



ISC  
دارنده مجوز  
۹۶۱۷۰-۱۲۸۰۲



## وکالت مرتهن در فروش مال مرهون (ماده 777 ق.م) با تاکید بر فقه

نسرین حیدریبیگی

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران

Nasrin.heidarbeigi@yahoo.com

### چکیده

درباره شرط وکالت مرتهن در فروش مال مرهون و باقی ماندن یا نماندن شرط مزبور برای ورثه در صورت فوت مرتهن نظریاتی وجود دارد. یک نظر این است که ماده 777 ق.م، ناظر به موردی است که مرتهن، وکالت در فروش رهن دارد و شرط میشود که این وکالت به ورثه ی او برسد و آنان به عنوان جانشین مرتهن نیابت در فروش پیدا میکنند. اما سلطه ای که از نائب نتوان گرفت در واقع نوعی ایجاد حق است و وقتی فوت موکل نیابت وکیل را نتواند از بین ببرد، رابطه حقوقی نوعی وصایت است نه وکالت. نظر دیگر این است که با موت راهن یا مرتهن وکالت مزبور از بین میرود. با فوت مرتهن وکالت او به ورثه اش منتقل نمیشود مگر اینکه وکالت ورثه ی او ضمن عقد رهن شرط شده باشد. نتیجه اینکه شرط وکالت مرتهن در فروش مال مرهون در صورت رسیدن اجل و پرداخت نکردن دین، صحیح است اما اینکه چنین شرطی در صورت فوت مرتهن به ورثه برسد، اشکال دارد؛ یعنی این شرط دیگر وکالت نیست. زیرا وکالت که استنابه است با فوت مرتهن از بین میرود؛ پس اگر چنین شرطی را حتی با فوت مرتهن باقی بدانیم، نوعی ایجاد حق و در واقع وصایت است. روش تحقیق در این مقاله به صورت کتابخانه ای بوده و به صورت فیش برداری گردآوری شده است.

واژگان کلیدی: راهن، مرتهن، مال مرهون، وکالت

### Abstract:

**About the condition of the power of attorney to sell the mortgaged property and remain indebted to heirs in case of death or the condition not to remain there mortgaged comments.**

One comment is that Article 777 BC, refers to a case where the mortgagee, mortgagee sales law and that the legal requirement to reach his heirs And as a stand-mortgaged their behalf are on sale find. But we can not rule that the deputy was in fact a kind of right and when death can destroy your client's behalf lawyer, a legal relationship is not legal administration.

Another is that the mortgagor or mortgagee power of attorney shall be destroyed by death. With the death of mortgagee law he passed to his heirs unless his legal heirs have provided the mortgage contract.

**Keywords:** mortgager, mortgagee, margin, proxy

دارنده مجوز  
ISC  
۹۵۱۷۰-۱۳۸۰۲

## مقدمه:

در این مجال به بررسی ماده 777 قانون مدنی میپردازیم و به این سوال پاسخ میدهم که با وجود اینکه مرتهن وکیل در فروش مال مرهون است آیا بعد از فوت هم این شرط به ورثه میرسد یا نه؟ همچنین تاثیر ماده 34 قانون ثبت را بر ماده 777 قانون مدنی بررسی میکنیم.

این مطلب را در سه بخش می آوریم؛ در بخش اول به بررسی وکالت مرتهن در فروش مال مرهون در حقوق ایران میپردازیم که خود شامل دو مبحث است. در مبحث اول ماده 777 ق.م. را بررسی میکنیم و در مبحث دوم تاثیر ماده 34 قانون ثبت را بر ماده 777 قانون مدنی بررسی میکنیم. در بخش دوم به بررسی وکالت مرتهن در فروش مال مرهون در حقوق اسلام میپردازیم. این بخش نیز شامل دو مبحث است. در مبحث اول آرای فقهای امامیه و در مبحث دوم نظر فقهای اهل سنت را بررسی میکنیم. در بخش سوم و پایانی به بررسی آرای دیوان کشور در دو پرونده میپردازیم.

بخش اول: وکالت مرتهن در فروش مال مرهون در حقوق ایران

مبحث اول: بررسی ماده 777 ق.م.

در ماده 777 ق.م. آمده: «ضمن عقد رهن یا به موجب عقد علیحده ممکن است رهن مرتهن را وکیل کند که، اگر در موعد مقرر رهن قرض خود را ادا ننمود، مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن طلب خود را استیفاء کند و نیز ممکن است قرار دهد وکالت مزبور بعد از فوت مرتهن با ورثه ی او باشد و بالأخره ممکن است که وکالت به شخص ثالث داده شود.»

مفاد این ماده از فقه امامیه در فصل رهن گرفته شده است (علامه حلی، 1413).

منتها، فقیهانی که بقای وکالت را پس از فوت وکیل یا موکل مخالف قاعده دیده اند، در توجیه حکم گفته اند که، در این فرض، وکالت به طور مستقیم برای ورثه مقرر شده است یا برای مرتهن حق فروش عین مرهونه ایجاد میشود و این حق نیز به همراه انتقال حق رهن به ورثه مرتهن منتقل میگردد و وکالت در آن جنبه ی تبعی دارد (نجفی، 1391).

