

اختلاف آراء در فروش مال الرهانه

دکتر پژمان محمدی*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه شهید چمران اهواز

سعید صبیان

کارشناس ارشد حقوق خصوصی

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۴/۴/۲۷ تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۲/۱۰)

چکیده:

ماده ۷۹۳ قانون مدنی صراحتاً بیان می‌دارد: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حقوق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن» اما، در میان تصرفات حقوقی، اینکه چه نوع تصرفاتی منافی حق مرتهن است اختلاف آرای را مخصوصاً در رویه قضایی ایجاد کرده است. فروش مال الرهانه نمونه بارزی از تصرفات حقوقی است که دامنه آن تا سطح دیوان عالی کشور کشیده شده است. اختلاف در این است که بعضی از دادگاه‌ها فروش مال الرهانه را مطلقاً غیر نافذ محسوب و دعوی خریدار مال الرهانه را تا وقتی که ملحق به اجازه راهن نگردیده و یا از مال الرهانه فک رهن به عمل نیامده است، قابل استماع نمی‌دانند. در مقابل، بعضی دیگر از دادگاه‌های دادگستری، بیع مال الرهانه را در صورتی که توأم با شرط مربوط به حفظ حقوق رهنی مرتهن باشد، نافذ محسوب و مالک را به انجام تعهدات ناشی از آن و از جمله تنظیم سند رسمی، ملزم می‌دانند. رای اصراری ۲۱-۱۲/۱۲/۱۳۷۶ شعب حقوقی دیوان عالی کشور، در طرفداری از نظر اخیر صادر گردیده است. اما مقررات قانونی و سابقه موضوع در فقه امامیه و خاصه مکانیسم حقوقی ناظر بر شرط و قرارداد اصلی، نظر اول را تأیید می‌کند. شرط ناظر بر حفظ حقوق رهنی مرتهن، که اقوی دلیل قائلین نظر دوم است، دارای قدرتی که حقی را برای استماع دعوی خریدار مال الرهانه ثابت کند، نیست.

واژگان کلیدی:

رهن - فروش مال الرهانه - حفظ حقوق رهنی مرتهن - رویه قضایی - رای اصراری دیوان عالی کشور

مقدمه

پس از آن که عقد رهن صحیحاً بسته شد، رهن، نمی‌تواند جز با اجازه مرتهن در مال‌الرّهانه تصرفاتی که منافی با حق مرتهن باشد، به عمل آورد. از آنجا که چنین حکمی متکی به نص قانونی است (ماده ۷۹۳ قانون مدنی)، حقوق دانان و محاکم قضایی در این زمینه متفق‌القول‌اند. معهذا، اینکه چه نوع تصرفاتی منافی حق مرتهن است، اختلاف آرای را، خاصه در بین محاکم دادگستری ایجاد کرده است. چون عقد رهن موجب خروج ملکیت مال‌الرّهانه از مالکیت رهن نمی‌شود، و به علاوه، استمرار قبض شرط صحت معامله رهنی نیست (ماده ۷۷۲ قانون مدنی)، معمولاً طرفین عقد رهن، پس از انعقاد معامله رهنی و قبض مال‌الرّهانه، مجدداً مال‌الرّهانه را در اختیار رهن قرار می‌دهند، تا او بتواند از مال خود استفاده نماید. از این رو، تصرفاتی که رهن عملاً می‌تواند نسبت به مال مرهون انجام دهد، کم از وضعیت سابق بر عقد رهن نیست. با وجود این، تصرفات مادی رهن در صورتی که منافی با حق مرتهن باشد، مثل تخریب مال‌الرّهانه، به سهولت قابل احراز است و تغییرات جزئی نیز، چندان محل مناقشه نیست. مع الوصف، تصرفات حقوقی مالک در مال‌الرّهانه، که نمونه بارز آن فروش مال‌الرّهانه است، در تشخیص تنافی با حقوق مرتهن اختلافاتی را دامن زده است.

در واقع، محاکم قضایی در این زمینه خود را با مصالح اشخاصی مواجه می‌بینند و در اینکه چه مبنایی را برای جمع بین این مصالح انتخاب کنند، مردداند: ۱- رهن که گاه بدهکار دینی که عقد رهن برای تضمین آن بسته شده است، نیست، به دلایلی مال‌الرّهانه را فروخته و در قبال دریافت ثمن معامله، تعهداتی را پذیرفته است ۲- خریدار مال مرهون که وجهی را پرداخت کرده است و به جای تملک موضوع معامله، شخصی را به عنوان مرتهن معارض خود می‌بیند و ۳- مرتهن که به واسطه مطالباتی که از بدهکار داشته مالی را برای وثیقه گرفته و حال با شخص ثالثی مواجه شده است.

اما، جمع بین مصالح در صورتی که متکی به اصول و مقررات قانونی نباشد، خود مخالف با مصالحی است که این اصول و موازین قانونی برای محافظت از آن وضع

شده است.^۱ رای اصراری شماره ۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۱۲ هیات عمومی دیوان عالی کشور که در این مقاله عمدتاً به نقد و تحلیل آن می‌پردازیم، مغایر با موازین حقوقی و قویاً محدودش است. در مقابل، آرائی از دیوان عالی کشور صادر گردیده است که در نوع خود جالب و از این جهت اشکال قانونی ندارند. چون بررسی و تحلیل رای اصراری ۲۱-۱۳۷۶/۱۲/۱۲ هیات عمومی دیوان عالی کشور، مستلزم نقل رای است، در گفتار اول، خلاصه رای مذکور آورده می‌شود. در گفتار دوم ضمن بررسی این رای ایراداتی که به آن وارد است، احصاء خواهد شد. در گفتار سوم، برای نمونه، تعدادی از آراء دیوان عالی کشور که با تحلیل حقوقی بیع مال الرهانه مطابقت دارد، ذکر می‌شود. در پایان مقاله نیز، نتیجه‌گیری مباحث ارائه خواهد شد.

گفتار اول - خلاصه رأی اصراری ۲۱-۱۳۷۶/۱۲/۱۲

به موجب جریان پرونده، بدو خانم ب. ش. دادخواستی به طرفیت خانم ع. ا. و آقای ح. ا.، به خواسته صدور حکم بر الزام خواندگان به انجام مبیعه‌نامه

^۱ - هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای اصراری دیگری (۳۱-۱۳۷۷/۱۲/۱۱) بنا به همان مصالحی که ذکر شد و در مذاکرات هیات قضات نیز به خوبی معلوم است، با تمسک به بندی از قرار داد رهنی که در آن با تاکید بر ممنوعیت رهن از فروش مال الرهانه، فقط حق استفاده و نگهداری از مال الرهانه به مالک داده شده بوده است، اعطای حق استفاده و نگهداری از مال مرهونه را تلویحاً مستلزم فروش مال الرهانه دانسته! و به‌رغم ایرادات مشروح و قانونی شعبه هشتم دیوان عالی کشور، دادنامه شعبه هجدهم دادگاه عمومی کرج را که اشکالات قانونی دیگری نیز داشته با اکثریت نسبی (۲۹ رای در مقابل ۲۵ رای) تایید کرده است. رای اصراری ۳۱-۱۳۷۷/۱۲/۱۱ هیات عمومی دیوان عالی کشور به این شرح است:

«نظر به اینکه وقوع عقد بیع بین طرفین دعوی با توجه به قبض مبیع و پرداخت ثمن معامله و احراز مالکیت خواننده محقق می‌باشد و با توجه به اینکه به موجب سند رسمی رهنی حق استفاده از مورد رهن به رهن تفویض شده که از منافع ملک بهره‌مند گردد و تلویحاً به منظور استهلاك بدهی به بانک، اجازه فروش آپارتمان‌ها نیز به رهن داده شده است، بنابراین، اعتراضات تجدیدنظر خواهان‌ها غیر موثر تلقی و دادنامه شماره ۳۰۶ الی ۳۳۱-۱۳۷۶/۹/۱۵ شعبه ۱۸ دادگاه عمومی کرج که وفق مقررات اصدار یافته به نظر اکثریت اعضاء هیات عمومی دیوان عالی کشور بلا اشکال و خالی از منقصد قانونی تشخیص و و ابرام می‌شود: مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور (سال ۱۳۷۷)؛ جلد چهارم، تهران، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ اول، ص ۷۷۲.

مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ و انتقال خانه مسکونی پلاک ۱۷-۱۰۶۹ واقع در بخش ۵ ثبت اصفهان، به دادگاه‌های عمومی شهرستان اصفهان تقدیم و توضیح داده است، خواننده ردیف اول با وکالت خواننده ردیف دوم، مطابق مبایعه‌نامه ۷۳/۱۲/۲۸ شش دانگ خانه مسکونی موضوع دادخواست را به مبلغ ۲۱۰ میلیون ریال فروخته و چون با وصف مراجعات، حاضر به نقل و انتقال مورد معامله نشده و به ارسال اظهارنامه نیز توجهی ندارد، تقاضای صدور حکم دایر بر الزام خوانندگان به انتقال رسمی مورد معامله را دارد. دادخواست تقدیمی به شعبه چهارم دادگاه عمومی اصفهان ارجاع و تحت کلاسه ۷۴-۱۳۱۱ ثبت می‌گردد. با ابلاغ دادخواست و ضمائم مربوطه، خوانندگان نیز دادخواست متقابلی تقدیم و توضیح می‌دهند، مبایعه‌نامه استنادی بر روی فرم‌های چاپی و قبل از این که تکمیل گردد، در بنگاه معاملات ملکی تنظیم گردیده و چون فاقد ارکان بیع است، تقاضای اعلام بطلان آن را دارند. دادخواست تقابل نیز، تحت کلاسه ۷۴-۱۶۳۴ ثبت و با پرونده اصلی، توأمأ مطرح رسیدگی واقع می‌شود. دادگاه رسیدگی‌کننده، پس از رسیدگی و با اعلام ختم دادرسی، ضمن احراز مالکیت رسمی خواننده ردیف اول و با ملاحظه این که مورد معامله قبل از انجام معامله، در رهن بانک ملی قرار داشته است، مطابق دادنامه‌های شماره ۲۳۷۷ و ۲۳۷۸ مورخ ۷۴/۱۲/۲۷ و با استدلال به اینکه انتقال رسمی مورد معامله، مستلزم فک رهن است و حسب بند ۵ مبایعه‌نامه مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ خواننده مکلف شده است تمام دیون قبلی مورد معامله را به اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت نماید، خواننده ردیف اول دادخواست اصلی را به انتقال رسمی خانه موضوع مبایعه‌نامه توأم با فک رهن از آن ملزم، و دعوی تقابل را مردود اعلام می‌نماید. در اثر تجدیدنظرخواهی محکوم علیه، پرونده به شعبه ششم دیوان عالی کشور ارجاع و این شعبه به موجب دادنامه شماره ۱۸۶-۶ مورخ ۱۳۷۵/۶/۲۸ به این شرح رای دادگاه بدوی را نقض می‌کند: «بر دادنامه تجدیدنظر خواسته این اشکال وارد است که ملک مورد دعوی در تاریخ وقوع عقد بیع و حتی صدور رای دادگاه در رهن بانک بوده و مادام که موافقت بانک مرتهن نسبت به ملک مورد معامله جلب نگردیده و یا فک رهن به عمل نیامده، الزام تجدیدنظرخواه به انتقال رسمی آن مخالف مدلول ماده

