیت منوط به ثبت شده است، در فرانسه ثبت معامله مال غیر منقول شرط امکان استناد به آن معامله در برابر ثالث دانسته شده است (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۲). باید توجه شود که در حقوق رومی - ژرمنی، عقد بیع به خودی خود خریدار را مالک بیع نمی‌گرداند. انتقال مالکیت از فروشنده به خریدار مستلزم تشریفات مادی و علنی بود. هدف از این تشریفات، اعلان عمومی به جامعه از تحقق یک رخداد مهم بود. با انجام این تشریفات همه افراد جامعه از جابجایی مالکیت مال موضوع قرارداد از فروشنده به خریدار مطلع می‌شدند یا لاقلاً

---

بدون تکیه مستقیم یا غیر مستقیم بر زمین فراهم آوردن آنچه او می‌خواهد از حیث اقتصادی به آن برسد نا ممکن است. این اهمیت غیر از اهمیتی است که از حیث تشکیل دولت و حکومت و ملت برای زمین می‌توان قائل شد. از این حیث زمین هویت اجتماعی بشر را ساخته و پرداخته است.

امکان کسب اطلاع از آن را به دست می آورند. انتقال هر مال نیز تشریفات خاص خود را داشت. انتقال اموال مهم به ویژه اموال غیر منقول با حضور در برابر مقام قضایی یا در حضور شهود و انتقال اموال با اهمیت کمتر از طریق صرف تسلیم مال به خریدار انجام می پذیرفت (امینی، ۱۳۸۸، ص ۲۲۲).

بنابراین در ارائه راه حل مسأله در نظام حقوقی ایران باید از اقتباس کورکورانه و تقلید بی دلیل اجتناب کرد؛ زیرا راه حل آن نظام های حقوقی منطبق و مقتبس از نظام فکری فرهنگی و تاریخی خود آنهاست. مسلمانان ایرانی و غیر ایرانی نیز در طول تاریخ از یک نظام حقوقی برخوردار بوده اند و بی تردید برای حل این مسأله، یعنی جلوگیری از معاملات معارض منطبق با شریعت اسلامی راه حلی داشته اند. با یان حال به نظر می رسد پیش فرض گرفتن انحصار راه حل مسأله مورد بحث در ایجاد نظام ثبتی منطبق بر فرهنگ رومی - ژرمنی موجب به بند بست رسیدن راه در نظام حقوقی ایران شده است. بی تردید خلاقیت و بررسی منابع برای یافتن راه حل بومی ضروری است.

در این مقاله تلاش می شود به نحو اجمالی بررسی گردد به لحاظ شرعی (فقهی) آیا می توان انعقاد بیع را منوط به ثبت آن نمود؟ آیا می توان انتقال مالکیت را منوط به بیع نمود؟ آیا می توان معامله ای که توسط دولت ثبت نشده است را در برابر ثالثی که ملک همراه با معامله ای مؤخر به نام او ثبت شده است، غیر قابل استناد دانست؟ آیا می توان سند ثبتی معامله یا مالکیت مال غیر منقول را تنها را اثبات مالکیت آن تلقی کرد؟

پیش از پاسخ به سوالات فوق باید مفهوم نظام ثبتی و تفاوت آن با ثبت عادی ملک را بیان نمود. توجه به این نکته لازم است که در نظام های حقوقی که ثبت معامله اموال غیر منقول در صحت یا قابل استناد بودن آن در برابر ثالث یا انتقال مالکیت شرط شده است میان ثبت عادی ملک توسط طرفین معامله و ثبت رسمی آن که توسط مأمور رسمی دولت و تحت نظارت و بر اساس مقررات تعیین شده توسط حاکمیت تنظیم شده است تفاوت گذاشته شده است. بنابراین هر نوع ثبتی نمی تواند اثر حقوقی متوقع در آن نظام حقوقی برای ثبت را داشته باشد. بر اساس آنچه گفته شد در بند ۱ به تبیین مفهوم نظام ثبتی به نحو اجمالی خواهیم پرداخت. در بند ۲ امکان تقیید انعقاد بیع یا صحت آن یا مشروط نمودن اثر آن (انتقال مالکیت) به ثبت معامله بررسی خواهد شد. در بند ۳ جنبه اثباتی ثبت مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

### ۱- مفهوم نظام ثبتی

یک نظام ثبتی لاقبل باید از دو ویژگی برخوردار باشد تا اهدافی که نظام ثبتی برای تحصیل آن طراحی شده است و همچنین آثار متوقع حقوقی در یک نظام حقوقی بر ثبت مالکیت یا معاملات اموال بر آن مترتب گردد: اول، باید در هر نظام ثبتی هر مال تنها یک شناسه و برای هر یک از اشخاص نیز یک شناسه

## ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات ملکی اموال غیر منقول / ۶۹

وجود داشته باشد و تنها یک دفتر کل وجود داشته باشد که هر مالی بر اساس شناسه آن به مالک آن بر اساس شناسه مالک مرتبط شده است. هر معامله‌ای درباره این اموال و به ویژه هر نقل یا انتقالی درباره آن مال در این نظام باید ثبت شود به طوری که همواره مالک فعلی آن مال در این نظام ثبتی مشخص باشد (Shavell, Steven, 2004, p.47). دوم، ثبت در این نظام باید زیر نظر حاکمیت یا بر اساس معیارها و مقررات باشد و این ثبت مورد حمایت آن باشد. ممکن است ادعا شود عدم وجود ویژگی دوم در یک نظام حقوقی برای ثبت موجب لغو بودن آن است. به همین دلیل ثبت مالکیت و معاملات مرتبط با اموال باید یا در مرحله ثبوت مالکیت یا اثبات آن موثر باشد. در میان نظام‌های حقوقی نیز یکی از این دو مسیر برای مؤثر بودن ثبت و تحصیل اهداف ناشی از وجود نظام ثبتی طی شده است. در برخی از این نظام های حقوقی انتقال مالکیت منوط به ثبت شده است و در برخی دیگر برای ثبت از حیث اثباتی تاثیر قائل شده اند. در ادامه تاثیر ثبوتی و سپس اثباتی ثبت از حیث فقهی بررسی خواهد شد و با توجه به چالش‌ها و سابقه تاریخی ثبت در جامعه اسلامی - ایرانی راهکار پیشنهادی که هماهنگی بیشتری با مبانی فقهی دارد ارائه خواهد شد.

