



مطالعه تطبیقی نظام انتقال مالکیت اموال غیرمنقول در

حقوق ایران و آلمان

سجاد هوشمندی^۱، جلیل قنواتی^۲، جواد حسین زاده^{۳*}

۱- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران

۲- دانشیار دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران

۳- دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه علم و فرهنگ، تهران، ایران

تاریخ ارسال: ۱۴۰۲/۰۵/۱۹ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۰۴

چکیده

شیوه‌های انتقال حق مالکیت اعیان غیرمنقول، همواره به عنوان یک واقعیت حقوقی مورد توجه حقوقدانان بوده است. تفاوت نظام‌های حقوقی در نگرش به ثبت حق مالکیت، به عنوان امری بسیط یا مرکب، آثار مختلفی را در نظام اجتماعی و اقتصادی جوامع به وجود آورده است. شاید بتوان انسجام معاملات املاک در کشور آلمان و همین‌طور تشبث این حوزه در کشور ایران را ناشی از نوع نگرش به نحوه ایجاد و انتقال مالکیت بر اموال غیرمنقول دانست، هرچند دیدگاه اخیر حاکمیت مؤید تحولات مثبت این حوزه است. در نظام حقوقی ایران به تبعیت از نظریه تملیک و اصل قصدی بودن عقود تملیکی که ریشه‌های محکمی در فقه امامیه دارد، انتقال حق مالکیت چیزی بیش از اثر یک معامله مشروع مبنای آن در نظر گرفته نشده و «ثبت» نیز صرفاً دارای اثر اعلامی، اثباتی و حمایتی است که در صورت مطابقت با «حقیقت» مورد تأیید واقع می‌شود. در حقوق آلمان «ثبت» دارای اثر «ایجاد» و عملی مستقل از قرارداد الزام‌آور منشأ آن تلقی می‌شود به‌گونه‌ای که ماهیت حق مالکیت را به حقیقت مرکب تغییر می‌دهد. این تحقیق به روش توصیفی تحلیلی و مقایسه‌ای ضمن بیان مفهوم، تفاوت و آثار هر یک از دو نظام علی و انتزاعی انتقال مالکیت اموال غیرمنقول، به این نتیجه رسیده است که بی‌تردید برای ساماندهی به معاملات در حوزه املاک و حفظ نظم اقتصادی و مصلحت عمومی، تغییر دیدگاه نسبت به نحوه ایجاد و انتقال حق مالکیت در حقوق ایران امری ضروری و اجتناب‌ناپذیر است که از طریق شناسایی «ثبت» به عنوان بخشی از فرایند حق مالکیت و شرط ضروری برای انتقال این حق قابل توجیه است.

کلیدواژه: انتقال مالکیت، ثبت مالکیت، نظام علی، نظام انتزاعی

E-mail: HOSEINZADEH@USC.AC.IR

* نویسنده مسئول مقاله:





۱. مقدمه

نظام حقوقی ایران تحت تأثیر نگرش به حق مالکیت به عنوان حقی بسیط، در باب عقود و قراردادها بر اساس فقه امامیه و بر محور نظریه تملیک شکل گرفته است (قنوتی، ۱۳۹۳: ۳۹۱). اگرچه تملیک پس از حصول ایجاب و قبول و متعاقب قصد و رضا به وجود می‌آید اما واضح است نفوذ قصد و رضا که از عناصر حاکمیت اراده است منوط به عدم مخالفت با نظم عمومی و اخلاق حسنه بوده و متوقف به عدم ورود زیان به منافع اجتماعی است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۵۹)؛ بنابراین استدلال، نظریه تملیک و انتقال مالکیت بدون قید و مجرد تلقی نمی‌شود و در مواردی که برخلاف نظم عمومی اقتصادی جامعه شکل گرفته باشد واجد اثر نخواهد بود. در نظام حقوقی ایران، اثر «ثبت» صرفاً تأیید قرارداد منشأ آن، با اثر «اطلاع‌رسانی» و حمایت از مالک در برابر اشخاص ثالث و دارای جنبه «تأییدی» است (طباطبائی حصار، صادقی مقدم، ۱۳۹۴: ۶۷۹).

نظام حقوقی آلمان با نگرشی مبتنی بر حق مالکیت به‌مثابه حقی مرکب از توافق و ثبت، اثر «ثبت» را به عنوان «نظام ایجاد حق» پذیرفته و از این طریق به نظامی موفق در حوزه معاملات املاک نائل شده است. به اعتقاد خانم الیزابت کوک^۱ حقوقدان برجسته انگلیسی، نظام ثبت در آلمان بسیار منظم و موفق‌تر از نظام ثبت املاک در انگلستان است (Cooke, 2003: 183). به نظر می‌رسد برای رفع معضل معاملات عادی و معارض با اسناد رسمی در حوزه املاک در کشور ایران و جلوگیری از سستی اعتبار اسناد رسمی ابتدا باید نحوه نگرش به انتقال حق مالکیت را مورد بررسی قرارداد و سپس با تحلیل نتایج حاصل از نظام‌های انتقال حق مالکیت، مزایا و معایب آن و قابلیت استناد به آن از حیث قواعد شرعی رهیافتی نوین جهت ساماندهی به مشکلات موجود ارائه کرد. این تحقیق به روش توصیفی، تحلیلی و همراه با مقایسه، ضمن ارائه نظریه‌های رایج در خصوص انتقال حق مالکیت اموال غیرمنقول

^۱ Elizabeth Cooke



و مزایا و معایب هرکدام از نظریه‌ها در نظام حقوقی کشورهای ایران و آلمان؛ راهکار مناسب حقوق ایران را نیز ارائه نموده است.

۲. مبنای انتقال مالکیت املاک

تفاوت دو نظام حقوقی ایران و آلمان، در زمینه ایجاد و انتقال مالکیت املاک در درجه نخست از تفاوت در نگرش به این دو نظام و تأثیر «ثبت» بر آن به عنوان نظام «اعلان» یا «ایجاد» حق ناشی می‌شود (طباطبایی حصاری، صفی زاده، ۱۴۰۰: ۲۴۶) گسترش جوامع و پیدایش نظام ثبت اسناد و املاک، نظام مالکیت اموال غیرمنقول را تحت تأثیر خود قرار داد و در واقع باعث گردید ثبت ریشه و مبنای جدیدی جهت حق مالکیت و مفهوم جدیدی از حمایت نظام سیاسی حاکم از حق عینی مالکیت ارائه دهد. این نظام هم‌زمان از حقوق مالک و اشخاص ثالث و نظم عمومی اقتصادی پاسبانی می‌کند (عبدالملکی و دیگران، ۱۴۰۰: ۲۶۲).

در حقیقت کشورها با دو دیدگاه متفاوت نسبت به ثبت مالکیت املاک اقدام می‌کنند. «نظام ثبت حق مالکیت»^۲ و «نظام حق مالکیت به وسیله ثبت»^۳ به بیان دیگر با ظهور نظام ثبت املاک سیستم حق مالکیت دچار دگرگونی شد به این معنا که حق مالکیت که سابقاً با تصرف فیزیکی و در اختیار قرار گرفتن مال شناسایی و حاصل می‌گردید جای خود را به ثبت و اعلان، مطابق دفتر املاک داد.