۷۹۳ قانون مدنی است، علیهذا، رای مزبور به علت مغایرت آن با قانون نقض و تجدید رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه عمومی اصفهان ارجاع می‌شود». پس از اعاده پرونده به دادگستری شهرستان اصفهان، این بار پرونده به شعبه ششم دادگاه عمومی اصفهان ارجاع و تحت کلاسه ۷۵-۱۳۷۶ ثبت و مجدداً مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. این دادگاه نیز، پس از استعلام از بانک مرتهن که در آن موافقت با فک مال الرهانه را منوط به استیفاء تمام مطالبات خود دانسته است، به شرح دادنامه شماره ۲۴۱۲ مورخ ۱۳۷۵/۱۱/۱۱ و با استدلال به اینکه انتقال مال مرهون با حفظ حقوق رهنی مرتهن، منافی حق مرتهن نیست، با احراز اینکه بیع صحیحاً واقع گردیده است، خواننده را به تنظیم سند رسمی به نام خواهان و همچنین فک مال الرهانه محکوم، و دعوی تقابل را مردود اعلام می‌کند. با ابلاغ دادنامه، محکوم علیه در مقام تجدیدنظر خواهی برآمده و با تاکید بر بی‌اعتباری مبیعه نامه مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ و این که معامله مذکور با وصف در رهن بودن مورد معامله، صورت قانونی ندارد، تقاضای نقض دادنامه را به عمل آورده و محکوم‌له نیز به شرحی که در جریان تبادل لوائح نوشته، ابرام دادنامه تجدیدنظر خواسته را خواستار شده است. شعبه ششم دیوان عالی کشور وارد رسیدگی شده و به موجب دادنامه شماره ۲۰۶ مورخ ۱۳۷۶/۵/۲۸ با استناد به اینکه رای تجدید خواسته مستند به همان جهات و اسبابی است که حکم منقوض مبتنی بر آن بوده است، موضوع را اصراری تشخیص و با توجه به ماده ۵۷۶ قانون آئین دادرسی مدنی سابق (۱۳۱۸) پرونده را جهت طرح در هیات عمومی دیوان عالی کشور، به این هیات ارسال می‌کند. هیات عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور، پس از انجام مذاکرات (جلسات ۷۶/۱۲/۵-۱۳۷۶/۱۲/۱۲) و به موجب دادنامه اصراری شماره ۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۱۲ به این شرح دادنامه شماره ۲۴۱۲ مورخ ۱۳۷۵/۱۱/۱۱ شعبه ششم دادگاه عمومی شهرستان اصفهان را تایید و استوار می‌نماید: «نظر به اینکه به شرح دادخواست ابتدایی، خواهان، علاوه بر الزام خوانندگان به تنظیم سند رسمی انتقال، الزام آنان را هم به انجام شرایط و مفاد مبیعه نامه مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ و تخلیه و تحویل مبیع مورد لحوق دعوی قرار داده است و نظر به اینکه به شرح بند (۵) شرایط ضمنی معامله، فروشنده، پرداخت

تمام دیون قبلی مورد معامله به اشخاص حقیقی و حقوقی و همچنین تهیه مدارک لازم را به منظور تنظیم سند رسمی انتقال تعهد نموده است، و نظر به این که از جمله دیون مربوط به مورد معامله، دینی است که با رهن گذاردن ملک از بانک ملی اصفهان به عنوان وام اخذ گردیده است، بنا به مراتب با لحاظ کیفیت طرح دعوی و تعهدات خواننده (تجدیدنظرخواه) دادنامه شماره ۲۴۱۲-۱۱/۱۱/۱۳۷۵ شعبه ششم دادگاه عمومی اصفهان که در عین حال، متضمن الزام خواننده به فک رهن و همچنین الزام وی به تنظیم سند رسمی انتقال می‌باشد، با رعایت حقوق مرتهن و مقررات ماده ۷۹۳ قانون مدنی منافات ندارد و با اقتضاء مدارک پرونده و موازین قانونی تطبیق می‌کند و به اکثریت آراء تایید و ابرام می‌شود» (مذاکرات و آراء دیوان عالی کشور ۱۳۷۶، صص ۶۰۰-۵۸۱).

گفتار دوم - تحلیل و نقد رأی اصراری ۲۱-۱۲/۱۲/۱۳۷۶

مشهور فقهای امامیه، بیع مال مرهون را منافی با عقد رهن می‌دانند و صحت چنین تصرفاتی را فقط به اجازه مرتهن یا فک مال الرهانه، منوط کرده‌اند. به عقیده فقهای امامیه، چون عقد رهن، ماهیتاً توثیق مال الرهانه، برای استیفاء مطالبات مرتهن، از محل مال الرهانه است، بنابراین، جز با ممنوعیت مالک از انجام تصرفات حقوقی که نمونه بارز آن بیع است، وثیقه کامل نخواهد بود (شهید اول، ۱۴۱۴، ص ۳۹۸؛ محقق حلی، ۱۴۱۳، ص ۱۳۷-۱۳۷۳، ص ۶۶؛ شهید ثانی، ۱۳۷۳، ص ۳۵۵-۱۴۱۴، صص ۴۸-۴۷؛ نجفی، صص ۱۹۶-۱۹۷، طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۸۵؛ انصاری، ۱۴۱۰، ص ۱۲۲-۱۲۱)^۱. چنین نظری مستلزم حکم به «عدم نفوذ» بیع

^۱ - شمس‌الدین محمد بن مکی العاملی (شهید اول)؛ الدروس الشرعیة، جلد سوم، قم، موسسه نشر اسلامی، سال ۱۴۱۴ ه. ق، ص ۳۹۸. «لأن الغرض من الرهن الوثیقه و لا وثیقه مع تسلط المالك على البيع» - ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (محقق حلی)؛ المختصر النافع فی فقه الامامیه، قم، موسسه البعثة، سال ۱۴۱۳ ه. ق، ص ۱۳۷- شرایع الاسلام، جلد دوم، قم، موسسه اسماعیلیان، چاپ سوم، سال ۱۳۷۳، ص ۶۶. محقق حلی رهن را به وثیقه دین مرتهن «وهو وثیقه لدین المرتهن» تعریف کرده است. - زین‌الدین علی العاملی (شهید ثانی)؛ الروضة البهیة فی شرح المعنى الدمشقیة؛ جلد اول، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ هشتم، سال ۱۳۷۳، ص ۳۵۵ - مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام؛ جلد چهارم، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه. ق، صص ۴۸-۴۷. در این کتاب درباره علت ممنوعیت مالک از تصرف نسبت به مال الرهانه می‌خوانیم: «لما كان الرهن وثیقه لدین المرتهن، اما فی عینه، او

بدله، لم تتم الوثيقة الا بالحجر و قطع سلطنه، ليتحرك الى الاداء؛ فمن ثم منع الراهن من التصرف في الرهن، سواء أزال الملك كالبيع، أم منفعة كالأجاره» - شیخ محمد حسن النجفی؛ جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد بیست و پنجم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، چاپ هشتم، سال؟، صص ۱۹۶-۱۹۵. شیخ محمد حسن نجفی، بعد از نقل دلایل و آراء فقهایی که بیع مال الرهانه را مجاز نمی‌دانند، خود نیز به این شرح ممنوعیت بیع مال الرهانه را تأیید کرده است: «بأن الغرض من الرهن الوثيقه، و لا وثيقه مع تسلط المالك على البيع». - سید علی طباطبایی؛ ریاض المسائل، جلد اول و دوم، قم، موسسه آل البيت (ع)، سال ۱۴۰۴ ه. ق، صص ۸۵- شیخ مرتضی انصاری؛ کتاب المکاسب، جلد دوم، بیروت، موسسه النعمان، سال ۱۴۱۰ ه. ق، صص ۱۲۲-۱۲۱. شیخ مرتضی انصاری یکی از اسباب انتقال مالکیت را طلقیت مال مورد معامله می‌داند و از این نظر که مالک مرهونه، در فروش مال الرهانه استقلال ندارد، در نهایت دفاع کرده است: «و من السبب خروج ملک عن كونه طلقاً كونه مرهوناً فان الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال مالك في بيع ملكه المرهون و حکى عن الخلاف اجماع الفرقه و اخبارهم على ذلك». همچنین مراجعه کنید به دکتر ابوالقاسم گرجی؛ مقالات حقوقی، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، سال ۱۳۷۲، صص ۲۵. دکتر ناصر کاتوزیان؛ حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی) تهران، چاپ شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم، سال ۱۳۷۱، صص ۱۹۰. آقای دکتر ناصر کاتوزیان در این کتاب، بیع مال مورد وثیقه را به دلیل اینکه مالک سابقاً به وسیله عقد رهن اختیار فروش آن را از خود سلب کرده، مثالی برای عدم امکان معامله ثانوی از جهت آزاد نبودن مال موضوع معامله دانسته است. علاوه بر این، در فقه امامیه، برای ممنوعیت رهن از بیع مال الرهانه، به اجماع و حدیث نبوی (ص) «الرهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» (المستدرک؛ جلد دوم، صص ۴۹۶) استناد شده است: محمد بن حسن طوسی (شیخ طوسی)؛ کتاب الخلاف، جلد سوم، قم، موسسه نشر اسلامی، چاپ دوم، سال ۱۴۱۵ ه. ق، صص ۴۲۶؛ «والاولی عندی انه لا يجوز له التصرف فی الرهن علی حال؛ الاجماع أن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فی الرهن». سید محسن حکیم (نهج الفقاهه؛ جلد اول، نجف اشرف؛ سال ۱۳۷۱ ه. ق، صص ۳۸۷) حتی تصرفات ناقل را نیز منافی حق مرتهن نمی‌داند. آیت‌الله سید ابوالقاسم خویی نیز، با آنکه رهن را در تصرفاتی که منافی حق مرتهن است، مجاز نمی‌داند، و با اینکه در اول فتوای خود صحت بیع عین مرهونه را باقید اذن یا اجازه مرتهن اعلام کرده‌اند، ولیکن در ادامه، صحت بیع مال الرهانه را در صورت عدم اجازه مرتهن نیز «اظهار» دانسته و ادامه داده‌اند در این حالت، چنانچه مشتری جاهل به رهن بودن مبیع باشد، خيار فسخ معامله برای او ثابت می‌گردد: «مساله ۹۴- یصح للراهن بیع العین المرهونه باذن المرتهن، و كذلك لو اجازه بعد وقوعه و الاظهر صحه البيع مع عدم اجازته ایضاً، الا، انه ینبئ بالخیار، حیث یند، للمشتري اذ كان جاهلاً بالحال حین البیع»: آیت‌الله سید ابوالقاسم خویی؛ منهاج الصالحین، جلد دوم (معاملات)، قم، چاپخانه مهر، چاپ بیست و هشتم، سال ۱۴۱۰ ه. ق، صص ۲۵. هر چند در اعتبار فتاوی این دو فقیه که در فقه امامیه شأن و الاثنی دارند، تردید نمی‌توان کرد ولیکن با توجه به کثرت فتاوی مخالف که صاحبان آن نیز فقهای طراز اولی‌اند، در فرض اجمال ماده ۷۹۳ قانون مدنی نیز، دادگاه‌ها باید در اجرای درست اصل ۱۶۷ قانون اساسی، تفسیری را انتخاب کنند که به نظریه اکثریت نزدیک است. در این زمینه مراجعه کنید به: دکتر ناصر کاتوزیان؛ جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره سی و ششم، بهار ۱۳۷۶، صص ۷۲-۴۱.

