

آثار معامله معارض با اسناد رهنی بانکی و ضمانت اجرای آن

(تاریخ دریافت ۱۴۰۲/۰۸/۰۲ تاریخ تصویب ۱۴۰۲/۰۹/۲۰)

مقاله برتر همایش های

مهدی ابراهیم زاده

موسسه قانون یار

دارنده تندیس پژوهشگر برتر از موسسه قانون یار و کارشناس ارشد حقوق خصوصی

چکیده

منظور از معامله معارض با اسناد رهنی بانکی آن است که شخص ملکی را با سند عادی به دیگری منتقل کند و سپس به موجب سند رسمی آن را جهت اخذ تسهیلات در رهن بانک قرار دهد. به استناد ماده ی ۱۱۷ ق. ت. و رای وحدت رویه ی شماره ۴۳ مورخ ۱۳۵۶/۸/۱۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور در دو حالت ممکن است که جرم مندرج در ماده ی ۱۱۷ ق. ت. رخ دهد. یکی این که هر دو معامله با سند رسمی باشد یا این که معامله اول با سند عادی و معامله دوم با سند رسمی باشد و سند عادی در آن مورد قابل ترتیب اثر باشد. در این خصوص اختلاف نظراتی موجو است. گروهی بر این نظرند که بیع از جمله عقود رضایی بوده که به صرف ایجاب و قبول محقق می گردد. لذا به موجب مبیعه نامه و یا تحقق عقد بیع خریدار (انتقال گیرنده) مالک مبیع می شود و گروه دوم وقوع بیع، بستگی به تشریفات دارد و بدون آن بیع کامل نشده جز با ثبت آن در دفتر املاک کامل می شود. و بر این اساس نظرات قضات دادگستری هم متفاوت است که منجر به آرای مختلف می گردد. با بررسی از نظرات و پیشنهاد های مختلف از طرف پژوهشگران و بزرگان علم حقوق به نظر می رسد که نظر گروه اول صحیح می باشد چون بیع از جمله عقود رضایی بوده و با



ایجاب و قبول محقق می شود. و این قصور و کوتاهی انتقال گیرنده است که هنگام ایجاد عقد بیع، میبایست را در تصرف خود نیاورده، و این فرصت را به فروشنده داده که در معامله دوم، خود را مالک ملک جا زده و آن را به شخص دومی انتقال دهد و یا در جهت اخذ تسهیلات در رهن بانک قرار دهد. زیرا انتقال دهنده در زمان تنظیم سند رهنی مالک رسمی ملک محسوب شده و برای انتقال گیرنده در آن زمان هیچ گونه حقی در ملک متصور نیست. بنابراین قرارداد رهنی در صحت و درستی کامل منعقد شده و انتقال دهنده نیز ملزم به انجام تعهدات قانونی و قراردادی خود در رابطه با بانک می باشد. و نیز مسئول خسارات وارده به انتقال گیرنده نیز می باشد چرا که با به رهن گذاشتن ملک مورد قرارداد از انجام تعهدات قراردادی خود تخلف نموده است.

واژگان کلیدی: معارض، معامله معارض، اسناد معارض، اسناد رهنی و ضمانت

اجرا

مقدمه

اگر فردی، ملک یا مالی را به بیش از یک نفر بفروشد، معامله معارض انجام داده و خریدار نیز مال غیر خریده است. به گزارش گروه وب گردی خبرگزاری صدا و سیما، یکی از جرایم شایع مربوط به حقوق ثبت اسناد و املاک جرم معامله معارض است. زمانی این جرم صورت می گیرد که ملک یا مالی از سوی مالک، بیشتر از یک بار معامله شده باشد. یعنی اگر فردی به هر صورت، ملک یا مالی را به بیش از یک



نفر بفروشد، معامله معارض انجام داده و خریدار نیز مال غیر خریده است. به زبان ساده معامله معارض به این شکل است که یک نفر بعد از این که مال خود را با سند رسمی یا قولنامه عادی به دیگری منتقل کرده، دوباره خود را مالک جازده و آن را به شخص دومی انتقال دهد. در قوانین ما یک معارض دیگر نیز وجود دارد که اسناد معارض نامیده می شود. در ادامه با این دو معارض بیشتر آشنا می شوید.

معامله معارض: یکی از انواع جرایمی که رسانه ای می شود فروش یک مال مانند اتومبیل یا خانه به چند نفر است که معمولاً در عرف به چنین جرمی کلاهبرداری گفته می شود؛ اما در دادگاه فردی که مرتکب این تخلف شده است به جرم معامله معارض محاکمه خواهد شد که با کلاهبرداری متفاوت است. درباره معامله معارض باید بدانید که در این معامله همیشه معامله مقدم یا اولین معامله قانونی است و سایر معامله های غیرقانونی تشخیص داده می شود. به عبارتی در معامله های بعدی به این دلیل که از فروشنده به واسطه فروش مالش به نفر اول، سلب مالکیت شده است. سایر معامله های غیرقانونی می شود؛ بنابراین بی اعتباری معامله های بعدی به این دلیل است که فروشنده در معاملات دوم به بعد، دیگر صاحب ملک نبوده و معامله ای که او انجام داده است نیز اعتبار قانونی ندارد. اما نکته مهم آن که طبق ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک، معامله اول، ممکن است بصورت عادی یا رسمی باشد، اما برای تحقق این نوع جرم، معامله دوم حتماً باید رسمی باشد.

درباره اسناد معارض: لازم به توضیح است که معامله معارض نباید با اسناد مالکیت معارض موضوع بند ۵ ماده ۲۵ ق.ث. اسناد و املاک و آیین نامه اجرایی



رسیدگی اسناد مالکیت معارض (که رسیدگی ابتدایی آن به عهده ی هیات نظارت اداره ثبت است)، اشتباه شود، بدین شرح که به علت بی دقتی بعضی از کارمندان، اشتباهاتی در عملیات ثبتی رخ می دهد که خود باعث افزایش حجم کار ادارات ثبت و موجب بروز مشکلاتی برای مالکان می شود. به عبارتی مالکی که پس از مدتها اتلاف وقت، موفق به دریافت سند مالکیت شده است بعد از مدتی خود یا دیگر مراجع یا اداره ثبت متوجه اشتباهی در سند می شوند که مالک سند باید نسبت به اصلاح سند مالکیت ملک اقدام کند و در این میان احتمال ابطال سند در مراجع قضایی نیز وجود دارد. بد نیست بدانید که سند مالکیت معارض بدین ترتیب تعریف می شود: سندی است که تمام یا قسمتی از سند مالکیت قبلی را در برداشته باشد و تمام یا قسمتی از یک ملک در محدوده دو سند مالکیت باشد به عبارت دیگر همه یا قسمتی از یک ملک که در سند مالکیت مؤخر قید شده است وجود خارجی ندارد و همان است که در سند مالکیت مقدم الصدور قید شده است یعنی اگر نسبت به کل یا جزیی از ملکی دوبار سند مالکیت صادر شود یا در خصوص حقوق ارتفاقی متعارض باشند، سند مالکیت مؤخر الصدور نسبت به سند مالکیت مقدم الصدور را معارض گویند و تا وقتی که حکم نهایی دادگاه به صحت آن صادر نشده همچنان عنوان سند مالکیت معارض تلقی می شود.^۱ محقق در این پژوهش به دنبال این است که اثر معامله معارض با اسناد رهنی بانکی و ضمانت اجرای آن چگونه است.