۲-۱. انتقال مالکیت در ایران

نظام حقوقی حاکم بر کشور ایران رویکرد دوگانه‌ای در خصوص معاملات اموال غیرمنقول و اسناد رسمی مالکیت اتخاذ نموده است. مقررات مندرج در قانون مدنی به عنوان اصول حقوقی و مقررات ماهوی با تبعیت مطلق از نظریه معاملات علی یا سببی مالکیت و تحت تأثیر نظام قصدگرا هر نوع انتقال اموال را مشروط بر وجود معامله

2 System of registration of title

3 System of title by registration



مبنایی صحیح قرار داده است و برای تنظیم اسناد رسمی ارزشی بیشتر از تأیید تحقق آثار معامله صحیح قائل نشده که به محض مشخص شدن بطلان عمل حقوقی علی-سببی تمامی آثار ناشی از معامله مذکور از بین خواهد رفت و در این میان انتقال ثانویه مالکیت و حسن نیت اشخاص ثالث منتقل‌الیه تأثیری در ایجاد آثار قهررائی ناشی از بطلان اعمال حقوقی نخواهد داشت. ماده ۳۵۶ قانون مدنی ایران که تصریح داشته- بیع فاسد اثری در تملک ندارد- به صراحت تبعیت معاملات از نظام علی-سببی مالکیت را تأیید نموده است. در این نظام حقوقی فقط انتقال مالکیت ثبت می‌شود و ثبت به‌خودی‌خود نقشی در ایجاد و انتقال مالکیت ندارد.

از سوی دیگر مقررات شکلی مندرج در قانون ثبت اسناد و املاک مؤید اثر ثبت به‌مثابه امری مستقل و مؤثر بر حق مالکیت منطبق بر نظریه «حق مالکیت به‌وسیله ثبت» است. قانون ثبت اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۱۰ که در فاصله کوتاهی پس از قانون مدنی تصویب شد به نظر می‌رسد که سیاست‌ها و نظام دیگری را دنبال نموده است (طباطبایی حصار، ۱۳۸۹: ۲۳۲). مطابق ماده ۴۶ و ۴۸ ثبت اسناد و املاک کشور مصوب سال ۱۳۰۸ شمسی، ثبت معاملات راجع به اموال غیرمنقول الزامی بوده و دولت فقط کسی را مالک خواهد شناخت که سند رسمی به نام وی ثبت و صادر شده است که از مقدمه مذکور دو نتیجه حاصل می‌شود، نخست اینکه در فرآیند تصویب قانون ثبت قانون‌گذار با عبور از قواعد کلی از جمله اصل رضایی بودن و حاکمیت اراده به جهت جلوگیری از بی‌نظمی در حوزه معاملات اموال غیرمنقول با لحاظ تئوری اعتماد عمومی اقدام به وضع مقررده نموده و دوم اینکه قصد مقنن ایجاد رویه و اعتماد به اسناد رسمی و عدم قابلیت اثباتی اسناد عادی در مقابل اسناد رسمی بوده است. در همین ارتباط از ملاحظه رأی شماره ۱۱۹۸-۱۳۱۶/۵/۲۸ دیوان عالی کشور که بیان می‌دارد «در صورتی که آخرین غاصب سند مالکیت گرفته باشد، پذیرش دعوی غصب به طرفیت فروشنده دشوار است»؛

؛ رأی شماره ۱۱۹۸-۱۳۱۶/۵/۲۸ (شعبه ۱) (احمد متین دفتری، مجموعه رویه قضایی ص ۲۸۲ و ۲۸۳)



مشخص می‌گردد فارغ از جنبه ثبوتی، معاملات با سند رسمی دارای ماهیتی دوگانه بوده که به طور خاص جهت ایجاد رویه ثبوتی و انضباط اجتماعی مطمح نظر قانون‌گذار قرار داشته است.

۱-۲-۱. آخرین تحولات قانونی انتقال مالکیت در ایران

در هیچ نظام حقوقی نمی‌توان قانون ثبت را فارغ و مجزا از حقوق مدنی تصور کرد در همین راستا اگرچه به نظر می‌رسد نظام حقوقی ایران در حوزه عقود ناقل مالکیت، بر پایه نظریه تملیک و عقود قصدی در مشابهت با نظام علی-سببی انتقال مالکیت استوار گردیده است (قنواتی، ۲۱۶: ۱۴۰۰). ولی به این معنا نیست که ظرفیت‌های موجود در قوانین ایران امکان اصلاح و بهره‌برداری از محسنات نظریه انتزاعی انتقال مالکیت را ندارد. بررسی تحولات قانون ثبت در ایران از جمله مذاکرات مجلس شورای ملی^۵ و آرای صادره از دیوان عالی^۶ کشور حکایت از تمایل مقنن به پیاده‌سازی نظام «ثبت» اسناد به‌مثابه «نظام ایجاد حق» و نظریه انتزاعی مالکیت و تفوق مقررات شکلی قانون ثبت بر مقررات ماهوی قانون مدنی دارد (صفی زاده، ۱۴۰۱: ۱۹۴).

با تدقیق در سیر تطورات قوانین از جمله قانون ثبت اسناد و املاک مصوب سال ۱۳۱۰ درمی‌یابیم که مقنن با عطف نظر ویژه به آسیب‌های ناشی از معاملات با اسناد پنهانی (عادی) در مواد ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت، ثبت رسمی معاملات اموال غیرمنقول را

^۵ مشروح مذاکرات جلسه ۱۴۸ دوره دوم مجلس ملی به نقل از آقا شیخ ابراهیم زنجانی بیان شده است: «قانون ثبت اسناد بهترین قوانین است و اگر این قانون نباشد عدلیه به همین هرج و مرج‌ها مبتلا خواهد بود برای اینکه اغلب نزاع‌ها که برخاسته می‌شود از اختلافات اسناد است وقتی که اسناد ثبت و تنقیح شود دیگر آن حرف‌ها قطع می‌شود ...»

^۶ «اگر مدرک دعوی یک برگ اجاره‌نامه عادی باشد و خوانده هم منکر اصل موضوع باشد دادگاه نمی‌تواند (به لحاظ اینکه اصالت اجاره‌نامه بر حسب مقررات محرز گردیده) آن را معتبر و منشأ اثر بداند زیرا طبق ماده ۴۸ ق.ث این‌گونه اوراق در دادگاه‌ها پذیرفته نبوده و مستند حکم واقع نمی‌شوند.» (حکم شماره ۱۱۱۲-۱۵/۱۳۲۷/۷ شعبه ۶ دیوان عالی کشور، احمد متین دفتری، مجموعه رویه قضایی (۱۳۴۰))



اجباری اعلام و ضمانت اجرای ثبت نکردن معاملات را نیز عدم شناسایی مالکیت آن توسط دولت عنوان نموده است. به عقیده برخی از شارحین قانون مدنی منظور از عبارت مندرج در فراز پایانی ماده ۴۸ قانون ثبت که بیان نموده «... در هیچ‌یک از محاکم و ادارات پذیرفته نمی‌شود» به جهت بی‌اثر بودن معاملات عادی از حیث برخورداری از حقوق مالکانه همان واژه «بطلان» این‌گونه معاملات است (جعفری لنگرودی، ۱۳۳۶: ۳). لیکن بعد از پیروزی انقلاب اسلامی، شورای محترم نگهبان پس از وقفه‌ای ۳۸ ساله طی نظر تفسیری خود مورخ ۷۱۳۹۵/۸/۴ مقررات مواد ۲۲ و ۴۸ قانون ثبت را با این استدلال که تنظیم سند رسمی نمی‌تواند طریق انحصاری اثبات مالکیت افراد باشد زیرا عرف مردم معامله با اسناد عادی را پذیرفته است خلاف شرع و باطل اعلام نمود.