مال الرهانه است و هر وضعیتی که بر یک عقد «غیر نافذ» حاکم است، عیناً بر بیع مال مرهون نیز به عنوان مصداقی از عقد غیر نافذ مترتب خواهد بود (شهید اول ۱۴۱۴، صص ۳۹۸-۳۹۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۳، ص ۱۳۷؛ شهید ثانی، ۱۳۷۳، ص ۴۷؛ نجفی، ص ۱۹۹).^۱ در این صورت، چون قانوناً عقد غیر نافذ قبل از الحاق اجازه به آن، فی حد ذاته، فاقد اثر است، در نتیجه، برای اصیل نیز منشا هیچ گونه حقی، جز به هم زدن معامله تحت شرایط مندرج

^۱ - شهید اول؛ دروس، صص ۳۹۸-۳۹۷: «و یمنع الراهن من کل تصرف یزیل الملك کالبیع و الهبه... ولو أذن المرتهن فی ذلك كله جاز» شرایع الاسلام، ص ۷۳: «و لو باع او وهب، وقف علی اجازة المرتهن» - شهید ثانی؛ شرح لمعه، ص ۳۵۶ - مسالک الافهام؛ ص ۴۷؛ «فلو تصرف الراهن بما یمنع منه، فان كان بعقد كان موقوفا علی اجازة المرتهن، فان اجازة صحّ وألا بطل» - شیخ محمد حسن نجفی؛ پیشین، ص ۱۹۹: «نعم لو باع أو وهب مثلاً، وقف علی اجازة المرتهن، فان حصلت؛ حکم بصحّته و الا فلا، اذ هو ان لم یکن فضولیا فمثله فی ذلك» - شیخ مرتضی انصاری؛ پیشین، صص ۱۲۲-۱۲۱ - شیخ مرتضی انصاری اجماع فقهای امامیه دایر بر ممنوعیت فروش مال الرهانه را منحصرأ ناظر به فروش استقلالی مال مرهون دانسته و در نتیجه بیع مال الرهانه را نه باطل، بلکه غیر نافذ اعلام کرده است: «و انما الکلام فی ان البیع الراهن هل یقع باطلا من اصله، او یقع موقوفا علی اجازة، او سقوط حقّه باسقاطه، او بالفک، فظائر عبائر جماعاً من القدماء و غیر هم، الاول، ان صریح الشیخ فی النهایه وابن حمزه فی الوسیله و جمهور المتأخرین عدا شاذ منهم، هو کونه موقوفا و هو، الاقوی للمعلومات السلیمة عن المخصص لان معقد الاجماع و الاخبار الظاهرة فی المنع عن التصرف هو الاستقلال كما یشهر به عطف المرتهن علی الراهن، مع ما ثبت فی محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا و علی تسلیم الظهور فی بطلان التصرف راساً، فیهی موهونه بمصیر جمهور المتأخرین، علی خلافه» - میرزا حسین نائینی؛ مکاسب و البیع (به قلم شیخ محمد تقی آملی) جلد دوم، قم، موسسه النشر الاسلامی، سال ۱۳۵۱ ه. ق، ص ۴۵. میرزای نائینی، ضمن قبول نظریه شیخ مرتضی انصاری، فتوای شیخ اسدالله شوشتری را که به طور مطلق قائل بر بطلان بیع مال الرهانه شده اند (مقابس الانوار؛ جلد دوم، ص ۱۰۵) مردود اعلام کرده است - میرزا ابوالقاسم بن الحسن القمی؛ جامع الشتات، تهران، انتشارات کیهان، چاپ اول، سال ۱۳۷۱، صص ۴۵۳-۴۵۱. در این کتاب در پاسخ به سوالی می خوانیم: «هر چند راهن ممنوع است از تصرف در عین مرهونه بدون اذن مرتهن، و لکن عقد بیعی که واقع شود از او قبل از فک رهن، شرعی است با اجازه مرتهن، پس اگر اجازه کرد لازم می شود و اگر فسخ کرد باطل می شود، اما اگر نه اجازه کرد و نه فسخ کرد تا این که راهن ادای دین کرد و فک رهن کرد، پس اظهر لزوم بیع است، زیرا که مقتضی لزوم، که بیع مال مملوک است با سایر شرایط موجود است و آنچه متصور است در این مقام از باب منافیات، آن وجود مانع است که حق مرتهن است و آن بالفرض به سبب فک مرتفع شد».

مطابق ماده (۷۴۷) مجله الاحکام، فروش مال مرهونه بدون رضایت مرتهن، غیر نافذ اعلام شده و شیخ علی حیدر، در شرح این ماده نوشته است: «اذا باع الراهن، بدون رضی المرتهن، ینعقد ذلك البیع موقوفا علی اجازة المرتهن». شیخ علی حیدر؛ در الاحکام، جلد دوم، بیروت، دار الکتب العلمیه، ص ۱۵۵.

در ماده ۲۵۲ قانون مدنی و تدارک خسارت قانونی در فرض جهل به رهن بودن مورد معامله نیست (ماده ۲۶۳ قانون مدنی).^۱ تعبیری که به عنوان موجود بی جان از عقد غیر نافذ کرده‌اند (شهیدی ۱۳۸۰، صص ۹۸-۹۷) دقیقاً متضمن همین معنی است و مقررات قانونی مدنی نیز، کاملاً این موضوع را تایید می‌کند (امامی ۱۳۳۸، ص ۳۰۰؛ کاتوزیان ۱۳۶۶، ص ۱۴۰؛ صفایی ۱۳۸۲، ص ۱۷۹).^۲ در واقع، ماده ۳۶۲ قانون مدنی، آثار بیعی را که «صحیحاً» واقع شده است، احصاء کرده و حکم ماده ۲۴۷ قانونی مدنی نیز بیع مال مرهون را به شرط اجازه مرتهن «صحیح و نافذ» می‌داند. بنابراین، تا وقتی که اجازه مرتهن تحصیل نگردیده و یا به نحوی از انحاء قانونی فک رهن به عمل نیامده است، نه بیع مال الرهانه صحیح است و نه آثاری که بیع صحیح دارد، از جمله الزام به تنظیم سند رسمی - بر آن بار می‌شود.

نظر مشهور فقهای امامیه، در باب عدم نفوذ بیع مال الرهانه که بر آن ادعای اجماع نیز شده است، اساساً از جانب حقوق دانان و محاکم قضایی، مورد متابعت قرار گرفته و

^۱ هر چند با ملاحظه ماده ۷۹۳ قانون مدنی که نفوذ تصرفات مالک را در صورتی که منافی حقوق مرتهن باشد، به اذن مرتهن منوط کرده است، و اینکه اذن در معنای اصطلاحی و خاص، برخلاف اجازه، لزوماً به فعلی تعلق می‌گیرد که هنوز واقع نشده است، (دکتر سید حسن امامی؛ حقوق مدنی، جلد اول، ص ۲۹۹ - دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی؛ ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ چهارم، سال ۱۳۳۸، ص ۲۴) می‌توان صحت معامله‌ای را که در تنافی آن با حقوق مرتهن اختلافی نیست، فقط در صورتی که مسبوق به رضایت قبلی مرتهن باشد، اعلام و رضایت بعدی (اجازه) را مؤثر در نفوذ معامله ندانست. و لیکن با توجه به اکثریت قریب به اتفاق آراء فقهاء امامیه و حقوق دانان و همچنین رویه مسلم قضایی، در اینکه رضایت بعدی مرتهن، نفوذ بیع مال الرهانه را ثابت می‌کند، تردید نمی‌توان کرد. طرح چنین موضوعی کاملاً تئوریک و در حد مجادله است. ماده ۲۴ قانون دریایی ایران مصوب سال ۱۳۴۳ نیز، صراحت در عدم نفوذ و نه بطلان معامله دارد.

^۲ - مرحوم دکتر سید حسن امامی در کتاب حقوق مدنی (جلد اول، تهران، انتشارات اسلامیه، چاپ هشتم، ۱۳۳۸، ص ۳۰۰) می‌نویسد: «چنانچه مالک، مورد رهن یا بازداشت را (خواه بازداشت در اثر تامين مدعی به باشد و یا در اثر عملیات اجرایی) بدون اذن شخص ثالث به دیگری منتقل بنماید، عقد مزبور نسبت به حق شخص ثالث در حکم فضولی است و صحت آن منوط به اجازه شخص مزبور خواهد بود». همچنین مراجعه کنید به دکتر ناصر کاتوزیان؛ حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها) جلد دوم، تهران، انتشارات بهنشر، چاپ اول، ۱۳۶۶، ص ۱۴۰ - دکتر سید حسین صفایی؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، نشر میزان، چاپ اول، ۱۳۸۲، ص ۱۷۹.

با وصف صدور رای وحدت رویه قضایی شماره ۶۲۰-۱۳۷۶/۸/۲۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور، تردید در این زمینه بی‌وجه است. معهداً، پاره‌ای از حقوق‌دانان معتقدند چنانچه راهن، با حفظ حقوق رهنی مرتهن، مال‌الرّهانه را به شخص ثالثی منتقل کند، چنین معامله‌ای صحیح است و مالک را به انجام تعهدات ناشی از آن مأخوذ می‌سازد. در نتیجه، منتقل الیه نیز می‌تواند الزام راهن را به انجام تعهداتی که به موجب این معامله به عهده گرفته است، از مرجع قضایی بخواهد.