^۱ - [news.https://www.iribnews.ir](https://www.iribnews.ir)



بخش اول: آثار معامله معارض نسبت به انتقال گیرنده

در رابطه با صحت بیع املاک ثبت شده با سند عادی دو نظر ارائه شده است که اعتقاد به هر یک از دو نظر فوق نتایج متفاوتی در برخواهد داشت:

نظر اول: انتقال گیرنده به موجب مبیعه نامه و یا تحقق عقد بیع، مالک مبیع می شود زیرا عقد بیع از جمله عقود رضایی بوده که به صرف ایجاب و قبول محقق می گردد و به موجب ماده ی ۳۶۲ ق.م از آثار بیعی که صحیحاً واقع شده باشد آن است که به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع شود هر چند به موجب مواد ۲۲ و ۴۷ و ۴۸ ق.ث اسناد و املاک در خصوص اموال غیر منقول ثبت شده و یا اموال غیر منقولی که ثبت آنها الزامی اعلام شده است، ادارات و محاکم کسی را مالک می شناسند که نام وی در دفتر املاک به ثبت رسیده باشد. اما این امر در تحقق عقد بیع بی تأثیر است و عقد بیع یک عقد تشریفاتی به شمار نمی آید که ثبت آن در دفتر املاک از جمله شرایط صحت آن به شمار رود. (شرایط صحت عقد بیع، ۱۹۰ ق.م). انتقال گیرنده برای دادگاه وقوع بیع در تاریخ مندرج در بیع نامه را احراز نماید که در این صورت دادگاه وی را مالک شناخته و تصرفات انتقال دهنده نسبت به مال را پس از آن تاریخ بلاثر می داند. اثبات وقوع بیع به وسیله هر دلیلی امکان پذیر است و با توجه به رویه دادگاه ها شهادت شهود نیز در این زمینه پذیرفته می شود. بنابراین انتقال گیرنده می تواند با اقاله دعوای الزام به تنظیم سند رسمی و الزام به فک رهن علیه انتقال دهنده و بانک حقوق خود را از دادگاه مطالبه کند. علاوه بر این موارد



انتقال گیرنده می تواند از لحاظ کیفری علیه انتقال دهنده تقاضای تعقیب کیفری به جهت ارتکاب جرم معامله معارض مندرج در ماده ی ۱۱۷ ق.ث به عمل آورد.

نظر دوم: درباره املاک ثبت شده : چون ماده ی ۲۲ ق.ث. صراحتاً اشاره می کند که «دولت فقط ... کسی را که ملک مزبور به او منتقل گردیده و این انتقال نیز در دفتر املاک به ثبت رسیده ... مالک خواهد شناخت...» وقوع بیع بستگی به تشریفات دارد و بدون آن بیع کامل نشده است. در مورد این گونه املاک تمییز مالکیت چهره نوعی پیدا کرده است و نمی توان کسی را در برابر خواننده دعوی مالک و در برابر دیگران غاضب دانست^۱. لذا از آنجایی که مطابق این نظر عقد بیع یک عقد تشریفاتی است، جز با ثبت آن در دفتر املاک معامله کامل نمی شود و تشکیل نمی گیرد؛ انتقال دهنده در زمان تنظیم سند رهنی مالک رسمی ملک محسوب شده و برای انتقال گیرنده در آن زمان هیچ گونه حقی در ملک متصور نیست، بنابراین قرارداد رهنی در صحت و درستی کامل منعقد شده و انتقال دهنده ملزم به انجام تعهدات قانونی و قراردادی خود در رابطه با بانک می باشد. اما انتقال گیرنده نیز می تواند الزام انتقال دهنده به تنظیم سند رسمی و انجام تعهدات قراردادی که به موجب سند عادی پدید آمده را از انتقال دهنده مطالبه کند که در این صورت به دلیل آن که مورد معامله متعلق حق غیر قرار گرفته است و به موجب ماده ۷۹۳ ق.م. تصرفات رهن در مورد رهن بدون اذن مرتهن جایز نیست و همچنین رای وحدت رویه شماره ۶۳۰

^۱ - کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمات حقوق مدنی درس هایی از عقود معین جلد اول، انتشارات گنج دانش، ص ۳۴، به نقل از مشهدی زاده، دکتر علیرضا؛ عباسی، غلامرضا، بررسی معاملات معارض با اسناد رهنی و بانکی در رویه قضایی، انتشارات چتر دانش، چاپ اول، سال ۱۳۹۶، ص ۶۷



مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ تنها با حفظ حقوق مرتهن این انتقال جایز است در هر حال انتقال دهنده مسئول خسارات وارده به انتقال گیرنده نیز می باشد چرا که با به رهن گذاشتن ملک مورد قرارداد از انجام تعهدات قراردادی خود تخلف نموده است.^۱

نتیجه: این که چون انتقال گیرنده (سند عادی) در تصرف ملک کوتاهی کرده و با توجه به عقد بیع، مشتری مالک میباید و با بیع مالک ثمن می گردد، لذا طرفین می بایستی جهت نقل و انتقال ملک به دفتر اسناد رجوع می کردند و یا حداقل انتقال گیرنده ملک را در تصرف خود می گرفت. و از آن جایی که قرارداد رهنی در صحت و درستی کامل منعقد شده و حسب الظاهر مالک عین کسی است که ملک در تصرف او است لذا بایستی قرارداد رهنی بانک با انتقال دهنده صحیح دانست و انتقال دهنده با این که می دانست مالک میباید نیست و ملک را در رهن بانک گذاشته لذا مسئول خسارات وارده به انتقال دهنده است به نظر می رسد انتقال گیرنده قیمت ملک را به نرخ روز از انتقال دهنده بگیرد و همچنین می تواند بر علیه انتقال دهنده تقاضای تعقیب کیفری به جهت ارتکاب جرم معامله معارض از دادگاه بخواهد.

بخش دوم: آثار معامله ی معارض نسبت به انتقال دهنده

همان طوری گفته شد چنین اقداماتی انتقال دهنده را در معرض محکومیت به مجازات مندرج در ماده ۱۱۷ ق.ث. در خصوص معامله معارض (نسبت به انتقال گیرنده) و همچنین محکومیت به کلاهبرداری (نسبت به بانک) قرار می دهد. البته نظر به رای وحدت رویه شماره ۴۳ امکان محکومیت به مجازات مندرج در ماده ی

^۱ - علیرضا مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، صص ۶۵ تا ۶۷

۱۱۷ بعید به نظر می‌رسد. در صورت احراز و اثبات بیع عادی مقدم، انتقال دهنده ملزم به تنظیم سند رسمی برای انتقال گیرنده شده و در مقابل بانک نیز ملزم به بازپرداخت مبالغ دریافتی در قالب تسهیلات و کلیه ضرر و زیان می‌باشد. اما اگر نظر دوم را بپذیریم، انتقال دهنده در برابر انتقال گیرنده ملزم به اجرای تعهدات قراردادی است با این تفاوت که اجبار وی به تنظیم سند رسمی، نظر به در رهن بودن ملک و منافی حق مرتهن بودن، چنین انتقالی امکان ندارد و بدین ترتیب به حکم ماده ۲۳۹ ق.م. انتقال گیرنده حق فسخ معامله ای که با سند عادی انجام شده بود را می‌یابد و انتقال دهنده نیز ملزم به جبران کلیه خسارات وی می‌باشد. اما در مقابل، کلیه حقوق بانک مربوطه نسبت به ملک که به موجب سند رهنی ایجاد شده است پابرجا خواهد ماند. در نتیجه انتقال دهنده (راهن) می‌بایست به کلیه تعهدات قانونی و قراردادی خود به بانک عمل نماید.^۱

نتیجه بحث در بخش اول بیان می‌شود که بیع عادی مقدم، انتقال دهنده ملزم به تنظیم سند رسمی برای انتقال گیرنده شده و در مقابل بانک ملزم به بازپرداخت مبالغ دریافتی در قالب تسهیلات و کلیه ضرر و زیان بانک می‌باشد. بر فرضی که انتقال دهنده ورشکست شود یا فراری شود خسارات وارده به بانک را کی باید پرداخت کند. به نظر می‌رسد این دور از انصاف باشد، چون با سهل انگاری انتقال گیرنده این بلا بر سر بانک آمده، همان طوری که در نتیجه قبل گفته شده انتقال گیرنده خودش هم در تنظیم سند رهنی مقصر بوده، اگر نگوییم که مباشر در جرم شریک است. در

^۱ - مشهدی زاده، دکتر علیرضا، همان منبع، صص ۶۷ و ۶۸.



بحث نظر دوم باید گفت بانک در این معامله قصد انجام بیع را ندارد، تنظیم سند رهنی فقط حکم ضمانت در مقابل پرداخت تسهیلات می باشد و نرخ تسهیلات هم به زمان قرارداد است ولی جبران خسارات انتقال گیرنده به نرخ روز است، لذا در چنین شرایطی انتقال گیرنده می تواند با پرداخت تسهیلات و نرخ سود، آن ملک را فک رهن و به نام خود انتقال دهد، حداقل بخشی از ضرر و زیان خود را جبران کند و باقی خسارات مانده را از طریق طرح شکایت در دادگاه اقدام کند.