در ادامه و با توجه به تشتت حوزه معاملات املاک ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور در مورخه ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ تصویب گردید،^۸ که به عنوان آخرین اراده قانون‌گذار با حفظ اصول قانونی مدنی و ترجیح مقررات ماهوی بر شکلی، ابهاماتی را که در ماده ۲۲ و نیز ماده ۴۸ قانون ثبت وجود داشت مرتفع ساخته و راه را جهت کشف حقیقت در دادگاه، بر اساس ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی هموار می‌نماید. بر اساس ماده مذکور، ثبت اسناد سبب ایجاد حق

^۷ «مفاد مواد ۴۶ و ۴۷؛ قانون ثبت اسناد و املاک صرفاً اختیاری دانستن ثبت سند در برخی موارد و الزامی دانستن آن در سایر موارد است که این مطلب خودبه‌خود ایرادی ندارد؛ اما مفاد ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک و نیز ماده ۴۸ آن‌که دلالت بر بی‌اعتبار دانستن اسناد عادی غیررسمی دارد اطلاق آن در مورد سند عادی که قرائن و ادله قانونی یا شرعی معتبر بر صحت مفاد آن‌ها باشد خلاف شرع و باطل است و اما در مورد سند عادی همراه با قرائن و ادله فوق مانند سندی که بینه و شهادت شهود معتبر بر صحت آن باشد این اسناد معتبر است و دو ماده مزبور در چنین مواردی تخصیص خورده است و مواد ۱۲۸۵ و ۱۲۹۱ قانون مدنی اشاره به این‌گونه اسناد عادی دارد.»

^۸ تعهد به انجام معاملات مربوط به اموال غیرمنقول باید در دفتر اسناد رسمی تنظیم گردد. اسناد عادی که در زمینه اموال غیرمنقول تنظیم می‌شوند در صورتی که دادگاه تشخیص دهد دارای اعتبار شرعی هستند و نیز در مقابل شخص ثالث غیرقابل استناد هستند و توان معارضه با سند رسمی را نخواهند داشت.



نیست، بلکه یکی از طرق اثبات آن است. بر اساس فراز پایانی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور، اسناد عادی که مطابق با رأی دادگاه از اعتبار شرعی برخوردار است، دارای «قابلیت معارضه با اسناد رسمی» است. قابلیت معارضه که در این ماده به آن اشاره شده است به معنای همسنگی و هموزنی شأن اثباتی اسناد رسمی و عادی است. از منظر عرفی، نیز پس از اینکه توافقات لازم صورت گرفت، طرفین به صورت عادی قراردادی تنظیم می‌نمایند و در صورت لزوم، به صورت رسمی سند تنظیم می‌کنند.

نمایندگان مجالس شورای اسلامی در ادوار دهم و یازدهم با درک صحیح از مشکلات و معضلات پیش‌آمده برای نظام حقوقی کشور و عدم امکان حراست از مالکیت اموال غیرمنقول و در پی ناکارآمدی ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵/۱۱/۱۰ که با مخالفت شورای محترم نگهبان با طرح اولیه در نهایت به‌گونه‌ای تصویب شد که گره‌ای از مشکلات در حوزه معاملات غیرمنقول نگشود در طرح جدیدی تحت عنوان الزام به ثبت معاملات اموال غیرمنقول در ماده ۱ آن تصریح نمودند:

«از تاریخ راه‌اندازی سامانه موضوع ماده ۱۰ این قانون هر معامله‌ای که موضوع آن انتقال مالکیت یا انتقال حق انتفاع یا انتقال حق ارتفاق اموال غیرمنقول ثبت‌شده باشد و نیز انعقاد عقد رهن در خصوص آن‌ها و انعقاد عقد اجاره اموال مذکور برای مدت بیش از دو سال و هر نوع پیش‌فروش ساختمان اعم از اینکه به صورت سهمی از کل عرصه و اعیان باشد و تعهد به انجام کلیه اعمال حقوقی مذکور باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد معاملاتی که به ثبت نرسیده باطل است و در هیچ‌یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد و فقط کسی مالک ملک شناخته می‌شود که در دفتر املاک سازمان ثبت اسناد و املاک کشور که از این پس در این قانون سازمان نامیده می‌شود ملک به نام او به ثبت رسیده یا از مالک رسمی به ارث برده باشد».



این طرح که با عطف نظر و در مشابهت با احکام مندرج در مواد ۸۷۳ و ۱۲۵ و ۱۲۶ قانون مدنی آلمان تنظیم گردیده به دفعات توسط شورای نگهبان با این استدلال که «محصور نمودن معاملات در دایره اسناد رسمی خلاف شرع و عرف جامعه است» اعاده و در نهایت جهت حل اختلاف به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع و در انتظار اتخاذ تصمیم است. اگرچه قسمت اعظمی از استدلال اعضای محترم شورای نگهبان واقع‌گرایانه و مبتنی بر عرف جامعه و اصول فقه امامیه است و مضافاً بر اینکه عرف از منابع حقوق بوده و نمی‌توان قانونی را بدون در نظر گرفتن عرف جاری کشور مصوب نمود و بر این پایه استوار است که امروزه سندهای عادی زیادی در اختیار مردم بوده و اعلام بی‌اعتباری این اسناد به‌صورت آنی باعث ایجاد سردرگمی و مغایر حقوق مردم است لیکن از طرفی نیز نمی‌توان نظام مالی و اقتصادی کشور را در بن‌بست فرو برده و انسداد حقوقی ایجاد کرد.

۲-۲. انتقال مالکیت در آلمان

نظام حقوقی حاکم بر کشور آلمان با ابتدای بر شکل‌گرایی و پیروی از نظریه انتزاعی انتقال مالکیت ناظر بر نظریه «نظام مثبت ثبتي»^۹ عمل ثبت را به‌صورت مستقل و مجزا، منفک از قرارداد الزام‌آور تحت عنوان «توافق واقعی»^{۱۰} انتقال تلقی نموده و صرف‌نظر از تدوین مقررات سخت‌گیرانه شکلی مطابق با قانون ثبت زمین ۱۱ حتی کشف بطلان یا ابطال معامله الزام‌آور انتقال را موجب حذف ثبت نمی‌داند. ماده ۱۲۵ قانون مدنی آلمان مشتمل بر حکم وضعی اعلان بطلان معاملات است که شکل قانونی را رعایت نکرده‌اند. برخی از نویسندگان به‌طور کلی دلایل نظری تفوق نظام شکل‌گرا بر نظام‌های رضا‌گرا را حمایت غایی از منافع خصوصی از طریق حمایت از

^۹ این نظریه حمایت مستقیم از حق منتقل‌الیه با حسن نیت را که ثبت شده است، مطرح می‌سازد. حمایتی که بدون نیاز به وجود عامل واسطه مطرح می‌شود. حتی اگر قراردادی که پیرو آن ثبت صورت گرفته است باطل و قابل ابطال باشد.