ولی باید انصاف داد که ظاهر ماده 777 با این هردو احتمال، مخالف است و ناظر به موردی است که مرتهن وکالت در فروش رهن را دارد و شرط میشود که این وکالت به ورثه ی او برسد و آنان به عنوان جانشین مرتهن (نه به طور مستقل) نیابت در فروش پیدا میکنند. وکالت در فروش عین مرهون نیز ارتباطی بر حق مرتهن بر آن ندارد و نمیتوان چنین وکالتی را تابع حق شمرد (یزدی، 1392).<sup>1</sup>

بنا بر این، ماده 777 مظهری از حاکمیت اراده برای باقی نگاهداشتن سلطه ی ناشی از وکالت پس از فوت وکیل است.

با وجود این، سلطه ای را که نتوان از نایب گرفت و همانند «حق» از او به ورثه منتقل شود، دیگر نمیتوان نیابت مبتنی بر اذن دانست. برخلاف حق، اذن وجود مستقل ندارد و وابسته به وجود اذن دهنده و مأذون است. پس، آنچه را قابل باقی ماندن پس از فوت و انتقال به ورثه است، باید «حق» نامید و در این صورت، عقدی که چنین اثری بگذارد «وکالت» به معنای اصطلاحی خود نیست و باید آن را نوعی «اجداد حق» تلقی کرد.

1. پاره ای از فقها گفته اند: در هر مورد که وکالت ضمن عقد لازمی شرط شود و موضوع آن راجع به حق وکیل باشد، مانند فروش رهن، این وکالت به فوت وکیل از بین نمیرود، هر چند که شرط هم نشده باشد.



همچنین، هرگاه فوت موکل نتواند نیابت وکیل را از بین ببرد، رابطه ی حقوقی را باید «وصایت» دانست نه وکالت.

همچنین گفته شده است که وکالت به موت راهن یا مرتهن باطل میشود و به وراث منتقل نمیشود؛ زیرا وکالت استنباه در عمل است از غیر و پس از فوت منوب عنه، او قادر به عملی نیست تا نائب که عملش فرع اوست بتواند آن را انجام دهد و چون وکالت اختیاری است که به شخص معلومی اعطا گردیده است، پس از فوت، دیگر وکیلی نیست تا وکالت باقی بماند و یا به دیگری منتقل شود مگر آنکه ضمن عقد، وکالت وراث شرط شده باشد.

همچنین دکتر کاتوزیان میگوید: از آنجا که عقد رهن نسبت به مرتهن جایز است، او میتواند از امتیاز خود نسبت به رهن بگذرد. شرط وکالت در فروش، او را پایبند نمیکند و اثر آن تنها اسقاط حق عزل راهن است (کاتوزیان، 1389). یعنی شرط وکالت در عقد رهن، شرطی لازم است و راهن حق فسخ ندارد و چون وکالت در ضمن عقد رهن که از عقود لازمه است انشاء گردیده است، نمیتوان وکالت را قابل فسخ دانست چون وکالت ضمن عقد رهن ایجاد شده و از طرفی رهن عقدی است دائم، حق فسخ منافی دوامی است که لازمه ی عقد مزبور است (جوان، همان).

همچنین از مفاد ماده ی 34 ق.ث. و پیشینه ی تاریخی آن چنین برمی آید که مرتهن برای فروش مال مرهون و استیفای طلب خود ناچار باید به مقامات عمومی (حاکم) رجوع کند و نمیتواند به استناد وکالت از سوی راهن، اقدام به فروش و تملک آن کند. تمهیدهای مقرر در این ماده برای حمایت از حقوق بدهکارانی است که از فرط اضطرار ناچار میشوند شرایط صاحبان سرمایه را بپذیرند و بدین امید که تا سررسید دین گشایشی در کارشان پیدامی شود، خود را به خطر می اندازند؛ قانونگذار خواسته است بدین وسیله فروش مبيع شرطی و عین مرهون را در بازرسی خود گیرد و مانع از آن شود که طلبکار مبلغی زیاده از طلب خود بدست آورد؛ پس آنچه در ماده 34 آمده، مربوط به نظم عمومی است و اختیار مرتهن که با کلمه «میتواند» در متن ماده بیان شده، بیگمان اختیار گزینش راه و وصول طلب با فروش مال رهن، در برابر «انصراف از رهن و رجوع به سایر اموال بدهکار» است (کاتوزیان، همان).

فایده ی مهم استفاده از شرط وکالت در فروش این است که مرتهن را از رجوع به حاکم بی نیاز میکند (ماده 779 ق.م. و این فایده با منع ماده 34 ق.ث. تعارض دارد و در وضع کنونی قوانین از بین رفته است. بنابراین، در مورد رهن اموال غیرمنقول، که برطبق مواد 46 و 47 ق.ث. تنظیم سند رسمی ضرورت دارد و در مورد اموال منقولی که به وسیله ی سند رسمی به رهن داده میشود، مرتهن باید به اجرای ثبت رجوع کند. ولی، در سایر موارد، که سند معاملات عادی است، مرتهن ناچار در دادگاه اقامه ی دعوا میکند و الزام راهن را به ادای دین از راه فروش مال مرهون میخواهد و دادگاه، در مقام اجرای حکم، مفاد ماده 34 را رعایت میکند.

