

تحلیل فقهی حقوقی رجوع متضرر به دادگاه در ثبت فوق‌العاده

مهدی رشوند بوکانی^۱

امسان باقری^۲

چکیده

طبق ذیل ماده‌ی ۳ قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمانهای فاقد سند رسمی مصوب ۱۳۹۰، اگر برای ملکی در قالب قانون مذکور سند جدیدی صادر شود، «صدور سند مالکیت جدید مانع از مراجعه متضرر به دادگاه نخواهد بود». اکثر محاکم، رجوع متضرر به دادگاه را حمل بر دعوی عینی می‌کنند و دعوی ابطال سند رسمی را می‌پذیرند. به عقیده‌ی نگارندگان، هدف مقنن تجویز دعوی مطالبه ضرر و زیان بوده نه ابطال سند، زیرا پذیرش دعوی اخیر، اولاً؛ مخالف قاعده عام (رویکرد موجد حق عملیات ثبتی) است. ثانیاً؛ واژه‌ی «متضرر» ظهور در دعوی دینی دارد. ثالثاً؛ در موارد انتقال ملک به ثالث، تعلق حق شخص ثالث به ملک و لزوم رعایت استحکام معاملات، با دعوی عینی مغایر است، چه آنکه علاوه بر ضعف سندی لسان فقهی «اشق الاحوال»، می‌توان قائل به تخصیص ضمان ید در فرض حسن نیت خریدار در عصر حاضر شد. رابعاً؛ پذیرش تفسیر موسّع از «تلف حکمی» با تکیه بر تعدّر عرفی نیز دعوی دینی را تجویز می‌کند. نظر به مراتب فوق، ابطال سند رسمی با مبانی ثبتی صدور سند رسمی و استحکام معاملات و بناات عقلائی مغایر است. لذا پیشنهاد می‌شود با تمسک به مبانی مذکور، حق رجوع متضرر به دادگاه، از طریق دعوی مطالبه بدل تأمین شود تا از این طریق هدف قانون‌گذار که همان تعیین وضع ثبتی املاک و تثبیت اسناد رسمی می‌باشد، مخدوش نشود.

کلیدواژه‌ها: ثبت فوق‌العاده، قانون تعیین تکلیف، ضمان ید، متضرر، ابطال سند رسمی، دعوی دینی.

1. استادیار دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری، تهران، ایران،
Email: mahdirashvand58@gmail.com

2. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه علوم قضایی، تهران، ایران،
Email: ehsan_bagheri77@yahoo.com

در اصلاحات سال ۱۳۵۱ قانون ثبت و اصلاحات بعدی (سال‌های ۱۳۶۵ و ۱۳۷۰)، هدف مقنن، رفع یا کاهش اختلافات ثبتی بود، لذا مقرر شد برای تعیین وضعیت ثبتی املاکی که تا آن زمان طبق مقررات، صدور سند برای آن امکان‌پذیر نبود، سند رسمی صادر شود. بنابراین مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ به قانون ثبت الحاق شد، به خاطر مشکلات عدیده، در آذرماه ۱۳۸۳ تقاضای سند از طریق مقررات مذکور خاتمه یافت و قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی^۱ در سال ۱۳۹۰ تصویب شد که در حال حاضر نیز معتبر است.

در اصلاحات مذکور و نیز در قانون اخیر، یکی از موارد صدور سند رسمی برای دارندگان سند عادی عبارت است از احراز تصرفات مالکانه، در صورت تقاضای سند رسمی از سوی متصرف دارنده سند عادی، موضوع به هیئت حل اختلاف ثبتی ارجاع و پس از احراز تصرفات مالکانه متقاضی، مراتب به اداره ثبت اعلام می‌شود تا با رعایت تشریفات قانونی، آگهی منتشر و در صورت عدم اعتراض، طبق مقررات سند مالکیت صادر کند. در صورت اعتراض دو فرض از هم تفکیک شده است: ۱- اعتراض در موعد ۲- اعتراض خارج از موعد؛ در فرض اول، اگر ظرف دو ماه از نشر آگهی اعتراضی واصل شود، معترض به دادگاه ارشاد و اقدامات ثبتی موکول به ارائه حکم قطعی دادگاه خواهد بود. اما در فرض دوم، قانون‌گذار مقرر کرده است: «صدور سند مالکیت جدید مانع از مراجعه‌ی متضرر به دادگاه نخواهد بود». در گزاره اخیر، نحوه مراجعه‌ی متضرر به دادگاه مشخص نشده است: آیا رجوع در قالب دعوی عینی و ابطال سند رسمی ممکن است یا دعوی دینی یعنی مطالبه ضرر و زیان؟ پذیرش احتمال اول باعث می‌شود که میان ضمانت اجرای هر دو فرض تفاوتی نباشد. تفاوت نگذاشتن بین معترضی که در موعد اعتراض کرده و شخصی که خارج از موعد اعتراض کرده، منطقی و منصفانه نیست، دیگر اینکه پذیرش احتمال اول با اعتبار بخشی به اسناد رسمی املاک که یکی از لوازم مهم ایجاد نظم و استحکام در روابط حقوقی است مغایرت دارد.^۲

۱. در این نوشتار، به جهت اختصار، از این به بعد، از قانون مورد اشاره با عنوان «قانون تعیین تکلیف» یاد می‌شود.

۲. بعد از جریان اصلاحات قانون ثبت (مادتین ۱۴۷ و ۱۴۸) و قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمان‌های فاقد سند رسمی مصوب ۱۳۹۰، قانون‌گذار در ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه ششم توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ نیز در مقام حمایت و تثبیت اسناد رسمی برآمد که متأسفانه، عبارت «مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است» به واسطه ایراد شورای نگهبان، به متن ماده اضافه شد و کاربرد و هدف اصلی متن اولیه را از بین برد.

در این نوشتار با رجوع به منابع کتابخانه‌ای و با استفاده از روش نقد و تحلیل محتوایی با توسل به نامعقول بودن همسان بودن ضمانت اجرای اعتراض در مهلت قانونی و اعتراض خارج از مهلت قانونی، لزوم تفسیر معطوف به اهداف قانون‌گذار، لوازم تفسیر و تحلیل واژه‌ی «متضرر»، لزوم حمایت از حق شخص «ثالث» با حسن نیت و امکان سنجی تعدیل ضمان غاصبانه، استدلال می‌شود که پذیرش احتمال دوم یعنی پذیرش دعوی دینی ارجح است.

مبانی حقوقی و فقهی بحث

۱. نامعقول بودن پذیرش دعوی عینی پس از انقضاء مهلت اعتراض به ثبت (سقوط

حق ابطال سند بعد از پایان مهلت اعتراض)

طبق ماده‌ی ۲۲ قانون ثبت،^۱ ثبت ملک در دفتر املاک از ادله محکم مالکیت است. به موجب ماده ۲۴ قانون ثبت^۲ پس از انقضاء مدت اعتراض در ضمن عملیات مقدماتی ثبت، قانون‌گذار «هیچ گونه دعوی اعم از عینی و دینی» را نمی‌پذیرد؛ مگر اینکه فرایند ثبت عمومی با عمل مجرمانه، همراه باشد.^۳ جالب آنکه در این موارد نیز نمی‌توان متعرض ابطال سند رسمی شد؛ حتی اگر سند به نام خود مجرم باشد و تنها می‌توان بر اساس روابط طرفین مطالبه‌ی خسارت نمود زیرا قانون‌گذار با تاسیس نظام‌های ثبتی در نظر داشته تا پس از صدور سند، مالکیت و انتقال‌های مترتب بر آن حتی الامکان دستخوش تغییر قرار نگیرد و در جهت تحقق این مطلوب، مالکیت ثبت شده در قالب سند رسمی را به طور ویژه مورد حمایت قرار داده است. در تأیید این رویکرد که ثبت را مانع اقامه دعوی ابطال سند مالکیت می‌داند می‌توان به دلایل زیر استناد کرد:

۱. ماده ۲۲ قانون ثبت مقرر می‌دارد: «همین که ملکی مطابق قانون در دفتر املاک به ثبت رسید دولت فقط کسی را که ملک به ثبت رسیده یا اینکه ملک مزبور از مالک رسمی ارثاً به او رسیده باشد مالک خواهد شناخت...».

۲. ماده ۲۴ قانون ثبت مقرر می‌دارد: «پس از انقضاء مدت اعتراض دعوی اینکه در ضمن جریان ثبت تضییع حقی از کسی شده پذیرفته نخواهد شد نه به عنوان قیمت نه به هیچ عنوان دیگر، خواه حقوقی باشد خواه جزایی...».

۳. ماده ۱۱۴ این قانون نیز مقرر می‌کند: «در مورد مواد ۱۰۵ و ۱۰۶ و ۱۰۷ و ۱۰۸ و ۱۰۹ (به استثنای موارد مذکور در بند ب ماده ۱۰۸) مجرم علاوه بر مجازات مقرر برای جرم کلاهبرداری تا موقعی که به وسیله تصدیق حق مدعی خصوصی در اداره ثبت املاک یا به وسایل دیگر خساراتی را که مستقیماً به واسطه تقاضای ثبت و صدور سند مالکیت به طرف وارد آورده و مدعی خصوصی به وسیله تقدیم عرض حال مطالبه نموده و مورد حکم واقع شده جبران ننماید، در توقیف خواهد ماند...».

اولاً؛ حفظ نظام و حسن جریان امور اقتضا دارد که پس از بررسی‌های دقیق ثبتی و منقضی‌شدن مهلت اعتراض، حق اقامه دعوی ابطال سند ساقط شود زیرا باز گذاشتن باب ابطال سند در قالب دعوی عینی موجب تزلزل و بی‌اعتباری نظام ثبتی می‌شود و اشخاص نمی‌توانند به اسناد صادره اطمینان قطعی داشته باشند.

ثانیاً؛ در تحلیل ماده‌ی ۳ قانون تعیین تکلیف، پذیرش دعوی عینی مستلزم این است که میان ضمانت اجرای فرض اول و دوم تفاوتی وجود نداشته باشد. پذیرش این نتیجه مستلزم آن است که قائل شویم ابداع دو فرض توسط قانون‌گذار لغو بوده است؛ ابداع یا شناسایی دوفرض قانونی اقتضا دارد که مقنن برای هر کدام حکم جداگانه‌ای مقرر کند: در فرض اول یعنی اعتراض در مهلت، دادگاه می‌تواند در خصوص مالکیت تصمیم بگیرد بر خلاف فرض دوم که امکان آن متصور نیست. این برداشت با استدلال اول، یعنی استحکام اسناد ثبتی و تثبیت نظام املاک نیز همخوانی دارد.

ثالثاً؛ تعیین مهلت اعتراض، ظهور دارد در اینکه بعد از پایان مهلت، امتیازات یا حقوق قبلی، ساقط و منتفی می‌شود. لذا اگر در اثنای مهلت، امکان تعرض به صدور سند به نام متقاضی وجود داشته باشد، بعد از پایان مهلت، چنین امکانی وجود نخواهد داشت.