¹⁰ REAL AGREEMENT

5 Land Registry Code (Grundbuchordnung)



فاعل عمل حقوقی، حمایت از حقوق اشخاص ثالث و حمایت از منافع عمومی (نظم عمومی اقتصادی) و همچنین تضمین امنیت معاملات حقوقی و اعتبار اسناد رسمی اموال غیرمنقول در برقراری نظم حقوقی ذکر کرده‌اند (طباطبایی حصار، ۱۴۰۱: ۳۳). در این نظام‌ها با تکیه بر تئوری اعتماد عمومی و کمک «دکترین اطلاع»^{۱۲} که در نظام کامن‌لا نیز مورد تأکید است، همچنان از مالکیت ظاهری و ثبت معاملات به عنوان عملی مثبت و موجد حق حمایت می‌کند.

مطابق ماده ۸۷۳ قانون مدنی آلمان (Bürgerliches Gesetzbuch) انتقال مالکیت به موجب دو شرط ضروری توافق واقعی^{۱۳} و ثبت رسمی به وجود می‌آید که هر کدام عمل حقوقی مستقلی هستند که تأثیر آن‌ها در انتقال حق مالکیت دارای اهمیت یکسانی است (Heinze, 2018: 307). قرارداد در مفهوم ماده ۸۷۳ قانون مدنی آلمان، یک توافق واقعی مستقل از قرارداد الزام‌آور بوده که هدف آن تغییر فوری در حق مالکیت است (Ibid, 2018: 308).

اصل انتزاع (بی‌خبری از کیفیات واقعی)^{۱۴}، همراه با الزام به ثبت، با هدف ارتقای اعتماد عمومی به اسناد رسمی، به فرآیندی قابل اطمینان در نظام حقوقی کشور آلمان تبدیل شده است. در مقام حمایت از معاملات حقوقی، نقص یا بی‌اعتباری معامله منشأ به‌تنهایی خدشه‌ای به یک واگذاری قانونی وارد نمی‌کند و اداره ثبت اسناد و املاک هنگام ثبت انتقال حق مالکیت تکلیفی برای بررسی اعتبار معامله منشأ در روند ثبت

12 Doctrine of Notice

^{۱۲} به‌طور معمول، یک قرارداد مکتوب الزام‌آور ممکن است به عنوان دلیلی بر قصد انتقال و به دست آوردن مالکیت از طریق ثبت و یا نشانه‌ای از توافق واقعی بین طرفین باشد؛ اما یک قرارداد الزام‌آور معتبر پیش‌نیاز ضروری برای انتقال مالکیت نیست. در نظام انتزاعی حتی در موردی که قرارداد الزام‌آور به دلیل اجبار، اکراه یا سایر دلایل باطل باشد، ممکن است به واسطه یک توافق واقعی معتبر توسط طرفین و انجام اعمالی مانند امضای اسناد انتقال به قصد انتقال و قبول مالکیت، پرداخت هزینه‌های انتقال که کاشف از قصد طرفین است صحیح فرض گردد.

14. Abstraktionsprinzip.



مطابق ماده ۲۰ قانون ثبت زمین ۱۵ ندارد.

۳- نظام‌های انتقال مالکیت

در مورد نحوه انتقال مالکیت املاک از یک شخص به شخص دیگر، معمولاً دو نظام علی یا سببی^{۱۶} و انتزاعی^{۱۷} از یکدیگر متمایز می‌شوند. در نظام علی، حقوق عینی با انعقاد قرارداد الزام‌آور معتبر (قرارداد منشأ) منتقل می‌شود. قصد متقابل انتقال و دریافت حقوق عینی به عنوان یک قرارداد واقعی مستقل تفسیر نمی‌شود بلکه مطابق آنچه در قرارداد الزام‌آور آمده است بدان نگریسته می‌شود. در یک سیستم علی، انتقال‌دهنده خود را در موقعیت مطلوب نسبت به سایر اشخاص می‌بیند، درحالی‌که اشخاص ثالث با حسن نیت در اثر بطلان قرارداد منشأ ممکن است دچار خسارت‌های مادی فراوانی گردند.

در نظام انتزاعی، قرارداد الزام‌آور برای انتقال حقوق عینی ضروری نیست، بلکه باید انتقال مالکیت عین «ثبت» شود و توافق واقعی معتبری وجود داشته باشد که صرفاً مشتمل بر قصد متقابل انتقال و دریافت حقوق عینی باشد. توافق واقعی ویژگی یک نظام انتزاعی است که آن را از یک نظام علی متمایز می‌کند. انتقال گیرنده و اشخاص ثالث به دلیل عدم امکان استرداد عین خود را در موقعیت مطلوبی نسبت به انتقال‌دهنده می‌یابند.

برخلاف قرارداد الزام‌آور در نظام علی، در نظام انتزاعی مالکیت از طریق توافق واقعی منتقل نمی‌شود، بلکه «ثبت» مظهر قصد ذهنی متعاملین است که به موجب آن مالکیت در لحظه ثبت منتقل می‌شود. در نظام انتزاعی ممکن است قرارداد الزام‌آور به دلیل اجبار، اکراه یا سایر دلایل قانونی باطل باشد، لیکن به واسطه یک توافق واقعی معتبر و انجام اعمالی مانند امضای اسناد انتقال به قصد انتقال و قبول مالکیت،

15 Grundbuchordnung

16 Das Kausalitätsprinzip.

17. Abstraktionsprinzip.



پرداخت هزینه‌های انتقال که کاشف از قصد طرفین است ثبت انتقال مالکیت صحیح فرض می‌گردد (Badenhorst, 2006:542). در این خصوص مقررات مواد ۸۹۱ و ۱۸۸۹۲ قانون مدنی آلمان اماره قانونی ناظر بر اصل اعتماد عمومی را در خصوص حمایت از معاملات قانونی با حسن نیت ایجاد نموده است.

یکی از مؤلفه‌های مؤثر بر درک نحوه عملکرد نظام‌های انتقال مالکیت علی و انتزاعی شناخت مفهوم و تمایز توافق واقعی از قرارداد الزام‌آور است. اگرچه این مؤلفه‌ها دارای مفاهیم نزدیکی به یکدیگر هستند لیکن در عمل آثار بسیار متفاوت و معتنابه‌ای را در خصوص انتقال مالکیت اموال غیرمنقول ایجاد می‌کنند.