بخش سوم: آثار معامله معارض نسبت به بانک

مطابق نظریه اول که ثبت ملک را در انعقاد بیع الزامی نمی دانست، در شرایطی که شخصی با علم و اطلاع قبلی از واگذاری ملک خود به دیگری، سند آنرا جهت اخذ تسهیلات در رهن بانک قرار می دهد، متضرر اصلی بانک قرار می گیرد. زیرا مطابق قواعد موجود، شخص مزبور حقی نسبت به آن ملک نداشته است و یا اثبات و احراز معامله پیش از انعقاد رهن، تصرفات انتقال دهنده در آن مال در حکم تصرف در مال غیر تلقی می گردد و بلااثر است. بالتبع قرارداد رهنی واقع شده نیز اثر حقوقی نخواهد داشت، زیرا توسط شخصی تنظیم شده که هیچ گونه رابطه ای (اعم از مالکیت، وکالت، وصایت و ...) در آن مال نداشته است. البته حق مطالبه مبالغ پرداختی جهت وام به انتقال دهنده ای که سند ملک فروخته شده را جهت اخذ تسهیلات به بانک ارائه داده است، با کلیه خسارات و ضرر و زیان وارده برای بانک محفوظ است.



نتیجه: اگر بانک خبر داشت که انتقال دهنده قبل از تنظیم سند رهنی، ملک را قانوناً به دیگر انتقال داده دیگر هیچ گونه ادعایی نسبت به ضرر زیان خود ندارد. ولی چون بانک خبر از انتقال با سند عادی را نداشته به نظر می رسد بانک تقصیری ندارد چون معامله تنظیم سند رهنی مطابق قانون صورت گرفته و ملک باید در رهن بانک باشد تا زمان پرداخت تسهیلات طبق نتیجه اول و دوم همین پژوهش ضمناً کلیه خسارات و ضرر و زیان وارده در صورتی برای بانک محفوظ است که خبر از انتقال با سند عادی را نداشته باشد.

اما از لحاظ کیفری دست بانک، بر خلاف انتقال گیرنده باز است و وی می تواند به اتهام کلاهبرداری از انتقال دهنده شکایت نماید. زیرا وی با علم و اطلاع از فروش مال و این که هیچ گونه حقی نسبت به آن مال ندارد آن را در رهن بانک قرار داده است و در واقع با توسل به وسایل متقلبانه اقدام به بردن مال دیگری (بانک) نموده است که با احراز و اثبات سوء نیت وی در ارتکاب این امر، صدور حکم مبنی بر کلاهبرداری علیه انتقال دهنده با شکایت بانک ممکن الحصول به نظر می رسد.

نتیجه این بحث: ملک در رهن بانک را، به انتقال گیرنده که کوتاهی کرده در معامله خود، داده شود و بانک بر علیه انتقال دهنده شکایت کیفری کند، آیا بتواند به مطالبات و خسارات خود برسد یا نه. این عمل توجیهی اقتصادی برای بانک ندارد.

در ادامه اگر تشریفات ثبت را در تحقق بیع الزامی بدانیم، با توجه به عدم صحت انتقال ملک با سند عادی به انتقال گیرنده سند رهنی تنظیمی جهت اختصاص تسهیلات کاملاً قانونی بوده و توسط مالک رسمی ملک تنظیم گردیده است. لذا



بانک می تواند حقوق قانونی خود را به موجب آن سند از انتقال دهنده (راهن) مطالبه کند. هر گونه تصرف در ملک مزبور نیز در صورتی که منافعی حقوقی وی باشد نیازمند اجازه او بوده و در غیر این صورت علیه بانک اثر قانونی نخواهد داشت. از لحاظ کیفری با توجه به آن که مالی از بانک برده نشده است و حقوق وی کاملاً محفوظ است، شکایت کلاهبرداری و یا هر گونه شکایت کیفری دیگر، نظر به متضرر نشدن وی متصور نمی باشد و عملی نمی یابد.^۱ مگر این عمل به جهت کمک به انتقال گیرنده صورت گیرد.

خلاصه بحث: جهت ارج نهادن به سند رسمی و اعتماد مردم به اسناد رسمی باید گفت که سند عادی توان مقابله با اسناد رسمی را ندارد، به همان نسبت سند عادی نمی تواند در مقابل سند رهنی ابراز اندام کند مگر این که بانک بداند که انتقال دهنده قبل از تنظیم سند رهنی ملک را به دیگر انتقال داده و سند عادی مقدم بر سند رهنی می باشد. در این صورت سند رهنی باطل است. بنابراین می توان نتیجه گرفت که حقوق بانک کاملاً محفوظ است و انتقال گیرنده نگون بخت است که حقوقش در معرض تضییع توسط انتقال دهنده قرار می گیرد.

^۱ - مشهدی زاده، دکتر علیرضا؛ عباسی، غلامرضا، همان منبع، صص ۶۵ تا ۶۹.



بخش چهارم: ضمانت اجرای معامله معارض و رویه قضایی

انجام معامله معارض به هر ترتیب از دید قانون گذار پنهان نمانده و برای آن ضمانت اجرای متفاوتی اعم از حقوقی و کیفری در نظر گرفته، رویه قضایی نیز در تبیین این ضمانت اجرا نقش با اهمیتی داشته است.

بند اول: ضمانت اجرای معامله معارض

معامله معارض از دو جنبه نظم اجتماعی را مختل می کند. از یک سو موجب تضرر سایرین شده و حقوق مالی ایشان را خدشه وارد می سازد و از سوی دیگر موجب سلب اعتماد مردم به اسناد و معاملات می گردد. لذا برای بررسی دقیق تر ضمانت اجرای معامله معارض آن را دو گفتار جداگانه ضمانت اجرای حقوقی و کیفری تقسیم می کنیم.

الف- ضمانت اجرای حقوقی

زمانی که وثیقه گذار قبل از تنظیم سند رهنی، مورد وثیقه را به بیع عادی به خریدار منتقل و سپس بدون اعلام موضوع مال را در گرو بانک قرار دهد، این امر سبب ایجاد تعارض های حقوقی مالکانه خریدار و حق عینی تبعی بانک نسبت به مورد رهنه از سوی دیگر می گردد. که ضمانت اجرای حقوقی این قبیل از معاملات معارض در «عدم نفوذ»، «بطالان» و «غیر قابل استناد بودن» خلاصه می شود.



۱- عدم نفوذ

افرادی که فروش مال غیر منقول بدون تنظیم سند رسمی را صحیح می دانند، معتقدند عقد بیع یک عقد تشریفاتی نیست و به صرف ایجاب و قبول محقق می شود. برای مثال مالک مالی غیر منقول حتی اگر در قراردادی صرفاً متعهد به فروش مال مزبور به دیگری گردد، برای خریدار نوعی حق عینی در مال مزبور پدید می آید و متعهدله می تواند بر اساس آن متعهد را ملزم به بیع همان مال خود کند و متعهد نمی تواند آن را بدون اذن متعهدله به دیگری انتقال دهد و یا نسبت به آن عمل حقوقی انشاء کند، که مقتضای آن با تعهد پیشین او منافات داشته باشد. پس در صورت انشای خود عقد بیع به وسیله ی طرفین، که موجب انتقال مالکیت مبیع به خریدار می باشد، غیر معتبر بودن تصرفات حقوقی بعدی بایع روشنتر است.^۱ مطابق این دیدگاه قرارداد بین بانک با انتقال دهنده مال فروخته شده با سند عادی برای اخذ تسهیلات جهت وثیقه به بانک معرفی می کند در واقع معامله نسبت به مال غیر بوده و یک معامله فضولی است. منظور از معامله فضولی این است که شخصی برای دیگری یا به مال دیگری معامله کند، بدون این که نماینده یا مأذون از طرف او باشد.^۲ پذیرش معامله فضولی از قواعد عمومی قراردادها است. در عقد فضولی معامله فاقد رضای لازم و پیمان منعقدۀ ناقص می باشد. فقها در خصوص نقش رضای مالک نظراتی مطرح کرده اند بطوری که، عده ای آن را شرط کمال و بعضی اماره بر رضای تقدیری مالک و عده ای نیز

^۱ - شهیدی، دکتر مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، انتشارات مجد، چاپ سوم، سال ۱۳۹۱، ص ۷۲.

^۲ - شهیدی، دکتر مهدی، حقوق مدنی ۳ تعهدات، انتشارات مجد، چاپ هیجدهم، سال ۱۳۹۳، ص ۱۵۴.