رابعاً؛ پذیرش دعوی عینی موجب بی‌اعتباری اسناد و قراردادهایی می‌شود که با اعتماد به صحت و اعتبار سند رسمی و پس از صدور سند رسمی، منعقد شده است، چنین امری موجب «بی‌اعتباری سند رسمی»، مغایر با «اصل استحکام معاملات»، سبب «افزایش هزینه‌های اجتماعی» و «کثرت و تراکم پرونده‌ها» در دادگاه‌ها و سایر مراجع می‌شود و بالاخص در تنافی با حسن جریان امور و ایجاد نظم مطلوب مورد انتظار از نظام ثبتی است که در ادامه به نحو مبسوط تری به آن اشاره خواهد شد.

نظر به مراتب فوق، استناد به ظاهر ماده در تأیید احتمال اول یعنی امکان اقامه دعوی عینی، مغایر با اصول و استدلال‌های مذکور و در نهایت بی‌اعتبار است.

با این حال، ممکن است گفته شود قانون‌گذار، علاوه بر ثبت عمومی، ثبت جدیدی تحت عنوان ثبت فوق‌العاده را اراده کرده است که هر کدام اثر حقوقی مختص خویش را دارند. بدین معنا که قانون‌گذار در اولی، پس از ثبت املاک به صورت رسمی، هیچ‌گونه اعتراضی را نمی‌پذیرد، در صورتی که در دومی، صدور سند مالکیت را مانع از اعتراض نمی‌داند. در تأیید این استدلال می‌توان به

تشریفات طولانی ثبت عمومی (فرایند چهار گانه عملیات مقدماتی ثبت املاک) اشاره کرد که در ثبت فوق‌العاده وجود ندارد.^۱ در ثبت عمومی، در خلال عملیات مقدماتی ثبت و قبل از آنکه ملکی در دفتر املاک به ثبت برسد، سه شیوه اعتراضی، تحت عنوان اعتراض به ثبت املاک، اعتراض به تحدید حدود املاک، اعتراض به حقوق ارتفاقی املاک مقرر شده که این امر خود حاکی از دقت و حساسیت بالای قانون‌گذار در فرایند ثبت عمومی املاک دارد در حالی که در فرایند ثبت فوق‌العاده، چنین دقتی وجود ندارد به طور مثال عملیات تحدید حدود یا تنوع شیوه‌های اعتراضی در ثبت فوق‌العاده دیده نمی‌شود.

چالش جدی‌تر اینکه در «قانون تعیین تکلیف» بر خلاف ماده ۱۴۷ اصلاحی، قانون تعیین تکلیف به صورت یک اراده جدید و مستقل قانونی ظاهر شده و شق متنازع فیهِه عیناً در ذیل ماده ۳ قانون مذکور آورده شده است (صدور سند مالکیت مانع از مراجعه متضرر به دادگاه نخواهد بود). لذا ممکن است گفته‌شود شق مذکور به عنوان یک قانون مستقل ماده ۲۴ ق.ث. را در خصوص اعتراض نسخ کرده است.

در پاسخ می‌توان گفت اولاً: روش احراز مالکیت موجب کاهش و اهمیت سند صادره از طریق روش فوق‌العاده نمی‌شود. ثانیاً: تدارک جبران ضرری که قانون‌گذار در ثبت فوق‌العاده تجویز کرده، عدم تساوی تشریفات را جبران می‌کند بدون اینکه به قاعده‌ی عام لطمه‌ای وارد شود. ثالثاً: تفسیر باید به گونه‌ای باشد که موجب انسجام و همگن شدن قوانین شود نه افتراق و پراکندگی آنها.

در خصوص شبهه نسخ نیز می‌توان گفت که در تعارض خاص موخر با عام مقدم، پذیرش نسخ منطقی نیست بلکه باید ابتدائاً به مقصود و مراد قانون‌گذار دست یافت و در این مسیر از اوضاع و احوال موجود، الفاظ قانون و نیز موقعیت آن مراد قانون‌گذار را کشف کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۱/۳۷۳). در قانون تعیین تکلیف، اوضاع و احوال، ناظر به ساماندهی املاک و تعیین تکلیف از طریق ثبت فوق‌العاده می‌باشد نه ایجاد تزلزل و هرج و مرج، نهایتاً لفظ متضرر و تفسیر منطقی آن اقتضا دارد که در دوران بین نسخ و تخصیص، دومی برگزیده شود.

۱. مراحل عملیات مقدماتی ثبت املاک به طور کلی عبارتند از: الف) انتشار آگهی ثبت عمومی (در راستای ماده ۹ قانون ثبت)؛ ب) انتشار آگهی ثبت مقدماتی (موضوع ماده ۱۰ قانون ثبت)؛ ج) انتشار آگهی نوبتی (موضوع ماده ۱۱ قانون ثبت)؛ د) انتشار آگهی تحدیدی (موضوع ماده ۱۴ قانون ثبت) و انجام عملیات تحدید حدود و تنظیم صورت مجلس تحدید حدود.

ثانیاً؛ باید قبول کرد قانون تعیین تکلیف یک متن استثنایی است و در تفسیر یک متن استثنایی، باید آنچنان استثنا را مضیق تفسیر نمود تا دامنه اصل و قاعده عام کمتر مورد خدشه قرار بگیرد مضافاً به اینکه نسخ عام با خاص، امری استثنایی و خلاف اصل است و حسب مقتضای قاعده‌ی عقلی و بدیهی^۱، می‌توان، آنچه رخ داده را تخصیص تلقی کرد نه نسخ.

به این ترتیب، می‌توان گفت؛ قاعده عام که نافی هر گونه اعتراض در ثبت عمومی می‌باشد، در حوزه‌ی ثبت فوق‌العاده نیز جاری است و تنها تفاوت آن عبارت است از پذیرش دعوی دینی ناظر به جبران ضرر و زیان.

رأی زیر را می‌توان به عنوان شاهی بر استدلال فوق ذکر کرد: در قسمتی از رأی صادره از شعبه ۵ دادگاه عمومی حقوقی شهرستان شهر ری به خواسته‌ی ۱. ابطال رأی صادره بر اساس ماده ۱۴۷ قانون ثبت املاک ۲. ابطال سند مالکیت صادره این‌گونه آمده است: «... در صورتی که در قسمت انتهایی بند ۶ ماده ۱۴۷ قانون گذار بیان می‌نماید (صدور سند مالکیت جدید مانع از مراجعه متضرر به دادگاه نخواهد بود) در تفسیر این بند باید بیان شود روح قانون ثبت را باید در تمام مواد آن جاری نمود و ماده ۱۴۷ نیز ماده‌ای از همین قانون می‌باشد قانون ثبت در جهت اعتبار بخشیدن به سند رسمی مال غیر منقول بوده و چه در ثبت عمومی و چه در خصوص ماده ۱۴۷ باید اعتقاد داشت پس از صدور سند رسمی دولت تنها کسی را مالک می‌داند که نام ایشان در دفتر اسناد ثبت گردیده و در صورتی که فردی ادعای حقی نسبت به مال غیر منقول پس از ثبت داشته باشد (اعتراض خارج از موعد) حق مراجعه به دادگاه را خواهد داشت اما نه از بابت ابطال سند رسمی (چرا که علت صدور سند رسمی ایجاد نظم عمومی و تحکیم روابط ما بین بوده و ابطال این اسناد مخالف نظم عمومی و باعث ایجاد تزلزل روابط ما بین افراد خواهد شد) بلکه حق مراجعه به دادگاه و حق مطالبه ضرر و زیان را خواهد داشت...»^۲.

شایان ذکر است که برخی استدلال‌های همسو با ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ و نظراتی که در این خصوص ارائه شده، از بحث فعلی این نوشتار خروج موضوعی دارد زیرا مطالب مزبور، ناظر است به معارضه اسناد عادی که «پس از صدور اسناد رسمی»

۱. «الجمع مهما امکن اولی من الطرح».

۲. به نقل از کانال تلگرامی آثار و اندیشه حقوقی و قضایی (دکتر عبدالله خدابخشی)

تنظیم می‌شود در حالی که موضوع بحث فعلی ما به مرحله صدور سند، مربوط می‌شود. وانگهی صدر ماده ۶۲ نیز موافق استدلال‌های فوق است و با تثبیت اعتبار اسناد رسمی همسویی دارد.

۲. ظهور واژه «متضرر» در دعوای دینی

در قوانین ایران تعریفی از واژه ضرر^۱ به عمل نیامده است، اما با رجوع به فقه تعاریف مختلفی از این مفهوم را مشاهده می‌کنیم^۲؛ برخی فقها صراحتاً برای تعریف این مفهوم، رجوع عرفی را تأکید می‌دارند و معتقدند: «برای مفهوم ضرر باید به آنچه در اذهان ما و اذهان عرف ارتکاز یافته است رجوع کنیم».^۳ این ارجاع عرفی در دکترین حقوقی نیز ملاحظه می‌شود و گفته شده است: «هر جا نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعت مسلمی از دست برود یا ... می‌گویند ضرری به بار آمده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۲۴۲/۱) با این وصف، کاوش‌های فقهی و دکترینی ما را رهنمون به این می‌سازد که مفهوم ضرر در اصطلاح حقوقی، به همان معنای لغوی و عرفی خویش به کار رفته است. حقیقت عرفی این کلمه نیز آنچه را در وهله اول به ذهن متبادر می‌کند لزوم جبران زیان از طریق مادی است نه جبران عینی (اعاده وضع سابق). توضیح آنکه:

اولاً: به موجب مقررات غصب در قانون مدنی، قانون‌گذار در مقام لزوم استرداد عین، واژه‌ی متضرر را به کار نبرده بلکه از لفظ مالک استفاده کرده است. بنابراین اگر قانون‌گذار در ماده ۱۴۷ اصلاحی و قانون تعیین تکلیف ضمان غاصبانه و استرداد عین را در نظر داشت می‌بایست بر مبنای سیاق مقررات عام غصب از واژه‌ی مالک اصلی استفاده می‌کرد نه متضرر.