به عبارت دیگر، از آنجا که هدف از انجام معامله رهنی، اعطاء تضمین معتبری از سوی راهن برای اطمینان از وصول مطالبات مرتهن است و تعلق مال مرهون به بدهکار نیز شرط صحت عقد رهن نیست، بنابراین، بیع مال‌الرّهانه با تصریح به حفظ حقوق رهنی طلبکار، منافی حق مرتهن نبوده و مرتهن، با رعایت همان مقرراتی که می‌توانست به طرفیت مالک اولیه از مال‌الرّهانه استیفاء طلب نماید، مجاز در مراجعه به انتقال گیرنده و نهایتاً استیفاء مطالبات خود از محل مال‌الرّهانه که موضوع بیع واقع شده است، خواهد بود. بر این اساس، بیع مال‌الرّهانه در صورتی که با شرط حفظ حقوق رهنی مرتهن توأم باشد، منصرف از حکم ماده ۷۹۳ قانون مدنی و نافذ است. (امامی، ۱۳۷۰، صص ۳۶۹-۳۷۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ذیل ماده ۷۹۳).^۱

^۱ - آقای دکتر جعفر لنگرودی سابقاً در کتاب حقوق مدنی (رهن و صلح) (تهران، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم، سال ۱۳۷۰، ص ۹۹) تصرفات ناقل عین را غیر نافذ اعلام و آن را منطبق بر مواد قانون مدنی و عمل مراجع قضایی و ثبتی و همچنین آراء اکثر فقها اسلامی دانسته بودند، اما در کتاب محشای قانون مدنی که اخیراً چاپ و منتشر شده است، با استناد به ملاک مواد ۲۴ و ۵۸ قانون دریایی ایران نوشته‌اند انتقال مال‌الرّهانه با قید حفظ حقوق رهنی مرتهن نافذ است. بند ۵ ماده ۲۴ قانون دریایی ایران، چنین مقرر می‌دارد: «۵- مالک کشتی ایرانی که کشتی خود را در ایران و یا خارج از کشور به رهن گذاشته است، نمی‌تواند قبیل از فک رهن، بدون اجازه مرتهن یا بدون تامین حق مرتهن، کشتی خود را به فروش رساند. در صورت تخلف از حکم مزبور، معامله انجام شده نافذ نخواهد بود». به نظر ما، این بند به هیچ‌وجه متضمن تجویز معامله کشتی در رهن، فقط به صرف قید حقوق رهنی مرتهن، در ضمن قرارداد فروش نیست؛ زیرا به دلایلی، ممکن است امکان پرداخت مطالبات به مرتهن و فک رهن از کشتی فراهم نباشد، در این صورت، مالک می‌تواند با تودیع وجه‌الرّهانه در صندوق دادگستری و یا اداره ثبت، نسبت به تامین حقوق مرتهن اقدام و به فروش کشتی مبادرت نماید. بدیهی است، این فرض با موردی که متعاملین بدون واریز مطالبات مرتهن و فقط به صرف درج عباراتی که دلالت بر مراعات

این نظریه، در واقع مبنایی است که هیات عمومی دیوان عالی کشور، برای تنفیذ رای شعبه ششم دادگاه عمومی اصفهان به آن تکیه کرده است و حال آنکه چنین موضوعی، یعنی شرط حفظ حقوق رهنی مرتهن در ضمن مبیعه‌نامه مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ علاوه بر این که فی حدّ ذاته فایده‌ای ندارد، با ملاحظه اصول حقوقی ناظر بر شرط و عقد، اساساً در تنفیذ بیع مال الرهانه به این دلایل موثر نیست:

اولاً - حقّ مرتهن در مال الرهانه یک حقّ عینی DROIT REEL است که متضمّن حقّ تعقیب DROIT DE SEUTE و حقّ تقدّم DROIT DE PREFERENCE برای استیفاء مطالبات مرتهن از محل مال الرهانه نیز هست. به عبارت دیگر، چون قانوناً مرتهن می‌تواند مال الرهانه را در دست هر شخصی که بیاورد مطالبه کند و برای استیفاء طلب خود از قیمت رهن، بر هر طلب کار دیگری رجحان دارد (ماده ۷۸۰ قانون مدنی و ماده ۴۵ قانون دریایی مصوّب سال ۱۳۴۳) تعهد به تادیه مطالبات مرتهن در ضمن بیع مال الرهانه، یا قید مربوط به حفظ حقوق رهنی مرتهن در ضمن رای دادگاه، چیزی جز تاکید بر آنچه سابقاً از جانب قانون‌گذار مورد شناسایی قرار گرفته است، نیست (کاتوزیان ۱۳۷۶، صص ۵۸۳-۵۸۲).^۱

حقوق مرتهن داشته باشد، نسبت به کشتی معامله کنند متفاوت است. در واقع، فکّ رهن مندرج در بند ۵ ماده ۲۴ ناظر به حالت عادی مساله و تامین حقوق مرتهن ناظر به حالات استثنایی است و در سایر موارد مشابه نیز لازم‌الاجرا خواهد بود. در معنای اصطلاحی نیز، «تامین» جز در مواردی که نصّ قانونی خلاف آن را مقرر داشته است، فقط به تودیع وجه نقد حاصل می‌گردد. برای مثال مراجعه کنید به: دکتر عبدالله شمس، تامین در تامین خواسته؛ مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۷-۱۶، صص ۲۱۹-۱۹۳. مقررات ماده ۵۸ قانون دریایی نیز، منصرف از فروش کشتی در رهن است.

^۱ - آقای دکتر ناصر کاتوزیان ملاک در ممنوعیت و جواز تصرفات مالک را اضرار مرتهن می‌دانند و با آنکه قید حفظ حقوق رهنی مرتهن را در ضمن بیع مال الرهانه بی‌ثمر تلقی کرده‌اند، مایل به نفوذ بیع مال الرهانه‌اند. مع هذا، با توجه به مفاد ماده ۲۶۴ قانون قدیم آیین دادرسی مدنی مصوّب سال ۱۳۱۸ و ماده ۲۴ قانون ثبت اصلاحی ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ و ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی مصوّب سال ۱۳۱۸ و این که ممنوعیت بیع مال الرهانه، مشهور بین فقهای امامیه است، حکم به عدم نفوذ بیع مال الرهانه را اعم از این که به طور مطلق یا با قید حقّ مرتهن باشد ترجیح داده‌اند. همچنین مراجعه کنید به: دکتر ناصر کاتوزیان؛ قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، تهران، نشر دادگستر، چاپ اول، سال ۱۳۷۷، ص ۴۹۴.

به علاوه، عقد رهن از طرف راهن لازم است (ماده ۷۷۸ قانون مدنی) و مالک قبل از تحصیل اجازه مرتهن و یا فک مال الرهانه، قانوناً مجاز به استرداد مال الرهانه و تسلیم آن به خریدار، که از آثار اختصاصی بیع صحیح است (بند ۳ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) نخواهد بود.

این شرط، در فرض تاثیر، حتی در روابط بین فروشنده و خریدار مال الرهانه نیز بی‌فایده است و استدلالی که هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای اصراری ۲۱-۱۳۷۶/۱۲/۱۲ به این شرط به عنوان یکی از خواسته‌های خواهان، برای تایید محکومیت خواننده کرده است، مؤثر در مقام نیست؛ چه آنکه در این پرونده، مساله اصلی تشخیص صحت بیع مال مرهون و ترتب آثار بیع صحیح بر این معامله است که در این صورت، چنانچه بیع مال الرهانه صحیح باشد، تادیه مطالبات مرتهن و هرگونه حقوقات دیگری همچون مالیات دارایی و عوارض شهرداری، به عنوان لوازم قانونی و عرفی معامله، جزء تعهدات مالک است و التزام مالک نیاز به تصریح ندارد تا در فرض عدم تصریح، مبنای الزام مالک منتفی گردد (ماده ۲۲۰ قانون مدنی)^۱. اما چنانچه بیع مال الرهانه غیر

^۱ - در این که متعهد در فرض عدم تصریح نیز مکلف به انجام تعهداتی است که عرفاً و قانوناً لازمه انجام اصل تعهد است، آراء فراوانی از دادگاه‌ها و شعب دیوان عالی کشور صادره شده است و حقوقدانان نیز این رویه قضایی را تایید کرده‌اند. برای مثال، شعبه چهارم دیوان عالی کشور قرار عدم استماع دعوی صادره از دادگاه بدوی را به موجب دادنامه ۷۱-۶۷۱ به این صورت نقض کرده است: «با توجه به مندرجات پرونده، اعتراض به قرار تجدید نظر خواسته وارد است، چه با فرض صحت اسناد استنادی، بازداشت پلاک مورد دعوی از ناحیه ممیزی اداره امور اقتصادی و دارایی مانع از رسیدگی نیست. چه التزام به شیء التزام به لوازم شیء است. چون خوانده التزام به تنظیم سند رسمی نموده، بنابراین ملزم به لوازم آن نیز می‌باشد، لذا رای تجدیدنظر خواسته مخدوش تشخیص و با نقض آن پرونده جهت رسیدگی به ماهیت امر به مرجع رسیدگی کننده اعاده می‌گردد»: یدالله بازیگر؛ علل نقض آراء حقوقی در دیوان عالی کشور، تهران، انتشارات ققنوس، چاپ اول، ۱۳۷۶، صص ۴۷-۴۶. در معاملات غیرمنقول، مالک حتی در فرضی که تعهدی مبنی بر تنظیم سند رسمی به طرف مقابل نداده باشد، ملزم به تنظیم سند رسمی است: دکتر مهدی شهیدی؛ مجموعه مقالات حقوقی، تهران، انتشارات حقوق دان، چاپ اول، سال ۱۳۷۵، صص ۶۶-۶۵. در دادنامه شماره ۸۴۹-۱۳۷۹/۱۰/۳۰-شعبه ۶۴ دادگاه حقوقی ۲ تهران می‌خوانیم: «تنظیم سند رسمی از توابع عرفی معامله است که حتی عدم ذکر آن در عقد تاثیری ندارد ...»: گزیده آراء دادگاه‌های حقوقی؛ تهران، نشر میزان، چاپ اول، سال ۱۳۷۴، ص ۱۱۷.

نافذ محسوب گردد، به شرحی که در بند بعدی خواهد آمد، تصریح به شرط هم بی اثر است.