۱-۳. مفهوم و تمایز توافق واقعی و قرارداد الزام‌آور

قرارداد الزام‌آور مبین قصد ذهنی طرفین (اراده باطنی) برای انتقال مالکیت است و ثبت انتقال مالکیت، الزامی جداگانه از قرارداد منشأ و از آثار عمل حقوقی صورت گرفته توسط متعاملین است (Pienaar, 2015:53). در قرارداد الزام‌آور، قصد طرفین ایجاد تعهد مبنی بر فروش، مبادله یا اهدای مال به طرف مقابل است. یک قرارداد الزام‌آور ارتباطی به فرآیند ثبت انتقال ندارد، بلکه به ایجاد تعهدات متقابل بین طرفین مربوط می‌شود. در نظام‌های علی انتقال مالکیت، به محض انعقاد قرارداد الزام‌آور، حق مالکیت بدون نیاز به هرگونه تشریفات از جمله ثبت، به خریدار منتقل می‌گردد. تمامی تعهدات طرفین نیز مطابق قرارداد الزام‌آور تعیین و مشخص می‌گردد. در توافق واقعی^{۱۹}، طرفین قصد دارند مالکیت را در قالب «ثبت» انتقال دهند. به بیان دیگر توافق واقعی، قراردادی است که همراه یا متعاقب قصد ذهنی طرفین (اراده باطنی) در خصوص اموال غیرمنقول که با «ثبت» تحقق می‌یابد (Schuster, 2000: 368)؛ بنابراین، موضوع اصلی توافق واقعی، قصد متقابل برای انتقال و تحصیل

^{۱۸} Statutory Presumption of legal force of the contents of the Land Register

^{۱۹} Real agreement



حقوق مالکیت است (Miller & Pope, 2000: 183). قصد ذهنی به عنوان مظهر توافق واقعی الزاماً باید تا لحظه ثبت وجود داشته باشد و در صورتی که این قصد قبل از ثبت تغییر کند، دیگر توافق واقعی وجود نخواهد داشت و موضوع انتقال مالکیت منتفی است. در حقوق آلمان، قرارداد واقعی یک سند رسمی است که توسط سردفتر اسناد رسمی تنظیم^{۲۰} و در تاریخ معینی ثبت می‌شود (Durham, 2016: 107-108) ممکن است توافق واقعی مطابق بخش دوم ماده ۸۷۳ قانون مدنی آلمان بدون مراجعه به دفتر اسناد رسمی و صرفاً با تسلیم درخواست انتقال مالکیت به اداره ثبت تحقق یابد. به بیان دیگر توافق واقعی هرگونه نشانه‌ای است که ممکن است دلالت بر قصد ذهنی طرفین بر انتقال مالکیت نماید. به‌طور معمول، یک قرار الزام‌آور ممکن است به عنوان دلیلی بر قصد انتقال و به دست آوردن مالکیت از طریق ثبت آتی و یا نشانه‌ای از توافق واقعی بین طرفین باشد؛ اما یک قرارداد الزام‌آور معتبر پیش‌نیاز ضروری برای انتقال مالکیت در نظام انتزاعی نیست.

مطابق ماده ۸۷۳ قانون مدنی آلمان در لحظه ثبت رسمی نقل و انتقال، لازم است توافق معتبری وجود داشته باشد که از اوضاع و احوال و شرایط پیرامون آن، فرآیند «ثبت» به معنای توافق ذهنی متعاملین بر انتقال مالکیت استنباط شود هرچند در مواردی ثبت انتقال مالکیت می‌تواند به‌خودی‌خود مبین توافق واقعی باشد (Sonnekus, 2009: 714).

۲-۳. مفهوم نظام علی یا سببی انتقال مالکیت

در نظام علی یا سببی محض (مانند سیستمی که در فرانسه و ایران اعمال می‌شود)، یک قرارداد الزامی معتبر انتقال‌دهنده را ملزم به ثبت انتقال مالکیت می‌کند. مفهوم علت بیشتر به قصد متقابل انتقال و دریافت حقوق مالکیت مبتنی بر محتوی قرارداد الزام‌آور اشاره دارد. برخلاف نظام علی یا سببی، در یک سیستم انتزاعی از آنجایی که علت در توافق واقعی موجود است، دیگر به‌صورت مستقل کاربرد نداشته

²⁰ عمل عینی انتزاعی در آلمان "eufassung"



و کنار گذاشته می‌شود.

۳-۲-۱. ویژگی‌های نظام علی انتقال مالکیت

در نظام علی محض به محض انعقاد قرارداد الزام‌آور، حقوق عینی (مالکیت) به انتقال گیرنده منتقل می‌شود؛ بنابراین، انتقال مالکیت در مرحله ثبت مورد تراضی قرار نمی‌گیرد بلکه آنچه در واقع مهم است، قصد طرفین در لحظه وقوع قرارداد الزام‌آور است (Schutte, 2012:14). از آنجا که قصد متقابل انتقال قبلاً در قرارداد الزامی آمده است ثبت به عنوان یک توافق واقعی مستقل به صورت جداگانه در یک نظام علی-سببی وجود ندارد و حق مالکیت به سادگی در نتیجه تراضی بین طرفین منتقل می‌شود (Hallebeek, 2004: 9).

در صورتی که انتقال مالکیت به موجب قرارداد الزام‌آور باطل ثبت شود، بدیهی است که هیچ حق عینی منتقل نخواهد شد، زیرا علت قانونی برای انتقال از بین رفته است. سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که اگر انتقال‌دهنده، مالی را به عنوان بیع به انتقال گیرنده بدهد، اما انتقال گیرنده آن را هبه تلقی نماید، آیا نظام علی این معامله را می‌پذیرد و مال منتقل می‌شود؟

اولپیان^{۲۱} عقیده داشت که مالکیت به دلیل عدم وجود قرارداد الزام‌آور معتبر (علت) منتقل نشده است (Oven, 1948: 227-228). به نظر می‌رسد که وی بر یک قرارداد الزامی و معتبر به عنوان شرط لازم برای انتقال مالکیت اصرار داشته است که لازمه انتقال حقوق عینی در نظام سببی است؛ بنابراین تعهدات باطل، هیچ مبنای قانونی (علت) برای تسلیم یا ثبت ایجاد نمی‌کند؛ از این رو هیچ حقی منتقل نخواهد شد؛ بنابراین دیدگاه اولپیان را می‌توان به عنوان مبنایی برای یک نظام علی ارائه نمود (Molkenteller, 1991: 143).

۲-۲-۳. آثار نظام علی انتقال مالکیت

21. Ulpian



معتقدان به نظام علی-سببی این تئوری را با استدلال‌های زیر توجیه می‌کنند:

اول: از حقوق عینی به عنوان یک نهاد قانونی حمایت می‌کند.

دوم: مالک باید حقوق عینی خود را تنها در صورتی از دست بدهد که مبنای صحیحی برای چنین امری وجود داشته باشد بنابراین انتقال باید بر اساس یک قرارداد الزام‌آور معتبر باشد.

سوم: اگر قراردادی به دلیل منع قانونی باطل باشد، چنین قرارداد باطلی هیچ اثر حقوقی ندارد از این رو وضعیت ایادی بعدی و اشخاص ثالث با حسن نیت را با مخاطرات جدی مواجه می‌سازد.

در نظام علی یا سببی محض، انتقال‌دهنده بدون شک خود را در موقعیت مساعدی در برابر انتقال گیرنده می‌بیند، زیرا در صورتی که مالی با قراردادی باطل ثبت شود، حق عینی خود را حفظ می‌کند (Youngs, 2014: 557) بنابراین او می‌تواند با اثبات بطلان عمل حقوقی از انتقال گیرنده یا هر شخص ثالثی که آن مال به او منتقل شده است (حتی اگر شخص ثالث با حسن نیت باشد) عین را مسترد کند، زیرا انتقال‌دهنده همچنان دارنده حق است.