1. damage

۲. «أن الضرر عبارة عن النقص النازل بالنفس والبدن أو المال والجاه، وليس النقص بما هو هو، نفس الضرر، بل الهيئة الحاصلة من هذا النقص هي الضرر» (نبیل الوطر من قاعده لاضرر، السبحانی، سعید؛ تقریر بحث الشیخ جعفر السبحانی، جلد ۱، ص ۵۹)؛ «ان الضرر عبارة عن فوت ما يجده الانسان من نفسه و عرضه و ماله و جوارحه، فاذا نقص ماله و...» (میرزا محمد حسین نائینی، منیه الطالب (رساله فی قاعده لاضرر)، جلد دوم، ص ۱۹۹). «عرفاً من الضرر، هو: ان الضرر عن النقص عن المرتبه التي ينبغي يكون عليها الموضوع، فالمتحصل مما ذكر ان الضرر ضد نفع، ...» (ثلاث رسائل (العدالة، التوبه، قاعده لاضرر)، تقریرات الحاجیات الدشتی، الشیخ عباس، جلد ۱، ص ۷۲)

۳. «مضافاً الی انه لیس من دأب اللغویین التعرض لخصوصیات معنی هذه اللغات اتکالاً علی وضوحها، فاللازم علینا الرجوع الی ما ارتکز فی أذهاننا و أذهان أهل العرف من معناها» (مکارم الشیرازی، الشیخ الناصر، القواعد الفقهیه، جلد ۱، ص ۵۵)؛ «فقيل ان تقابله مع النفع هو تقابل العدم و الملكة، و قيل: تقابل ايجاب و سلب، و لكن الحق أن تقابله مع النفع هو تقابل الضدين الذين لهما ثالث، و يوضح ذلك بمراجعة العرف». (الحاجیات الدشتی، الشیخ عباس، همان، ص ۷۳).

ثانیاً: به استناد قاعده «الممنوع شرعاً (قانوناً) كالممنوع عقلاً» می‌توان گفت که مقنن عاقل و حکیم، نظربه موانع موجود در قانون ثبت برای ابطال سند، از لفظ متضرر استفاده کرده تا به این ترتیب نوع دعوای مورد نظر خود را مشخص سازد چون ردّ عین و ابطال سند با مانع مادّین ۲۲ و ۲۴ قانون ثبت مواجه است، مقنن با عنایت به بخش اخیر ماده ۳۱۱ قانون مدنی، دادن بدل را ملاک قرار داده و از لفظ متضرر استفاده کرده است.

ثالثاً: هدف قانون‌گذار از وضع ماده ۱۴۷ اصلاحی و «قانون تعیین تکلیف» حل مشکل افرادی بود که مالکیت آنها از جهت اثباتی با مشکل مواجه بوده و از ثبات و استحکام کافی برخوردار نبوده است. لذا مقنن در صدد برآمده با صدور سند مالکیت رسمی به نزاع در اصل و حدود و معاملات این املاک پایان دهد به طوری که این امر در عنوان قانونی مقررات مذکور تحت عنوان «تعیین وضعیت ثبتی» آورده شده است. بنابراین هر گونه تفسیری از عبارت «مراجعه متضرر» می‌بایست در پرتو روح کلی این مقررات صورت گیرد. لذا پذیرش دعوای عینی (ابطال سند) مغایر با عنوان قانون، عبارت صدر ماده و فلسفه‌ی قانون‌گذاری و در نهایت متضمّن نقض غرضی آشکار^۱ خواهد بود.

۳. لزوم حمایت از حق شخص «ثالث» با حسن نیت در فرض انتقال ملک متنازع

فیه

خریدار با سند رسمی مشمول قاعده اقدام^۲ و مستحق حمایت کمتری است زیرا وی با انجام معامله نسبت به یک ملک ثبت نشده، ریسک انتقال‌های بعدی را خصوصاً انتقال با سند رسمی را پذیرفته است. به عبارتی در مقام ترجیح، باید از زیان‌دیده‌ای حمایت کرد که به سان یک انسان متعارف^۳ و با اعتماد به سابقه‌ی ثبتی، به موجب سند رسمی معامله کرده است چون چنین شخصی در چارچوب منطقی و به امید حمایت قانونی، قرارداد بسته است بر خلاف خریدار اول که خلاف این رویکرد و تشریفات حرکت کرده است.

۱. کلّ شیء تضمّن نقض غرض أصل مشروعیه الحکم بحکم بطلانه (جواهر الکلام، ج ۳، ص ۲۰۲).

۲. «الاقدام مسقط للضمان»

با این وصف، اگر دعوای ابطال سند رسمی پذیرفته شود، خریدار رسمی با حسن نیت (مغرور) که در هنگام انعقاد معامله، ارزش روز ملک را به فروشنده (غار) پرداخته است با رجوع به غار، تنها می‌تواند ثمن و خسارات خویش را مطابق با مقررات ضمان درک دریافت کند زیرا به موجب رأی وحدت رویه‌ی اخیرالذکر و با توجه به تورم لجام گسیخته حاکم، جبران خسارات وی کمتر از ارزش روز ملک می‌باشد. به این ترتیب، در این غائله، شخصی که استحقاق حمایتی وی از همه بیشتر بوده (مغرور) تاوان بیشتری می‌دهد در حالی که خریدار اول با اینکه مشمول قاعده‌ی اقدام بوده و منطقاً باید از حمایت کمتری برخوردار شود به عین ملک خود رسیده است. فروشنده (غار) نیز با پرداخت ثمن و کاهش ارزش آن، خود را از این مخمصه رها کرده است.

در مقابل استدلال‌های فوق می‌توان گفت که تضرر خریدار رسمی پیامد طبیعی صحت معامله با سند عادی و حمایت از مالک در چارچوب مقررات غصب است. اما به نظر می‌رسد که مقنن در وضع قواعد جدید ثبتي از برخی رویکردهای باب غصب عدول کرده: کسی که بدون توجه به نظامات و مقتضیات نظم جدید با علم و اطلاع از خطر به آن اقدام می‌کند، نباید از نتایج آن برکنار باشد.^۱ استناد چنین شخصی به مقررات غصب و درخواست حمایت در واقع نوعی نقض غرض نسبت به مقررات ثبتي است به این ترتیب، برای حفظ نظم و ایجاد اطمینان و استحکام در معاملات باید از «تسامح» در برخورد با افراد لایابالی پرهیز و به سمت «شدت» حرکت کرد (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۳۴۷). از سوی دیگر در نظم مبتنی بر نظام ثبتي باید از شخصی حمایت شود که در چارچوب مقررات ثبتي حرکت کرده نه شخصی که این مقررات را نادیده گرفته است. علاوه بر این استدلال‌ها که نسبت به مقررات غصب و در حکم غصب جنبه بیرونی و عارضی دارد باید بررسی شود که آیا حکم فوق را می‌توان در چارچوب رویکرد فقهی نیز توجیه و تبیین کرد یا نه. در ادامه این امر مورد بررسی قرار خواهد گرفت:

۱. «قد اعذر من حذر». الکافی، جلد ۷، ص ۲۹۲

۳-۱. بررسی فقهی عدم شمول قاعده ضمان ید نسبت به خریدار با حسن نیت

طرح این بحث از این رو ضرورت دارد که اعتبار بخشیدن به نظامات و حمایت از اشخاص با حسن نیت مبتنی بر ضرورتهای عرفی اجتماعی و اقتصادی است؛ اما از نظر فقها، این استدلالها به خودی خود یارای معارضه با احکام و قواعد غصب نخواهد داشت. لذا باید دید که آیا می‌توان در چارچوب قواعد غصب نیز به چنین نتیجه‌ای دست یافت؟ به نظر می‌رسد عدم پذیرش دعوی ابطال سند و خلع ید و بسنده کردن به دعوی مطالبه قیمت، در پرتو تعدیل^۱ و واکاوی مجدد^۲ مقررات فقهی غصب امکان‌پذیر است.

به نظر نگارندگان استناد به «علی الید» و «کل مغضوب مردود»، برای شمول قاعده ضمان ید نسبت به خریدار با حسن نیت، صحیح نیست زیرا اولاً؛ احادیث وارده به دلیل ضعف سند آنها مورد قبول نیستند و لذا به اعتقاد بسیاری از فقهای امامیه، مبنای حکم استرداد مال غصبی، بنائات عقلائی است. این بنائات، در مانحن فیه دلالتی بر لزوم استرداد عین مال ندارد. ثانیاً؛ بر فرض صحت سند روایات مزبور، می‌توان بنائات عقلائی را به عنوان مخصص در نظر گرفت. برای اثبات این مطلب ابتدا در خصوص بی‌اعتباری سند این احادیث و سپس درباره امکان تخصیص آنها به استناد بنائات عقلائی سخن گفته خواهد شد:

۳-۱-۱. ضعف سند حدیث علی الید و کل مغضوب مردود و لزوم استناد به بنائات عقلائی

فقهای امامیه برای اثبات شمول «قاعده ضمان ید» نسبت به جاهل، به اطلاق و عمومی که در روایات مربوط به ضمان دیده می‌شود استناد کرده‌اند. فقها از الحاق حکمی «مقبوض به عقد فاسد» به غصب سخن گفته‌اند و مشهور لزوم استرداد عین را بر ذمه‌ی وی روا داشته‌اند ولو اینکه مستلزم هدم بنا و یا اتلاف مال غاصب باشد (نجفی، ۱۳۶۲: ۷۷/۳ و ۷۶؛ حرعاملی، ۱۴۰۸: ۳۸۸/۲۵؛ کاشف الغطاء، ۱۳۸۱: ۱۴۵۷/۱) چرا که معتقدند با غاصب می‌بایست «باشق الاحوال» برخورد شود و ادله نفی حرج و ضرر از غاصب انصراف دارد (خمینی، ۱۴۲۱: ۵۱۱/۲)، (نائینی، ۱۴۱۸: ۱۴۸/۲)، (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۱۸۷/۲).

اما در خصوص تمسک به اطلاق دلیل و نیز استناد به قاعده اخیرالذکر تردیدهایی وجود دارد (طوسی، ۱۴۱۷: ۳۳۷/۱ الی ۳۳۹). لذا برخی این پرسش را مطرح کرده‌اند که آیا متصرفی (خریداری) که از

1. modification
2. revision

تعلق حق غیر آگاه نبوده و با حسن نیت اقدام نموده ملحق به غضب است؟ یا اینکه چون نیت غضب و عدوان نبوده، دلیلی بر سخت گیری وجود ندارد و در هنگام دوران احکام دشوارتر و سهل تر باید جانب قدر متیقن را گرفت؟ (خدابخشی، ۱۳۹۷: ۳۵۰).

اگر مبنای «ضمان ید»^۱ را حدیث «علی الید» بدانیم اطلاق آن اقتضا دارد که تصرف در مال غیر را اعم از اینکه عالماً باشد یا از روی جهل، موجب ضمان بدانیم بدین معنا که هر دو در ضمان مدنی مشترکند و این امر فقط در ضمان کیفری شان می تواند موثر در مقام باشد (محقق داماد، ۱۳۹۸: ۹۴ و ۹۵) اما در مسئله «تعاقب ایادی» - که ذیل قاعده‌ی مذکور مطرح می شود - برخی فقها در امکان رجوع به متصرف بعدی چنانچه جاهل یا مغرور بوده باشد، تردید کرده اند؛ صاحب جواهر پس از آنکه با استناد به عموم مفاد حدیث «علی الید» و «کل مغضوب مردوه»^۲ و ظاهر عدم تقييد در ایادی متعاقبه، اعتقاد خویش را به اقتضای عدم فرق بین جاهل و عالم بیان می کند از شبهه مقدس اردبیلی نسبت به این قضیه یاد می نماید؛ چرا که به زعم وی، جاهل مغرور مشمول در حدیث مذکور که صحت و درستی آن در نزد فقهای امامیه معلوم نیست نمی گردد؛ زیرا که وی معتقد است چنین شخصی غاصب حقیقی نیست و اگر غاصب می بود شارع وی را گناهکار می دانست در حالی که این چنین نیست بنابراین می بایست ادله ضمان غاصب را از چنین شخصی منصرف دانست.