در مورد وکالت ماده 777 ق.م نکات ذیل را قابل بیان است (لنگرودی، 1370):

الف) با لزوم عقد رهن نسبت به راهن و جواز آن نسبت به مرتهن، شرط وکالت مرتهن به شرح ماده 777 نسبت به راهن لازم است و نسبت به مرتهن جائز و به عبارت دیگر همانطور که خود شرط، تعهد تبعی است، لزوم و جواز آن هم تبعی است (اشرفی، 1385).

ب) با موت راهن یا مرتهن، وکالت مزبور از بین میرود؛ زیرا ماهیت وکالت، استنباه است، استنباه یعنی انتخاب نائب برای انجام کاری. انتخاب کننده را (منوب عنه) و انتخاب شونده را (نائب) نامند. بدیهی است استنباه تا وقتی وجود دارد که نائب و منوب عنه زنده باشند و با فوت یکی از آنها استنباه از بین میرود و تبعاً وکالت هم مضمحل میگردد (نجفی، همان). ولی عقد رهن به حال خود باقی میماند زیرا رهن نسبت به دین عقد تبعی است و چون دین با فوت وکیل یا موکل از بین نمیرود، ناگزیر عقد رهن هم کماکان باقی خواهد ماند (لنگرودی، همان).



ISC دارنده مجوز  
۹۵۱۷۰-۱۳۸۰۲



نتیجه: با موت مرتهن، وکالت او به ورثه اش منتقل نمیشود مگر اینکه وکالت ورثه ی او ضمن عقد رهن، شرط شده باشد. نیز اگر عین مرهونه تلف شود، وکالت مرتهن نسبت به بدل رهنه از بین خواهد رفت و ماده 792 و ذیل ماده 777 ق.م این مطلب را پیش بینی کرده اند (همان).

ج) جمع احکام وکالت (که عقدی است جائز) در مورد وکالتی که به شرح ماده 777 ق.م ضمن عقد رهن (یا عقود لازمه) واقع میشود جاری است الا اینکه عزل وکیل در فروش رهنه، مؤثر نیست. خواه آن وکیل، مرتهن باشد خواه ورثه مرتهن و خواه شخص ثالث (نجفی، همان) پس با جنون و سفه (همان) وکیل یا موکل هم وکالت مزبور از بین میرود.

تبصره: فقها وکالت مرتهن را در فروش عین مرهونه به طور مختلف ذیل تصور کرده اند:

1) شرط وکالت به طور لازم نسبت به راهن: به این معنی که راهن متعهد میشود که مرتهن را قبل از تصفیه حساب فیما بین عزل نکند ولی اگر تخلف کرده و عزل کند، عزل از نظر مدنی مؤثر واقع میشود در این صورت هرگاه از تخلف او زیانی متوجه مرتهن شود باید جبران کند علاوه بر اینکه به علت تخلف از یک حکم تکلیفی قابل مجازات شرعی هم می باشد (همان).

ملاحظه: این نظریه هنوز هم در وکالتهای بلاعزل طرفدارانی در فقه و حقوق لائیک دارد تا آنجا که شورای عالی ثبت در رأی شماره 227 مورخ 44/7/8 خود در مورد (بدهکار شرطی که ثمن بیع شرط را تودیع کرده بود تا ورثه ی دائن بگیرند و ورثه هم به دو نفر از خودشان وکالت بلاعزل داده بودند که هر کیلی نصف آن پول را بگیرد و سپس یکی از موکلان، وکیل خود را عزل کرده و شخصا برای دریافت وجه مراجعه کرده بود در حالیکه قبض اقساطی طلب در دست و کیلش بود و وکیل هم ادعا میکرد که وکالت، بلاعزل بوده باید پول را به من بدهد) در این مسأله شورا رأی داد: (هرچند مطالبه ی وجه متعلق به موکل از طرف او با سلب حق عزل وکیل منافات ندارد. در این مورد در صورت اختلاف باید از طریق دادگاه رفع اختلاف به عمل آید).

منشأ نظر شورا این است که وکالت بلاعزل مانع نفوذ و عزل وکیل نمیشود ولی چون این بحث محتاج رسیدگی قضائی است (به علت سکوت قوانین) باید به اختلاف در دادگاه رسیدگی شود.

ماده 679 ق.م، خلاف رأی شورا به نظر میرسد زیرا عدم توانایی عزل در این ماده ظهور در عدم تأثیر عزل دارد (همان).

مرتهن، با شرط وکالت، نائب راهن در فروش رهنه برای استیفاء طلب خود خواهد بود، بنابراین با صدق استنا به باید گفت با موت و جنون و سفه وکیل یا موکل، در این صورت هم وکالت از بین میرود ولی رهن و دین کماکان باقی می ماند (همان).