ثانیاً - هر گاه این حکم که بیع مال مرهون، فی حد ذاته و بدون تعهد به تادیه مطالبات مرتهن، غیر نافذ است، قبول گردد - حکمی که دادگاه های بدوی و هیات عمومی دیوان عالی کشور - به عنوان قدر مطلق آن را پذیرفته اند - در این صورت، شرط مربوط به تادیه مطالبات مرتهن نیز، که در ضمن مبایعه نامه مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ جعل شده است، تبعاً غیر نافذ خواهد بود؛ زیرا بنا به قاعده وابستگی شرط به قرارداد اصلی و این که شرط اگر خود باطل نباشد لزوماً صحّت، عدم نفوذ و بطلان آن وابسته به عقد اصلی است، تا زمانی که بیع مال الرهانه صحیح نگردیده و در حالت عدم نفوذ باقی است، شرط مندرج در آن نیز، غیر نافذ است و مشروط علیه را ماخوذ نمی سازد. (امامی ۱۳۶۸، ص ۲۷۳؛ کاتوزیان ۱۳۶۸، صص ۱۴۱-۱۳۶؛ بروجردی عبده ۱۳۸۰، ص ۱۲۰؛ صفایی ۱۳۸۲، ص ۱۸۵؛ شهیدی ۱۳۸۰، ص ۸۰-۱۳۸۶ ص ۲۳).^۱ بنابراین، تمسک به چنین شرطی که تأثیر آن قانوناً

^۱ - در مرجع اخیر (دکتر مهدی شهیدی، ص ۸۰) می خوانیم: «هر گاه قرارداد اصلی به علت فقدان رضا یا مخدوش بودن آن، غیر نافذ باشد، شرط مندرج در آن نیز چنین وضعی خواهد داشت و با تنفیذ عقد اصلی، شرط مندرج نیز نافذ می گردد» در واقع، تحلیلی که فقها در ارتباط با شرط و عقد به دست داده اند، رابطه بین فرع و اصل است. بر این اساس، تحقق موضوع شرط در خارج، موقوف به صحّت عقد است و التزام ناشی از شرط نه به طور مطلق، بلکه بر تقدیر حصول اثر عقد است. از این رو، در فرض عدم نفوذ عقد، نفوذ و التزام به شرط نیز موضوعاً منتفی است: سید محمد کاظم طباطبایی؛ حاشیه بر مکاسب، تهران، دارالمعارف اسلامی، سال ۱۳۷۸، صص ۱۲۷-۱۲۶ - محمد حسین آل کاشف الغطاء؛ تحریر المجله (دوره دو جلدی)، تهران - قم، انتشارات مکتبه النجاه و مکتبه الفيروز آبادی، سال ۱۳۵۹ ه. ق، ۳۷: «اذا بطل الشيء بطل ما فی ضمنه و هذا ترجع الی: اذا سقط الاصل، سقط الفرع و ینبغی ان یکون المراد بها ان شیء اذا فسد، فسد ما ینبغی علیه، فذا بطل البیع بطل ما فی ضمنه». در ماده (۵۰) مجله الاحکام عبارت «اذا سقط الاصل سقط الفرع» به عنوان یک قاعده کلی پذیرفته شده است. در شرح این ماده آمده است: «و الذی یفهم من هذه القاعدة، ان یسقط التابع بسقوط المتبوع او یسقط الفرع باسقوط الاصل، اما اذا سقط الفرع او سقط التابع فلا یسقط المتبوع»: شیخ علی حیدر؛ در الاحکام، جلد اول، ص ۴۸. در بخشی از دادنامه شماره ۷۷۵ مورخ ۱۳۷۲/۱۲/۱۸ شعبه بیست و دوم دادگاه حقوقی یک تهران می خوانیم: «به نظر دادگاه اقدام قائم مقام راهنین در تنظیم نوشته ثبت شده تحت شماره ۱۴۰/۱۴۹۹۹/۲۸۵ مورخ ۱۳۶۴/۶/۴ بدون رعایت مفاد سند رسمی ۱۸۳۴۳-۱۳۵۲/۹/۱۴ در حکم عمل فضولی بوده که چون تنفیذ مرتهن را به همراه

فرع بر صحت مبیعه نامه ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ است، صورت قانونی ندارد و مستلزم دور منطقی است (انصاری ۱۴۱۰، جلد سوم، ص ۴۰).^۱ به عبارت دیگر، منوط کردن صحت بیع مال الرهانه به حفظ حقوق رهنی مرتهن، در حقیقت، متضمن شرطی است که ضمن همان مبیعه نامه ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ جعل گردیده است و چون چنین شرطی قبل از صحت بیع مال مرهون ذاتاً فاقد اثر است، دارای قدرتی که حقی را برای خریدار از جهت الزام مالک به تنظیم سند رسمی ثابت کند، نیست و آراء دادگاه های بدوی و هیأت عمومی دیوان عالی کشور که در واقع یک شرط غیر نافذ را دلیل بر نفوذ عقد دانسته اند، مخدوش است.^۲

هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رای اصرای ۲۱-۱۳۷۶/۱۲/۱۲ تصرفات مالک را فقط در حدی که منافعی با حق مرتهن باشد، غیر نافذ محسوب و با تمسک به شرط حفظ حقوق رهنی مرتهن، مبیعه نامه مورخ ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ را مغایر با مقررات ماده ۷۹۳ قانون مدنی ندانسته است. در صورتی که چنین شرطی قانوناً مؤثر در تأمین مطالبات

ندارد، نمی تواند نفوذ حقوقی یافته و منشا اثر و استقرار حق بر آن شد ...» گزیده آراء دادگاه های حقوقی؛ ص ۹۲.

^۱ - عبارت شیخ مرتضی انصاری چنین است: «صحة الشرط فرع على صحة البيع، فلو كان حكم بصحة البيع، موقفاً على صحة الشرط لزم الدور».

^۲ - یکی از قضات شرکت کننده در رای اصرای ۲۱-۱۳۷۶/۱۲/۱۲ (مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور (سال ۱۳۷۶) صص ۵۹۴-۵۹۳) در دفاع از دادنامه شعبه ششم دادگاه عمومی شهرستان اصفهان، با اعطاء نام قرارداد به مبیعه نامه ۱۳۷۳/۱۲/۲۸ و این که مجموع واگذاری مال الرهانه توأم با تعهد مالک به تادیه مطالبات مرتهن، در واقع موضوع واحدی برای قراردادی تعیین شده است که با ملاحظه اصل حاکمیت اراده مشترک طرفین و به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی می تواند لازم الوفاء باشد، به اکثریت پیوسته است و حال آنکه چنین موضوعی قابل پذیرش نیست؛ زیرا قطع نظر از این که اصحاب دعوی مشخصاً قصد خصوص بیع را داشته اند و دادگاه ها نیز به تبع خواهان، در مقام احراز وقوع بیع شرعی و قانونی برآمده اند، اساساً تملیک عین به عوض معلوم (خانه مسکونی در مقابل ۲۱۰ میلیون ریال) توأم با هر شرط دیگری که باشد، جز در قالب عقد بیع ممکن نیست. (ماده ۲۳۸ قانون مدنی) و استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی که ناظر به قراردادهای خارج از ماهیت عقود معین است، ماهیت بیع را تغییر نمی دهد. برای تفصیل بیشتر در این زمینه مراجعه کنید به: دکتر مهدی شهیدی؛ تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، انتشارات حقوق دان، چاپ اول، سال ۱۳۷۷، صص ۱۹۹-۱۹۵.

مرتهن باشد، که البته نیست، این استدلال ناقص است و مالک را در انجام معامله نسبت به مال الرهانه مجاز نمی‌سازد؛ زیرا مطابق ماده ۷۹۴ قانون مدنی، تصرفات مالک، علاوه بر این که نباید منافی با حق مرتهن باشد، اثبات شرط نافع بودن معامله، برای حکم به نفوذ آن نیز الزامی است و حال آن که بیع مال مرهون مسلماً نفعی برای مرتهن ندارد. هر استدلالی غیر از این، حکم ماده ۷۹۴ قانون مدنی را بدون موضوع می‌سازد و جمع بین مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی مستلزم چنین تفسیری است (الجمع مهما ممکن اولی من الطرح) (بروجردی عبده، ص ۳۱۵؛ مصطفی عدل ۱۳۷۳، ص ۳۹۸؛ حائری شهاباغ ۱۳۷۶، صص ۶۹۶-۶۹۵)^۱. در واقع، ماده ۷۹۳ قانون مدنی در بیان حکم حالتی است که تصرفات مالک شرایط مندرج در ماده ۷۹۴ قانون مدنی را ندارد، اما می‌تواند به اذن مرتهن مجاز شناخته شود، ولی در صورتی که تصرفات مالک دارای شرایط موضوع ماده ۷۹۴ باشد، اساساً نیازی به اذن مرتهن نیست و در فرض ممانعت مرتهن، صدور اجازه به دادگاه محوّل خواهد شد.

رای اصراری ۲۱-۱۳۷۶/۱۲/۱۲ با رای وحدت رویه قضایی شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور نیز که قانوناً برای محاکم قضایی، لازم‌الاتباع است، منافات دارد. رای وحدت رویه قضایی که ناظر به فروش سرقفلی مغازه مرهونه است به این شرح است: «مطابق مواد قانون مدنی، گر چه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت رهن نمی‌شود، ولیکن برای مرتهن نسبت به مال الرهانه حق عینی و حق تقدم ایجاد می‌کند که می‌تواند از محل فروش مال مرهونه، طلب خود را استیفا کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد، نافذ نخواهد بود، اعم از این که معامله رهن بالفعل منافی حقوق مرتهن باشد یا

^۱ - برای دیدن نظر مخالف مراجعه کنید به دکتر سید حسن امامی؛ حقوق مدنی، جلد دوم، ص ۳۶۹. دکتر ناصر کاتوزیان؛ حقوق مدنی (عقود اذنی، وثیقه های دین)، ص ۵۸۱. آقای دکتر ناصر کاتوزیان، ماده ۷۹۴ قانون مدنی را منحصرأ ناظر به تصرفات مادی دانسته و تصرفات حقوقی مالک را فقط به شرطی که منافی حقوق مرتهن نبوده، هر چند نفعی هم برای رهن نداشته باشد، نافذ می‌دانند. اما این تفسیر با اطلاق ماده ۷۹۴ قانون مدنی، که هر دو تصرف مادی و حقوقی را شامل می‌شود مخالف است.