چنانچه عقد در هنگام انعقاد صحیح بوده و پس از ثبت حق مالکیت، قرارداد فسخ شود تمامی آثار قرارداد منتفی خواهد شد. حتی اگر منتقل‌الیه ورشکسته اعلام شود، مال در دارایی ورشکسته محسوب نمی‌شود (Berlee, 2018: 959). در نظام حقوقی ایران و مستفاد از مواد ۳۶۳ و ۴۵۴ از قانون مدنی علی‌الاصول مبیع در صورت انتقال پیش از فسخ عین در حکم تلف تلقی شده و استرداد آن به فروشنده منتفی است لیکن رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ - ۱۴۰۰/۳/۴ هیأت عمومی دیوان عالی کشور که بیان می‌دارد «مستفاد از مواد ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۴، ۲۲۵ و ۴۵۴ قانون مدنی، چنانچه در ضمن عقد بیع، شرط شود در صورت عدم پرداخت اقساط ثمن در مواعد تعیین‌شده، فروشنده حق فسخ و استرداد مبیع را دارد، با تحقق شرط و اعمال حق فسخ ولو اینکه خریدار بدون در نظر گرفتن حق فسخ، مبیع را به شخص دیگری



فروخته باشد، مبیع باید به بایع مسترد شود و عدم اطلاع خریدار بعدی از شرط مذکور با توجه به درج آن در متن قرارداد، به اقتضای رفتار متعارف اشخاص و حق تقدم مالک، موجب بی‌اثر شدن شرط و زوال حق مالک اولیه نسبت به عین مال نخواهد بود» احکام استثنایی مندرج در مواد ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی تحدید و مقررات حاکم بر نظام علی انتقال مالکیت اعمال گردیده است.

۳-۳. مفهوم نظام انتزاعی انتقال مالکیت

در نظام انتزاعی، ثبت رسمی انتقال مالکیت و توافق واقعی معتبری که متضمن قصد متقابل انتقال است باید وجود داشته باشد. توافق واقعی ویژگی یک نظام انتزاعی است که آن را از یک نظام علی متمایز می‌کند. در معاملات مبتنی بر این نظریه انتقال گیرنده و اشخاص ثالث در مقایسه با نظام سببی/علی، خود را در موقعیت مطلوبی نسبت به انتقال‌دهنده می‌یابند. در یک نظام انتزاعی انتقال مالکیت، در صورتی که انتقال‌دهنده به واسطه قرارداد باطل، حق مالکیت را به‌موجب ثبت واگذار کند، حقوق عینی به انتقال گیرنده منتقل می‌شود، به‌رغم اینکه انتقال‌دهنده متعهد به ثبت نبوده است (Schutte, 2012: 10). درجایی که ثبت به‌واسطه توافق باطل صورت می‌گیرد، دلیل یا سبب ثبت، این نیست که فروشنده موظف به ثبت است بلکه چون قصد ثبت دارد یا اشتبهاً گمان می‌کند که موظف به ثبت است این عمل حقوقی (ثبت) به علت استقلال در ماهیت آن صحیح فرض می‌گردد و معمولاً به چنین فرض نادرستی (یا دلیل قانونی مفروض که وجود ندارد) علت فرضی اطلاق می‌شود (Ibid, 2012: 7).

۳-۳-۱. ویژگی‌های نظام انتزاعی

برخلاف نظام علی، ثبت در نظام انتزاعی به عنوان یک فعل حقوقی مجزا از قرارداد الزام‌آور اصلی تلقی می‌شود. قرارداد الزام‌آور تنها تعهدی ایجاد می‌کند که طرفین را ملزم به انجام آن می‌کند، اما به انتقال رسمی حقوق منتهی نمی‌شود. برای این امر انتقال‌گیرنده باید مالکیت رسمی را از طریق ثبت به دست آورد (Nève, 2001).



410).

با این حال، ثبت به‌خودی‌خود برای انتقال حقوق عینی کافی نخواهد بود. انتقال‌دهنده باید به قصد انتقال مالکیت آن را ثبت کند و انتقال گیرنده به قصد حصول مالکیت، آن را تملک کند. در یک سیستم انتزاعی، قصد متقابل انتقال و دریافت حقوق عینی، یک توافق واقعی تلقی می‌شود. این توافق برای یک سیستم انتزاعی از اهمیت حیاتی برخوردار است، زیرا در کنار ثبت، تعیین می‌کند که آیا حقوق عینی به انتقال گیرنده منتقل می‌شود یا خیر. مفهوم نظام انتزاعی دقیقاً از این واقعیت ناشی می‌شود که قرارداد عینی یک توافق واقعی مجزا و مستقل است که از قرارداد الزام‌آور اولیه جدا می‌شود.

توافق واقعی به عنوان یک فعل حقوقی انتزاعی، دو ویژگی را نشان می‌دهد:
اولاً: برخلاف حالتی که در نظام علی وجود داشته و قصد متقابل انتقال و دریافت حقوق واقعی مبتنی بر قرارداد الزام‌آور است، چنین قصدی در نظام انتزاعی از تعهد قبلی انتزاع شده و به فعل ثبت ملحق می‌شود و قصد طرفین به عنوان یک توافق واقعی مستقل تعبیر می‌شود.

ثانیاً: توافق واقعی غیر از مفاد آن، نیاز به انتزاع «خارجی» یا تفکیک از قرارداد الزام‌آور نیز دارد این مستلزم آن است که توافق واقعی یک قرارداد مستقل منطبق با الزامات خود باشد. در صورتی که ثبت به علت بطلان قرارداد الزام‌آور اولیه باطل باشد، حق عینی، با وجود بطلان منشأ تملک، به انتقال گیرنده منتقل می‌شود، مشروط بر اینکه توافق واقعی معتبر وجود داشته باشد. نتیجه آن این است که یک قرارداد الزام‌آور معتبر برای انتقال حقوق عینی در یک نظام انتزاعی الزامی نیست. بلکه اذعان به این واقعیت دارد که طرفین می‌توانند قصد انتقال حقوق عینی را داشته باشند، هرچند که قرارداد الزام‌آور اولیه باطل باشد (Pienaar, 2015: 1493). قصد انتقال حقوق عینی (اعم از اینکه قرارداد الزام‌آور وجود داشته باشد یا نباشد)، یک سؤال



مهم است که باید با توجه به شرایط هر مورد به آن پاسخ داده شود. ۲۲ لازم به توضیح است از آنجا که قرارداد الزام‌آور در نظام انتزاعی یکی از مصادیق توافق واقعی است به این معنا که هر قرارداد الزام‌آور مبین وجود توافق واقعی است لیکن هر توافق واقعی قرارداد الزام‌آور نیست لذا فرض مخالف مطلب پیش‌گفته در نظام انتزاعی مبنی بر صحت قرارداد الزام‌آور و بطلان ثبت و توافق واقعی متصور نیست.

۲-۳-۳. آثار نظام انتزاعی انتقال مالکیت

در نظام انتزاعی، انتقال‌دهنده در برابر انتقال گیرنده و اشخاص ثالث در وضعیت نامساعدی قرار دارد، زیرا علی‌رغم بطلان قرارداد الزامی، حق عینی به انتقال گیرنده منتقل می‌شود. در صورتی که انتقال‌دهنده اول پس از انتقال ثابت کند که عقد بیع باطل است، با این حال نمی‌تواند با اثبات ادعای بطلان عین را از انتقال گیرنده یا شخص ثالثی که در این مدت به او منتقل شده، استرداد کند، زیرا او دیگر صاحب حق نیست. با این حال، قادر خواهد بود بهای آن (خسارت) را از انتقال گیرنده مطالبه کند (Pienaar, 2011: 35).