همچنین ممکن است ضمن عقد رهن، راهن به مرتهن حق بدهد که در صورت عدم تأدیه ی حق در موعد، او بتواند رهنه را بفروشد و طلب خود را بردارد یا معادل طلب خود از عین رهنه تملک کند و مقصود طرفین این باشد که این هدف در خارج قلمرو استنا به، محقق گردد در این صورت با فوت و جنون و سفه راهن، حق مذکور از بین نمیرود (لنگرودی، همان).

ملاحظه: در حقوق ایران هنوز کسی به سراغ این اندیشه نرفته است. نظر فقها (اشرفی، همان) در این مورد درست است و ماده 10 ق.م هم مؤید آن است و در این صورت اساسا وکالت وجود ندارد.

ممکن است راهن ضمن عقد رهن، مرتهن را در حال حیات و ممات خود نائب خود قرار دهد تا در صورت نرسیدن مرتهن به طلب خود در موعد دین بتواند نیابتا رهنه را بفروشد. این استنا به در واقع مرکب از وکالت در حین حیات و وصایت در حین ممات خواهد بود.

در این مورد به دو نکته باید توجه کرد:





دارنده مجور ISC  
۹۶۱۷۰-۱۳۸۰۲



اولاً: وصایت ضمن عقد لازم، لازم نخواهد شد زیرا جواز وصایت در حال حیات وصی از قوانین آمره است (یعنی جواز حکمی است نه حقی) ماده 834 ق.م.

ثانیاً: بعد از فوت راهن و بقاء وصیت به حال خود وصایت از طرفین لازم میشود؛ ولی معذک اگر وارث راهن قبل از اقدام مرتهن (وصی) به فروش عین مرهونه، دین را بپردازد مرتهن مکلف به دریافت است و وصایت منحل میشود، زیرا قصد متعاقدين این بوده که ثمن رهینه در صورت فروش، بدل قانونی طلب مرتهن گردد؛ با دادن طلب او از طرف ورثه راهن، صلاحیت وصی در استفاده از بدل قانونی مذکور از بین می‌رود (همان).

### مبحث دوم: تاثیر ماده 34 قانون ثبت بر ماده 777 قانون مدنی

دکتر کاتوزیان میگوید: اگر ماده 777 نسخ ضمنی شده باشد، در مقام استفاده از مبنای آن برای تعیین آثار شرط وکالت ضمن عقد، قابل استناد نیست و باید آن را از شمار احکام قانونگذار حذف کرد. به اضافه، هرگاه روزی ماده 34 ق.ث نیز نسخ شود، باز هم اعتباری برای ماده 777 به وجود نمی‌آورد، زیرا موجود مرده را دیگر نمیتوان حیات حقوقی بخشید.

این اقدام نیاز به انشاء دیگر دارد و حکم پیشین از بین رفته است؛ ولی، در صورتیکه ماده 34 ق.ث به منزله ی مانعی در راه اجرای مفاد وکالت باشد، با زوال مانع، دوباره اجرای اختیار وکیل ممکن میشود. براین مبنای مفاد ماده 777 در سایر مواردی که با مانع روبرو نیست میتوان استفاده کرد و آن را جزئی از مجموعه ی هماهنگ قانون مدنی به شمار آورد که در تفسیر سایر مواد اثر دارد و از احکام آن‌ها نیز متأثر میشود (کاتوزیان؛ همان).

اگرچه عده ای از نویسندگان نسخ ضمنی ماده 777 را تأیید کرده اند (امامی، 1384)، اما محدود شدن اختیار وکیل و باقی ماندن اعتبار ماده 777 قویتر به نظر میرسد (الجمع مهم امکان اولی)؛ زیرا:

- 1) ماده 777 ناظر به امکان وکالت دادن به مرتهن برای فروش است و ماده 34 ق.ث وکیل را از اقدام خصوصی و فردی ممنوع میسازد و ناچار میکند که به مقامهای عمومی رجوع کند و این دو حکم، از حیث امکان وکالت دادن، تعارض ندارد و تنها از اختیار وکیل میکاهد.
- 2) ماده 34 وکالت را لغو نمیکند، زیرا وکیل در جریان فروش مال به وسیله ی مقامات عمومی میتواند اقداماتی را که با غبطه ی موکل سازگار است از اجرای ثبت یا دادگاه بخواهد. برای مثال می‌تواند فروش مال مرهون را به وسیله ی حراج تقاضا کند، ولی نمیتواند از حراجی که به وسیله ی راهن درخواست شده است صرف نظر کند؛ زیرا، در این اقدام تعارض منفعت بین وکیل و موکل وجود دارد و هیچ وکیلی در اقدام به زیان موکل خود نیابت ندارد.

بدین ترتیب، مانعی که ماده 34 ق.ث در راه اجرای اختیار وکیل به وجود آورده است، ماده 777 را از زمره ی قواعد حقوق مدنی خارج نمیسازد و در جمع دو ماده میتوان از نسخ پرهیز کرد. به ویژه که عام بودن قوانین مدنی به عنوان اصل و خاص بودن قلمرو قوانین ثبت، شکلی بودن غالب آنها قرینه ای است که این تفسیر را تأیید میکند (کاتوزیان، همان).