آن را باعث تبدیل عقد به رابطه‌ی او و اصیل می‌دانند.^۱ گاهی مالک در نفس رهن دادن اذن نداده است و گاهی ممکن است مدیون در ترهین مال غیر مأذون باشد، ولی قیود و شروط مقرر از طرف مالک را رعایت ننماید؛ در هر دو حال عمل مدیون فضولی، و محتاج به اذن مالک می‌باشد، و ید غیر مأذون، مکلف به رد آنچه که به طور غاصبانه در تصرف اوست می‌باشد.^۲ استواری یا عدم پایداری عقد فضولی منوط به اجازه و رضایت مالک است که در صورت تجویز، عقد مزبور از ابتدا صحیح بوده و در غیر این صورت و ردّ معامله، عقد مذکور باطل می‌باشد. به بیان دیگر معامله فضولی از جانب اصیل که اراده اش کامل بوده عقد لازم است. وضعیت عدم نفوذ معامله، مادام که اجازه یا رد صادر نشده است باقی خواهد بود. ماده ی ۲۵۲ ق.م. اعلام می‌دارد: «لازم نیست اجازه یا ردّ فوری باشد و اگر تأخیر موجب تضرر طرف اصیل باشد، مشارالیه می‌تواند معامله را بهم بزند.» وضعیت عدم نفوذ معامله فضولی حتی پس از مرگ غیر، نیز باقی خواهد ماند و مطابق ماده ی ۲۵۳ ق.م. هرگاه غیر، پیش از اجازه یا رد فوت کند، وارث می‌تواند معامله را اجازه یا رد کند.^۳ هرگاه مالک، معامله فضولی را اجازه کند، معامله کامل شده و آثار حقوقی خود را خواهد داشت (ماده ی ۲۴۸ ق.م) اما سکوت مالک ولو با حضور در مجلس عقد اجازه محسوب نمی‌شود.^۴ معامله فضولی همیشه با تنفیذ مالک روبرو نمی‌شود و

^۱ - کاتوزیان، دکتر ناصر، ق.ع، ج ۲، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، سال ۱۳۹۴، صص/ ش ۱۱۶، ۱۱۸ و ۱۲۲ / ۳۵۲، ۳۵۳ و ۳۵۵.

^۲ - بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، جلد ششم، نشر دلیل ما، سال ۱۴۲۶ هـ ق، ۶/ ۸۸ به نقل از مشهدی زاده، دکتر علیرضا و همکاران، همان منبع، ص ۷۲.

^۳ - شهیدی، دکتر مهدی، مدنی ۳، همان منبع، ص ۱۵۵.

^۴ - امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامیه، چاپ سی و چهارم، سال ۱۳۹۲، صص ۳۵۸ و ۳۵۹.



ممکن است مالک معامله فضولی را رد کند در این صورت عقد برای همیشه از بین می رود و هیچ گونه آثار حقوقی نخواهد داشت.^۱ طبق ماده ی ۲۵۱ ق.م. «رد معامله فضولی حاصل می شود به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر عدم رضای به آن نماید». بنابراین اگر فضول مال مورد معامله را به اصیل تسلیم کرده باشد و آن مال نزد او موجود باشد، مالک خواهد توانست با رد معامله، به او مراجعه کرده و عین مال خود را استرداد کند. اما هرگاه مال مورد معامله نزد اصیل تلف شده باشد، مالک بدل مال و همچنین کلیه منافع و نمائات مال را از اصیل می گیرد خواه آن منافع مورد استفاده قرار گرفته باشد یا خیر. بنا به عقیده برخی از علمای حقوق در صورتی که مالک به رهن گذاشتن مال را اجازه کند، گویی خود را رهن بوده و مسئول انجام تعهدات قراردادی در برابر بانک می باشد. اما در صورتی که معامله بانک با فضول را رد کند، معامله مزبور هیچ گونه اثر قانونی نداشته و بانک می تواند جهت جبران کلیه خسارات خود به فضول مراجعه کند و هیچ گونه حقی در برابر مالک مال نخواهد داشت.^۲ به نظر می رسد که این عقیده باعث تضرر بانک شود چون قرارداد رهنی بانک با صحت کامل صورت گرفته و انتقال گیرنده همان طوری که قبلاً گفته شده با سهل انگاری از طرف انتقال گیرنده این معضل بوجود آمده لذا انتقال گیرنده باید حقوق تضییع شده ی خود را از انتقال دهنده دریافت کند.

^۱ - پیشین، صص ۳۵۸ و ۳۵۹.

^۲ - مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، صص ۷۰ الی ۷۳.

۲- بطلان

بطلان در لغت، مصدر از ریشه ی «بطل» به معنای تباهی و متضاد صحت است.^۱ بطلان وصف عملی است که مطابق قانون نباشد و در نتیجه فاقد اثر قانونی باشد.^۲ در واقع یک عمل حقوقی باطل است،^۳ پس می توان گفت بطلان، در لغت، خلاف حق است. و در اصطلاح حقوق مدنی عبارت است از این که عملی مطابق با قوانین نباشد و اثری بر آن قانون مترتب نگردد.^۴ بعضی از علمای حقوق معتقدند که بطلان عدم ترتب اثر بر عقد، لذا در خصوص بطلان عقد، اساساً عقدی واقع نشده است تا سخن از ترتب یا عدم ترتب اثر را بتوان به میان آورد.^۵ بنابراین در خصوص قراردادها نیز هرگاه قرارداد منعقد شده فاقد یکی از شرایط اساسی صحت قراردادها مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م. باشد باطل بوده و عقد باطل نیز به نظر قانونگذار وجود خارجی ندارد و اثر مطلوب به بار نمی آورد. همچنین توافقی که این شرایط را دارا نباشد برای دو طرف التزامی به بار نمی آورد و مورد حمایت قانون قرار نمی گیرد.^۶ و از آن جایی که همه ی ضمانت اجراها در بطلان قرارداد خلاصه نمی شود، به طوری که عدم رضایت

^۱ - انصاری، مسعود؛ طاهری، دکتر محمد علی، دانشنامه ی حقوق خصوصی، جلد اول، انتشارات جنگل و جاودانه، چاپ سوم، سال ۱۳۸۸، ص ۵۵۶، واژه ی بطلان

^۲ - جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، سال ۱۳۹۳، ص ۸۶۸
واژه ی بطلان

^۳ - لنگرودی، ترمینولوژی حقوقی، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و پنجم، سال ۱۳۹۲، ص ۱۱۱.

^۴ - لنگرودی، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، سال ۱۳۸۸، ص ۳۷۹.

^۵ - لنگرودی، الفارق، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، سال ۱۳۹۱، ص ۳۸.

^۶ - کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره ی مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، انتشارات سهامی انتشار، چاپ شانزدهم، سال ۱۳۹۵، ص ۵۴.



مالک، موجب غیر نافذ شدن معامله می گردد و تفاوت آن با بطلان در این است که عقد در حالت عدم نفوذ، بر خلاف بطلان، قابل تنفیذ می باشد. مطابق نظر آن دسته از اشخاص که انتقال مال غیر منقول (ثبت شده) به وسیله مبیعه نامه ی عادی را صحیح نمی دانند، و تشریفات مقرر قانونی در انعقاد برخی از قراردادها حسب مورد با ضمانت اجرای بطلان مطلق یا بطلان نسبی همراه است که درباره ی املاک ثبت شده، که ماده ۲۲ ق.ث. اسناد و املاک کشور صراحتاً اشاره داشته که «دولت فقط ... مالک خواهند شناخت.....» معتقدند که وقوع بیع املاک ثبت شده مفید به رعایت تشریفات مندرج در قانون ثبت بوده و از شرایط صحت آن به شمار می رود و بطوری که بدون رعایت آن، بیع کامل نشده است. لذا این گروه عقد بیع را تشریفاتی می دانند و جز با ثبت در دفتر املاک معامله کامل نمی شود. و شکل نمی گیرد، بنابراین انتقال دهنده در زمان تنظیم سند رهنی مالک رسمی ملک محسوب شده و انتقال گیرنده در آن زمان هیچ گونه حقی در ملک متصور نیست و قرارداد رهنی در صحت و درستی کامل منعقد شده و انتقال دهنده نیز ملزم به انجام تعهدات قانونی و قراردادی خود در رابطه با بانک می باشد.^۱

۳- غیر قابل استناد بودن

قراردادی که دارای سند رسمی است، اعتبار کامل دارد و در مقابل همه ی افراد (حتی اشخاص ثالث) قابل استفاده و استناد می باشد اما قراردادی که سند رسمی

^۱ - مشهدی زاده، دکتر علیرضا؛ عباسی، غلامرضا، آثار معاملات معارض بر اسناد رهنی بانکی، انتشارات میزان، چاپ دوم، بهار ۱۳۹۹، ص ۷۸.