صاحب جواهر در پاسخ می گوید: «ضعف سند و عدم تواتر این حدیث با عمل فقها به مفاد آن جبران شده است (شهرت فتوایی)^۳، مضافاً به اینکه نصوص مطلق «کل مغضوب مردود» جاهل مغرور را نیز شامل می شود زیرا به هر حال مال مغضوبی را در اختیار دارد که باید به مالک اصلی آن مسترد شود اگرچه وی غاصب به مفهوم خاص نباشد. النهایه اینکه اگر جاهل مغرور مشمول حکم تکلیفی نمی باشد مقتضی آن نیست که وی را داخل در حکم وضعی ندانیم (نجفی، --: ۳۷ / ۳۵ ۳۴). صرف نظر از اینکه قاطبه فقهای امامیه نص مذکور را ضعیف السند می دانند و معتقدند حدیث «علی الید» نیز

۱. مدرک و مستند روای قاعده «ضمان ید»، حدیث مشهوری از لسان رسول اکرم (ص) می باشد که می فرمایند: «علی الید ما اخذت حتی تودیة».

۲. ر.ک: وسائل الشیعه، جلد ۶ ص ۳۶۵، حدیث ۴، باب ۱ (از ابواب انفال).

۳. این روایت از نظر سند، عند الفریقین - هم از منظر فقهای امامیه و اهل سنت - صحیح نبوده و همه نسبت به ضعف آن اتفاق نظر دارند؛ زیرا ناقل حدیث از پیامبر اکرم (ص) سمره بن جندب است که سوابق بسیار سوئی در تاریخ اسلام دارد، لذا از این جهت بوده که مقدس اردبیلی به دنبال «جرح» راوی حدیث «علی الید» بوده است.

در کتب معتبره شیعه نقل نشده است و تنها در کتب فقهی به نحو ارسال آمده است (ایروانی، ۱۴۱۸: ۱۳۷/۲)، (خمینی، ۱۳۹۲ ه. ش: ۲۵۰/۱)، (آصف محسنی، ۱۳۸۲: ۲۲۰/۱). به نظر می‌رسد ادعای جبران ضعف سند با عمل مشهور نیز نادرست است^۱ چون عمل مشهور حجیت‌آور نیست؛ همان‌گونه که اعراض آنها موجب ضعف نخواهد بود (توحیدی، ۱۴۱۷: ۸۸). بنابراین از آنجا که دلیلی بر حجیت خود شهرت نیست و در نتیجه غیرحجت نمی‌تواند موجب تقویت (روایت ضعیف) باشد. لذا بایستی پذیرفت مهم‌ترین دلیل بر ضمان ید «سیره عقلا» است (گرچی، ۱۳۶۶: ۶۴).

۲-۱-۳. تخصیص خوردن قاعده ضمان ید در فرض مشتری جاهل به غصب (با حسن نیت)

سیره عقلایی که می‌تواند دلالت و حجیت ضمان ید را برای ما اثبات کند خود می‌تواند به فراخور مقتضیات عصر حاضر مخصّص آن باشد: تخصیص ادله‌ی نقلی به وسیله‌ی سیره عقلایی یکی از وجوه اعتبار ذاتی آن می‌باشد که در عصر حاضر مورد پذیرش فقهای متعددی قرار گرفته است، (طباطبایی، بی‌تا: ۲۰۶/۲)، (خمینی، ۱۴۱۸: ۸۱ و ۸۰/۱)، (منتظری، ۱۳۹۴: ۲۳) مراد از سیره‌ی عقلایی مخصّص، بنایی عقلایی است که ناظر به مسائل مستحدثه به وجود آمده است؛ توضیح آنکه زندگی در عصر حاضر لوازمی دارد و عقلا هم به آن لوازم تن داده‌اند بنابراین قانون‌گذاران همواره تلاش کرده‌اند لوازم عقلایی زمان خویش را بشناسند و به آن شکل قانونی بدهند (واعظی، ۱۳۷۴: ۶۳/۹).

یکی از این بناهای عقلایی عبارت است از «نظام‌های ثبت املاک». در واقع، عقلا برای دستیابی به امنیت معاملات املاک (برقراری ثبات وضعیت حقوقی املاک) و ایجاد اعتماد و اطمینان در معاملات ملکی، این نظامات را برقرار کرده‌اند. از این موارد عقلایی که در طول ادوار حاکمیت‌های مختلف، به جهت پاسخگویی به نیازهای رو افزون جوامع شکل قانونی پیدا کرده‌اند، نمونه‌های زیادی را می‌توان یافت مثل قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان مصوب یا قانون کار.

در خصوص حجیت این بنائات، برخی فقها گفته‌اند شارع واجد دو حیثیت است: ۱- حیثیت شارعیت ۲- حیثیت عاقلیت، با لحاظ حیثیت عاقلیت، شارع مقدس در هر بنای عقلایی وارد است زیرا که وی از عقلا بلکه رئیس عقلاست بنابراین از این حیث، شارع در تایید سیره‌های عقلایی اتحاد

۱. إن مخالفة المشهور مشكل و موافقتهم من غير دليل أشكل، و الله العالم بحقائق أحكامه. (همدانی، آقا رضا، مصباح الفقيه، ج ۸، ص ۳۵).

مسلک دارد و نمی‌تواند مصالح و مفاسد عقلایی را نادیده بگیرد و بر خلاف آن حکم نماید. بر این اساس در پرتو اصل موافقت شارع با سیره‌های عقلایی، عدم احراز ردع برای اثبات حجیت سیره‌های عقلایی کافی است». (اصفهانی، ۱۳۷۴: ۲/۲۳۲). اینکه عدم احراز ردع شارع چگونه به دست می‌آید بر می‌گردد به ملاکی که در اکثریت سیره‌های عقلایی وجود دارد اعم از آنکه متصل به عصر شارع باشند یا ناظر مسائل مستحدثه به وجود آمده باشند این ملاک همان ضرورت حفظ نظام است. وجود این ملاک نه تنها عدم احراز ردع شارع را برای ما مسجل می‌سازد بلکه مشخص می‌کند همه‌ی سیره‌های عقلایی ناظر به این ضابطه، که مورد اهتمام قانون‌گذاران قرار گرفته‌اند به طور قطع کاشف از رضایت شارع خواهند بود:

امروزه عقلا به یقین می‌دانند: «تضمین امنیت معاملات حقوقی» در خصوص املاک و برقراری «نظم حقوقی» در این حوزه یکی از بارزترین مصادیق «نظم‌عمومی اقتصادی» جوامع می‌باشد (طباطبایی حصار، صادقی مقدم، ۱۳۹۴: ۶۷۷). از طرفی ایشان نیز می‌دانند نظر به وضعیت فعلی جوامع و نیز ماهیت تعرض‌پذیر اسناد عادی، معاملات ملکی با سند عادی نتیجه‌ای جز تزلزل معاملات و بازشدن راه سوء استفاده در روابط حقوقی اشخاص در پی نخواهد داشت. بنابراین جهت احتراز از این آثار سوء، عقلای جامعه به این نتیجه رسیده‌اند که در وضعیت فعلی جوامع، «نظام‌های ثبتي املاک» و قواعد حاکم بر آنها، بهترین سازو کار برای حفظ حقوق اشخاص به خصوص اشخاص ثالث با حسن نیت می‌باشد.

در این صورت، بی‌شک، شارع هم این ضابطه را می‌پذیرد زیرا صرف عقلایی بودن یک سیره کافی است تا مورد تایید شارع باشد: «صرف سکوت شارع نسبت به سیره‌های مستحدث به معنای عدم اعلام نظر نیست بلکه به این علت است که مثل قانون‌گذاران حضور مستمر ندارد تا سیره‌های جدید را وارد شریعت نماید. همان طور که شارع در زمان تشریح نه تنها در مقابل هیچ سیره‌ی عقلایی نایستاد بلکه با عمل و سخن خود به تایید آنها پرداخت و مثل قانون‌گذارن مشی نمود. اگر امروز هم تشریح ادامه داشت به همین سبک ادامه می‌یافت و نه تنها در مقابل سیره‌های مستحدث نمی‌ایستاد بلکه آنها را با عمل و سخن خود تایید می‌کرد». (منتظر قائم، همان: ۱۰۶).

با اثبات اینکه شارع با قانون‌گذاران در تایید سیره‌های عقلایی جدید متحد‌المسلک می‌باشد، مسلماً صحبت از نقش مخصّص گونه‌ی آنها دشوار نیست؛ زیرا تخصیص ادله نقلی به وسیله سیره عقلا

یکی از آثار اعتبار ذاتی ایشان می‌باشد (منتظر قائم، همان: ۱۳۰) که می‌توان با توسل به آن، مدلول برخی از نصوص و احکام را در قلمروی واقعیات اجتماعی مضیق نمود (صدر، ۱۴۱۷: ۱۶۲-۱۶۶). در همین راستا، با رجوع به قوانین موضوعه‌ی نظام حقوقی ایران روشن می‌شود که قوانین متعددی در دهه‌های اخیر بر چنین پایه‌ای تصویب شده است مثل مقررات قانون کار و برابری دیه زن و مرد در تبصره ماده ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲^۱، ماده ۱۰ قانون بیمه اجباری شخص ثالث مصوب ۱۳۹۵^۲ و درنهایت رأی وحدت رویه شماره ۷۷۷^۳ مصوب ۳۱ اردیبهشت ۱۳۹۸ که اکنون صندوق تامین خسارت‌های بدنی را مکلف به پرداخت مابه‌التفاوت دیه کلیه‌ی جنایات علیه زنان اعم از نفس یا اعضا می‌داند. اینها به وضوح حکایت از بنای عقلایی متأثر از سیره‌های جدید دارند که هم اکنون علاوه بر شکل قانونی خویش در مقام تخصیص یا نسخ ضمنی آرای فقهی سنتی نیز برآمده‌اند.

به این ترتیب در تعارض اطلاق و شمول حکم «علی الید» با حکم خاص عقلا در خصوص نظام‌های ثبتي (نظام‌های ثبتي) باید خاص را مقدم دانست و قائل به تخصیص شد (منتظری، ۱۳۹۴: ۲۳). با این وصف، نظر به مبانی تاسیس «نظام‌های ثبتي» در روزگار مدرن که یک از آنها حمایت از حقوق اشخاص ثالث می‌باشد می‌بایست در شرایط فعلی قائل به تخصیص «ضمان ید» به نفع حقوق اشخاص مذکور شد و حق رجوع مالک را منصرف از تصرفات اشخاص با حسن نیت دانست که با اعتماد به سوابق ثبتي ملک، معامله کرده‌اند.