دکتر لنگرودی میگوید: در ماده 34 ق.ث کلمه (می تواند) مورد اختلاف حقوقدانان واقع شده و تاکنون دو معنی برای آن ذکر کرده اند:

الف) (می تواند) در این ماده بیان حق بستانکار را نموده است و حق عبارت است از سلطه و توانایی قانونی، بدیهی است بستانکار مکلف به صدور اجرائیه نیست درخواست صدور اجرائیه حق اوست نه تکلیف او.



ب) عده ای دیگر عقیده دارند که کلمه ی (می تواند) ناظر به حق (اعتراض از رهن) است؛ یعنی قانونگذار خواسته بفهماند که دائن می تواند از رهنینه اعراض کند و با همان سند به طور ذمه ای بدهکار را تعقیب کند و می تواند بدون اعراض از رهن، تقاضای مزایده رهنینه را بنماید.

این تفسیر خالی از دلیل است و اطمینان بخش نیست علاوه بر اینکه تبعیت از این تفسیر موجب میشود که حکمت وضع ماده 34 ق.ث. که حمایت مقنن از بدهکار بوده (منتفی شود زیرا مقنن در ذیل این ماده وثیقه

را در صورت نبودن خریدار در روز مزایده به طور قهری و علیرغم اراده ی دائن به او تملیک کرده و اجازه نداده که دائن بیشتر از وثیقه از سایر اموال مدیون ببرد و این معنی را مقنن به طور آمره بیان کرده و آن را از حقوق مدیون دانسته و برای حفظ این حق ماده 39 ق.ث. را وضع کرده. اگر اعراض از رهن، تجویز شود جمیع این تمهیدات به هدر خواهد رفت.

اکنون با عنایت به مدلول ماده 777 ق.م. میتوانیم احتمال سومی را راجع به کلمه ی (می تواند) به میان آوریم و آن این است که مقنن با ذکر کلمه ی (می تواند) خواسته است اعتبار ماده 777 را حفظ کرده و بگوید: هرگاه مرتهن وکالت در فروش رهنینه از طرف راهن داشته باشد، میتواند از وکالت خود استفاده کند و شخصا اقدام به فروش کند و طلب خود را وصول نماید و میتواند با قبض عین از وکالت، به اداره ی ثبت رجوع مراجعه و تقاضای صدور اجرائیه نماید.

ملاحظه: این احتمال به دلایل تاریخی ذیل مردود است:

اولاً: عده ای از فقها شرط وکالت در فروش را اساساً باطل شمرده اند و یا حضور راهن را موقع فروش رهنینه به فرض صحت شرط مذکور ضروری دانسته اند.

ثانیاً: عده ای از فقها عقیده دارند که در مسائل مربوط به زندگی قضائی در مواردی که اقدام افراد برای استیفاء حق مسلم خود منشأ بروز فتنه و ضرر بر جان و آبرو یا مال باشد، رجوع به حاکم شرط است حتی اگر مغضوب منه بخواهد مال خود را از منزل غاصب بردارد، ممکن است متهم به دزدی شود باید برای گرفتن مال خود به حاکم رجوع کند. در این صورت شرط وکالت در فروش به نفع مرتهن حقا باید باطل باشد و ذکر آن در ماده 777 وجهی نداشته است و به همین جهت هم مردم رغبت به این شرط نشان نمیدادند و از کتب پیشینیان هم سؤال و جواب در این مورد دیده نمیشود و فقط به بحث کلی راجع به صحت و سقم این شرط قناعت کرده اند (لنگرودی، همان).

نتیجه: ماده 777 ق.م. به موجب ماده 34 ق.ث. منسوخ به نظر میرسد و مراجعه ی مرتهن و بستانکار شرطی برای استیفاء حق خود به ادارات ثبت ضروری است (امامی، 1384).

همچنین لازم به ذکر است که فقها شرط وکالت در فروش رهنینه توسط ثالث را که ذیل ماده 777 ق.م. آمده صحیح میدانند (حلی، 1372)؛ معذک آنچه که راجع به شرط وکالت به نفع مرتهن قبلاً گفتیم در این مورد هم عیناً گفته میشود یعنی با تصویب ماده 34 ق.ث. نمیتوان به چنین شرطی ترتیب اثر داد، علی الخصوص که تفاوت بین نظریه ی صحت شرط وکالت در فروش (به نفع مرتهن یا ثالث طبق ماده 777 ق.م.) و نظریه ی عدم صحت شرط مذکور در نیم عشر و حق حراج هم ظاهر میشود که مسأله از این جهت هم قابل دقت خواهد بود (لنگرودی، همان).

**بخش دوم:** وکالت مرتهن در فروش مال مرهون در حقوق اسلام

**مبحث اول:** بررسی آرای فقهای امامیه



شهید اول: در رهن میتوان شرط کرد که گروگیرنده یا شخص دیگری وکالت {در حفظ و نگهداری رهن و فروختن و مصرف کردن آن در دین} داشته باشد. همچنین میتوان شرط کرد که گروگیرنده و وارث او {از طرف گرودهنده} وصی {در حفظ رهن و فروختن و مصرف آن در دین} باشند.