بالتوجه، بنا به مراتب مذکور در جایی که بعد از تحقق رهن، مرتهن مال مرهونه را به تصرف رهن داده، اقدام رهن در زمینه فروش و انتقال سرقفلی مغازه مرهونه به شخص ثالث، بدون اذن مرتهن، از جمله تصرفاتی است که با حق مرتهن منافات داشته و نافذ نیست و در نتیجه رای شعبه چهارم دیوان عالی کشور که با این نظر موافقت دارد، به اکثریت آرا صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود» (مذاکرات و آراء دیوان عالی کشور ۱۳۷۶، صص ۴۵۰-۴۴۹).^۱

چنانکه ملاحظه می‌شود در این رای، با وصف تاکیدی که بر حق عینی (تعقیب و تقدّم) مرتهن به عمل آمده، در عین حال، فروش مال مرهونه منافی با حق مرتهن محسوب گردیده است. متنها، به رغم قضاوت موافق با رای اصراری ۱۳۷۶/۱۲/۲۱-۲۱ محسوب گردیده است. متنها، به رغم قضاوت موافق با رای اصراری ۱۳۷۶/۱۲/۲۱-۲۱ که در جریان رای وحدت رویه ۶۲۰-۱۳۷۶/۸/۲۰ هم بوده‌اند، التزام به رعایت حقوق قانونی مرتهن در ضمن مبیعه‌نامه ۱۳۷۳/۱۲/۲۸، مانع مربوط به حقوق مرتهن را برطرف ساخته است. اما و همچنان که سابقاً بیان شد، تعهد به تادیبه مطالبات مرتهن، چیزی جز تاکید بر یک حق موجود نیست و انتساب این موضوع به اراده انشاءکننده مبیعه‌نامه ۱۳۸۳/۱۲/۲۸ تاثیری در شناسایی حقوق مرتهن ندارد و در عین حال، صحت معامله را ثابت نمی‌کند. نظر به این که مطابق رای وحدت رویه قضایی دیوان عالی کشور، فروش مال مرهونه، جز با اذن مرتهن و به طور مطلق غیر نافذ اعلام گردیده است و استثناء دیگری برای تنفیذ بیع مال مرهون قابل ملاحظه نبوده و فک مال‌الرّهانه نیز از موضوع رای وحدت رویه خروج موضوعی دارد، بنابراین، بیع مال‌الرّهانه در

^۱ - هیات عمومی دیوان عالی کشور، سابقاً و به موجب رای اصراری ۱-۱۳۷۴/۱/۲۹ با احراز فک رهن از مورد معامله (شش دانگ زمین مزروعی) دادنامه شماره ۷۷-۱۳۷۳/۲۰/۳۰-۷۷ دادگاه حقوقی یک اصفهان مبنی بر التزام خواننده به تنظیم سند رسمی را تایید کرده است. در بخشی از این رای می‌خوانیم: «چون آقای تجدیدنظر خواننده ... ملک مورد معامله را به موجب صورت جلسه مورخ ۱۳۵۰/۶/۲۰ تحویل گرفته و انتقال سند به فک رهن موکول شده و چون به دلالت نامه شماره ۹۴۳ مورخ ۱۳۶۵/۹/۱۲ اداره ثبت قمشه، از محل موصوف فک رهن به عمل آمده ... به نظر اکثریت اعضاء هیات عمومی دیوان عالی کشور، اعتراضات تجدید نظر خواه مردود و رای تجدیدنظر خواسته ابرام می‌گردد»: مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور (سال ۱۳۷۴)؛ جلد اول، تهران، انتشارات روزنامه رسمی، چاپ دوم، سال ۱۳۷۹، ص ۲۸.

صورتی که مسبوق به اذن مرتهن نباشد، به هر تعهد دیگری هم که ضمیمه شده باشد، همچنان غیر نافذ است و الزام آور نیست. در واقع، اگر نتوانیم این موضوع را که بر اساس رای وحدت رویه قضایی دیوان عالی کشور «فروش مال الرهانه» ذاتاً منافی حق مرتهن است، انکار کنیم، تاکید بر حفظ حقوق رهنی مرتهن و در عین حال «فروش مال الرهانه» تغییری در وضعیت ایجاد نمی‌کند و از آنجا که در هر حال «فروش» واقع شده است، نتیجتاً به آنچه هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه قضایی اعلام کرده است، یعنی ممنوعیت فروش مال مرهون عمل نشده و چون جمع بین ممنوع و مجاز ممکن نیست، حکم به صحت بیع مال الرهانه، مستلزم تجویز معامله‌ای است که هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه قضایی آن را ممنوع اعلام کرده است. به عبارت دیگر، طبق رای وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور، حفظ حقوق رهنی مرتهن، منحصراً متوقف بر عدم صحت بیع مال الرهانه است و ملاً حکم به صحت بیع مال الرهانه مبتنی بر هر جهتی که باشد، با مدلول مطابقی رای وحدت رویه قضایی منافات پیدا می‌کند.

مطابق ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت اسناد و املاک اصلاحی ۱۳۵۱/۱۰/۱۸، بدهکار وقتی می‌تواند مال الرهانه را با دیگری معامله نماید که بدو با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و متفرعات در نزد دفترخانه تنظیم‌کننده سند رهنی، مال الرهانه را آزاد کرده باشد. از آنجا که مقررات ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت، واجد خصیصه امری و مربوط به نظم عمومی (Iois de police) است (شهری، ۱۳۸۱، ص ۲۲۲؛ حمیتی واقف ۱۳۸۲، صص ۱۶-۱۵) انجام معامله نسبت به مال الرهانه، جز پس از فک رهن ممکن نبوده و مطمئناً نافذ نیست. بنابراین، چون الزام به تنظیم سند رسمی فرع بر وقوع معامله و صحت معامله نیز متوقف بر آزادسازی مال الرهانه است، نتیجتاً تا قبل از فک مال الرهانه، قانوناً معامله‌ای به نحو صحت قابلیت تحقق نداشته تا در مرحله بعدی، انجام تعهدات ناشی از چنین معامله‌ای و از جمله تنظیم رسمی موضوعیت پیدا کند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۵۸۴).

خریدار مال الرهانه نیز در صورتی که بخواهد نسبت به مال الرهانه تامین مناسبی برقرار نماید، باید تمامی وجه الرهانه، توأم با حقوق دولتی را در صندوق ثبت و یا هر

مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می‌نماید، تودیع و بعد از آن، در مقام استیفاء حقوق خود برآید (ماده ۳۴ قانون مکرر ثبت اسناد و املاک). در قانون ثبت اسناد و املاک، طریق دیگری برای استیفاء حقوق ناشی از اموالی که در رهن قرار گرفته، پیش‌بینی نشده است و مفاد ماده ۱۱۸ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب سال ۱۳۵۵ خارج از حدود اختیارات قوه مجریه در تنظیم مقررات اجرایی است و به حکم اصل یکصد و هفتادم قانون اساسی، دادگاه‌ها مکلفند از استناد به آن، در پرونده‌های قضایی اجتناب نمایند.

به موجب ماده ۶۵ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶ هرگونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلااثر است. نظر به این که عقد رهن ماهیثاً چیزی جز توقیف مال‌الرّهانه برای استیفاء مطالبات مرتهن از محل مال‌الرّهانه نیست و تامین قضایی نیز ذاتاً خصوصیتی ندارد تا از جهت ممنوعیت نقل و انتقال مال توقیف شده، این تاسیس حقوقی را از عقد رهن متمایز سازد و انتساب تامین قضایی به رای مرجع قضایی، تفاوتی را در ماهیت این دو تاسیس حقوقی ایجاد نمی‌کند، بنابراین، در موثر نبودن بیع مال‌الرّهانه که حداقل نمی‌تواند منشا الزام به تنظیم سند رسمی گردد، تردید نباید کرد (کاتوزیان، همان^۱).

^۱ - در دادنامه شماره ۲۳۶-۲۳۵ مورخ ۱۳۷۰/۵/۱۶ شعبه نوزدهم دادگاه حقوقی دو تهران می‌خوانیم: «ثانیاً در خصوص دعوی آقای نبی با وکالت آقای حسین علیه آقای صارم دائر بر الزام به تنظیم سند رسمی یک باب خانه موصوف در فوق، قطع نظر از این که حسب اعلام اداره ثبت اسناد و املاک، خانه موضوع قرارداد قبلاً در رهن بانک صادرات قرار گرفته که به موجب دستور شعبه ۲۴ دادگاه حقوقی یک تهران، مکرراً توقیف گردیده است و هیچ‌گونه دلیل یا مدرکی که به فک رهن و رفع بازداشت از خانه مورد معامله دلالت نماید ابراز و ارائه نگردیده است و به این لحاظ مطابق ماده ۷۹۳ قانون مدنی و ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی، تا زمانی که عقد رهن فسخ نگردیده و از ملک مورد معامله رفع بازداشت به عمل نیامده است، تنظیم سند انتقال حسب مندرجات قرارداد مستند دعوی میسر نیست ...» گزیده آراء دادگاه‌های حقوقی ۲ (مجموعه دوم) تهران، انتشارات حقوق‌دان، چاپ اول، سال ۱۳۷۵، ص ۱۵۹.

گفتار سوم - آراء مخالف با رای اصراری ۲۱-۱۲/۱۲/۱۳۷۶

در آراییی که برای نمونه نقل می‌شود تعدادی از شعب دیوان عالی کشور، دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ناشی از بیع مال الرهانه را با ملاحظه ماده ۷۹۳ قانون مدنی و سایر موازین قانونی، همچون ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت اسناد و املاک اصلاحی ۱۳۵۱، غیر قابل استماع دانسته‌اند. این آراء، به دلایلی که در گفتار دوم توضیح داده شد، قابل دفاع‌اند و از این حیث اشکالی بر آنها وارد نیست.

دادنامه شماره ۴۲ مورخ ۱۳۶۶/۸/۱۲ هیات عمومی دیوان عالی کشور: در این دادنامه که از سوی هیات عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور و بیش از یک دهه قبل از رای اصراری موضوع مقاله حاضر صادر گردیده چنین آمده است: «نظر به اینکه پلاک موضوع دعوی، هنگام صدور دادنامه فرجام خواسته، در رهن بانک مسکن بوده و مادام که موافقت بانک مرتهن نسبت به معامله پلاک مذکور کسب نگردیده، یا فک رهن به عمل نیامده، الزام فرجام خواه به انتقال رسمی آن مخالف ماده ۷۹۳ قانون مدنی می باشد...» (آراء اصراری دیوان عالی کشور، سال ۱۳۶۶).

دادنامه شماره ۱۳۷-۲۱ مورخ ۱۳۶۶/۳/۷ شعبه بیست و یکم دیوان عالی کشور: به موجب این دادنامه شعبه بیست و یکم دیوان عالی کشور نظریه دادگاه حقوقی ۱ کرج را که طی آن بیع مال الرهانه، با تاکید بر حفظ حقوق رهنی مرتهن معتبر اعلام شده، به این شرح نقض کرده است:

«به موجب ماده ۷۹۳ قانون مدنی، راهن نمی‌تواند تصرفی در رهن کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن، و فروش عین مرهونه قبل از فک رهن، بدون اذن مرتهن و تحویل آن به متعهدله یا خریدار، از مصادیق تصرف در رهن و منافی حق مرتهن و خلاف ماده ۷۹۳ مرقوم و موجب عدم نفوذ بیع است. ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت اسناد و املاک و دیگر مواد قانون مزبور، فروش مال مرهون را قبل از تادیه تمامی دین و فک رهن یا اعراض مرتهن از رهن، تجویز ننموده و تجویز چنین امری در ماده ۱۱۸ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی به لحاظ مخالفت با قانون با توجه به اصل ۱۷۰

قانون اساسی، لازم‌الاجرا نمی‌باشد و فتاوی معتبر فقهی هم مشعر بر غیر نافذ بودن فروش مال مرهون بدون اذن مرتهن است» (بازگیر ۱۳۷۹، صص ۱۴۱-۱۳۸).