### ۲- امکان تقیید انتقال مالکیت در مرحله ثبوت به ثبت

اگر چه در وهله اول به نظر می‌رسد عقود از جمله بیع و هر نوع عقد تملیکی دیگر خصوصاً در اندیشه فقهای دو قرن اخیر و البته بعد از آنکه محقق کرکی در قرن دهم در بطلان و عدم انعقاد بیع معاطاتی تردید کرد (کرکی، محقق ثانی، ۱۴۱۴ هـ. ق، ج ۴، ص: ۵۷)، رضایی هستند ولی دقت نظر در کلمات فقهای متقدم و متأخر تا قرن دهم نشان می‌دهد عقود لازم از دید فقهای آن دوره رضایی نبوده است. اگر چه ثبت عقد یا مالکیت در صحت، انعقاد یا نفوذ عقد موثر دانسته نشده بود ولی انشاء لفظی عقود لازم را آن هم به وساطه الفاظی که صریح در معنای عقد مورد نظر باشد، شرط صحت عقد می‌دانستند (حلی، علامه، ۱۴۱۳ هـ. ق، ج ۲، ص: ۱۶). به علاوه عقد صرف و همچنین وقف و هبه و رهن علاوه بر انشاء لفظی یا فعلی (حسب مورد بر اساس لازم بودن یا جایز بودن عقد) منوط به قبض نیز دانسته شده بود. همچنین در بیع یا مطلق عقود معاوضی (حسب مبانی مختلف فقهی) بقای عقد فی‌الجمله منوط به قبض است.<sup>۴</sup> گرایش حدود دو قرن اخیر فقهای امامیه به پذیرش عقود معاطاتی که به معنای رضایی تلقی کردن عقود به نحو قاعده است

<sup>۴</sup> قاعده انفساخ عقد در صورت تلف مبیع قبل از قبض اگر مبتنی بر تاثیر قبض در انتقال مالکیت نیست، اما بالمآل و فی‌الجمله این نتیجه را به همراه دارد که انتقال مالکیت قبل از قبض متزلزل است.

مبتنی بر استدلالی عقلایی و همچنین تمسک به اطلاقات و عمومات صحت عقود است.<sup>۵</sup> به تعبیر دیگر استدلال فقهای که مسیر نوین دو قرن اخیر را طی کردند آن است که عقلا صحت بیع (یا هر عقد لازم دیگر) را منوط به انشاء لفظی یا هر عقد دیگری نمی‌دانند و چون این سیره در زمان رسول خدا صلی الله علیه و آله نیز جاری بوده است و حضرت از آن نهی ننموده اند بنابراین بیع بدون انشاء لفظی نیز صحیح است.<sup>۶</sup> شاید با استدلالی مشابه و بر اساس مبنای برخی از فقهای امامیه در قاعده لاضرر بتوان سیره یا ارتکاز عقلایی به نحوی دیگر مبنایی برای تقیید صحت عقد بیع به ثبت آن دانست. در بند ۴ در این رابطه با تفصیل بیشتری بحث خواهیم نمود.

با این حال برخی از فقها شرط تنظیم سند رسمی را به عنوان شرطی بنایی در عصر حاضر پذیرفته‌اند و تخلف از آن را موجب حق فسخ برای مشروطه دانسته‌اند. آیت الله گلپایگانی ره در پاسخ به استفتائی با این مضمون که «اگر دو نفر با هم معامله بکنند با رضایت طرفین و قبض و اقباض و شرط اسقاط تمام اختیارات در ضمن عقد آیا یکی از طرفین می‌تواند به عنوان این که چون سند معامله غیر رسمی بوده معامله را بهم بزند یا نه؟» می‌فرماید: «در شرائط فعلی که معاملات ملکی با انتقال سند ثبتی انجام می‌شود و اگر این امر نباشد پایه ملکیت خریدار متزلزل است و چه بسا اسباب زحمت فراهم گردد می‌توان گفت که معاملات مبنی بر این قید انجام می‌گیرد و اگر با بیع تخلف نمود و سند رسمی را منتقل نمود مشتری خیار تخلف شرط دارد و اسقاط تمام اختیارات هم که شده باشد منصرف از این امر بوده و آن را اسقاط نکرده‌اند بنابراین خیار برای مشتری باقی است و حق دارد معامله را فسخ نماید» (گلپایگانی، ۱۴۰۹ هـ.ق، ج ۵، ص: ۳۲۵). اگر چه به نظر می‌رسد به همین اندازه اثر قائل شدن برای ثبت نیز می‌تواند ابزاری باری ایجاد انگیزه برای ثبت باشد، ولی با توجه به شرایط اقتصادی فعلی جامعه ایرانی (سال ۱۳۹۸)، همواره فسخ قرارداد به نفع فروشند است و بنابراین حق فسخ ضمانت اجرایی است که خریدار انگیزه ای برای استفاده از آن نخواهد داشت. برخی دیگر از فقهای معاصر به عدم تأثیر ثبت رسمی در انتقال مالکیت و صحت بیع تصریح کرده‌اند (خامنه‌ای، سید علی بن جواد حسینی، ۱۴۲۰ هـ.ق، ج ۲، ص: ۶۴).

برخی از فقهای اهل سنت تلاش کرده‌اند تا به گونه‌ای نقش ثبوتی برای ثبت قائل شوند. آنها ثبت رسمی ملک را از مصادیق قبض آن تلقی کرده‌اند. به همین دلیل مدعی شده‌اند ضمان معاوضی به واسطه تسجیل ملک (ثبت ملک) منتقل می‌شود، همان طور که با قبض مادی ضمان معاوضی منتقل می‌شود

<sup>۵</sup> محقق کرکی رحمه الله (۱۴۱۴ هـ.ق) به استناد اطلاقات و عمومات معتقد است بیع فاقد صیغه لفظی نیز صحیح و موثر در انتقال مالکیت است. این در حالی است که عبارت بسیاری از فقها از جمله علامه حلی در قواعد مشعر به کافی نبودن معاطات (بیع فاقد صیغه لفظی) برای انتقال مالکیت است. (ج ۴، ص: ۵۷)

<sup>۶</sup> امام خمینی ره (۱۴۲۱ هـ.ق) برای اثبات صحت معاطات به سیره عقلاییه استدلال می‌کند (ج ۱، ص: ۹۰).

## ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات ملکیتی اموال غیر منقول / ۷۱

زیرا مشتری با تسجیل (ثبت) ملک تمکن بیشتری نسبت به قبض مادی برای تصرف در آن مال دارد چرا که از نظر قانونی - و نه شرعی - مالکیت تابع ثبت است و نه ید و تصرف. با ثبت ملک به نام مشتری دیگر بایع نمی تواند در آن ملک تصرف کند (سبحانی تبریزی، ه ق؛ ص: ۱۲۲). به نظر می رسد چنین استدلالی متضمن دور و مصادره به مطلوب است زیرا حکم قانونی زمانی می تواند موثر در استدلال فقهی باشد، که شرعا حجت و معتبر باشد در حالی که زمانی شرعا حجت و معتبر است که استدلال فقهی حجت آن را اثبات کرده باشد.<sup>۷</sup>