۱. تبصره ماده ۵۵۱ قانون مجازات اسلامی: «در کلیه جنایاتی که مجنی علیه مرد نیست، معادل تفاوت دیه تا سقف دیه مرد از صندوق تامین خسارت‌های بدنی پرداخت می‌شود».

۲. طبق این ماده «بیمه گر مکلف است در ایفای تعهدات مندرج در این قانون خسارت وارده به زیان دیدگان را بدون لحاظ جنسیت و دین تا سقف تعهدات بیمه نامه پرداخت نماید. مراجع قضایی موظف‌اند در انشای حکم پرداخت دیه، مبلغ مازاد بر دیه موضوع این ماده را، مبلغ مازاد بر دیه موضوع این ماده را، به عنوان بیمه حوادث درج کنند».

۳. مفاد رأی وحدت رویه ۷۷۷ به شرح آتی است: «با عنایت به مفاد ماده ۲۸۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در نحوه تقسیم‌بندی جنایات علیه نفس یا عضو یا منفعت و عمومیت مقررات تبصره ذیل ماده ۵۵۱ این قانون، نظر به اینکه مکلف شدن صندوق تأمین خسارت‌های بدنی به پرداخت معادل تفاوت دیه اناث تا سقف دیه ذکور امتنانی است لذا در کلیه جنایات علیه زنان، اعم از نفس یا اعضا، مابه‌التفاوت دیه مربوط به آنان، باید از محل صندوق مذکور پرداخت شود و بر این اساس آراء دادگاه‌های تجدیدنظر استان‌های لرستان و گلستان در حدی که با این نظر انطباق دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌گردد. این رأی به استناد قسمت اخیر ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها و سایر مراجع اعم از قضایی و غیر آن لازم‌الاتباع است».

۲-۳. عدم دلالت قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال» بر لزوم استرداد مال مغضوب

توسط خریدار با حسن نیت

حال باید دید که آیا مانعی به نام قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال» در راه معاف دانستن خریدار با حسن نیت از ضمان وجود دارد؟

عبارت «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال» که در آثار فقهی آمده، بیشتر جنبه کیفی و دلالت بر مجازات غاصب دارد (صفایی، رحیمی: ۱۳۹۷: ۳۳) اما این کلام فقهی در دایره ضمان مدنی نیز رسوخ کرده و معمولاً در دوران تراحم منافع مالک اصلی با غاصب، مؤید سیاست قانون‌گذار^۱ و بعضاً صدور آرای قضایی^۲ نیز قرار می‌گیرد. لذا تبیین قلمروی دقیق آن ضروری می‌نماید.

صاحب جواهر در ردّ نظر شافعیه که معتقدند اگر استرداد مال مالک مستلزم اتلاف مال غاصب باشد می‌بایست بدل داده شود استدلال می‌کند که باید با غاصب به سخت‌ترین شیوه برخورد شود (نجفی، ۱۳۶۲: ۷۷/۳۷ و ۷۶) و به روایت امیرالمومنین می‌کند که فرموده‌اند: «الحجر الغصب فی الدار رهن علی خرابها» (حرعاملی، ۱۴۱۴: ۳۸۶/۱۸) برخی فقها فراتر از این رفته‌اند و معتقدند حتی اگر مالک غاصب را از ضمان بری کند وی امانی نخواهد شد (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۱۷/۲). موارد مذکور مصادیق انعکاسی از قاعده‌ی شدت یا سخت‌گیری نسبت به غاصب می‌باشند ولیکن با کاوش در متون فقهی می‌توان دریافت که فقه‌های دیگری نیز بر حجیت این قاعده صحه گذاشته و در مباحث گوناگون خویش به آن استناد کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۰۳: ۱۱۷/۱۵؛ الحسینی العاملی، ۱۴۱۹: ۱۲/۱۴؛ خمینی، ۱۳۹۲: ۴۶۲/۱ و ۵۲۹).

۱. ماده ۳۱۵ قانون مدنی: «غاصب مسئول هر نقص و عیبی است که در زمان تصرف او به مال مغضوب وارد شده باشد هر چند مستند به فعل او نباشد».

۲. در قسمتی از رأی صادر شده از شعبه اول دادگاه عمومی بخش صوفیان به شماره ۹۷۰۹۹۷۴۱۴۵۰۰۲۳۱ مورخ ۱۳۹۷/۳/۱۷ در خصوص اعلام بطلان معامله و استرداد ثمن معامله چنین مقرر می‌دارد: «... علم و جهل با بایع فضولی نسبت به تعلق مال به غیر تاثیری بر حق مراجعه مشتری به وی جهت مطالبه ثمن و غرامت ندارد و قانوناً در حکم غاصب است... و چون در حکم غاصب و مشمول قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال» است...». (به نقل از کانال تلگرامی آرای قضایی): اگرچه رأی مذکور ناظر به رابطه مشتری جاهل با بایع فضولی است که خود نیز مغرور واقع شده است و این امر از منظر دادگاه نیز گذشته است ولیکن همان گونه که دیدیم دادگاه با اشراف به اینکه ضمان بایع (ولو جاهل) در برابر خریدار جاهل ناشی از قاعده «غرور» است، نه غصب؛ وی را همچنان داخل در شمول قاعده «شدت» می‌داند.

تبع در متون فقهی نشان می‌دهد که مقبوض به عقد فاسد را به احکام غصب محلق کرده‌اند حتی در مواردی که متصرف اطلاعی از بطلان معامله ندارد و به عدم استحقاق خود جاهل باشد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۲۱۰/۵). به نظر می‌رسد دلیل این الحاق، وحدت حکمی است که در احکام غصب و بیع فاسد وجود دارد: غیرقانونی بودن در تصرف؛ در هر دو استیلا و تصرف در ملک دیگری و بدون مجوز شرعی و قانونی وجود دارد. اما پرواضح است بین غاصبی که به عدم استحقاق خود «جاهل» است با غاصبی که با «علم» به عدم استحقاق خود، «عامداً» بر ملک غیر مستولی می‌شود از حیث عنصر معنوی تفاوت وجود دارد. همین تفاوت روانی خود می‌تواند آغازگر بحثی نوین باشد بدین معنا که آیا این تمایز را فقط باید در روابط بین حرج» به عنوان یک حکم ثانویه بر احکام اولیه تقدم دارد؛ چرا که ایشان معتقدند ادله‌ی نفی حرج و ضرر در جایی است که شخص عمداً خود را در وضعیت مذکور قرار ندهد، در صورتی که در رابطه با غاصب (متصرف عدوانی) مسلم است که قاعدی اقدام، سبب انصراف ادله «نفی حرج و ضرر» از وی می‌شود و دلیلی برای حمایت از او وجود ندارد (مکارم شیرازی، ۱۳۷۰: ۱۰۹/۱). بنابراین می‌توان از دیدگاه مذکور به نفع جاهل مغرور استفاده کرد و معتقد بود بر مبنای این دیدگاه، گسترش مسئولیت مطلق به متصرف جاهل به عدم استحقاق خود، مبنای نظری روشنی ندارد؛ زیرا همان‌گونه که سابقاً ذکر شد ۱- خریدار جاهلی که بر مبنای رفتار انسان متعارف عمل کرده و مغرور فروشنده مسئول گردیده است مشمول قاعده اقدام نمی‌باشد تا انصراف ادله‌ی «نفی حرج و ضرر» برای وی لحاظ شود. ۲- شمول قاعده عسر و حرج نسبت به خریدار جاهل دور از ذهن نخواهد بود؛ وقتی که وی در دریافت کامل غرامات خویش از فروشنده مسئول ناکام می‌ماند و در نتیجه ضرر هنگفتی به وی وارد می‌آید، ضرری که به مقتضای وضعیت رفتاری‌اش اصلاً مستحق آن نیست. بنابراین اکنون که سبب تعسر جاهل مغرور موجود و مانع اجرای قاعده نفی حرج مفقود می‌باشد، دلیلی برای عدول از این مقتضای عقلی و بدیهی وجود ندارد و می‌بایست به مقتضای قواعد اولیه بازگشت و رد عین مغصوبه را به جهت تقدم دلیل نفی حرج بر احکام اولیه، از دوش وی برداشت.

رابعاً و در آخر، دور از ذهن نخواهد بود؛ اگر بگوییم سیاست حقوقی قضایی شارع باعث شده تا فقها در استنباط‌های خویش، در حالتی که حکمی دایر مدار شدت و مدارا بوده هر گونه تجویز را در پرتو این سیاست شارع به عمل بیاورند و در نتیجه‌ی این برآیند و جمع شدن احکام سخت‌گیرانه بوده

که باعث شده است لسان فقهی شدت به مرور زمان در نظر فقها مسلم نماید. «تشکیک» و تردیدی که برخی نویسندگان از قبل نسبت به این قاعده روا داشته‌اند و معتقدند اگر عبارت «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال» اصالتی فی نفسه داشته باشد و احکام مصرح غصب از آن ناشی شده باشد می‌بایست در دوران مذکور قاعده شدید تر که غاصب را بیشتر محدود می‌کند و به سود مغضوب منه (مالک) تمام می‌شود اعمال نمود اما اگر قاعده شدت منشا احکام غصب نباشد بلکه خود منتج و برآیند این احکام باشد دلیلی بر اعمال شدت و سخت‌گیری بر غاصب وجود ندارد که در نهایت ایشان نیز با واکاوی در منابع فقهی، فرض اخیر و اثر ناشی از آنرا مورد تایید خویش قرار دادند. در نتیجه استنباط حکم شرعی یا قانونی با تکیه بر این قاعده را دور از احتیاط دانسته‌اند. (خدابخشی، همان، ۳۵۰). بنابراین سزاوار است ما نیز در بحث حاضر در پرتو این احتیاط حرکت کنیم؛ احتیاطی که ما را رهنمون به این می‌سازد که قدر متیقن در تشدید مسئولیت را حالتی بدانیم که غاصب به معنای حقیقی باشد و موارد «مقبوض به عقد فاسد» را که متصرف اطلاعی از بطلان ندارد مبنایی ندارد تا لزوماً حق مالک را مقدم بدانیم و در موارد تردید صرفاً اندیشه گر حقوق او باشیم.