دادنامه شماره ۳-۵۶۹ مورخ ۱۳۷۱/۹/۲۳ شعبه سوم دیوان عالی کشور: مطابق این دادنامه، شعبه سوم دیوان عالی کشور نظریه شعبه پنجم دادگاه حقوقی یک اصفهان را که به محکومیت خوانده به فک رهن از مورد معامله و تنظیم سند رسمی به نام خواهان اظهار نظر کرده از جمله به این دلیل تأیید نکرده است: «مضافاً از آنجا که پلاک موضوع سند عادی مورخ ۱۳۶۸/۵/۶ در رهن شرکت ملی پخش فرآورده‌های نفتی منطقه‌ای اصفهان قرار دارد، و وفق مقررات قانون مدنی، مرتهن در عین مرهونه، حق عینی و حق تقدّم دارد و می‌تواند از محل فروش مرهونه، طلب خود را استیفاء کند، بنابراین و با لحاظ ماده ۷۹۳ قانون مدنی، دعوی الزام به تنظیم سند رسمی انتقال، مادام که فک رهن نشود و یا مرتهن اذن ندهد، مسموع نیست و بنا به مراتب نظریه دادگاه تأیید نمی‌شود» (بازگیر، همان).

دادنامه شماره ۱۳-۱۶۲ مورخ ۱۳۷۲/۳/۹ شعبه سیزدهم دیوان عالی کشور: در این دادنامه، شعبه سیزدهم دیوان عالی کشور نظریه شعبه سی و نهم دادگاه حقوقی یک تهران را که عقیده بر صحت بیع مال‌الرّهانه با حفظ حقوق رهنی مرتهن داشته به این شرح نقض کرده است:

«نظر به این که حسب پاسخ استعلام ثبتی، شش دانگ آپارتمان مورد مالکیت آقای خوانده در رهن بانک می‌باشد و آقای خوانده الزام به تنظیم سند رسمی، بدهی خود را از بابت وجه‌الرّهانه به مبلغ چهار میلیون ریال قبول دارد که این مبلغ را به بانک بابت قسمتی از ثمن معامله بدهکار است، از طرفی نظر به این که حسب ماده ۷۹۳ قانون مدنی، رهن (فروشنده قبلی) نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، بنابراین صدور نظریه با قید حفظ حقوق مرتهن کافی نیست...» (بازگیر ۱۳۷۷، صص ۴۳۸-۴۳۵).

دادنامه شماره ۱۲-۴۸۲ سال ۱۳۷۲ شعبه دوازدهم دیوان عالی کشور: به موجب این دادنامه، شعبه دوازدهم دیوان عالی کشور رای دادگاه بدوی مبنی بر الزام خواننده به

تنظیم سند رسمی با حفظ حقوق رهنی مرتهن را نقض کرده است. رای دیوان به این صورت است: «دادگاه به صرف تقبل خواهان به پرداخت بدهی بانک، حکم به تنظیم سند رسمی علیه خوانده با حفظ حقوق مرتهن صادر نموده است و حال آنکه، بانک در صورتی انتقال را از نظر بانک بلامانع اعلام کرده که بدهی آپارتمان مورد بحث کلاً و تماماً پرداخت شود که دلیلی بر پرداخت اقامه نشده است، لذا با توجه به ماده ۷۹۳ قانون مدنی دادنامه تجدیدنظر خواسته مخدوش به نظر می‌رسد» (بازگیر، ۱۳۷۶، ص ۵۴).

نتیجه‌گیری:

۱۲- با توجه به آنچه در این مقاله مطرح شد، فروش مال مرهون، هر چند متضمن شرطی دایر بر حفظ حقوق رهنی مرتهن باشد، غیر نافذ است و بر مبنای چنین معامله‌ای تا وقتی که اجازه مرتهن تحصیل نگردیده یا از مال الرهانه فک رهن به عمل نیامده است، متعهد را نمی‌توان ملزم به انجام امری نمود که منحصراً از آثار اختصاصی معامله نافذ است. شرط مربوط به حفظ حقوق مرتهن علاوه بر این که با مقررات قانونی تعارض دارد و نمی‌تواند در حق مرتهن موثر باشد، اساساً با توجه به لزوم تبعیت شرط از قرارداد اصلی، تأثیری در صحت بیع مال الرهانه ندارد. در صورتی که خواسته خواهان، الزام خوانده به تنظیم سند رسمی نسبت به مال الرهانه باشد و او دلیلی که به تحصیل اجازه مرتهن در فروش مال الرهانه دلالت کند، به دادگاه ارائه ننماید، دادگاه باید بدون ورود در ماهیت دعوی، قرار عدم استماع دعوی صادر کند. در این صورت، ضمن رعایت اصول و مقررات قانونی ناظر بر بیع مال الرهانه، پس از تحصیل اجازه مرتهن و یا فک مال الرهانه، باب طرح دعوی الزام به تنظیم سند رسمی و یا انجام سایر آثار ناشی از معامله صحیح نیز برای خریدار مسدود نخواهد بود. جمع بین مصالح اشخاص و مقررات قانونی جز از این طریق ممکن نیست.^۱

^۱ - در مقام مطالعه تطبیقی، در حقوق فرانسه عمدتاً دو نوع رهن وجود دارد:

۱- رهن ای پوتیک (Hypothèque)؛ که اختصاصی اموال غیر منقول است و مال مرهونه به تصرف مرتهن داده نمی‌شود. این رهن می‌تواند منشأ قراردادی، قانونی و قضایی داشته باشد (ماده ۲۱۱۶ قانون مدنی فرانسه). انعقاد چنین رهنی منوط به ثبت در دفترخانه اسناد رسمی است (ماده ۲۱۲۷ ق.م.فرانسه) هر چند مطابق ماده ۲۱۴ قانون مدنی فرانسه، مرتهن دارای حق عینی و تعقیب مال‌الرّهانه است، اما راهن نیز می‌تواند با حفظ حقوق مرتهن مال‌الرّهانه را به شخص دیگری انتقال دهد.

۲- رهن ناتیسمان (Natisment)؛ که شامل هر دو نوع اموال منقول (Gage) و غیرمنقول (Antichrese) و قبض شرط صحت عقد است (ماده ۲۰۷۱ و ۲۰۷۲ قانون مدنی فرانسه). در این نوع رهن، مرتهن دارای حق عینی توأم با حق حبس *Driot de retention* است و اختیار دارد تا استیفاء کامل مطالبات خود، از رد مال مرهونه اجتناب کند. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به:

Mazeaud (Henri – Leon et Jean) ; *locons de Droit civil* , t3 , paris , 1968 .N.56 et.S

در میان کشورهای عربی، حقوق لبنان از این جهت به حقوق ایران نزدیک‌تر است. در حقوق لبنان وثائق عینی متعددی وجود دارد: ۱- تأمین غیر منقول (التامین العقاری)؛ که در آن موضوع تأمین اموال غیر منقول، اعم از ذاتی و حکمی و حقوق وابسته به غیر منقول همچون حق انتفاع است (مواد ۱۲۰ و ۱۲۱ قانون مالکیت غیر منقول لبنان مصوب سال ۱۹۳۰). در این نوع تأمین که می‌تواند دارای منشأ قانونی و قضایی و قراردادی باشد، مال موضوع تأمین، همچنان در تصرف مالک باقی می‌ماند. تأمین قراردادی عقد رضایی است و لیکن تأثیر آن منوط به ثبت قرارداد است. (ماده ۱۲۶ ق.م.غ). برقراری چنین تأمینی نسبت به مال غیر منقول و لو به طور مکرر جایز است و لیکن تقدّم هر طلب بر دیگری، بر حسب تاریخ ثبت تعیین می‌گردد. (ماده ۱۲۷ ق.م.غ) طلبکار، در این نوع از تأمین، دارای حق تقدّم و تعقیب است. (مواد ۱۲۰ و ۱۴۵ ق.م.غ) اما مالک نیز می‌تواند ملکی را که نسبت به آن چنین تأمینی برقرار شده است، بفروشد. در این صورت مطابق ماده ۱۴۷ قانون مالکیت غیر منقول لبنان، خریدار یا باید نسبت به پرداخت مطالبات طلبکار با احتساب تمامی متفرعات قانونی اقدام و یا اینکه به اجرای مقرراتی که می‌تواند به سلب مالکیت او منتهی شود (عملیات اجرایی) تن در دهد. معهذاً، چنانچه طلبکار پس از شروع عملیات اجرایی، نسبت به بازداشت مال موضوع تأمین اقدام و مراتب بازداشت را در دفتر املاک قید نماید، هرگونه نقل و انتقالی نسبت به مال موضوع تأمین باطل و بلا اثر است. (ماده ۹۵۹ قانون اصول محاکمات مدنی لبنان).

۳- رهن غیر منقول (الرهن العقاری)؛ در این نوع رهن که مختص اموال غیر منقول است، مال غیرمنقول به تصرف مرتهن داده می‌شود (ماده ۱۰۱ ق.م.) و تسلیم شرط صحت عقد است. به موجب ماده ۱۱۴ قانون مالکیت غیرمنقول لبنان، راهن و مرتهن بدون تراضی حق تصرف در مال مرهونه را ندارند و هر عقدی که مسبوق به رضایت طرف مقابل نباشد، باطل است: «لیس للمدیون ولا للذائن ان يتصرفا بالعقار المرهون دون رضاهما المتبادل و كل عقد یجری خلافا لهذا القواعد باطل حکماً» معهذاً، استناد به حقوق عینی ناشی از چنین معامله‌ای منوط به ثبت قرارداد رهنی است (ماده ۱۰۹ ق.م.غ).

۴- رهن منقول (رهن المنقول) براساس ماده (۱) قانون رهن منقولات لبنان مصوب سال ۱۹۳۲، این رهن نسبت به اموال منقول اعم از مادی یا غیر مادی برقرار می‌شود و تسلیم شرط صحت رهن است. (ماده ۳). مطابق ماده ۴ این قانون، طلبکار تا استیفاء مطالبات خود، حق حبس مال مرهونه را دارد. طلبکاری که بدون رضایت قبلی و یا عدواناً مال مرهونه از تصرف او خارج شده است، می‌تواند براساس مقررات اصول محاکمات مدنی، نسبت به استرداد مال مرهونه اقدام نماید. از آنجا که طلبکار دارای حق حبس است، بیع مال مرهونه در حق او نافذ نیست. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: قاضی دکتر اسعد دیاب؛ ابحاث فی التامینات العینیه، سال ۱۹۸۸- دکتر عبدالنعم فرج الصده؛ بیروت دارالنهضة الربیه، چاپ اول، سال ۲، صص ۳۵۱-۳۴۹.