اگر گرودهنده در رهن، وکالت {گروگیرنده در حفظ و فروش و مانند آن} را شرط کند، نمیتواند گروگیرنده را عزل و برکنار نماید. اما این قول با اشکال مواجه است که شرط در عقد لازم، اثرش آن است که در صورت اخلال به آن، فسخ عقد ممکن میشود، نه آنکه عمل به آن شرط لزوم و وجوب یابد {بنابراین، گرودهنده میتواند او را از وکالت عزل کند، و نهایت امر آن است که در این صورت، مرتهن حق فسخ عقد رهن را خواهد داشت.} بنابراین، اگر گرودهنده، وکالت را فسخ کند، گروگیرنده، بیعی را که مشروط به رهن {ووکالت} است، در صورت وجود چنین معامله ای، فسخ میکند.

{همچنین} گروگیرنده میتواند {در صورت وکالت در بیع} گرو را به خودش بفروشد، و او بر دیگر طلبکاران تقدم دارد، {خواه گرو دهنده زنده باشد یا مرده و خواه مفلس باشد یا نباشد} {شهید اول، 1390}.

شهید ثانی: برای نگهداری عین مرهونه، فروش و نیز هزینه کردن آن در دین، میتوان وکالت مرتهن یا شخص ثالث و نیز وصیت {راهن} برای خود یا ورثه او در صورت فوت راهن پیش از مرتهن، شرط کرد {شهید ثانی، 1390}.

محقق حلی: و هرگاه شرط کند رهن گیرنده یا رهن دهنده ضمن عقد از برای خود، وکالت را در فروختن رهن یا وکالت از برای غیر خود را، یا گذاشتن رهن را در دست عادل معین، لازم میشود و نمی باشد از برای رهن کننده فسخ نمودن وکالت را، و باطل میشود وکالت به مردن رهن کننده، نه اصل رهن و اگر بمیرد رهن گیرنده، وکالت به سوی ورث او نمی گردد، مگر آنکه شرط کند اگر بمیرد وکالت به وارثش منتقل شود {محقق حلی، 1380}.

علامه حلی: و جائز است مرتهن وکالت در فروش عین مرهونه را {در عقد رهن} برای خودش یا برای دیگری، شرط کند یا شرط کند که عین مرهونه در دست شخصی که عادل است قرار گیرد و در این هنگام راهن نمیتواند وکالت را فسخ کند بلکه اگر راهن بمیرد وکالت مرتهن از طرف او باطل میشود ولی عقد رهن به لزوم خود باقی خواهد ماند. و اگر مرتهن بمیرد، چنانچه در عقد شرط کرده باشد که بعد از مرگ او وکالت در عقد به وارث منتقل شود، این وکالت باقی خواهد ماند {و به وارث مرتهن منتقل خواهد شد} ولی اگر چنین شرطی نشده باشد وکالت منتقل نمیشود؛ اما رهینه به ارث منتقل میشود و مانند مال بین ورثه تقسیم میشود.

اگر مرتهن در عقد رهن یا هر عقد لازم دیگر شرط کرده باشد که وکیل راهن در فروش عین مرهونه در زمان حیات او باشد و بعد از فوت او نیز وصی راهن در فروش باشد این شرط صحیح است.

اگر راهن بعد از رسیدن وقت پرداخت بدهی خود از ادای دین خودداری کند، اگر مرتهن خود، وکالت در فروش از طرف راهن داشته باشد، خودش اقدام به فروش آن میکند و در غیر اینصورت حاکم میفروشد و حاکم این اختیار را دارد که راهن را حبس و زندانی کند تا با دست خود عین مرهونه را به فروش برساند.

و برای مرتهن جائز است عین مرهونه را بخرد {آقاجانی، 1372}.

شیخ انصاری: مرتهن اولی است از سایر طلبکاران در استیفاء حق خود از رهن هر چند مالک مرده باشد، پس اگر مأدون باشد که به خود نیز بفروشد میتواند از برای خود بخرد.



در صورت حلول اجل و تعذر مدیون از ادای دین میتواند رهن را به غیر بفروشد و استیفاء حق خود نماید اگرچه مأذون نباشد از مالک یا ورثه یا حاکم شرع (انصاری، 1380).

سید علی بن محمد طباطبائی حائری: با حلول اجل و اعسار راهن، مرتهن میتواند عین مرهونه را بفروشد و دین را از آن بردارد اگر وکیل در بیع باشد و الا حاکم آن را میفروشد اگر رهن نزد او باشد. حتی اگر مالک به آن راضی نباشد؛ چون اذن در رهن اذن در توابع آن هم هست و بیع هنگام اعسار از جمله ی آن است (طباطبائی حائری، 1380).

مولی احمد بن محمد مهدی نراقی: مرتهن می تواند عین مرهونه را بفروشد اگر وکیل باشد؛ ولی اگر وکیل نباشد نمیتواند بفروشد و حاکم باید بفروشد (نراقی، 1385).