۴. «تلف حکمی»^۱

به عنوان آخرین بحث در باب موانع دعوای عینی، می‌توان به تغییر «صورت عرفی ملک» اشاره کرد؛ زمانی که مالک اصلی مانع تسلیم ملک خویش را علاوه بر اخذ سند رسمی و انتقال نزد ثالث در انقلاب صورت عرفی آن می‌بیند؛ مانند احداث واحدهای ساختمانی یا تغییر کاربری اراضی.^۲ به طوری که شاید از نظر گاه وی نیز بگذرد که اعاده وضع ملکش به حالت سابق «تکلیف بما لایطاقی» که می‌بایست بر دوش طرف مقابل و به خصوص دادگاه بگذارد. البته که ظرفیت کنونی مقررات غاصبانه همسو با مطلوب مالک می‌باشد و چه بسا آن ناممکنی که در اندیشه خواهان تا حدودی ثابت می‌باشد از منظر قانون و قواعد سنتی شدنی باشد. از عمومات غصب و ماده ۱۶۴

۱. اگرچه در ماده ۱ قانون تعیین تکلیف، از صدور سند مالکیت برای ساختمان‌های احداث یاد شده است و صحبت از عرصه مسکونی نکرده است ولیکن لازم به ذکر است رویه عملی هیئت‌های حل اختلاف موضوع این قانون بدین منوال است که برای عرصه‌های مسکونی در صورت تحقق شرایط، سند مالکیت صادر می‌کنند، مضافاً به اینکه اصلاح این ماده از حیث مذکور در قالب طرح در دستور کار مجلس شورای اسلامی قرار دارد.

۲. تبصره ۱ ماده ۱ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغها: «تشخیص موارد ضروری تغییر کاربری اراضی زراعی و باغها در هر استان به عهده کمیسیونی مرکب از رئیس سازمان جهاد کشاورزی، مدیر امور اراضی، رئیس سازمان و شهر سازی و ... می‌باشد».

قانون آیین دادرسی مدنی^۱ روشن است که اگر کسی در زمین «دیگری» احداث بنا یا غرس اشجار کند مالک زمین می‌تواند قلع و قمع بنا را درخواست نماید.

اما به راستی این رویکرد در عصر حاضر که روابط اجتماعی-اقتصادی مردم دستخوش تحول قرار گرفته است هم چنان قابل اجراست؟ چگونه می‌توان همچنان پایبند به اجرای خلع ید به چنین وجهی ناگواری بود، وقتی کیفیت تصرفات اشخاص در روزگار مدرن، قابل مقایسه با عدوانی که در فقه مطرح شده است، نمی‌باشد؛ در بسیاری از موارد تصرفات غاصبانه کنونی، علت تصرف در ملک غیر، ناشی از اشتباه در جانمایی‌های ملک از جانب سازنده همچون پیمانکاران یا سازمان‌های ذی ربط می‌باشد، آیا در این موارد نیز خلع ید مستلزم هیئت ناگوار قلع بنا می‌باشد؟ آیا تامین حق مالک لزوماً از مجرای دعوای عینی ممکن است؟ اگر پاسخ منفی است؛ چگونه می‌توان دعوای او را تبدیل به دعوای دینی کرد وقتی مقررات غاصبانه در در وهله اول لزوم استرداد عین را بر ذمه غاصب روا می‌دارند؟

مسئلاً «تلف حکمی» نهادی است که می‌تواند یاری گر ما در ارائه راهکار به مسائل فوق باشد مشروط به آنکه مفهومی موسع از تلف حکمی، در مقایسه با آنچه در فقه و قانون است مدنظر باشد چه آنکه در نظر مشهور فقها در کتاب غصب، تلف حکمی اساساً ناظر به مواردی است که ذات و ماهیت مال تغییر یافته است مثل اختلاط و امتزاج (خویی، بی تا: ۲۱۹/۳) یا مواردی مثل عدم امکان دسترسی به مال نظیر غرق شدن در دریا و در کل مواردی که عادتاً امکان استرداد عین وجود نداشته باشد (بجنوردی، ۱۴۲۴: ۵۱۴/۳). قانون‌گذار نیز به تبع از نظر مشهور فقها اساساً چیزی به نام تلف حکمی به این معنا که اگر عین مالی به دیگری منتقل شده باشد، امکان اعاده نباشد قبول ندارد ولو آنکه قائم به مستحذات اعیانی باشد. قانون‌گذار بر مبنای منطق قواعد غصب معتقد است: عرصه مغضوبه ولو آنکه مورد نقل و انتقالات ایادی قرارگیرد و قائم به مستحذات غاصب باشد در هر حال موجود است و قابلیت تفکیک و جدا شدن دارد بنابراین می‌توان با قلع ساخته‌های غاصب،

۱. «هر گاه در ملک مورد تصرف عدوانی، متصرف پس از تصرف عدوانی، غرس اشجار یا احداث بنا کرده باشد، اشجار و بنا در صورتی باقی می‌ماند که متصرف عدوانی مدعی مالکیت مورد حکم تصرف باشد و در ظرف یک ماه از تاریخ اجرای حکم، در باب مالکیت به دادگاه صلاحیت دار دادخواست بدهد».

عرصه را به مالک اصلی مسترد کرد و از این حیث تلف حکمی موضوعیت پیدا نمی‌کند (مواد ۳۱۱ و ۳۱۳ قانون مدنی).

با این وصف اگر بتوان مفهومی از تلف حکمی را قبول کرد که به موجب آن همین که دسترسی عرفی به مال دشوار شد آن مال در حکم تالف محسوب شود این امر می‌تواند از حیث مبنایی در بحث حاضر راهگشا باشد، خصوصاً آنکه می‌توان در فقه قرائن و مستندات را یافت که فقها در مقام ارائه معیار عدم دسترسی بیشتر تکیه بر تعذر عرفی دارند تا عقلی. برخی فقها بیان می‌دارند؛ اگر رد مال مغضوب موجب ضرر مالی بزرگی شود و به هزینه تخریب بنایی عظیم تمام شود، التزام به این امر مشکل خواهد بود. انصاف نیز مقتضی آن است که از این کار دست کشید به گونه‌ای که اگر تعذر دائمی باشد می‌توان آنرا در حکم تالف دانست و در صورت تعذر موقت بدل حیلولة. (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۹۵/۴) ناگفته نماند ایشان این قضیه را در ذیل صورتی مطرح کرده‌اند که لزوم استرداد عین موجب ضرر به مال غاصب باشد و نه تنها اموال شخص غیر غاصب. از طرفی صاحب مکاسب نیز در ثبوت بدل حیلولة مراد از تعذر وصول را تعذر عرفی دانسته است نه عقلی (خویی، همان: ۲۱۱). این یعنی آنکه مفاهیمی همچون تعذر و دسترسی حقیقت شرعی و متشرعه ندارند تا مانع از استناد رویه قضایی به «تلف حکمی» شود بلکه همان‌طور که برخی نویسندگان نیز اشاره کرده‌اند در موضوعات مستنبطه عرفی می‌بایست رویه قضایی را مستقل از برداشت خاص هر فقهی دانست (خدابخشی، ۱۳۹۸: ۱۰۳). جالب آنکه تعریفی که در فقه از «تلف حکمی»^۱ به عمل آمده است نیز این احتمال را تقویت می‌نماید.

همچنین ظاهراً ابوحنیفه و یکی از شاگردانش در موارد سخت شدن رد عین مال مغضوب، به مالیکت غاصب و وجوب رد قیمت آن به مالک حکم داده‌اند (نجفی، ۱۳۶۲: ۷۵/۳۷)، برخی از اقلیت فقهای امامیه نیز معتقدند ذوق فقهی این امر را نمی‌پذیرد که بر استرداد عین اصرار کنیم هرچند که به موجب تلف اموال دیگر شود، به خصوص در مواردی که ضرر مالی بسیار زیاد باشد به همین جهت بهتر است این موارد را در حکم تلف بدانیم (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۹۵/۴). در بین حقوق دانان نیز برخی از اساتید معتقدند تاکید بر جبران عینی بدان حد که فقها گفته‌اند در میان حقوق دانان دیده نمی‌شود،

۱. «التلف الحکمی، و هو قطع سلطنه المالك عن ماله كالغرق و سرقة و نحوهما...» (مروج جزائری، ۱۴۱۶: ۶۲۷/۳)

چه آنکه تحلیل اقتصادی حقوق که به دنبال کارایی و حداکثر شدن ثروت جامعه است اقتضا می‌کند که ثروت و دارایی کلی جامعه مورد توجه قرار گیرد و شیوه‌ای برای جبران خسارت انتخاب شود که این هدف را تامین می‌کند (صفایی، رحیمی: ۱۳۹۷: ۴۴۳)، بنابراین در پرتو عرفی بودن این تعذر می‌توان رویه قضایی را مجاز به این استناد دانست بدین گواه که در عصر حاضر نتایج بازگرداندن به هیئت موصوف چنان مطلوب و ناسزاوار است که در دید عرف در حکم ناممکن است (کاتوزیان، ۱۳۹۸: ۲/۲۴۵). به علاوه، در پرتو یک رویکرد فراحقوقی باید در نظر داشت جنبه مجرد، کلی و دایمی قانون در برخی موارد خلاف آهنگ انصاف عمل می‌کند، قاضی در برخی موارد از منطق گرایی شدید حقوقی به ستوه می‌آید و لازم می‌بیند آن‌ها را در بستر زندگی تجربی ملموس کند، در واقع «مصالح عمومی» و «ضرورت‌های اجتماعی» بیش از این به او اجازه نمی‌دهد تا پایبند به الفاظ قانون باشد چرا که اعمال انسان‌ها و پیچیدگی‌های روابط اجتماعی آن‌ها فراتر از این است که بخواهد در قالب یک قاعده حقوقی بگنجد. قانون‌گذار هر آنچه بیاورد باز هم ناگزیر از اجتماع خویش عقب می‌ماند، و این خود موجد یک منطقه الفراغ دادرسی برای قاضی می‌شود که چگونه قواعد کهنه را در روابط حقوقی اشخاص جامعه تمشیت کند. شاید بتوان گفت امروزه قواعد غصب در نظام حقوقی ما به جرگه قواعد کهنه پیوسته‌اند، قواعدی که در آن حسن نیت رنگ باخته و لزوم استرداد عین را به هر هزینه گزافی که شده بر ذمه غاصب روا می‌دارد. بنابراین در این منطقه الفراغ، این هنر دادرسی است که کدام مسیر را انتخاب کند اول مسیر آنکه بر قواعد کهنه اصرار ورزد و حکم به قلع بنا دهد بدون آنکه بخواهد گوشه چشمی به ضرر نامتعارف و هزینه‌های ساخت و سازی داشته باشد که بر متصرف وارد شده است، متصرفی که در غالب موارد جهل به عیب حقوقی ملک داشته است و بر مبنای تصور استحقاق خویش ایجاد مستحذات اعیانی کرده است، راه دیگر این است که دادرسی همان مفاهیم «مصالح عمومی» و «ضرورت‌های اجتماعی» را ببیند، ایراد نشود این تعبیرات مفاهیم نامأنوس و کلی به ذهن می‌باشند بلکه منظور از این موارد همان تورم افسار گسیخته حاکم بر جامعه می‌باشد تورمی که هزینه‌های گزاف ساخت و ساز و مصالح ساختمانی جزء لاینفک آن می‌باشند اگر دادرسی بخواهد چشم خویش را بر این هزینه‌ها ببندد و با حکم قلع بنای خویش تجویز

هدر رفت اموال کند مسلماً گام در مسیری گذاشته است که منتهی به تزلزل نظم اقتصادی جامعه می‌شود (اصل کارایی اقتصادی دعوا)^۱.