ندارد، فاقد این اعتبار است. در واقع قراردادی که اعتبار کامل دارد، دارای آثار کامل از جمله تحقق حق مالکیت کامل است اما شخصی که چنین سندی را در دست ندارد، با وجود این که حق مالکیت دارد، اما حق او کامل نیست چه این که دارای اعتبار غیر کامل و آثار محدودتری خواهد بود. بطور مثال در معامله‌ی به قصد فرار از دین در رابطه‌ی مدیون و طرف قرارداد نافذ است، لیکن در برابر طلبکارهای مدیون قابل استناد نیست. و یا این که طبق ماده‌ی ۱۳۰۵ ق.م «در اسناد رسمی تاریخ تنظیم معتبر است حتی بر علیه اشخاص ثالث، ولی در اسناد عادی تاریخ فقط درباره‌ی اشخاصی که شرکت در تنظیم آنها داشته و ورثه‌ی آنان و کسی که به نفع او وصیت شده معتبر است» و در قانون تجارت نیز مواد گوناگونی از جمله مواد ۹۵، ۱۰۰، ۱۱۶ و ۱۲۵، ۱۴۳ و ۱۵۰... یا در ماده‌ی ۷۲ ق.ث. اسناد و املاک کشور دیده می‌شود که در آنها نفوذ و اعتبار عقد بین دو طرف قرارداد، در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نیست.^۱ بنابراین منظور از عدم قابلیت استناد، غیرقابل استناد بودن شکلی نیست بلکه منظور قابل استناد نبودن ماهوی است. در واقع منظور این نیست که چنین عمل حقوقی صرفاً قابلیت استناد در دادگاه را ندارد و یا از حیث ادله اثبات دعوی دلیل قابل استنادی در برابر اشخاص ثالث نیست، بلکه مراد این است که عمل حقوقی مزبور ولو آنکه در تحققش هیچ اختلاف و تردیدی هم نباشد، نسبت به اشخاص ثالث بی اثر و از نظر حقوقی در حکم آن است که اصلاً وجود ندارد. در غیرقابل

^۱ - کاتوزیان، ناصر، ق.ع.ق. ج ۲، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، سال ۱۳۹۴، ص ۳۲۱/۴۶۶ صفایی، دکتر سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، انتشارات میزان، چاپ نوزدهم، پاییز ۱۳۹۳، صص ۱۵۳ و ۱۵۴. درویش خادم، بهرام، معامله به قصد فرار از دین در حقوق اسلام و ایران با مطالعه تطبیقی، انتشارات کیهان، چاپ اول، سال ۱۳۷۰، ص ۹۶ به نقل از مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، ص ۷۵.



استناد بودن ماهوی، خود عقد بیع قابلیت استناد در برابر اشخاص ثالث را از دست می دهد اما در غیرقابل استناد بودن شکلی، سند عادی بیع به عنوان دلیل وقوع بیع، در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد می گردد.^۱ نتیجه بحث این شده که در معامله به قصد فرار از دین و یا دیگر مواردی که ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد بر آن در نظر گرفته شده، در واقع در تمامی ارکان عقد به طور کامل در آن قرارداد وجود دارد و صرفاً بخاطر زیر پا نگذاشتن حقوق و حق طلبکاران و یا سایر افراد، این گونه قراردادها در برابر آنها غیرقابل استناد دانسته ولی در بین طرفین معامله پابرجا است و خللی بر آن وارد نمی شود. و منتقل الیه علی رغم انتقال ملک خود با سند عادی، همان ملک را برای وثیقه جهت اخذ تسهیلات به بانک معرفی می کند، بنابر مراتب مذکور می توان به ضمانت اجرای غیرقابل استناد بودن بیع در برابر اشخاص ثالث (بانک مرتهن) توسل جست و بدین وسیله بین حقوق مرتهن و منتقل الیه را جمع نمود. با این توضیح که انتقال دهنده ملزم است به تعهدات خود در برابر منتقل الیه تا جایی که معارض با حقوق مرتهن نباشد پایدار بماند. ضمن آن که اثر بیع ثبت نشده فقط محدود به طرفین آن است؛ در برابر فروشنده، خریدار مالک است اما در برابر اشخاص ثالث مالک کماکان شخصی است که در دفتر ثبت معاملات (دفتر املاک) نامش به عنوان مالک قید گردیده است. در واقع قرارداد عادی مزبور به قوت خود

^۱ - امینی، منصور، نقش ثبت سند در بیع مال غیر منقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۲۱ به نقل از مشهدی زاده و همکاران، ص ۷۶.



باقی است و صرفاً در برابر دارنده سند رسمی رهنی (بانک مرتهن) قابل استناد نمی باشد.^۱

ب-ضمانت اجرای کیفری

آثار وقوع جرم معامله معارض را از دو دیدگاه ماده ی ۱۱۷ ق.ث. اسناد و املاک و دیگری کلاهبرداری مورد بررسی قرار می دهیم.

۱- ماده ی ۱۱۷ ق.ث. اسناد و املاک

مقنن در ماده ی ۱۱۷ ق.ث. علاوه بر معامله و انتقال معارض مال، هر گونه تعهد معارض نسبت به آن مال را نیز صراحتاً داخل در دایره جرم انگاری قرار داده است؛ لذا معرفی مالی که قبلاً به موجب سند عادی یا رسمی فروخته شده به بانک جهت ترهین و تنظیم سند رسمی رهنی در خصوص آن، تحت مشمول جرم مندرج در این ماده قرار می گیرد. منتها هیات عمومی دیوان عالی کشور در سال ۱۳۵۱ با صدور رای وحدت رویه به شماره ی ۴۳-۱۳۵۱/۸/۱۰، تحول عظیمی در جرم معامله معارض مندرج در ماده ۱۱۷ ق.ث. پدید آورد. رای مربوطه که در مقام رفع اختلاف نظر در خصوص شمول یا عدم شمول بزه معامله معارض نسبت به انتقال حقوق عینی ثبت شده با سند عادی و سپس با سند رسمی است، اشعار می دارد؛ «نظر به این که شرط تحقق بزه مشمول ماده ۱۱۷ ق.ث. اسناد و املاک قابلیت تعارض دو معامله نسبت به یک مال می باشد و در نقاطی که ثبت رسمی اسناد مربوط به عقود و

^۱ - مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، صص ۷۵ تا ۷۷.



معاملات اموال غیر منقول به موجب بند اول ماده ۴۷ قانون مزبور اجباری باشد سند عادی راجع به معامله ی 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 چنانکه کسی در این قبیل نقاط با وجود اجباری بودن ثبت رسمی اسناد قبلاً معامله ای نسبت به مال غیر منقول به وسیله سند عادی انجام دهد و سپس به موجب سند رسمی معامله ای معارض با معامله ی اول در مورد همان مال واقع سازد عمل او از مصادیق ماده ۱۱۷ ق.ث. نخواهد بود بلکه ممکن است بر فرض احراز سوءنیت با ماده کیفری دیگری قابل انطباق باشد.^۱ «علاوه بر رای وحدت رویه مذکور، یک رای اصداری (رای شماره ۱۹۳۰-۱۳۳۹/۴/۲۰-۱۳۳۹) نیز از هیات عمومی دیوان عالی کشور در این خصوص هماهنگ با رای وحدت رویه مذکور، پیش از رای وحدت رویه صادر گردیده بود.^۲ لذا ضمانت اجرای اجباری بودن ثبت بدین ترتیب با صدور رای وحدت رویه موصوف قسمت عمده ای از دایره جرم انگاری ماده ۱۱۷ محدود گردید به نحوی که نسبت به مال غیر منقول ثبت شده صرفاً با تنظیم دو سند رسمی قابلیت تعارض بوجود می آید لذا اکثر معاملات معارض شکل گرفته ابتدائاً با سند عادی سپس با سند رسمی است که از شمول جرم انگاری ماده مزبور در خصوص اموال غیر منقول ثبت شده خارج است. در جرم معامله معارض، موضوع ماده ی ۱۱۷ ق.ث. اقدام شخص در انجام دو عمل حقوقی در قالب فعل مثبت مادی متجلی می گردد. چون ماده مرقوم به انجام دو عمل حقوقی اشاره می کند که عمل حقوقی

^۱ - شهیدی، دکتر مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، همان منبع، ص ۶۱.