به عبارت دیگر، تفاوت بین این دو نظام انتقال مالکیت، در مقام مقایسه موقعیت انتقال‌دهنده با انتقال گیرنده است. در نظام انتزاعی انتقال‌دهنده در مقابل اشخاص ثالث با حسن نیتی که مال را از انتقال گیرنده دریافت کرده‌اند، نمی‌تواند ادعایی داشته باشد، مگر اینکه عین بدون عوض به شخص ثالث منتقل شده باشد (Kokelenberg et al, 1997: 1292). در حالی که نظام علی منافع انتقال‌دهنده را در مقابل انتقال گیرنده ترجیح می‌دهد و از اشخاص ثالث در برابر پیامدهای زیان‌بار ثبت به دلیل

۲۲ باطل بودن قرارداد الزام‌آور به معنای باطل بودن توافق واقعی نیست؛ اما در واقع ممکن است همان نقضی که موجب بطلان قرارداد الزامی می‌شود، موجب بطلان قرارداد واقعی نیز بشود. به هر حال، این که آیا قرارداد الزامی یا توافق واقعی یا هر دو متأثر از عیب هستند، پرسشی است که پاسخ به آن بستگی به شرایط دارد؛ اما بدون تردید این گزاره که بطلان عهد الزامی مطلقاً موجب بطلان عهد واقعی می‌شود، نادرست است بلکه اعتبار توافق واقعی باید جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.



تعهد باطل یا قرارداد باطل حمایت کافی نمی‌کند. این نظام می‌تواند مورد انتقاد قرار گیرد زیرا احتمال دارد نسبت به اشخاص ثالث غیرمنصفانه باشد و می‌توان فرض کرد شخصی که زمین به نام او ثبت نشده است نیز ممکن است مالک باشد (Bell et al, 2008: 451). لیکن در پاسخ باید گفت که قرارداد معیوب به عنوان مبنای قانونی ثبت، بیشتر در حیطه مسئولیت انتقال‌دهنده قرار می‌گیرد تا مسئولیت شخص ثالث، به ویژه اگر او از نقص آگاه نباشد. بر اساس ملاحظات انصاف، انتقال‌دهنده باید عواقب یک عمل حقوقی معیوب را متحمل شود و اشخاص ثالث با حسن نیت، نباید نسبت به آن مسئولیتی داشته باشند (Merwe, 1990: 329).

۴. نتیجه‌گیری

امروزه نظام‌های حقوقی پیشرو در تعامل پیچیده بین «حقوق مالکیت» متأثر از قوانین ماهوی و «نظام ثبت مالکیت» متأثر از مقررات شکلی، از نظام «ثبت اسناد و املاک» جهت مدیریت حقوق مالکیت و جلوگیری از معاملات پنهان و غیرقانونی و همچنین حمایت از اشخاص ثالث از طریق برقراری نظم عمومی اقتصادی در حوزه املاک و مستغلات بهره می‌برند. می‌توان گفت یکی از محاسن ثبت املاک «قابل پیش‌بینی» نمودن نظام حقوق مالکیت در جامعه است، به این معنا که پس از طی مراحل تشریفاتی ثبت انتقال مالکیت و صدور سند رسمی بنام مالک جدید، ادعایی با استناد به قوانین ماهوی علیه منتقل‌الیه با حسن نیت مسموع نبوده و احتمال مالکیت هم‌زمان افراد مختلف در این صورت منتفی است.

بر همین اساس نظریه‌های علی-سببی و انتزاعی انتقال مالکیت، به وجود آمده‌اند. اشکالات نظام علی-سببی و پیروی محض از نظام «حقوق مالکیت» مبتنی بر مقررات ماهوی امری آشکار است، بنابراین در نظام حقوقی ایران برای رفع مشکلات ناشی از ثبت معاملات اموال غیرمنقول به نظر می‌رسد:

اول: امکان استناد به برخی از اصول نظام انتزاعی از جمله استفاده از مقررات قانون ثبت وجود دارد. همان‌گونه که بیان شد، می‌توان ثبت را در کنار معامله مبنای



انتقال، به عنوان جزئی از سبب انتقال به حساب آورد. بدین ترتیب است که ثبت رسمی انتقال می‌تواند بجای «اعلام حق» به منزله «ایجاد حق» تلقی شود، بدون اینکه هیچ‌گونه تعارضی با قرارداد مبنایی آن داشته باشد.

دوم: چنانچه گفته شد آنچه نظام انتزاعی را از نظام علی محض ممتاز می‌کند، نتایج حاصل از آن در حمایت از مالکیت به واسطه صدور اسناد رسمی و «قطعیت» اسناد رسمی صادرشده از سوی دولت و همچنین دشواری ابطال اسناد رسمی مالکیت است. نظام حقوقی ایران در تبعیت از نظریه تملیک تابع نظام انتقال مالکیت علی محض است که نتیجه آن بی‌ثباتی در اسناد رسمی در برابر سند عادی و نادیده گرفتن حق مالکیت اشخاص ثالث با حسن نیت است. به نظر می‌رسد اگر نتوان از نظام علی در حقوق ایران فاصله گرفت می‌توان با پذیرش نظریه «تلف حکمی اموال غیرمنقول» که دارای ریشه‌های عمیقی در فقه و نظام حقوقی ایران است، ضمن حفظ اصول کهن و عدم عدول از نظریه علی مالکیت به نتایج ممتاز نظام انتزاعی دست یافت. بدین ترتیب که اگر مال غیرمنقولی به موجب سند رسمی انتقال یافت ادعای فسخ یا بطلان چنین معامله‌ای، موجب ابطال سند رسمی انتقال و استرداد عین از دارنده با حسن نیت نمی‌شود. به بیان دیگر انتقال مالکیت به موجب سند رسمی به مثابه «تلف حکمی عین» تلقی می‌گردد^{۲۳} و انتقال‌دهنده با فرض اثبات ادعا صرفاً می‌تواند قیمت روز مورد معامله را از طرف مقابل دریافت کند. در این صورت نه تنها مبانی فعلی نظام حقوقی ایران بر پایه نظام «علی» مالکیت و «نظام تأییدی» ثبت، حفظ می‌گردد، از محاسن بی‌شمار نظام «انتزاعی» مالکیت و «نظام ایجادی» ثبت که عبارت است از عدم امکان ابطال معاملات متعدد آتی و ارتقای اعتبار اسناد رسمی، برخوردار می‌شود. افزون بر این، مشکلات و معضلات متعددی از جمله تعدد پرونده‌های قضایی، بی‌نظمی در حوزه معاملات املاک و ابطال اسناد مالکیت که موجب عدم اعتماد به



معاملات املاک شده نیز، برطرف می‌گردد.

۵. فهرست منابع

۵-۱. منابع فارسی

الف) کتب

- ۱- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). قواعد عمومی قراردادها، تهران، انتشارات گنج دانش، جلد اول.
- ۲- احمد متین دفتری (۱۳۴۰). مجموعه رویه قضایی (قسمت حقوقی). تهران، چاپخانه هاشمی.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۳۶). حقوق ثبت، تهران، انتشارات گنج دانش، جلد اول.

۴- طباطبائی حصارى، نسرین (۱۴۰۱). مبانی و آثار نظام ثبت املاک، شرکت

سهامی انتشار.