آل عصفور بحرانی: مجرد اطلاق رهن اقتضای این را ندارد که مرتهن وکیل در فروش مال مرهونه باشد اگر راهن متعذر باشد بله او میتواند چنین کاری کند اگر شرط وکالت در بیع هنگام حلول اجل و تعذر وفا شده باشد، چرا که این شرط، شرط صحیحی است. و همچنین برای وارث از بعد او میتواند چنین شرطی کند یا بعد از فوتش وصیت کند. همچنین میتواند برای بیگانه ای چنین شرطی قرار دهد و دلیل لزوم شروط مذکور تقدم ادله ی وجوب وفا به شروط واقع در عقود لازم است. و چون رهن فقط از جانب راهن لازم است، وکالت هم از جانب او لازم است ولی از جانب مرتهن لازم نیست و اینکه آیا راهن میتواند وکالت را فسخ کند، دو قول وجود دارد: قول اول این است که چون عقد رهن از جانب راهن لازم است، پس شرط ضمن آن نیز لازم است. قول دوم این است که اولاً وکالت از عقود جائز است و هر یک از طرفین میتوانند آن را فسخ کنند، ثانیاً شروط در آن واجب الوفا نیست مگر در عقود لازم

و کالت با موت مشروط له باطل میشود نه به خاطر اینکه وکالت از عقود جائز است بلکه به خاطر اینکه غرض از وکالت اذن در تصرف است.

اگر وکالت برای مرتهن باشد و او بمیرد رهانه به وارثش منتقل میشود نه وکالت مگر اینکه شرط وکالت برای آنان شده باشد.

در اینکه آیا مرتهن میتواند عین مرهونه را به خودش بفروشد دو قول وجود دارد: قول اول: غرض این است که بیع به ثمن المثل حاصل میشود و خصوصیت مشتری ملغی است.

قول دوم: ظاهر وکالت این است که نمیتواند به خودش بفروشد و در مسالک بعد از نقل این قول آمده که اقوی جواز در کل وکالت است. و مشهور بیع برای فرزندش را به طریق اولی مجاز میداند و از این جنید نقل شده که بیع برای خودش و فرزندش و شریکش ممنوع است چون در معرض تهمت قرار میگیرند.

شیخ محمد حسن نجفی: مرتهن می تواند عین مرهونه را بفروشد و اگر وکیل باشد میتواند به خودش بفروشد زیرا وکالت شامل خود او هم میشود. و بنا بر نظر مشهور، وکالت اطلاق دارد (نجفی، همان).

آیت الله زاده مازندرانی: اگر شرط کند مرتهن وکالت خود را از راهن برای فروش مورد رهن یا شرط کند وکالت دیگری را صحیح است و این شرط مثل شرط بودن مورد رهن است در دست شخص عادل و راهن نمیتواند شرط وکالت را فسخ کند ولی این مطلب مورد تردید است و سبب تردید این است که وکالت از عقود جائز میباشد و هر یک از وکیل و موکل میتواند آن را فسخ کنند و شرط آن ضمن عقد رهن موجب تبدیل حقیقت آن نمیشود و بر فرض اینکه شرط جائز ضمن عقد لازم رهن موجب لزوم است در مورد رهن چون از طرف مرتهن عقد جائز است عقد لازم تلقی نمیشود و جوابش این است که چون رهن از طرف راهن لازم و این شرط را قبول نموده و در حقیقت





ISC  
دارنده مجور ISC  
۹۵۱۷۰-۱۲۸۰۲



ملتزم به آن شده است پس فسخ آن منافی الزام او و مخالف قاعده «وفوا بالعقود ای بالعهد و مفاد المؤمنون عند شروطهم» است که دلیل بر لزوم شرط ضمن عقد خواهد بود و شرط وکالت ضمن عقد مثل شرط عدم حق عزل برای موکل است.

در صورتیکه راهن وکیل کند مرتهن را و بمیرد، وکالت باطل میشود ولی رهن به حال خود باقی است و اگر مرتهن بمیرد وکالت به ورثه اش منتقل نمیشود. انتفاء وکالت به موت راهن قابل تردید نیست زیرا موضوع توکیل منتفی میشود چون وکالت نیابت شخصی از شخص دیگر در عمل است و با موت منوب عنه، نیابت از بین میرود و همچنین با موت مرتهن وکالت منتفی میشود؛ ولی رهن چون در مقابل دین است از بین نمیرود و به موت مرتهن وکالت او به ورثه اش منتقل نمیشود، زیرا وکالت نه مال است نه حق و قابل تردید نیست مگر اینکه شرط شده باشد که به موت مرتهن، ورثه اش وکیل باشند و در این صورت ورثه بر حسب شرط وکیل خواهان بوده نه بر حسب وراثت و در حقیقت به طور شرط نتیجه ی عقد وکالت برای مرتهن و در صورت موت حسب الشرط برای ورثه اش حاصل شده است و همچنین اگر وکیل غیر از مرتهن باشد که وکالت او به ورثه اش منتقل نمیشود مگر با شرط وکالت ورثه اش به طریقی که بیان شد.