^۲ - میرزایی، علیرضا، قانون ثبت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات بهنامی، چاپ ششم، سال ۱۳۹۵، ص ۵۶۰.



اول واگذاری حقی نسبت به عین یا منفعت مال به وسیله ی سند رسمی یا عادی است، به دیگری منتقل می کند و رابطه ی حقوقی او نسبت به عین یا منفعت مال قطع می شود، عمل حقوقی دوم نیز انجام تعهد یا معامله معارض با حق انتقالی سابق^۱ برای تحقق جرم ماده ی ۱۱۷ ق. ث. بایستی دو سند تنظیم شود و مفاد این دو سند با یکدیگر در تعارض باشد، سند اول می تواند بصورت عادی و یا رسمی باشد لیکن سند دوم الزاماً باید بصورت رسمی باشد. پس اگر تقلبات ابتدا با سند عادی یا رسمی باشد ولی معامله دوم نیز با سند عادی باشد عنوان معامله معارض پیدا نمی کند چون در معامله دوم از لحاظ شکلی الزام قانونی رسمی بودن وجود دارد. و یا ممکن است معامله ای صورت گرفته باشد بدون تنظیم سند، که معامله معارض نیست زیرا در معامله معارض سند در تحقق جرم موثر است.^۲ زمانی که هر دو معامله با سند انجام می شود، نوع سند می توان عادی یا رسمی باشد چهار صورت برای آن متصور است:

(۱) هر دو عمل حقوقی با سند رسمی باشد.

(۲) هر دو عمل حقوقی با سند عادی باشد.

(۳) عمل حقوقی اول با سند رسمی و معامله و تعهد دوم با سند عادی باشد.

^۱ - کامیار، غلامرضا، بزه معامله معارض، مجله کانون، تیر و مرداد ۱۳۸۷، شماره ۷، ص ۳۹، به نقل از مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، ص ۷۹.

^۲ - سپهوند، امیرخان، تقریرات حقوق کیفری اختصاصی ۲، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده حقوق شهید بهشتی سال ۷۳ و ۷۴، ص ۲۷، به نقل از مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، ص ۸۰.



۴) عمل حقوقی اول با سند عادی و معامله دوم با سند رسمی باشد.

این صورت هم دو شق دارد. اول آنکه با سند عادی و در مورد آن قابل ترتیب اثر باشد. دوم آنکه سند عادی در مورد آن قابل ترتیب اثر نباشد مانند معامله راجع به ملک ثبت شده یا ملکی که طبق اعلام دادگستری، معاملات مربوط به آن باید با سند رسمی باشد.^۱ از میان موارد فوق تنها ردیف یک و شق اول و ردیف ۴ مشمول ماده ۱۱۷ ق.ث می شوند، و برای این که عملی مشمول آن ماده شود، باید اولاً معامله نخستین قانوناً صحیح باشد، ثانیاً معامله دوم با سند رسمی باشد.^۲ برای آن که بتوان جرمی را منتسب به فردی نمود و او را در برابر انجام آن مجازات کرد علاوه بر عنصر قانونی، مبتنی بر پیش بینی رفتار مجرمانه در قانون و عنصر مادی، شامل وقوع عمل و شخص عامل، رابطه روانی (یا رابطه ارادی) موجود باشد که آن را عنصر اخلاقی (یا روانی یا معنوی) می نامند.^۳ و یا در عمل به نحوی از انحا و بی آنکه قصد منجزی بر ارتکاب بزه از او سر بزند خطایی انجام دهد که بتوان وی را مستحق مسئولیت جزایی شناخت اراده ی مجرمانه را نیز می توان خواستن قطعی و منجز به انجام عمل و یا ترک عملی دانست که قانون آن را نهی کرده است.^۴

^۱ - حاجبانی، علی، نگاهی به جرایم ثبتی و جایگاه آن در حقوق جزای اسلامی، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، سال ۱۳۴۲ و دوره دوم شماره ۹، آبان ۱۳۷۷، ص ۵۱، به نقل از مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، ص ۸۰.

^۲ - شهری، غلامرضا، حقوق ثبت، اسناد و املاک، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ چهل و دوم، سال ۱۳۹۴، ص ۲۵۷.

^۳ - گلدوزیان، ایرج، بایسته های حقوق جزایی عمومی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۴، ص ۱۷۹، به نقل از مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، ص ۸۱.

^۴ - نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، کتابخانه گنج دانش، چاپ سیزدهم، سال ۱۳۸۴، ص ۱۷۵ به نقل از مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، ص ۸۱.

نتیجه بحث این است که علم و آگاهی مرتکب در جرایم عمدی از عناصر لازمه رکن معنوی جرم می باشد و در اکثریت قریب به اتفاق جرایم، بایستی سوء نیت متهم احراز شود تا بتوان وی را به عنوان مجرم شناخت و چنانچه شخص نسبت به جرم ارتكابی علم و آگاهی نداشته باشد، مجرم شناخته نمی شود. از آنجایی که جرم مندرج در ماده ی ۱۱۷ ق.ث. از این قاعده مستثنی نیست، لذا در مانحن فیه، بایستی علم و آگاهی مرتکب و سوء نیت وی نسبت به انجام عمل حقوقی اول و به تبع آن معامله و تعهد دوم اثبات گردد تا بتوان او را به عنوان مجرم جرم ماده ۱۱۷ ق.ث. تحت تعقیب قرار داد و به مجازات رساند. زیرا جرم مذکور، جرمی عمومی است و در جرایم عمومی به جز موارد استثنایی سوء نیت شرط تحقق بزه می باشد، علاوه بر این، اصل تفسیر به نفع متهم و تفسیر مضیق قوانین کیفری و قاعده انصاف و عدالت قضایی نیز چنین اقتضایی دارد.^۱

۲- کلاهبرداری

بر اساس رای وحدت رویه شماره ۴۳ مورخ ۵۱/۸/۱۰ و حکم شماره ۱۴۵۹ مورخ ۱۳۱۸/۶/۳۰ شعبه دوم دیوان عالی کشور و رای اصراری شماره ۱۹۳۰ مورخ ۱۳۳۹/۴/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ماده ۱۱۷ ق.ث. در خصوص معامله معارض نسبت به املاک غیر منقول ثبت شده در دفتر املاک و یا اموال غیر منقولی که ثبت آنها الزامی اعلام شده را به شدت محدود کرده است. به طوری که نسبت به این اموال صرفاً با تنظیم دو سند رسمی متعارض، امکان ارتكاب جرم معامله معارض

^۱ - مشهدی زاده و همکاران، همان منبع، صص ۷۷ تا ۸۱.



در خصوص اموال فوق وجود دارد که نظر به استعمال ثبتی پیش از تنظیم سند رسمی جدید، عملاً امکان بروز دور از ذهن به نظر می‌رسد. از آنجائیکه شخص ابتدائاً با سند عادی معامله کند و سپس با سند رسمی معامله یا تعهد معارض با معامله اول انجام دهد. هر چند عمل مزبور شامل جرم مندرج در ماده ی ۱۱۷ ق.ث. نمی‌شود اما ممکن است واجد عنوان مجرمانه دیگری باشد. زیرا شخص که با علم و اطلاع از انتقال ملک خود با سند عادی به دیگری، همان ملک را جهت ترهین به بانک معرفی می‌کند، در واقع اقدام به بردن مال دیگری با توسل به وسایل متقلبانه نموده است عمل وی به نظر می‌رسد که کلاهبرداری، مطابق با فعل مزبور می‌باشد. چرا که کلاهبرداری از جمله جرایم مقید است که شرط تحقق آن حصول نتیجه خاص می‌باشد و آن عبارت از بردن مال دیگری. همچنین بردن مال دیگری مستلزم تحقق دو چیز است: ۱- ورود ضرر مالی به قربانی ۲- انتفاع مالی کلاهبردار یا شخص مورد نظر وی. این دو شرط فوق لازم و ملزوم هم می‌باشند و با انتفاع هر کدام فعل مصداق کلاهبرداری نمی‌باشد.^۱

بند دوم: رویه قضایی در این راستا

در این مبحث به احکام صادره در خصوص تعارض اسناد عادی مقدم بر سند رسمی رهنی مستند تسهیلات اعطایی بانک‌ها اشاره می‌شود. و رویه قضایی موجود در خصوص اینگونه دعاوی مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ تا احراز شود در تعارض منافع

^۱ - میرمحمد صادقی، حسین، جرایم علیه اموال و مالکیت، انتشارات میزان، چاپ چهل و سوم، سال ۱۳۹۴، ص ۹۵.