ب) مقالات

- ۵- قنواتی، جلیل (۱۳۹۹). «نظریه تملیک و نظریه تعهد از دیدگاه فقیهان»، فقه و مبانی حقوق اسلام، شماره ۲، صص ۳۸۹-۴۰۳.
- ۶- طباطبائی حصارى، نسرین و محمدحسن صادقی مقدم (۱۳۹۴). «آثار ثبت املاک بر اعتبار اعمال حقوقی؛ با تأکید بر اوصاف و کارکردهای نظام ثبتی»، مطالعات حقوق تطبیقی، شماره ۲، صص ۶۷۷-۶۹۸.
- ۷- طباطبائی حصارى، نسرین و سروش صفی زاده (۱۴۰۰). «درآمدی بر خانواده‌های بزرگ ثبت املاک معاصر (بر مبنای مؤلفه‌های کلان طبقه‌بندی تطبیقی)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۹۴، صص ۲۳۹-۲۶۶.



- ۸- عبدالملکی، محمد، سید محمد هاشمی و علی اکبر گرجی ازندریانی (۱۴۰۰). «نقش ثبت اسناد در ارائه خدمات عمومی و صیانت از حقوق شهروندی»، *مجله علمی پژوهشی حقوق پزشکی*، شماره ۱۵، صص ۲۵۹-۲۷۱.
- ۹- قنواتی، جلیل (۱۴۰۰). «نظریه تملیک یا نظریه تعهد»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، شماره ۹۳، دوره ۲۴، صص ۲۱۵-۲۴۶.
- ۱۰- طباطبایی حصار، نسرین (۱۳۸۹). «بررسی تطبیقی نظام‌های ثبت املاک (با تأکید بر نظام ثبت املاک در ایران)». *مطالعات حقوق خصوصی (حقوق)*، شماره ۲، صص ۲۱۹-۲۳۷.
- ۱۱- صفی زاده، سروش (۱۴۰۱)، «جایگاه ثبت در انتقال قراردادی اموال غیرمنقول در ایران؛ مطالعه تطبیقی با حقوق انگلستان، سوئیس و فرانسه»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱۱۸، صص ۱۸۵-۲۰۶.
- ۲-۵. منابع لاتین

A) Books

- 12- Cooke, E. (2003). *The New Law of Land Registration*. United Kingdom, Bloomsbury Publishing.
- 13- Oven, J. C. v. (1948). *Leerboek van romeinsch privaatrecht*: Drede, onveranderde druk. Netherlands: E. J. Brill
- 14- Molkenteller, D. H. (1991). *Die these vom dinglichen Vertrag: zur formalen Struktur der Eigentumsübertragung nach § 929 Satz 1 BGB*, Lang.
- 15- Youngs, R. (2014). *English, French & German Comparative Law*. Routledge.
- 16- Bell, J., Boyron, S., & Whittaker, S. (2008). *Principles of French law*. Oxford university press.
- 17- Schuster, E. J. (2000). *The principles of German civil law*. Рипол Классик.

B) Articles

- 18- Heinze, C. (2018). "Die Rechte des Eigentümers bei Pflichtverletzungen im Eigentümer-Nießbraucher-Verhältnis". *Zeitschrift für*



die Notarpraxis, 22(9), pp. 305-311.

19- Sonnekus, J. C. (2009). "Saaklike ooreenkoms ondanks kennis van wilsgebrek?: aantekeninge". *Journal of South African Law/Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2009(4), pp. 709-723.

20- Badenhorst, P. J. (2006). "Mineral law and the doctrine of rights: a microscope of magnification?". *Obiter*, 27(3), pp. 539-553.

21- Pienaar, G. J. (2015). "The real agreement as causa for the transfer of immovable property". *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, Vol. 78, pp. 47-62.

22- Carey Miller, D., & Pope, A. (2000). "South African land reform". *Journal of African Law*, 44(2), pp. 167-194.

23- Schutte, P. J. W. (2013). "The Characteristics of an Abstract System for the Transfer of Property in South African Law as Distinguished from a Causal System". *European Journal of Comparative Law and Governance*, 1(aop), pp. 1-22.

24- Hallebeek, J. (2004). "Transfer of ownership: traditionalism or consensualism?". *Codicillus*, 45(1), pp. 6-16.

25- Berlee, A. (2018). "De positie van openbare registers in het privacyrecht". *Ars aequi*, 67(11), pp. 954-961.

26- Nève. (2001). "LPW van Vliet, Transfer of Movables in German, French, English and Dutch Law". *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'Histoire du Droit/The Legal History Review*, 69(4), pp. 409-410.

27- Pienaar, G. (2015). "The effect of the original acquisition of ownership of immovable property on existing limited real rights". *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 18(5), pp. 1479-1505.

28- Pienaar, J. M. (2011). "Restitutionary road: reflecting on good governance and the role of the Land Claims Court". *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 14(3). pp. 30-48

29- Kokelenberg, J. (1997). "HJ Snijders & EB Rank-Berenschot:



Goederenrecht". *Tijdschrift voor privaatrecht.-Gent*, 1964, *currens*, pp. 1287-1292.

30- Van der Merwe, D. (1990). Land Tenure in South Africa: Changing the Face of Property Law. *Stellenbosch L. Rev.*, 1, pp. 321-335.

C) Ph.D. Thesis

31- Durham, C. M. (2016). **Comparative perspectives on the role of the trustees and the managing agent as dramatis personae in the governance of sectional title schemes in South Africa**, Doctoral dissertation, Stellenbosch: Stellenbosch University.



A Comparative Study of the Ownership Transfer System of Immovable Property in Iranian and German Law

Sajjad Houshmandi¹, Jalil Ghanavati², Javad Hosseinzadeh^{3*}

1. Ph. D. Student in Private Law, Faculty of Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran
2. Associate Professor in Private Law, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qum, Iran
3. Associate Professor in Private Law, Faculty of Law, University of Science and Culture, Tehran, Iran

Receive: 2023/08/10 Accept: 2023/11/25

Abstract

Jurists have always been interested in the methods of transferring ownership rights of immovable property as a legal fact. Different legal systems' attitudes toward the simple or complex registration of property rights have had varying effects on the social and economic structures of each society. Possibly, the consistency of real estate transactions in Germany, and the disorder of this field in Iran can be attributed to the attitude towards the creation and transfer of ownership of immovable property, despite the Iranian government's recent support of the positive developments in this field. In Iran's legal system, according to the theory of ownership and the principle of the intentionality of ownership contracts, which have deep roots in Ja'fari jurisprudence, the right of ownership is considered to be based on nothing more than the effect of a legitimate transaction, and "registration" has only a declarative effect and is only confirmed if it matches the "truth". In German law, "registration" is deemed to have a "creative" effect and act independently of the original binding contract, thereby transforming the property right into a compound right. This research, using a descriptive - analytical, and comparative method, while expressing the concept, difference, and effects of each of the two causal and abstract systems of transferring ownership of immovable property, has come to the conclusion that without a doubt, in order to organize transactions in the field of real estate and maintain economic order and public interest, Changing the perspective on how to create and transfer ownership rights in Iranian law is a necessary and inevitable thing that can be justified by identifying "registration" as a part of the ownership right process and a necessary condition for the transfer of this right.

Keywords: Ownership Transfer, Ownership Registration, Causal System, Abstract System

*Corresponding Author: HOSEINZADEH@USC.AC.IR