### ۳- اثر ثبت در انتقال مالکیت در مرحله اثبات

به نظر می رسد با وجود برخی از ادله ای که فی الجمله در بدو امر ظهور در اماره شرعی بودن ثبت دارند، اما در فقه برای ثبت و کتابت اثری بیش از وسیله ای برای یاد آوری و تذکر قائل نشده اند. برای مثال برخی از فقها درباره حجت کتابتی که در پاسخ به سوال (استفتاء) بدست مقلد رسیده است، تنها در صورت اطمینان آور بودن، آن را حجت دانسته اند (شهید ثانی، ۱۴۲۱ ه ق، ج ۱، ص: ۵۹۴). با این حال برخی از فقها شرایطی را (از جمله عدالت و فقاہت) برای کاتب قاضی (شخصی که آراء و دستورات قاضی را می نویسد) لازم دانسته بوده اند. تعیین برخی شرایط برای کاتب قاضی این سوال به وجود آورده است که اگر مکتوب ارزشی ندارد و صرفاً جهت یاد آوری و تذکر به کار می رود، تعیین صفاتی به نحو الزامی برای کاتب لغو خواهد بود (محقق حلی، ۱۴۰۸ ه ق، ج ۴، ص: ۶۸) زیرا حتی در صورت فقدان آن صفات نیز آن نوشته می تواند تذکر و یاد آوری را در پی داشته باشد. در پاسخ به این سوال برخی در الزامی بودن وجود آن صفات تردید کرده اند (نجفی، ۱۴۰۴ ه ق، ج ۴۰، ص: ۱۰۹). برخی دیگر ارزش وجود آن صفات را در اطمینان آور شدن نوشته دانسته اند (نجفی، ۱۴۰۴ ه ق، ج ۴۰، ص: ۱۱۰). اگر چه نوشته ولو توسط شخصی عادل تنظیم شده باشد اماره شرعی دانسته نشده است، ولی به نظر می رسد در مواردی که برای قاضی اطمینان و علم عادی به مضمون آن ایجاد کند می تواند مورد استناد قرار گیرد (گلپایگانی، ۱۴۱۳ ه ق، ج ۱، ص: ۱۹۴).

در عین حال برخی از نویسندگان معاصر حجیت کتابت را به استناد آیه ۲۸۶ سوره بقره پذیرفته اند (کازمی، فاضل، ه ق ج ۳، ص: ۶۵)، بلکه آن را ابزاری اطمینان آور دانسته اند (کازمی، فاضل، ه ق ج ۳، ص: ۵۷).

<sup>۷</sup> ایشان در نقد سخن زرقاء می نویسد: «اتفق الفقهاء على أنه إذا تلف المبيع الشخصي قبل قبضه بأفء سماوية فهو من مال بائعه، و الدليل عليه من طرفنا هو قوله صلى الله عليه و آله و سلم: «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه».

با این حال این مقدار از ارزش اثباتی به دو جهت نمی‌تواند معضل اصلی یعنی معاملات معارض را که رفع آنها یکی از اهداف اصلی ایجاد نظام ثبتی است حل نماید:

اولاً سندی که متضمن ثبت معامله یا مالکیت است ارزشی بیش از ارزش بینه شرعی نخواهد داشت و در موارد تعارض با بینه تابع قواعد عام تعارض ادله خواهد بود. بنابراین همچنان ممکن است شخصی بدون ثبت معامله مالی را به دیگری بفروشد و سپس معامله دیگری انجام دهد و دوباره آن مال را بفروش برساند ولی دومی را در قالب یک سند مکتوب به ثبت برساند. در صورت اقامه دعوی مالکیت بر آن مال بین دو خریدار، دلیل خریدار دوم ارزش بیشتری از دلیل خریدار اول (اگر بینه باشد) ندارد. در نتیجه همچنان انگیزه برای فروشنده ای که قصد تقلب و کلاهبرداری دارد باقی است و نظم معاملی و ثبات مالکیت ظاهری نیز همچنان در معرض خطر است.

ثانیاً مسأله نظام ثبتی که گاه از آن در نظام حقوقی ما به ثبت رسمی یاد می‌شود با مطلق ثبت یک عقد متفاوت است. نظام ثبتی همانطور که در بند ۱ نیز اشاره شد متضمن تضمین حاکمیت و نظارت آن در تنظیم و تعیین مقررات و تشریفات مربوطه است و به علاوه متضمن ثبت متمرکز همه مالکیت‌ها و معاملات (لااقل درباره اموال مهمی مثل اموال غیر منقول برخی از وسایل نقلیه) است به نحوی که همواره شناسه مال تنها با شناسه مالک فعلی مال در یک دفتر کل (یا چیزی شبیه آن) مرتبط شده باشد. این ویژگی چیزی بیش از اطمینان آور بودن به مفاد سندی که متضمن یک عمل حقوقی یا رابطه مالکیت است را به همراه دارد. در چنین نظامی حاکمیت دائماً در حال رسد مالک فعلی مال است به طوری که هر کس قصد خرید مال ثبت شده را دارد می‌تواند به مفاد ثبت شده در سند اطمینان کند و در صورتی که خلاف آن ثابت شود، گویا این حاکمیت و نظام ثبتی است که خریدار (یا به طور کلی طرف قرارداد) را به اشتباه انداخته است و موجب خسارات وارده به او ناشی از فضولی بودن یا باطل بودن قرار داد شده است (اردبیلی، ۱۴۲۳ هـ.ق، ج ۱، ص: ۳۶۸).

در هر صورت شورای نگهبان در نظریه ای اطلاق مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت را از حیث بی اعتبار دانستن اسناد عادی که ادله شرعی مانند بینه بر صحت مفاد آنها دلالت داشته باشد، خلاف شرع و باطل اعلام نمود. متن نامه قائم مقام وقت دبیر شورای نگهبان به شرح ذیل است:

«عطف به نامه شماره ۱۹۸/ف/۹۵ مورخ ۱۵/۰۷/۱۳۹۵ موافق یا مخالف بودن مواد ۴ گانه، موضوع در جلسات فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقها به شرح ذیل اعلام می‌گردد:



## ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات ملکیتی اموال غیر منقول / ۷۳

مفاد مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب خودبخود ایرادی ندارد. اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن که دلالت بر بی اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد اطلاق آن در مورد سند عادی آن قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آنها باشد خلاف شرع و باطل است و اما در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق مانند سندی که بینه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به اینگونه اسناد عادی دارد».

در همین راستا متن ماده ۶۲ لایحه قانون احکام دائمی برنامه های توسعه کشور که برای تقوین نقش اسناد رسمی در مالکیت اموال غیر منقول تنظیم ده بود برای تامین نظر شورای نگهبان به شکل زیر تغییر یافت:

«کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت شده مانند بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام 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 غیر قابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.»