در حقوق امارات متحده عربی و اردن دو نوع رهن قابل ملاحظه است:

۱- رهن تامینی (الرهن التامینی)، در این نوع رهن که فقط ناظر به اموال غیر منقول است، مال مرهونه در تصرف رهن باقی می‌ماند. در این رهن، طلبکار دارای حق عینی است (مواد ۱۴۲۵-۱۴۲۸-۱۴۲۹-۱۴۳۹ قانون معاملات مدنی امارات متحده عربی مصوب سال ۱۹۸۶ و مواد ۱۳۴۸-۱۳۵۱-۱۳۵۲-۱۳۶۳ قانون مدنی اردن مصوب سال ۱۹۷۶) و قرارداد رهنی باید به ثبت برسد. هر چند مالک، حق انتقال مال الرهانه را دارد و لیکن طلبکار می‌تواند به واسطه حق عینی خود که متضمن حق تقدم و تعقیب است، مطالبات خود را از انتقال گیرنده استیفاء کند.

۲- رهن تصرف (الرهن الحیازی)؛ این عقد هر دو نوع اموال اعم از منقول و غیر منقول را شامل می‌شود و قبض شرط لزوم عقد است. (ماده ۱۴۵۳ قانون امارات و ماده ۱۳۷۵ قانون اردن). در این عقد، رهن حق تصرف در مال الرهانه را ندارد و در صورتی که بدون کسب اجازه مرتهن، به فروش مال الرهانه مبادرت ورزد، بیع غیر نافذ است. (ماده ۱۳۸۶-۱۳۹۰ قانون امارات و ماده ۱۴۶۷-۱۴۷۱ قانون اردن). سابقه این حکم به فقه حنفی استناد داده شده و یکی از جهات تفاوت رهن تامینی و رهن تصرف عنوان شده است. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: دکتر وهبه الزحیلی؛ العقود المسمات فی قانون معاملات مدنی اماراتی و قانون مدنی اردنی، دمشق، انتشارات دارالفکر، چاپ اول، سال ۱۹۸۷، صص ۳۸۰-۳۴۷.

در حقوق مصر، نصی مبنی بر ممنوعیت انتقال مال الرهانه وجود ندارد و فروش مال الرهانه از سوی حقوق دانان مصری بلامانع اعلام شده است. و لیکن مرتهن، در رهن رسمی (الرهن الرسمي که مختص اموال غیر منقول است و مال در تصرف رهن باقی می‌ماند) و رهن تصرف (الرهن الحیازی که شامل اموال منقول و غیر منقول است و مال الرهانه به تصرف مرتهن داده می‌شود) دارای حق تعقیب و تقدم نسبت به مال الرهانه است. برای مطالعه بیشتر مراجعه کنید به: دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری؛ الوسیط فی شرح القانون مدنی (التامینات الشخصیه والعینیه)؛ جلد دوم، بیروت، داراحیاء التراث العربی، سال ۱۹۷۰، صص ۲۶۸ به بعد و جلد چهارم (البیع و المقایضه) صص ۲۶۸ - دکتر شمس‌الدین وکیل؛ نظریه التامینات فی القانون المدنی، اسکندریه، منشاه المعارف، چاپ دوم، سال ۱۹۵۹، دکتر ابوالمنعم، فرج الصده، پیشین، صص ۳۴۷-۳۴۵- دکتر سلمان بوذیاب؛ المبادئ القانونیه العامه، بیروت، الموسسه الجامعیه للدراسات والنشر والتوزیع، چاپ اول، سال ۱۹۹۵، صص ۵-۴۹.

منابع و مأخذ:

الف- فارسی

- ۱- امامی، سید حسن، (۱۳۶۸)؛ حقوق مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات اسلامیّه.
- ۲- ۱۳۷۰ امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، جلد دوم، تهران، انتشارات اسلامیّه
- ۳- بازگیر، یدالله، (۱۳۷۶)؛ *علل نقض آراء حقوقی در دیوان عالی کشور*، تهران، انتشارات ققنوس.
- ۴- بازگیر، یدالله، (۱۳۷۷)؛ *آراء دیوان عالی کشور*، تهران، انتشارات ققنوس.
- ۵- بازگیر، یدالله، (۱۳۷۹ - ۱۳۷۹)؛ *قانون مدنی در آراء دیوان عالی کشور* (عقود و تعهدات) تهران، انتشارات فردوسی.
- ۶- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)؛ *حقوق مدنی*، تهران، انتشارات مجد.
- ۷- حائری شهابخ، سیدعلی، (۱۳۷۶)؛ *شرح قانون مدنی*، جلد دوم، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۸- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۸)؛ *ترمیمولوژی حقوق*، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۹- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰)؛ *حقوق مدنی* (ذهن و صلح)، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۰- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۲)؛ *مجموعه محسّنی قانون مدنی*، تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۱- شمس، عبدالله، (۱۳۷۵)؛ *(تأمین در تأمین خواسته) مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی*، شماره ۱۸-۱۷.
- ۱۲- شهری، غلامرضا، (۱۳۸۱)؛ *حقوق ثبت (اسناد و املاک)*، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی.
- ۱۳- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۵)؛ *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران، انتشارات حقوق دان.
- ۱۴- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۷)؛ *تشکیل قراردادهای تعهدات*، انتشارات حقوق دان.
- ۱۵- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)؛ *حقوق مدنی (۳)*، تهران، انتشارات مجد.
- ۱۶- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)؛ *شروط ضمن عقد*، تهران، انتشارات مجد.
- ۱۷- صفایی، سید حسین، (۱۳۸۲)؛ *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، جلد دوم، تهران، نشر میزان.
- ۱۸- عدل، مصطفی، (۱۳۷۳)؛ *حقوق مدنی*، قزوین، انتشارات بحر العلوم.
- ۱۹- قمی، میرزا ابوالقاسم، (میرزای قمی)، (۱۳۷۰)؛ *جامع الشتات*، تهران، انتشارات کیهان.
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۶)؛ *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)* جلد دوم، تهران، انتشارات بهنشر.
- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۲)؛ *حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)*، تهران، چاپ شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)؛ *حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)* جلد سوم، تهران، انتشارات بهنشر.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)؛ *حقوق مدنی (عقود عینی وثیقه های دین)* چاپ شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا - مدرّس.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)؛ *(جایگاه حقوق اسلامی در نظم حقوقی)*، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۳۶.
- ۲۵- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۷)؛ *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، تهران، نشر دادگستر.
- ۲۶- گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۲)؛ *مقالات حقوقی*، جلد اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲۷- گزیده آراء دادگاه های حقوقی (مجموعه اول) ۱۳۷۴؛ تهران، نشر میزان.
- ۲۸- گزیده آراء دادگاه های حقوقی (مجموعه دوم) ۱۳۷۵؛ تهران، انتشارات حقوق دان.

- ۲۹- حمیتي واقف، احمد علی (۱۳۸۲)؛ حقوق ثبت، تهران، انتشارات حقوق دان.
- ۳۰- مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور ۱۳۷۶؛ جلد دوم، تهران، انتشارات روزنامه رسمی.
- ۳۱- مذاکرات و آراء هیات عمومی عالی کشور ۱۳۷۷؛ جلد چهارم، تهران، انتشارات روزنامه رسمی.
- ۳۲- مذاکرات و آراء هیات عمومی کشور ۱۳۷۹؛ جلد اول، انتشارات روزنامه رسمی.

ب- عربی

- ۱- آل کاشف الغطاء، محمد حسین، ۱۳۵۹؛ *تحریر المجله*، تهران- قم، مکتبه النجاح و مکتبه فیروز آبادی.
- ۲- الزحیلی، وهبه ۱۹۸۹م؛ *العقود المسماة فی قانون معاملات مدنی اماراتی و اردنی*، دمشق، انتشارات دارالفکر.
- ۳- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۰ه؛ *مکاسب*، جلد دوم، بیروت، موسسه النعمان.
- ۴- بوذیاب، سلمان، ۱۹۹۵م؛ *المبادئ القانونیه العامه*، بیروت، الجامعیه للدراسات و النشر و التوزیع.
- ۵- حکیم، سید محسن، ۱۳۷۱ه؛ *نهج الفقاهه*، جلد اول، نجف اشرف.
- ۶- حیدر، شیخ علی، *در الاحکام*، جلد دوم، بیروت، دارالکتاب العلمیه.
- ۷- خوبی، سید ابوالقاسم، ۱۴۱۰ه؛ *منهاج الصالحین*، جلد دوم، قم، چاپخانه مهر.
- ۸- دیاب، اسعد، ۱۹۸۸م؛ *ابحاث فی التامینات العینیه*، بیروت، الموسسه الجامعیه للدراسات و النشر و التوزیع.
- ۹- سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۷۰م؛ *القانون المدنی فی شرح الوسیط فی شرح القانون المدنی*، جلد دوم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۱۰- شهید اول، شمس الدین محمد بن مکی عاملی، ۱۴۱۴ه؛ *الدروس الشرعیه*، جلد سوم، قم، موسسه نشر اسلامی.
- ۱۱- شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، ۱۳۷۳؛ *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.
- ۱۲- شهید ثانی، زین الدین علی عاملی ۱۴۱۴ه؛ *مسالك الافهام*، قم، موسسه المعارف الاسلامیه.
- ۱۳- طباطبایی، سید علی ۱۴۰۴ه؛ *ریاض المسائل*، جلد اول و دوم، قم، موسسه آل البيت (ع).
- ۱۴- طباطبایی، سید محمد کاظم، ۱۳۸۷ه؛ *حاشیه بر مکاسب*، تهران، دار المعارف الاسلامیه.
- ۱۵- طوسی، محمد بن حسن (شیخ طوسی)، ۱۴۱۵ه؛ *کتاب الخلاف*، جلد سوم، قم، موسسه نشر اسلامی.
- ۱۶- فرج الصده، عبد المنعم، *اصول القانون*، بیروت، دارالنهضة العربیه.
- ۱۷- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن، ۱۴۱۳؛ *المختصر النافع*، قم، موسسه البعثه.
- ۱۸- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن الحسن ۱۳۷۳؛ *شرايع الاسلام*، جلد دوم، قم، موسسه اسماعیلیان.
- ۱۹- نائینی، میرزا حسین، ۱۴۱۳، *المکاسب و البیع* (به قلم شیخ محمد تقی آملی)، جلد دوم، قم، موسسه نشر اسلامی.
- ۲۰- نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام*، جلد بیست و پنجم، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
- ۲۱- وکیل، شمس الدین، ۱۹۵۹م؛ *نظریه التامینات فی القانون المدنی*، اسکندریه، منشاه المعارف.

ج- فرانسه

1-Mazeaud(HENRI-LEON-etJEAN)Locons de Droit civil -T3-Paris-1968