به وجود آمده بین بانک و انتقال گیرنده محاکم حقوق کدام یک از آنان را مقدم می دانند.

بند سوم: اولویت حق بانک مرتهن یا منتقل الیه

الف) ارجح دانستن حق منتقل الیه دارای بیع نامه مقدم (حکم به بطلان قرارداد رهنی بانک)

در خصوص رویه دادگاه ها در زمینه اولویت حق بانک (مرتهن) یا منتقل الیه نسبت به مال غیر منقول باید بیان داشت که برخی از محاکم (اعم از بدوی و تجدید نظر) حق منتقل الیه را در صورت احراز وقوع بیع بر حق مرتهن مقدم دانسته اند که ذیلاً نمونه هایی از این قبیل آراء اشاره می گردد.

۱- دادنامه شماره ۹۰۰۱۰۵ مورخ ۱۳۹۰/۲/۱۵ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان چالوس

۲- دادنامه ی شماره ی ۹۰۰۲۴۳ مورخ ۱۳۹۰/۳/۲۸ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان چالوس

۳- دادنامه های شماره ۰۰۰۹۹۷ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۰ ، ۰۰۰۳۰ مورخ ۱۳۹۰/۲/۲۱ و ۰۰۰۲۴۰ مورخ ۱۳۹۰/۳/۲۸ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان چالوس

۴- دادنامه شماره ۶۹۲ مورخ ۱۳۹۳/۸/۱۹ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان نوشهر



۵- دادنامه شماره ۹۵۰ مورخ ۱۳۹۳/۹/۲۹ صادره از شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان نوشهر

۶- دادنامه ی شماره ۴۰-۴۱ مورخ ۸۵/۱/۲۳ صادره از شعبه ۲۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران

۷- دادنامه شماره ۱۰۳۵ مورخ ۸۵/۷/۳۰ صادره از شعبه هفتم دادگاه تجدید نظر استان تهران

۸- دادنامه شماره ۱۰۸ مورخ ۱۳۸۴/۱۲/۱ - دادنامه شماره ۲۷۵ مورخ ۸۵/۳/۲۴ - دادنامه ی شماره ۴۳۴ مورخ ۸۵/۵/۹۵ - دادنامه ی شماره ۱۵۲۳ مورخ ۸۴/۱۱/۵ - دادنامه شماره ی ۲۵ مورخ ۸۵/۱/۲۱ - دادنامه ی شماره ۱۵۲۴ مورخ ۸۴/۱۱/۵ - دادنامه ی شماره ی ۱۱۱ مورخ ۸۵/۲/۱۱ صادره از شعبه ۲۱۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران

۹- دادنامه ی شماره ۷۰۰ مورخ ۱۳۹۴/۸/۷ صادره از شعبه ۲۲۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران

۱۰- دادنامه ی شماره ۱۰۹۱ مورخ ۱۳۹۰/۸/۱۴ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی یزد

۱۱- دادنامه ی شماره ی ۲۴۷ مورخ ۱۳۹۱/۳/۸ صادره از شعبه دوم دادگاه تجدید نظر استان یزد

۱۲- دادنامه ی شماره ی ۱۰۶ مورخ ۱۳۹۴/۲/۱۳ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی حقوقی دادگستری شهرستان بندر انزلی

۱۳- دادنامه ی شماره ی ۹۶۵ مورخ ۱۳۹۴/۸/۳۰ صادره از شعبه ۱۶ دادگاه تجدید نظر استان گیلان



۱۴- دادنامه ی شماره ۴۸۲ مورخ ۱۳۹۳/۵/۱۱ صادره از شعبه ۳۴ دادگاه عمومی حقوقی تهران

۱۵- دادنامه ی شماره ی ۱۱۰۱ مورخ ۱۳۹۴/۱۱/۲۱ صادره از شعبه ۵۶ دادگاه تجدید نظر تهران

(ب) ارجح دانستن سند رهنی بانک

در برخی از موارد رویه محاکم در مواجهه با این قبیل دعاوی متفاوت از روش فوق الذکر بوده به نحوی که در آرای صادره حقوق مرتهن مؤخر، ارجح بر حقوق منتقل الیه (دارنده مبیعه نامه ی عادی مقدم) تشخیص داده می شود که در ادامه به نمونه هایی از این آراء اشاره می گردد.

۱- دادنامه ی شماره ی ۱۰۲ و ۱۰۳ مورخ ۸۵/۲/۶ صادره از شعبه ۲۰۹ دادگاه عمومی تهران

۲- دادنامه ی شماره ۱۵۴۹ مورخ ۸۴/۱۱/۲۹ صادره از شعبه ۲۱۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران

۳- دادنامه ی شماره ی ۹۴۱ مورخ ۱۳۹۰/۷/۱۶ صادره از شعبه اول دادگاه عمومی حقوقی یزد

۴- دادنامه ی شماره ۱۳۹۰ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۵ صادره از شعبه ۷ دادگاه تجدید نظر استان یزد

۵- دادنامه ی شماره ی ۳۰۰ مورخ ۸۵/۳/۳۰ صادره از شعبه ۱۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران

۶- دادنامه ی شماره ۱۰۰۰ مورخ ۸۵/۸/۲۰ صادره از شعبه ۲۵ دادگاه تجدید نظر استان تهران

۷- دادنامه ی شماره ی ۱۰۸۹ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۳۰ صادره از شعبه ۱۵ دادگاه تجدید نظر استان

مازندران



۸- دادنامه ی شماره ی ۴۰۶ مورخ ۹۲/۵/۲۹ صادره از شعبه ۱۶ دادگاه تجدید نظر استان مازندران

۹- دادنامه ی شماره ۷۱۵ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۶ صادره از شعبه ۲۵ دادگاه تجدید نظر استان مازندران

۱۰- دادنامه ی شماره ی ۴۳۵ مورخ ۱۳۸۵/۳/۳۰ صادره از شعبه ۲۸ دادگاه تجدید نظر استان تهران

۱۱- دادنامه ی شماره ۱۵۸۴/۱۶۵ مورخ ۸۶/۱۰/۳۰ صادره از شعبه ۲۶ دادگاه عمومی حقوقی مشهد.^۱

نتیجه گیری

با توجه به رویکرد متفاوت شعب دادگاه ها به نحوی که برخی به ارجحیت حق مرتهن نسبت به انتقال گیرنده با سند عادی رای داده اند و در برخی موارد هم حق انتقال گیرنده نسبت به مرتهن، مقدم دانسته شده است. نظر آن دسته از محاکمی که با احراز بیع عادی مقدم، حکم به بطلان قرارداد رسمی و رهنی مؤخرالصدور بانک داده و بدین وسیله حق منتقل الیه را ارجح دانسته عقد بیع یک عقد تشریفاتی نیست و به صورت ایجاب و قبول محقق می شود و بیع اموال غیر منقول ثبت شده از این قاعده مستثنی نیست. لذا بوجود آمدن آثار آن نیازی به ثبت رسمی سند ندارد.

^۱ - مشهدی زاده ، دکتر علیرضا و همکاران، همان منبع، صص ۸۴ تا ۱۰۱.



در نقد این نظر و استدلال می‌بایست به این موضوع اشاره داشت که پیچیده شدن روابط اجتماعی و حقوقی و دخالت قواعد آمره‌ای مانند ثبت سند رسمی برای تحقق یا اثبات انواع قراردادهای اشخاص ایجاب می‌کند که قواعد و قراردادهای تابع نظم جدید حقوقی قرار گیرند و پاره‌ای اصول مانند رضایی (قصدی) بودن عقد یا حاکمیت اراده باطنی، جای خود را به اصل اعتماد به ظاهر اسناد و مالکیت ظاهری و ثبت شده بدهند، بویژه در روابطی که ارتباط مستقیم با نظم عمومی دارد و عدم رعایت مقررات ثبت اسناد و تشریفات مقرر توالی فاسدی مانند تحقق دعاوی متعدی را به دنبال دارد. همچنین با سند عادی خیلی ساده می‌شود جنگلی را فروخت یا زمین کشاورزی را تقسیم کرد، مال وقفی را اصلاً از بین برد ولی با سند رسمی چنین امکانی وجود ندارد و معامله خلاف قانون از طرف مدیر دفتر اسناد رسمی ثبت نمی‌شود و نظارت مامور مانع از تحقق چنین خلافی می‌شود. با سند عادی می‌توان سرزمین ملی را به بیگانگان فروخت. بدون این که دولت هیچ کنترلی بر این نقل و انتقالات داشته باشد. دیگر آن که با سند عادی می‌توان معاملات معارض انجام داد. در حالی که با سند رسمی معاملات معارضی انجام نمی‌شود.