بنابراین اسنادی که صحت مفاد آنها به وسیله دلیل شرعی اثبات گردد، معتبر خواهند بود. به نظر می رسد ظاهر عبارت نامه قائم مقام دبیر محترم شورای نگهبان که حاکی از نظریه فقهای محترم این شورا است، با اشکالی مواجه است که همین اشکال در ماده ۶۲ قانون فوق الذکر نیز منعکس شده است. در فقه اعتبار سند کتبی به طور کلی (فرقی میان سند رسمی و غیر آن گذاشته نشده است) مورد خدشه واقع شده است؛ برای مثال مکتوب حکم قاضی به قاضی دیگر دلیل شرعی دانسته نشده است (طوسی، ۱۴۰۷ ه.ق، ج ۵، ص: ۴۷). استدلال برخی از فقها برای اینکه حکم به مکتوب حکم قاضی دیگر برای قاضی جایز نیست، علم آور نبودن کتابت است. شیخ طوسی ره در کتاب خلاف چنین می نویسد: «لا يجوز الحكم بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ. و خالف جميع الفقهاء في ذلك، و أجازوه إذا ثبت أنه كتابه. دليلنا: إجماع الفرقه و أخبارهم، و قوله تعالى «وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ» و العمل بذلك اقتفاء بغير علم» (همان، ج ۶، ص: ۲۲۵). همچنین همو در باب حکم به مکتوب قاضی که بینه بر صحت مفاد آن اقامه شده باشد می نویسد: «قد بينا أنه لا يحكم بكتاب قاضٍ إلى قاضٍ، سواء كان على صحته بينه أو كان مختوماً، فإنه لا يجوز العمل به. و قال أهل العراق و الشافعي: ان قامت البيئته على ثبوته عمل به، و لا يعمل به إذا لم تقم البيئته

و ان كان مختوما. و قال قضاة البصرة الحسن، و سوار، و عبيد الله بن الحسن العنبري، أنه إذا وصل مختوما حكم به و أمضاه، و هو إحدى الروايتين عن مالك. دليلنا: ما قدمناه في المسألة الأولى سواء، لأن هذه فرع عليها» (همان، ج ۶، ص: ۲۲۵). با این حال ممکن است وجه عدم جواز حکم به مکتوب قاضی دیگر برای قاضی، علم آور نبودن کتابت به مفاد آن نباشد بلکه دلیل آن علم آور نبودن حکم قاضی برای قاضی دیگر باشد. عبارت ابن براج در مهذب می تواند مشعر بر این استدلال باشد (طرابلسی، ۱۴۰۶ هـ، ج ۲، ص: ۵۸۷).<sup>۸</sup> همچنین عبارت ابن ادریس ره در سرائر نشان می دهد عدم جواز مذکور ناشی از عدم جواز تکیه یک قاضی به حکم قاضی دیگر در دادرسی است و نه عدم جواز تکیه بر مکتوبات. به عبارت دیگر حکم یک قاضی نمی تواند دلیل حکم قاضی دیگر قرار گیرد (حلی، ۱۴۱۰ هـ، ج ۲، ص: ۱۹۸). با این حال عبارت برخی دیگر از فقها نشان می دهد برای آنها مشکل عدم جواز استناد به حکم مکتوب قاضی دیگر برای قاضی مکتوب بودن آن است و به همین دلیل درباره قولی بودن آن نیز بحث نموده اند. برای مثال محقق حلی در شرایع می نویسد: «... فی کتاب قاض إلى قاض؛ إنهاء حکم الحاكم إلى الآخر إما بالكتاب أو القول أو الشهادة أما الكتابة فلا عبرة بها لإمكان التشبيه. و أما القول مشافهة فهو أن يقول للآخر حکمت بكذا أو أنفذت أو أمضيت ففي القضاء به تردد نص الشيخ في الخلاف أنه لا يقبل». (حلی (محقق)، ۱۴۰۸ هـ، ج ۴، ص: ۸۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ هـ، ج ۵، ص: ۱۵۱) همچنین عبارت علامه حلی ره در قواعد الاحکام این است که کتابت مطلقا حجت نیست و ارزش اثباتی ندارد. ایشان در همین رابطه می نویسد: «فی کتاب قاض إلى قاض لا عبرة عندنا بالكتاب إجماعا، سواء كان مختوما أو لا، و سواء قال القاضی لشاهدي الإنهاء: أشهدتكما على أن ما فی هذا الكتاب خطي أو لا. و كذا لو قال: إن ما فی هذا الكتاب حکمی، ما لم يفصل. و لو قال المقر: أشهد على بما فی هذه القبالة و أنا عالم به فالأقرب أنه إن حفظ الشاهد القبالة أو ما فيها، و شهد على إقراره جاز، لصحة الإقرار بالمجهول. و لو شهدت البيئة بالحكم و أشهدهما الحاكم على حکمه، فالأقرب إنفاذ الثاني، للحاجة إلى الإثبات في البلاد البعيدة، و تعذر حمل شهود الأصل، و لخوف الاندرا، فإن الشهادة الثالثة لا تسمع، و لأنه لو أقر أن حاکما حکم عليه أنفذه الثاني، و البيئة تثبت ما يقر المقر به لو جحد. و النص المانع من العمل بكتاب قاض إلى قاض يتناول ما منعه أو لا». (حلی، علامه، ۱۴۱۳ هـ، ج ۳، ص: ۴۵۷؛ شهید اول، ۱۴۱۷ هـ، ج ۲، ص ۹۲) همچنین شهید ثانی ره نیز در ذیل عبارت محقق حلی صریح در این است که دلیل عدم امکان استناد به مکتوب قاضی غیر قابل اعتماد بودن کتاب است. (شهید

<sup>۸</sup> «... فإنه عمل عليها لأنها كانت معلومة و هي حجة، لأن قوله عليه السلام حجة، و ليس الخلاف في ذلك، و انما الخلاف فيمن ليس بمعصوم، و هل هو كتابه أم لا؟...»

## ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات ملکی اموال غیر منقول / ۷۵

ثانی، ۱۴۱۳ ه.ق، ج ۱۴، ص: ۵) بنابراین سند عادی نیز مانند سند رسمی نمی‌تواند دارای ارزش باشد و اگر چیزی حجت است همان بینه (شهود) است.

علامه شعرانی تصریح می‌کند که سند رسمی با سند عادی هیچ فرقی ندارد و ضمناً بیان می‌کند که حجیت از آن بینه است و بین گواهان (بینه) نیز با هم فرقی ندارند: «... و نیز نباید گروهی خاص را برای شهادت برگمارد و سند رسمی و غیر رسمی قرار دهد چون اگر مقصودش آن باشد که گواهان غیر رسمی را اصلاً نپذیرد در شرع چنین حقی به قاضی داده نشده بلکه مجبور است هر گواه عادل را قبول کند مردم مجبور نیستند در گواه گرفتن فرمان قاضی را اطاعت کنند و تملق از منصوبان وی گویند و اگر مقصودش این نباشد بلکه هر گواه عادل را به پذیرد رسمی را بی‌تذکیه و تدقیق چون شرائط آنها پیشتر احراز شده و غیر رسمی را با تذکیه و دقت از این جهت حرام نیست اما سد و بند در پیش اراده مردم کشیدن بهر عنوان موجب کندی کار و زحمت و آزار آنها و مانع پیشرفت دین و دنیا است» (شعرانی، ۱۴۱۹ ه.ق، ج ۲، ص: ۷۰۲) آیت الله بهجت ره در پاسخ استفتایی با این مضمون که «آن چه در حال حاضر شایع است آن است که مردم در خارج از دفترخانه خرید و فروش می‌کنند و چون تنظیم سند بیع در دفترخانه، مستلزم پرداخت مالیات است، فروشنده را ملزم به تنظیم سند رسمی و کالت برای خریدار واقعی می‌نمایند، آیا اینگونه معاملات صحیح می‌باشد؟» می‌فرماید: «در هر صورت بیع شرعی میزان است و سند، اعتبار شرعی ندارد، مگر در صورتی که موجب اطمینان شود، و الله العالم» (بهجت فومنی، ۱۴۲۸ ه.ق، ج ۳، ص: ۲۱۰).