این دغدغه‌ها و مصالح اجتماعی در مواردی از نظر گاه مقنن نیز گذشته که وی در پرتو آن حاضر به عدول از اندیشه سنتی خویش شده است. به طور مثال قانون‌گذار در «لایحه قانونی مربوط به رفع تجاوز و جبران خسارات وارده به املاک مصوب ۵۸»^۲ با علم به تصرفات غاصبانه، قلع بنا را از دوش غاصب بر می‌دارد منوط به اینکه «اعلی‌القیم» اراضی مورد تجاوز را بپردازد. یا به طور مثال قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه مصوب ۷۱^۳ که از حقوق مکتسب برای غاصب یاد میکند چه می‌داند در غیر این صورت چه توالی فاسدی از پهلوی آن گریبان گیر نظام دعاوی می‌شود. با ملاحظه رویه قضایی نیز می‌توان دریافت که محاکم در برخی موارد نیز نسبت به عدول از قاعده سنتی بیگانه نبوده‌اند؛

به طور مثال در دادنامه شعبه ۲۹ دادگاه تجدید نظر استان خراسان رضوی به شماره ۹۹۰۹۹۷۵۱۵۴۹۰۰۱۳۳ مورخ ۲ اردیبهشت ۱۳۹۸ این گونه می‌خوانیم: «آنچه مسلم است مقدار جزئی از ملک مورد تجاوز قرار گرفته و در حال حاضر ملک در سه طبقه احداث شده است. در دعاوی

1. Economic efficiency

۲. ماده واحده - در دعاوی راجع به رفع تجاوز و قلع ابنیه و مستحذات غیر مجاز در املاک مجاور هر گاه محرز شود که طرف دعوی یا ایدای قبلی اوقصد تجاوز نداشته و در اثر اشتباه در محاسبه ابعاد یا تشخیص موقع طبیعی ملک یا پیاده کردن نقشه ثبتی یا به علل دیگری که ایجادکننده بناء یا مستحذات از آن بی‌اطلاع بوده تجاوز واقع شده و میزان ضرر مالک هم با مقایسه با خساراتی که از خلع ید و قلع بنا و مستحذات متوجه طرف می‌شود به نظر دادگاه نسبتاً جزئی باشد در صورتی که طرف دعوی قیمت اراضی مورد تجاوز را طبق نظر کارشناس منتخب دادگاه تودیع نماید دادگاه حکم به پرداخت قیمت اراضی و کلیه خسارات وارده و اصلاح اسناد مالکیت طرفین دعوی می‌دهد و در غیر این صورت حکم به خلع ید و قلع بناء و مستحذات غیر مجاز داده خواهد شد.

تبصره ۱- منظور از قیمت اراضی در این ماده بالاترین قیمت آن از تاریخ تجاوز تا تاریخ صدور حکم خواهد بود.

تبصره ۲- در صورتی که تجاوز به اراضی مجاور موجب کسر قیمت باقیمانده آن نیز بشود در احتساب ضرر مالک اراضی، منظور خواهد شد.

تبصره ۳- مقررات این قانون نسبت به دعاوی مطروحه‌ای که تا تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون به حکم قطعی منتهی نشده لازم‌الرعایه است و هرگاه حکم قطعی صادر شده و اجراء نشده باشد ذینفع می‌تواند با استناد به این قانون ظرف مدت ۲ ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون تقاضای اعاده دادرسی نماید

۳. در قانون ابطال اسناد و فروش رقبات، آب و اراضی موقوفه آمده است: «از تاریخ تصویب این قانون کلیه موقوفاتی که بدون مجوز شرعی به فروش رسیده یا به صورتی به ملکیت درآمده باشد به وقفیت خود برمی‌گردد و اسناد مالکیت صادر شده باطل و از درجه اعتبار ساقط است. تبصره ۱ - پس از ابطال سند مالکیت در مواردی که موقوفه قابل اجاره باشد و متصرف تقاضای اجاره کند با رعایت مصلحت وقف و حقوق مکتسبه متصرف قرارداد اجاره با متصرف تنظیم خواهد شد».

حاضر همان‌طور که مالکیت مورد حمایت است، تضرر به دیگران نیز نفی شده است... و در عمل و در ظاهر، دو قاعده تسلیط و لاضرر در مقابل یکدیگر قرار گرفته‌اند که در صورت تزاخم بین دو حکم، آنکه نسبت به دیگری مهم‌تر است، مقدم داشته می‌شود و دلیل این امر این است که برای آسایش و نظم عمومی باید هرکس از بعضی از حقوق خود برای مصالح عمومی و زندگی اجتماعی بگذرد. به عبارتی عدالت اجتماعی و پیش‌گیری از نزاع بین مردم ایجاب می‌کند که هیچ‌کس نتواند به دیگری زیان برساند و قاعده لاضرر به همین سبب وضع شده است و مورد استناد واقع می‌شود. بنابراین توجه دادگاه محترم بدوی به تلف حکمی.. که در راستای تعدیل قاعده تسلیط در رأی آمده، موافق با موازین شرعی تشخیص داده می‌شود.^۱ همان‌گونه که دیدیم دادگاه صرفاً مبتنی بر یک احساس زود گذر از مصالح عمومی صحبت نمی‌کند بلکه دغدغه خویش را مستند به اصول حقوقی می‌کند (ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی). اصول حقوقی که همواره می‌توانند جهت گریز از نا کارآمدی قواعد کهنه مأمنی برای دادرس باشند (صادقی، ۱۳۹۴: ۱۴۹). از طرفی ایراد نشود که شمول ادله نفی حرج و ضرر بر غاصب نارواست چه همان‌طور که سابقاً ذکر شد عقیده بر دفاع از متصرفین با حسن نیت می‌باشد، متصرفینی که از گزند شمول اقدام در امان می‌باشند. بنابراین در این تزاخم منافع مانعی جهت تأمین حقوق وی وجود ندارد. ضمن اینکه اگرچه غاصبین حقیقی یعنی آنهایی که از وضعیت آگاهند استحقاق حمایتی ندارند ولی در همین موارد نیز نباید صرفاً قائل به خلع ید از تخریب مستحدثات بود بلکه می‌توان راهکاری دیگر پیشه گرفت (خدابخشی، ۱۳۹۸: ۶۷/۷). توضیح آنکه؛ اگر قانون‌گذار در لایحه مذکور قلع تصرفات و مستحدثات جزئی را مخیر دانسته است به طریق اولی می‌بایست این تخییر را در موارد تصرفات گسترده نیز جاری ساخت تا بتوان حتی الامکان از ناقص کردن ملک اشخاص و همچنین ضررهای اقتصادی که ممکن است در روابط مردم پیش آید جلوگیری کرد همچنین دادگاه نیز می‌تواند در برخی موارد این تخییر را مبدل به الزام کند؛ در برخی موارد که منابع اقتصادی طرفین را تأمین می‌بیند و طرفین می‌توانند خود با تبدیل دعوای عینی به دینی از توالی فاسد زیادی جلوگیری کنند. بدین معنا که اگر متصرفین یا حتی غاصبین حقیقی بتوانند قیمت عرصه را به مالک اصلی پرداخت کنند چه نیازی به هدر رفت اموال، بنا و مصالح ساختمانی و... می‌باشد یا حتی در مواردی که متصرفین توانایی پرداخت قیمت

۱. به نقل از کانال تلگرامی آثار و اندیشه حقوقی و قضایی (دکتر عبدالله خدابخشی).

عرصه را ندارند مالک در صورت ملائمت مالی بتواند با پرداخت قیمت مستحدثات، خلع ید کندالبته که حالت مطلوب همان فرض اول می‌باشد؛ زیرا در صورت تحقق فرض دوم، معلوم نیست که متصرفین با حسن نیت در رجوع به مالک اصلی، چقدر می‌توانند در دریافت کامل غرامات خویش موفق باشند^۱، مقررات کنونی ما در باب دریافت ثمن و غرامات خریدار جاهل از فروشنده مسئول و مانده است، چه برسد به اینکه بخواهد برای مستحدثات اعیانی وی ارزشی قائل شود و به وی حق دریافت خسارات ناشی از آن را نیز بدهد.

۱. مربوط است به آنچه که سابقاً در باب وحدت رویه شماره ۸۱۱ و ۷۳۳ ذکر کردیم.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب پیشین معلوم شد که پذیرش دعوای عینی (دعوای ابطال سند) باعث لغویت تفکیک مقنن در ذیل ماده‌ی ۳ قانون تعیین تکلیف وضعیت ثبتی اراضی و ساختمانهای فاقد سند رسمی مصوب می‌شود زیرا اگر دعوای ابطال سند بعد از پایان مهلت اعتراض نیز پذیرفته شود، در هر حال، اعتراض خواه در مهلت باشد خواه خارج از مهلت ممکن است منجر به ابطال سند شود. این امر، پس از سپری شدن مهلت اعتراض و صدور سند، موجب کاهش اعتبار اسناد و مغایر اصل استحکام معاملات است. همچنین چنین برداشتی با معنای حقیقی واژه متضرر همخوانی ندارد زیرا در واقع کسی می‌تواند به دادگاه رجوع کند که از صدور سند جدید متضرر شده باشد و در صدد جبران ضرر باشد. به عبارت دیگر، اگر مقصود مقنن امکان مراجعه برای ابطال سند بود به سان نصوص مربوط به غصب از واژه مالک استفاده می‌کرد نه متضرر. دیگر اینکه امکان ابطال سند در این فرض با هدف مقنن یعنی تعیین وضعیت املاک و جلوگیری از ابهام و سردرگمی مالکان و طرفهای معامله با مالک مغایرت دارد زیرا هدف این بوده که با صدور سند ثبتی نوعی اطمینان و استحکام در روابط حقوقی برقرار شود و امکان ابطال سند با چنین هدفی سازگار نیست بر خلاف دعوای مطالبه ضرر و زیان.

علاوه بر این، ابطال سند در فرضی که ملک متنازع فیه به شخص یا اشخاص ثالثی منتقل شده است موجب ترویج بی‌قیدی و گسترش معامله با اسناد عادی از یکسو و گرفتار شدن شخص یا اشخاصی است که در چارچوب نظامات ثبتی با دقت و حسن نیت عمل کرده و از ادعاهای احتمالی بی‌خبر بوده‌اند.