معاملاتی که خارج از تشریفات مقرر تنظیم می‌گردد دولت نظارت ندارد، تعداد معاملات را نمی‌داند و امکان اخذ مالیات برایش متصور نمی‌باشد ضمن آن که سایر اشخاص حقوقی مانند بانک‌ها و موسسات مالی اعتباری قادر به کنترل آنها و پرهیز از اعطاء تسهیلات نخواهند بود و بدیهی است که بانک وقتی انتظار مشروع در اعتماد به سند دارد، در زمان اختلاف نیز انتظار حمایت توسط قانون و دولت را دارد. در این وضعیت نمی‌توان قرارداد پنهانی را ارائه داد و حقوق ثالث با حسن نیت را محدود و



یا انکار نمود اما اهمیت لزوم ثبت املاک غیر منقول و ضابطه بندی آن همان بس که خواجه رشید الدین فضل الله همدانی در تاریخ مبارک غازی بیان می دارد «هرکس ملکی داشت او را از صد دشمن بهتر بودی». قباله های ناحق مهمور به مهرهای ناحق و موید به شهادت شهود کذب می ساختند و ملک غیر را به زور متصرف می شدند و ید هم در اموال غیر منقول و هم در اموال منقول علامت مالکیت بود و آدم بی دست و پا چطور می توانست خلاف آن را اثبات کند. غرض دنیایی بود که قوی به شدت ضعیف را می خورد و امنیت قضایی وجود نداشت. ملکداری مخصوص ارب قدرت بودن و مملکت از این باب رو به ویرانی می رفت.^۱ از فواید دیگر ثبت در دفتر املاک و گزارشی که دفاتر اسناد رسمی از دفتر املاک راجع به وضعیت مالکیت می خواهند همین است که مردم امکان آگاه شدن از وضعیت ملک را قبل از معامله در یک نهاد رسمی دارند. در حالی که در مورد معاملات اسناد عادی چنین امکانی وجود ندارد. دولت می تواند مالیات ها و عوارض مربوط به ملک رسمی قبل از معامله وصول کند ولی با پذیرش سند عادی این حکمت را نیز بیهوده می کند. آن دسته از محاکم که تشریفات مقرر قانونی در انعقاد قرارداد را معتقدند و بدون رعایت آن، بیع، کامل نمی شود. بنابراین سند عادی، اساساً مملک نیست و بالتبع تاب مقابله و تعارض با سند رسمی مملک را نخواهد داشت. طبق ماده ی ۷۲ ق.ث. اسناد و املاک قراردادی که دارای سند رسمی، اعتبار کامل دارد و در مقابل همه افراد (اشخاص ثالث) قابل استفاده و استناد می باشد اما قراردادی که سند رسمی ندارد، فاقد این

^۱ - جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق ثبت، ثبت املاک، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، سال



اعتبار است. در واقع قراردادی که اعتبار کامل دارد. دارای آثار کامل از جمله تحقق حق مالکیت کامل است اما شخصی که چنین سندی را در دست ندارد با وجود این که حق مالکیت را دارد، اما حق او کامل نیست چه این که دارای اعتبار غیر کامل و آثار محدودتری خواهد بود. بنابراین شخصی که با سند عادی یا رسمی، قراردادهای معارض منعقد و حقوق دیگران را تضییع می کند، با ضمانت اجرایی جزایی مواجه می شود، دادگاه کیفری در خلال رسیدگی به این دعاوی به اسناد مذکور استناد می کند. و منتج به حکم جزایی می شود که این حکم در وضعیت دارنده ی سند رسمی مقدم یا مؤخر تاثیری ندارد و به معنی بطلان قراردادهای بعدی نیست. بنابراین فردی که با رعایت تشریفات قانونی و به موجب سند رسمی تحصیل حقی می نماید، حقی کامل را داراست که در مقابل دیگران نیز قابل استناد است. اما افرادی که با انعقاد قرارداد عادی صرفاً زمینه ای برای حق آینده ی خود فراهم می آورند، نمی توانند در مقام معارضه با حقوق کامل دیگران برآیند، این ها عقود پنهانی اند که در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نمی باشد، فلذا رویه قضایی باید سعی داشته باشد با توجه به تایید ماده ۶۲ توسط شورای نگهبان و تبدیل آن به قانون جاری در راستای اراده قانون گذار (مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ ق. ث.) چنین باوری را توسعه نماید که بیع عادی صرفاً بین طرفین قرارداد اعتبار داشته و رابطه حقوقی ایجاد شده ناشی از آن نمی تواند در ارتباط با دارنده سند رسمی موثر و قابل استناد باشد، تا بدین وسیله ضمن اعتبار بخشیدن به مفاد اسناد رسمی در تعارض با اسناد عادی، افراد را ترغیب نماید تا معاملات رسمی اموال غیر منقول را جایگزین معاملات عادی نموده و از این طریق از تضییع حقوق دارنده سند رسمی جلوگیری به عمل آید. لذا با توجه به موارد فوق



الذکر باید پذیرفت که تشریفات ثبت را در تحقق بیع الزامی بدانیم ، با توجه به عدم صحت انتقال ملک با سند عادی به انتقال گیرنده سند رهنی تنظیم جهت اختصاص تسهیلات کاملاً قانونی بوده و توسط مالک رسمی ملک تنظیم گردیده است.



منابع و مآخذ

- ۱- امینی، منصور، نقش ثبت سند در بیع مال غیر منقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ی ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸.
- ۲- امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد اول، انتشارات اسلامیه، چاپ سی و چهارم، سال ۱۳۹۲.
- ۳- انصاری، مسعود؛ طاهری، دکتر محمد علی، دانشنامه ی حقوق خصوصی، جلد اول، انتشارات جنگل و جاودانه، چاپ سوم، سال ۱۳۸۸.
- ۴- بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، جلد ششم، نشر دلیل ما، سال ۱۴۲۶ هـ.ق.
- ۵- جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، سال ۱۳۹۳.
- ۶- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوقی، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و پنجم، سال ۱۳۹۲.
- ۷- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، سال ۱۳۸۸.
- ۸- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، الفارق، جلد دوم، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و پنجم، سال ۱۳۹۲.



- ۹- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق ثبت، ثبت املاک، انتشارات گنج دانش، چاپ ششم، سال ۱۳۹۰.
- ۱۰- حاجیان، علی، نگاهی به جرایم ثبتی و جایگاه آن در حقوق جزایی اسلامی، ماهنامه کانون سردفتران و دفتریاران، سال ۱۳۴۲، دوره دوم شماره ۹، آبان ۱۳۷۷.
- ۱۱- درویش خادم، بهرام، معامله به قصد فرار از دین در حقوق اسلام و ایران با مطالعه تطبیقی، انتشارات کیهان، چاپ اول، سال ۱۳۷۰.
- ۱۲- سپهوند، امیرخان، تقریرات حقوق کیفری اختصاصی ۲، دوره ی کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم شناسی دانشکده حقوق شهید بهشتی سال ۷۳ و ۷۴.
- ۱۳- شهری، غلامرضا، حقوق ثبت اسناد و املاک، انتشارات جهاد دانشگاهی، چاپ چهل و دوم، سال ۱۳۹۴.
- ۱۴- شهیدی، دکتر مهدی، مجموعه مقالات حقوقی، انتشارات مجد، چاپ سوم، سال ۱۳۹۱.
- ۱۵- شهیدی، دکتر مهدی، حقوق مدنی ۳ تعهدات، انتشارات مجد، چاپ هیجدهم، سال ۱۳۹۳.
- ۱۶- صفایی، دکتر سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، انتشارات تهران، چاپ نوزدهم، پاییز ۱۳۹۳.



۱۷- کاتوزیان، دکتر ناصر، دوره ی مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی، انتشارات سهامی انتشار، چاپ شانزدهم، سال ۱۳۹۵.

۱۸- کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمات حقوق مدنی درس هایی از عقود معین، جلد اول، انتشارات گنج دانش، ص ۳۴.

۱۹- کاتوزیان، دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم، سال ۱۳۹۴.

۲۰- کامیار، غلامرضا، بزه معامله معارض، مجله کانون، تیر و مرداد شماره ۷، سال ۱۳۸۷.