بنابراین رویکرد ماده ۶۲ لایحه قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور در اعتبار بخشی به اسناد عادی در کنار اسناد رسمی فی‌الواقع نتوانسته است مشکلی را که از نظر شورای نگهبان بر مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت وارد است را رفع نماید زیرا بر اساس آنچه تا کنون از فقه نقل شد و ظاهر عبارت نظریه شورای نگهبان آنچه حجت است و می‌تواند در رسیدگی به دعوا و حل و فصل آن مورد استناد واقع شود، بینه شرعی یا دیگر ادله ای است که شرعاً حجیت آن ثابت شده باشد.

با این حال به نظر می‌رسد فقها ولو به دلیل اطمینان آور بودن کتابت فی‌الجمله به حجیت و اعتبار اذعان داشته‌اند. برای مثال لازمه استدلال برخی از آنها در پذیرش ادعای تبانی بر شاهد گرفتن دو نفر برای آنکه قرارداد پیش از اجرای کامل آن و قبض ثمن قابل ثبت باشد، نشان می‌دهد ثبت کتبی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ ه.ق؛ ج ۲، ص: ۵۹). روشن است اگر تسجیل در ورقه حجیت و اثر شرعی نداشته باشد، توجیه حکم به استناد قصد تسجیل در ورقه نا موجه خواهد بود. همچنین در مواردی که ذوالید که می‌تواند برای اثبات مالکیت خود به ید استناد کند، بینه نیز اقامه نماید، برخی بینه او را پذیرفته‌اند و از فوائد این اقامه بینه امکان تسجیل آن را بیان کرده‌اند (میرزای قمی، ۱۴۲۷ ه.ق،

ج ۲، ص: ۷۴۶). روشن است که اگر تسجیل مالکیت فاقد اثر شرعی باشد، استناد به آن برای اثبات امکان پذیرش بینه صحیح نبود. با این حال نمی‌توان از چنین استدلالهایی نتیجه گرفت که بینه تسجیل شده مقدم بر بینه طرف مقابل است. شاید به همین دلیل فقهای معاصر مقدم بودن مالکیتی که در قالب سند رسمی ثبت شده است را نسبت به معامله معارض مقدم بر آن نپذیرفته‌اند. امام خمینی رحمه الله تنها در صورتی که ثبت اطمینان آور باشد حجیت آن را پذیرفته‌اند و این به معنای عدم خصوصیت ثبت رسمی برای اثبات دعوا است. در این خصوص استفتائی مطرح شده است: ([سوال]: پدر این جانبان در حدود پنجاه سال قبل به رحمت حق واصل شده است، پس از فوت او جلسه‌ای در حضور عالمان محل تشکیل شده و تمام ما ترک متوفی صورت‌برداری شده و پس از وضع دیون و ثلث، میزان سهم ارث وراثت معین گردیده و (به شرح مندرج در حاشیه تقسیم‌نامه، و طبق اقرارنامه‌های جداگانه که در همان تاریخ به خط و مهر عالمان تنظیم گردیده) سهم وراثت تأدیه شده و سهم ارث وراثت صغیر نیز به قیّم منصوص شرعی و قانونی آنان پرداخت گردیده است، و کلیه اقرارنامه‌ها از طرف قیّم منصوص و فرزندان او و وارث ذکور کبیر تسجیل شده، و حاشیه اقرارنامه‌ها از طرف عالمان مذکور با تصریح به اقرار مقررین بعد التعریف القطعی در حضور آنان تسجیل و مهر شده است. صورت متروکات، تقسیم‌نامه و اقرارنامه‌ها جهت ملاحظه پیوست است. حال با این شرح، آیا پس از پنجاه سال بعضی از وراثت شرعا مجاز هستند با ادّعاء اینکه در ذیل اقرارنامه و تقسیم‌نامه امضاء یا مهر ندارند مجدداً به مقام مطالبه سهم الارث برآیند؟ و همچنین آیا مسجّلین اقرارنامه‌ها و تقسیم‌نامه شرعا می‌توانند به خلاف شهادت خود به عنوان نیابت (وکیل) از مقرر نسبت به مقرر به مجدداً ادّعاء سهم ارث بکنند؟ استدعا می‌شود ضمن توضیح این نکته که آیا نداشتن مهر یا امضاء وراثت اناث یا ذکور در ذیل اقرارنامه (که اقرار خود یا قیّم شرعی و قانونی آنان در پنجاه سال قبل - با حضور و اقرار شفاهی آنان - در محضر عالم شرع تنظیم و تسجیل شده و به امضاء قیّم و شهود ذکور رسیده) شرعا می‌تواند مانع نفوذ اقرارنامه باشد؟ حکم شرعی مسأله را مرقوم فرمائید تا به وظیفه شرعی عمل شود.

[جواب] تقسیم ترکه بین ورثه اگر با حضور کبار و قیّم صغار طبق احکام شرعیّه در باب میراث انجام شده کسی حق اعتراض ندارد، ولی اگر در «أصل تقسیم» بین ورثه اختلافی باشد می‌تواند در محکمه صالحه طرح دعوی نموده و حلّ و فصل اختلاف گردد، و در این صورت اسناد کتبی شرعا اعتبار و حجّیت ندارد مگر موجب علم و اطمینان شود. (موسوی خمینی، ۱۴۲۲ هـ ق، ج ۳، ص: ۳۹۱).

#### ۴- استفاده از قاعده لاضرر برای تعیین اثر ثبت مالکیت یا معامله

ممکن است با تمسک به برخی از تفاسیر ارائه شده برای قاعده لاضرر مدعی شد ثبت مالکیت اموال منقول در ثبوت یا اثباتا در مالیکت مؤثر است. ممکن است گفته شود در حال حاضر که نقل و انتقالات

## ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات تملیکی اموال غیر منقول / ۷۷

اینگونه اموال بسیار رایج است و در عین حال افراد جامعه یکدیگر را به دلیل بزرگ بودن شهرها نمی‌شناسند و مالک اموال غیر منقول هم در بسیاری موارد بدون ثبت ناشناخته می‌ماند عدم تقیید اصل مالکیت، نقل و انتقال آن لاقلاً نسبت به اموال مهم (مانند اموال غیر منقول، وسائل نقلیه و ...) به ثبت، موجب ورود ضرر به جامعه و افراد آن به ویژه خریداران است زیرا همواره این احتمال وجود دارد قبل از هر معامله تملیکی، فروشنده آن را به دیگری فروخته باشد و خریدار فعلی از آن معامله بی‌خبر مانده باشد. در نتیجه معامله دوم از جانب فروشنده فضولی و در معرض بطلان خواهد بود. روشن است که خریدار دوم موقعیت اقتصادی بسیار با ارزشی را به ویژه در اقتصادی که نرخ تورم بالاست، از دست می‌دهد. این موقعیت با ردّ عین ثمن معامله اخیر به خریدار جبران نمی‌شود بلکه در صورتی که نرخ تورم هم در ردّ ثمن لحاظ گردد و مبلغی به این لحاظ بر آن افزوده شود، موقعیت اقتصادی از دست رفته جبران نشده باقی می‌ماند زیرا به احتمال زیاد مشتری ملک مشابهی را نمی‌تواند اکتساب کند. این ضرر ناشی از عدم وجود حکمی قانونی (شرعی) است که مالکیت را مقید به ثبت رسمی (متمركز) آن توسط حاکمیت کند. اگر ثبت قید نقل یا انتقال مالکیت باشد، و افراد جامعه نیز بدانند قانونگذار تنها کسی را که مالکیت او ثبت شده است مالک می‌شناسد، خریدار پس از بررسی و اطلاع از اینکه فروشنده کسی است که ملک مورد معامله به نام او ثبت شده است اقدام به معامله می‌کند و از این راه می‌تواند مطمئن باشد با ثبت مالکیت به نام او، تنها کسی که قانوناً و شرعاً مالک شناخته می‌شود او خواهد بود و او از ادعای معامله معارض در امان خواهد ماند. از آنجا که عدم وجود حکم مذکور با توضیح فوق موجب ضرر اشخاص جامعه و بالمآل موجب بی‌نظمی اجتماعی و اقتصادی جامعه و ضرر جامعه است و از آنجا که بنا بر مشهور نظر مشهور فقهای امامیه قاعده لاضرر در مقام بیان آن است که شارع مقدس حکم ضرری وضع ننموده است و عدم وجود چنین حکمی ملازم با حکم به عدم تقیید مالکیت به ثبت است، قاعده لاضرر عدم حکم مذکور را که ملازم با حکمی عدمی است نفی می‌کند و لازمه چنین استدلالی آن است که مالکیت اموال مهم باید مقید به ثبت رسمی آن باشد. بیان فوق از جهاتی نیازمند توضیح است:

### ۴-۱- مفهوم قاعده لاضرر

مبنای استدلال فوق‌الذکر این است که قاعده لاضرر در مقام نفی حکم ضرری است (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۲، ص: ۴۶۰). همچنین باید پذیرفته باشیم که این قاعده شامل مواردی که عدم حکم نیز موجب ضرر است می‌شود و لازمه اعمال قاعده مذکور نسبت به عدم حکم، اثبات حکم است. هر دو مبنا خصوصاً مبنای اخیر محل خدشه از جانب برخی فقهاست (صدر، محمد باقر، ۱۴۱۷ق، ج ۵، ص: ۴۹۲).

#### ۴-۲- شمول عنوان ضرر

شهید صدر ره در تبیین مفهوم ضرر می‌گوید گاهی چیزی مطلقاً و با هر لحاظی مصداق ضرر است مثل قطع دست که در هر جامعه‌ای با هر فرهنگ و ذهنیتی ضرر محسوب می‌شود و گاهی چیزی به لحاظی مصداق ضرر است و به لحاظ دیگری مصداق آن نیست. برای مثال اینکه دولت کسی که زمین موات را احیاء و آباد کرده است مالک نداند، در نظام‌های با اقتصاد آزاد (لیبرال) یا اسلامی ضرر محسوب می‌شود در حالی که در نظام‌های اقتصادی سوسیالیستی یا کمونیستی ضرر محسوب نمی‌گردد. بنابراین در برخی موارد صدق ضرر منوط به نوع نگاه و دیدگاه کسی است که عنوان ضرر را بر مورد تطبیق می‌دهد. روشن است که قاعده لا ضرر بر نوع مطلق ضرر صدق می‌کند زیرا چنین مواردی همواره و در هر زمانی ضرر بوده‌اند و بنابراین پیامبر خود نیز که عبارت لا ضرر از ایشان صادر شده است قطعاً این موارد را اراده کرده‌اند. اما نمی‌توان حدیث لا ضرر و بالتبع قاعده حاصل از آن را شامل مواردی دانست که صدق یا عدم صدق عنوان ضرر بر آنها منوط به دیدگاه کسی است که عنوان را بر مورد تطبیق می‌کند (صدر، محمد باقر، ۱۴۰۸ق، ج ۴، ص: ۵۲۰) مگر اینکه مطمئن باشیم شارع مقدس نیز همان دیدگاه را تایید نموده است و بنابراین عنوان ضرر را شامل آن مورد نیز دانسته است.

#### ۴-۳- انحصار دفع ضرر

به فرض که قاعده لا ضرر شامل موارد عدم حکم نیز باشد و به فرض که عنوان ضرر در حدیث لا ضرر بر ضرر توصیف شده در استدلال فوق نیز صادق باشد، به نظر می‌رسد شمول لا ضرر نسبت به موارد عدم حکم تنها در صورتی خود حکم را ثابت می‌کند که راه حل دفع آن ضرر منحصر باشد؛ اما در مواردی که برای رفع آن ضرر راه حل‌های متفاوت قابل فرض باشد نمی‌توان از ضرر بودن عدم حکم مستقیماً یکی از آن چند راه حل را ثابت دانست.

#### ۴-۴- تشریح ضمانت اجرای قاعده

با این حال به نظر می‌رسد ممکن است با تمسک به تفسیر قاعده لا ضرر قاعده‌ای که از ایجاد ضرر به دیگری نهی می‌کند امکان استدلال مشابهی بدون ورود برخی از اشکالات فوق‌الذکر وجود داشته باشد زیرا بر اساس این نظریه شارع مقدس با تشریح حرمت ضرر، ضمانت اجرای آن نهی را نیز تشریح نموده است. آیت‌الله سیستانی معتقد است بخش اخیر حدیث لا ضرر دال بر نهی از اضرار به غیر است و با این نهی، ابزارهای اجرایی حمایت از این نهی نیز تشریح شده است (سیستانی، ۱۴۱۴هـ ق، ص: ۱۳۴).

#### ۴-۵- نظم عمومی و اثر ثبت در ثبوت یا اثبات مالکیت

امام خمینی ره در پاسخ به استفتایی درباره مصوبات مجلس شورای اسلامی و حدود آن با این مضمون که «چنان که خاطر مبارک مستحضر است، قسمتی از قوانین که در مجلس شورای اسلامی به تصویب می‌رسد به لحاظ تنظیمات کلی امور و ضرورت حفظ مصالح یا دفع مفاسدی [است] که بر حسب احکام ثانویه به طور موقت باید اجرا شود، و در متن واقع مربوط به اجراء احکام و سیاستهای اسلام و جهاتی است که شارع مقدس راضی به ترک آنها نمی‌باشد. در رابطه با این گونه قوانین به اعمال ولایت و تنفیذ مقام رهبری (که طبق قانون اساسی هم قوای سه‌گانه را تحت نظر دارند) احتیاج پیدا می‌شود. علی هذا تقاضا دارد مجلس شورای اسلامی را در این موضوع مساعدت و إرشاد فرمائید».