ترتیب مذکور، در فرضی که ملک مورد نظر به شخص ثالث با حسن نیت منتقل شده، با قاعده ضمان ید در تعارض نیست زیرا روایتی که به عنوان دلیل قاعده ذکر شده‌اند به استناد بنائات عقلایی در فرضی که متصرف فعلی خریدار با حسن نیت است، تخصیص خورده‌اند. اشکال این تقریر این است که فقط در مورد خریدار با حسن نیت قابل استناد است. اما پذیرش نظر فقهای که روایات مزبور را ضعیف دانسته و به بناهای عقلایی استناد کرده‌اند اشکال پیشین را ندارد زیرا با توجه به مطالبی که گفته شد، می‌توان دریافت که عقلا در جایی که بعد از پایان یافتن مهلت اعتراض سندی

صادر می‌شود برای اعتبار بخشیدن به اسناد رسمی و استحکام معاملات و حسن جریان امور و پیش‌بینی پذیر شدن امور، دعوی ابطال سند را منتفی می‌دانند و تنها راه اقامه دعوی جبران ضرر و زیان را مفتوح می‌دانند؛ امری که در سامانه قانون‌گذاری ما سابقه دارد و در لایحه قانونی راجع به رفع تجاوز و جبران خسارت وارده به املاک مصوب ۲۷ آذر ۱۳۵۸ نیز سابقه دارد و امر جدید و عجیبی نیست. در آخر نیز به عنوان تتمه موانع دعوی عینی تغییر صورت عرفی ملک را بررسی کردیم؛ و دیدیم «تلف حکمی» راهکاری است که قابلیت انطباق بر موارد تخریب مستحدثات دارد چه آنکه در فقه نیز ملاک تعذر وصول عرفی است نه عقلی، در عصر حاضر نیز بازگرداندن ملک از طریق قلع بنا چنان نامطلوب و ناسزاوار است که در دید عرف در حکم ناممکن است، همچنین مصالح عمومی و ضرورت‌های اجتماعی چنین استرداد را بر نمی‌تابد چرا که بازگرداندن به هیئت موصوف نتیجه‌ای جز هدر رفت اموال، تزلزل نظم اقتصادی و روابط حقوقی اشخاص نخواهد داشت. اثر پذیرش این رویکرد عبارت است از تشویق مردم به اخذ سند رسمی و اقبال آنها به انجام معامله در دفاتر اسناد رسمی که نتیجه آن کاهش دعاوی ملکی و سبک شدن بار رسیدگی‌های قضایی و حسن جریان امور خواهد بود.

منابع و مآخذ

الف- منابع فارسی

۱. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۳)، «حقوق دعاوی (قواعد عمومی دعاوی)»، جلد ۱، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۷)، «فلسفه‌ی عمومی حقوق (تئوری موازنه)»، چاپ سوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۳. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۷)، «مبانی فقهی آیین دادرسی مدنی و تاثیر آن در رویه‌ی قضایی»، چاپ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۴. خدابخشی، عبدالله (۱۳۹۸)، «حقوق دعاوی (تحلیل‌ها و منتخب آرای قضایی)»، جلد ۷، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۵. ساردوئی نسب، محمد (۱۳۸۷)، «مبانی نظری مسئولیت مدنی متصرف در مال غیر»، فصلنامه مطالعات اسلامی، شماره ۷۹.
۶. صادقی، محسن (۱۳۹۴)، اصول حقوقی و جایگاه آن در حقوق موضوعه، چاپ دوم، تهران: نشر میزان.
۷. صفایی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۷)، «مسئولیت مدنی تطبیقی»، چاپ اول، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۸. طباطبایی حصار، نسرین؛ صادقی مقدم، محمد حسن (۱۳۹۴)، «آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تاکید بر اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی»، فصلنامه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۲.
۹. علیشاهی قلعه جوقی، ابوالفضل (۱۳۹۱)، «نقد و تحلیل آرای فقهی در باب قاعده «الغاصب یؤخذ بأشق الاحوال»»، فصلنامه مطالعات اسلامی: فقه و اصول، دوره ۴۴، شماره ۸۹.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، «فلسفه حقوق»، جلد ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، «الزام‌های خارج از قرار داد (مسئولیت مدنی)»، جلد ۱، چاپ پانزدهم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸)، «الزام‌های خارج از قرار داد (مسئولیت مدنی)»، جلد ۲، چاپ چهاردهم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۳. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۶۶)، «ید مالکی و ید ضمانی»، فصلنامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی)، شماره ۹.

۱۴. محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۸)، **قواعد فقه (بخش مدنی ۱)**، چاپ پنجاه و سوم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۵. منتظر قائم، مهدی (۱۳۸۹)، «اعتبار ذاتی سیره عقلا»، فصلنامه انجمن معارف اسلامی ایران، سال ششم، شماره ۳.
۱۶. منتظری، حسینعلی (۱۳۹۴)، «رساله حقوق»، تهران: سرایی.
۱۷. واعظی، احمد (۱۳۷۴)، «نقش عرف در استنباط فقهی»، مجموعه آثار کنگره بررسی مبانی فقهی امام خمینی، قم: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

ب- منابع عربی

۱۸. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین (۱۴۰۹)، **کفایه الاصول**، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء تراث.
۱۹. اصفهانی، شیخ محمد حسین (۱۳۷۴)، **نهایه الدرایه فی شرح الکفایه**، جلد دوم، قم: سید الشهداء.
۲۰. بجنوردی، میرزا حسن (۱۳۷۷)، **القواعد الفقهیه**، جلد چهارم، قم: نشر الهادی.
۲۱. توحیدی، محمد علی (۱۴۱۷)، **مصباح الفقاهه فی المعاملات** (تقریرات بحث سید ابوالقاسم خویی)، جلد سوم، چاپ چهارم، قم: موسسه انصاریان.
۲۲. حاجیاتی دشتی، شیخ عباس، **ثلاث رسائل (العدالة، التوبة، قاعدة لاضرر)**. سایت مدرسه فقاها: محلاتی.
۲۳. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۴)، **وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه**، چاپ دوم، قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء تراث.
۲۴. حسینی عاملی، جواد بن محمد (۱۴۱۹)، **مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه**، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۵. حکیم، سید محسن (بی تا)، **نهج الفقاهه**، قم: ۲۲ بهمن.
۲۶. خمینی، روح الله (۱۴۲۱)، **کتاب البیع**، جلد دوم، چاپ اول، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۷. خمینی، روح الله (۱۳۹۲ ه.ش)، **تحریر الوسیله**، جلد اول، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۸. خمینی، مصطفی (۱۴۱۸)، **کتاب البیع**، جلد اول، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۲۹. خوانساری، سید احمد (۱۴۰۵)، **جامع المدارک فی شرح مختصر النافع**، جلد پنجم، چاپ دوم، قم: موسسه اسماعیلیان.
۳۰. خویی، سید ابوالقاسم خویی، **مصباح الفقاهه**، سایت مدرسه فقاها.

۳۱. سبحانی، سعید (۱۴۲۰)، تقریرات البحوث شیخ جعفر سبحانی، نیل الوطر من قاعده لاضرر، قم:موسسه امام صادق(ع).
۳۲. سبزواری، سید عبد الاعلی (۱۴۱۳)، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، جلد ۱۶، چاپ چهارم، قم:دفتر آیت الله سبزواری.
۳۳. شراره، عبدالجبار (۱۳۹۵)، احکام الغصب فی فقه الاسلامی، چاپ اول، بیروت:موسسه الاعلمی للمطبوعات.
۳۴. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۰۳)، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، بیروت:دار العالم الاسلامی.
۳۵. صدر، سید محمد (۱۴۲۰)، ماوراء الفقه، جلد چهارم و هفتم، بیروت:دار الاضواء.
۳۶. صدر، سید محمد باقر (۱۴۱۷)، الفهم الاجتماعی للنص فی فقه الامام جعفرالصادق (ع)، بیروت:الغدیر.
۳۷. طباطبایی، سید محمد حسین، بی تا، حاشیه الکفایه، جلد دوم، بنیاد عملی فکری علامه طباطبایی.
۳۸. طوسی، محمد (۱۴۱۷)، عدة الاصول، جلد اول، قم:چاپخانه ستاره.
۳۹. علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد دوم، چاپ اول، قم:موسسه نشر الاسلامی.
۴۰. فخر المحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۹)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، جلد دوم، چاپ اول، قم:موسسه اسماعیلیان.
۴۱. کاشف الغطاء، علی بن محمد (۱۳۸۱)، النور الساطع فی فقه النافع، جلد اول، نجف:مطبعة الآداب.
۴۲. محسنی، محمد آصف (۱۳۸۲.ه.ش)، الضمانات الفقهیه و اسبابها، قم:پیام مهر.
۴۳. مروّج جزائری، سید محمد جعفر (۱۴۱۶)، هدی الطالب فی شرح المکاسب، جلد ۳، قم:موسسه دارالکتاب.
۴۴. نائینی، میرزا محمد حسین (۱۳۷۳)، منیة الطالب (رساله فی قاعده لاضرر)، جلد دوم، تهران:المکتبة المحمدیه.
۴۵. نجفی، محمد حسن بن باقر (قرن ۱۳)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۳۷، بیروت:دار احیاء التراث العربی.
۴۶. هاشمی شاهرودی، محمود (۱۴۱۷)، مقالات فقهیه، چاپ اول، بیروت: مرکز الغدیر للدراسات الاسلامیه.

Legal jurisprudential analysis of the injured party referring to the court in extraordinary registration

Mahdi Rashvand Bookan¹

Ehsan Bagheri²

Abstract

According to Article 3 of the Law on Determining the Status of Registration of Lands and Buildings without an Official Document Approved in 2011, if a new document is issued to a property under the said law, "the issuance of a new ownership document will not prevent the injured from going to court". Most courts consider refer of the injured party to the court objective action and accept the lawsuit for annulment of the official document". According to the authors, the purpose of the legislature was to prescribe a claim for damages, not to annul the document. Because accepting a recent lawsuit, first; It is against the general rule (the approach that creates the right to register operations). Secondly; The word "injured" appears in personal action. Thirdly; In cases of transfer of property to a third party, the ownership of the third party right to the property and the need to observe the soundness of the transaction is contrary to an objective claim. What is more, in addition to the weakness of the jurisprudential language document "Ashq al-Ahwal", it is possible to consider the allocation of "al al yad" assuming the good faith of the buyer in the present age. fourthly; accepting the broad interpretation of "destruction of usurpation" based on customary excuse also prescribes personal action. In view of the above, the revocation of an official document is contrary to the registration principles of the issuance of an official document and the strength of transactions and rational structures. Therefore, it is suggested that by relying on the above-mentioned principles, the right of the injured to go to court be secured through a claim for substitution, so that the purpose of the legislator, which is to determine the status of property registration and official documents, is not violated.

KeyWords: *extraordinary registration; law on determining the status of registration of lands and buildings without an official document; absolute liability ;injured; Revocation of official document; personal action.*

1. Faculty member of University of Judicial Sciences and Administrative Services^۶

(Email: mahdirashvand58@gmail.com)

2. Private law tehran iran, (Email: ehsan_bagheri77@yahoo.com)