فرموده‌اند: «آنچه در حفظ نظام جمهوری اسلامی دخالت دارد (که فعل یا ترک آن موجب اختلال نظام می‌شود) و آنچه ضرورت دارد (که ترک آن یا فعل آن مستلزم فساد است) و آنچه فعل یا ترک آن مستلزم حرج است، پس از تشخیص موضوع به وسیله اکثریت و کلاء مجلس شورای اسلامی با تصریح به «موقت بودن آن مادام که موضوع محقق است، و [این که] پس از رفع موضوع خود به خود لغو می‌شود» مجازند در تصویب و اجراء آن، و باید تصریح شود که هر یک از متصدیان اجراء از حدود مقرر تجاوز نماید مجرم شناخته می‌شود، و تعقیب قانونی و تعزیر شرعی می‌شود». (خمینی، ۱۴۲۲هـ.ق، ج ۳، ص: ۵۱۰) چنین پاسخی مبتنی بر قواعد متعددی از فقه از جمله قاعده لاضرر، قاعده نفی عسر و حرج دانست. همچنین فقها معتقدند احکام اسلامی مبتنی بر حفظ نظام مسلمین و عدم اختلال در آن است. در موارد گوناگونی به این مبنا برای توجیه احکام مختلف عبادی (ابن فهد حلی، ۵۱۴۰۷هـ.ق، ج ۱، ص: ۴۰۲) و غیر عبادی (اردبیلی، ۱۴۰۳هـ.ق، ج ۱۲، ص: ۱۸) استناد شده است. برای مثال برخی از فقها در مقام استدلال بر مقدم بودن قول و کیل در دعوای او و موکل بر انجام تصرفی که موضوع وکالت بوده است گفته اند عدم پذیرش قول و کیل موجب اختلال نظام معاملات می‌شود (نجفی، ۵۱۴۰۴هـ.ق، ج ۲۷، ص: ۴۳۵). همچنین برخی دیگر لزوم اطاعت از حکم و قضاوت قاضی مقلد را بر اساس همین مبنا موجه دانسته اند. (آشتیانی، ۵۱۴۲۵هـ.ق، ج ۱، ص: ۸۴) بر این اساس به نظر می‌رسد حفظ نظام مسلمین و جلوگیری از اختلال از آن می‌تواند مبنایی برای صدور دستورات و احکامی از جانب حاکم یا حکومت اسلامی باشد (خمینی، ۱۴۲۱ هـ.ق، ج ۲، ص: ۶۲۰). با این حال این مبنا نمی‌تواند موجب وضع حکم جدیدی غیر از احکامی که خداوند تشریح نموده است، تلقی شود (حسین علی منتظری، نظام الحکم فی الإسلام، نشر سراسی، چاپ: دوم، چاپ: قم - ایران، ۱۴۱۷ هـ.ق، ص: ۲۳۴) بلکه حفظ نظام مسلمین واجبی است که انجام اموری به عنوان مقدمه آن ضروری است. بر این اساس ممکن است گفته شود اگر حفظ نظام مسلمین در عصر حاضر به برقرار

نظام ثبتی است که مالکیت یا در مرحله ثبوت یا مرحله اثبات متوقف بر آن باشد، حاکم یا حکومت اسلامی می تواند در دستورات و مقررات خود آن را لحاظ نماید و این سخن با فتوای منقول در صدر این بند از حضرت امام خمینی ره علیه سازگار است (گلیپگانی، ۱۴۰۹، ج ۳، ص: ۲۱۴).<sup>۹</sup>

### نتیجه

به نظر می رسد بر اساس آنچه گفته شد، اگر چه ثبت متمرکز مالکیت توسط دولت نه در مرحله ثبوت و نه در مرحله اثبات مالکیت در احکام اولیه فقه لحاظ نشده است ولی اگر حفظ نظم مسلمین و معاش آنها متوقف بر حکمی باشد، حاکم یا حکومت اسلامی می تواند دستورات و مقرراتی را برای حفظ آن وضع نماید. این احکام که از سنخ احکام سلطانی هستند محدود به موضوع و شرایط زمانی و مکانی خواهند بود. با این حال آنچه جای نگرانی و بررسی مجدد دارد این سوال است که آیا لحاظ نظام ثبتی در مرحله ثبوت یا اثبات مالکیت با دیگر احکام مرتبط با معاملات هماهنگ و سازگار است. به تعبیر دیگر برقراری چنین نظامی باید بالحاظ رویکردهای کلی قانونگذار اسلامی باشد به نحوی که کمترین اعمال تغییرات را موجب شود و اگر راه حلی غیر این روش (روشن نظام ثبتی) وجود داشته باشد که با این احکام سازگار است و معضلات ناشی از عدم وجود نظام ثبتی را بر طرف می سازد، روشن است که نمی توان از روش دیگری استفاده نمود زیرا با وجود این روش حفظ نظام مسلمین و معاش آنها متوقف بر روش ثبتی نخواهد بود.

### فهرست منابع

- ۱- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ: اول، قم- ایران، ۱۴۰۳ ه ق.
- ۲- اردبیلی، سید عبد الکریم موسوی، فقه القضاء [نام ناشر ندارد]، چاپ: دوم، قم- ایران، ۱۴۲۳ ه ق.
- ۳- امینی، منصور، نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ۱۳۸۸ - شماره ۴۹، صص ۲۱۱ تا ۲۳۸.
- ۴- انصاری، مرتضی، کتاب مکاسب، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ه ق.
- ۵- انصاری، مرتضی بن محمد امین، فرائد الأصول، چاپ نهم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ ه ق.

<sup>۹</sup> آیت الله فاضل لنکرانی در پاسخ به سوال به این مضمون که «قانون، جهت حفظ امنیت کشور و اجتماع، قوانین و مقرراتی اداری، اجتماعی تعیین و برای متخلفین، جرائمی وضع کرده است، مثل جرائم رانندگی بدون کارت و توقف بی مورد و یا سد معبر یا تأخیر در پرداخت مالیات یا ساختمان بدون پروانه و امثال این امور، که تخلف از آنها تخلف از قوانین نظام تلقی می شود، آیا در این موارد تعزیر و لو بصورت جرایم نقدی مشروع است؟» فرموده اند: «بطور کلی قوانین و مقرراتی که جهت حفظ نظم و برای جلوگیری از اختلال نظام و ناامنی تصویب و اعلام شده، لازم است رعایت شود و تخلف از آنها جایز نیست و اگر کسی تخلف کرد و آنها را نادیده گرفت، تعزیر او به هر نحو که حاکم شرع صلاح دانست، اعم از جزای نقدی یا شلاق، مشروع و بلا مانع است». (لنکرانی، محمد فاضل بیضا، ج ۲، ص: ۴۵۱).



## ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات ملکی اموال غیر منقول / ۸۱

- ۶- آشتیانی، میرزا محمد حسن بن جعفر، کتاب القضاء، انتشارات زهیر- کنگره علامه آشتیانی قدس سره، چاپ: اول، قم- ایران، ۱۴۲۵ ه.ق.
- ۷- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ: اول، قم- ایران، ۱۴۰۵ ه.ق.
- ۸- تبریزی، جعفر سبحانی، رساله فی تأثیر الزمان و المكان علی استنباط الأحكام، در یک جلد، قم - ایران، اول، ه.ق .
- ۹- تبریزی، جواد بن علی، أسس القضاء و الشهادة، ناشر: دفتر مؤلف، چاپ اول، قم ایران، بیتا.
- ۱۰- حلّی(محقق)، نجم الدین جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ه.ق.
- ۱۱- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه، مؤسسه امام صادق علیه السلام، چاپ: اول، قم- ایران، ۱۴۲۰ ه.ق.
- ۱۲- حلّی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ: دوم، قم- ایران، ۱۴۱۰ ه.ق.
- ۱۳- ابن فهد حلّی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، المهدب البارع فی شرح المختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ: اول، قم- ایران، ۱۴۰۷ ه.ق.
- ۱۴- حلّی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، اول، ۱۴۱۳ ه.ق.
- ۱۵- خامنه‌ای، سید علی بن جواد حسینی، أجوبة الاستفتاءات (بالعربیة)، ۲ جلد، الدار الإسلامیة، بیروت - لبنان، سوم، ۱۴۲۰ ه.ق.
- ۱۶- خمینی، سید روح الله موسوی، استفتاءات (امام خمینی)، ۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم - ایران، پنجم، ۱۴۲۲ ه.ق.
- ۱۷- خمینی، سید روح الله موسوی، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ: اول، تهران- ایران، ۱۴۲۱ ه.ق.
- ۱۸- سیستانی، سید علی حسینی، قاعدة "لا ضرر و لا ضرار"، دفتر آیه الله سیستانی، چاپ: اول، قم- ایران، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ۱۹- شعرانی، ابو الحسن، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین- ترجمه و شرح (فقه فارسی)، منشورات اسلامیة، چاپ: پنجم، تهران- ایران، ۱۴۱۹ ه.ق.

## ۸۲ / مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال چهاردهم، شماره بیست و هفتم، بهار و تابستان ۱۴۰۰، ص ۶۵-۸۴

- ۲۰ - شهید ثانی، زین الدین بن علی بن احمد عاملی، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق .
- ۲۱ - صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الأصول (تقریرات هاشمی شاهرودی، محمود)، چاپ سوم، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، ۱۴۱۷ ق.
- ۲۲ - صدر، محمد باقر، مباحث الأصول (تقریرات حسینی حائری، کاظم)، چاپ اول، قم، مطبعه مرکز النشر - مکتب الإعلام الإسلامی، ۱۴۰۸ ق.
- ۲۳ - طرابلسی، ابن براج، قاضی، عبد العزیز، المهذب، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ: اول، قم - ایران، ۱۴۰۶ ه ق
- ۲۴ - طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ: اول، قم - ایران، ۱۴۰۷ ه ق.
- ۲۵ - عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، قم - ایران، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ۲۶ - عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشّی - کلانتر)، کتابفروشی داوری، قم - ایران، چاپ: اول، ۱۴۱۰ ه ق .
- ۲۷ - عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، رسائل الشهید الثانی (ط - الحدیث)، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، چاپ: اول، قم - ایران، ۱۴۲۱ ه.ق.
- ۲۸ - عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، ۱۳ جلد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم - ایران، دوم، ۱۴۱۴ ه.ق.
- ۲۹ - فیومی، احمد بن محمد مقرئ، المصباح المنیر فی غریب الشرح الكبير للرافعی، در یک جلد، منشورات دار الرضی، قم - ایران، اول، ه ق .
- ۳۰ - کاظمی، فاضل، جواد بن سعد اسدی، مسالک الأفهام إلى آیات الأحكام، ۴ جلد، بیتا.
- ۳۱ - گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، کتاب القضاء، (سید علی حسینی میلانی)، دار القرآن الکریم، چاپ: اول، قم - ایران، ۱۴۱۳ ه.ق.
- ۳۲ - گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، مجمع المسائل، دار القرآن الکریم، چاپ: دوم، قم - ایران، ۱۴۰۹ ه.ق.
- ۳۳ - گیلانی، فومنی، محمد تقی بهجت، استفاءات، دفتر حضرت آیه الله بهجت، چاپ: اول، قم - ایران، ۱۴۲۸ ه.ق.

### ملاحظات فقهی نقش ثبت در معاملات ملکی اموال غیر منقول / ۸۳

- ۳۴- گیلانی، میرزای قمی، ابو القاسم بن محمد حسن، رسائل الميرزا القمي، دو جلد، دفتر تبلیغات اسلامی - شعبه خراسان، قم - ایران، اول، ۱۴۲۷ ه.ق.
- ۳۵- لنکرانی، محمد فاضل موحدی، جامع المسائل، انتشارات امیر قلم، چاپ: یازدهم، قم - ایران، بیتا.
- ۳۶- نجف‌آبادی، حسین علی منتظری، نظام الحکم فی الإسلام، نشر سرایی، چاپ: دوم، چاپ: قم - ایران، ۱۴۱۷ ه.ق.
- ۳۷- نجفی، کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، تحرير المجلة، ۵ جلد، المكتبة المرتضوية، نجف اشرف - عراق، اول، ۱۳۵۹ ه.ق.
- ۳۸- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۰. دار إحياء التراث العربی، چاپ: هفتم، بیروت - لبنان، ۱۴۰۴ ه.ق.
- ۳۹- گلپایگانی، سید محمد رضا موسوی، مجمع المسائل، ج ۵. دار القرآن الکریم، چاپ: دوم، قم - ایران، ۱۴۰۹ ه.ق.

40- Shavell, Steven, Foundations of economic analysis of law, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, p47

**Abstract**

*The importance of land and real estate in general, among other property that human beings deal with, has caused this property to be the subject of many conflicts between people in society; The different legal systems have each tried to provide a solution so that the buyer can be sure of the absence of an adversarial transaction and facilitate access to information related to the ownership of real estate that is necessary for economic policy. This article tries to answer the following questions: Can the sale be made conditional on its registration? Can the transfer of ownership be made subject to sale? Can a transaction that has not been registered by the government be considered unreliable? Can a document of transaction or ownership of immovable property be considered only as proof of ownership? It has been suggested that if the solution to the problem is unique in the current situation in using the official property registration system, the capacity of the Soltanieh rulings at the disposal of the Islamic ruler should be used to legitimize it.*

**Keywords:** *Registration of ownership؛ sale of real estate؛ no harm rule.*