همچنین جائز است برای مرتهن خریداری مورد رهن؛ حال آنکه در مسائل دیگر، وکیل در فروش مالی حق ندارد به خودش آن مال را بفروشد و خریدار آن شود و در اینجا هم که مرتهن وکیل راهن در فروش مورد رهن است باید جائز نباشد که خودش خریدار شود؛ ولی از این نظر که در غیر مورد رهن میتوان گفت وکالت منصرف از خود وکیل است و ظاهر در فروش به غیر است ولی در رهن چنین نیست؛ با این حال از بعضی فقها قول به منع و از بعضی قول به کراهت نقل شده است

مبحث دوم: بررسی آرای فقهای اهل سنت

آرای فقهای اهل سنت: اگر چیزی را نزد کسی رهن گذاشته و با مرتهن قرار گذاشت که هنگام سررسید، عین مرهونه را بفروشد این شرط صحیح میباشد و میتوان او را برای فروش وکیل نمود. ابوحنیفه نیز چنین گفته است (النووی، 1375) ولی شافعی گفته نمیتوان قرار فروش به وسیله مرتهن گذاشت و نه میتوان او را وکیل در فروش نمود مگر راهن نزد او حاضر باشد؛ بنابراین اگر راهن حضور داشت فروش جائز است (النووی، همان) و بعضی گفته اند به هیچ وجه جائز نیست (زهروی عمرانی، 1379) دلیل ما جواز این شرط و وکالت است و هرکس قبول ندارد باید دلیل اقامه کند (عباسی فرد، 1369) مضافا که رسول اکرم (ص) فرمود: «المؤمنون عند شروطهم» و این عام است (طوسی، 1364).

**بخش سوم: آراء دیوان عالی کشور (بازگیر، 1379)**

و جب ماده 96 آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء، نقل و انتقال طرف صاحب مال نسبت به مال بازداشت شده ممنوع است و ترتیب اثر به انتقال بعد از بازداشت مادام که بازداشت باقی است داده نمیشود، هر چند انتقال با سند رسمی به عمل آمده باشد.

تاریخ رسیدگی: 72/3/30

شماره رأی: 3/164

مرجع رسیدگی: شعبه سوم دیوان عالی کشور

خلاصه جریان پرونده:



آقای «ج» در تاریخ 70/2/3 دادخواستی به طرفیت بانوان «ج» و «ف» وراث آقای «ی» به خواسته الزام به تنظیم سند به شعبه اول دادگاه حقوقی یک رشت تقدیم توضیح داده است. خوانندگان، وراث متوفای فوق الذکر میباشند که در زمان حیات و در تاریخ 67/70/30 به موجب قولنامه تنظیمی شش دانگ یک باب آپارتمان پلاک 90/942 طبقه سوم واقع در خیابان فلسطین بخش 4 رشت را به مبلغ 8200000 ریال به اینجانب فروخته و مبلغ 6400000 ریال دریافت و سپس فوت نموده، اینک چون خوانندگان، وراث وی میباشند از حضور در دفترخانه و انتقال رسمی مورد معامله خودداری مینمایند. محکومیت شان را به الزام حضور دفتر اسناد رسمی خواستارم. احد از خوانندگان بانو «ج» مادر متوفی ضمن تأیید انحصار وراثت و انجام معامله و دریافت وجه از ناحیه شوهرش اعلام رضایت خود را برای امضاء سند رسمی اعلام داشته ولی خواسته دیگر بانو «ف» دختر متوفی اظهار نموده پدرش در زمان انجام معامله از تعادل کامل برخوردار نبوده، مرجع رسیدگی پس از کسب نظر آقای مشاور دادگاه چنین ابراز نظر نموده است: نظر به اینکه خواننده ردیف اول به عنوان مادر و وراث اصلی فروشنده صحت معامله را اقرار و اسناد ابرازی دلالت بر وقوع معامله دارد و مورد تکذیب هم واقع نشده فلذا دادگاه معتقد به انجام قطعی بیع فیما بین طرفین میباشد و نظر با لزوم خوانندگان که خانم فروشنده هستند به حضور در دفترخانه رسمی برای تنظیم سند طبق شرایط مندرج در قولنامه دارد و این نظر مورد اعتراض بانو «ف» واقع گردیده و پرونده به دیوان عالی کشور ارسال و به این شعبه ارجاع و در تاریخ 71/4/27 نظر دادگاه مشروط به اینکه بانک مرتهن با انجام معامله با فک رهن موافقت نماید تنفیذ نموده پس از اعاده پرونده دادگاه حقوقی یک رشت خلاصه چنین رأی صادر نموده است: خوانندگان محکوم میگردند که با فک رهن آپارتمان مورد معامله از بانک مرتهن در قبال دریافت الباقی ثمن نسبت به انتقال رسمی با امضاء اسناد مربوط اقدام نمایند. این رأی که در پرونده کلاسه 26/1/70 تحت شماره 71/5/18-220 ثبت گردیده، مورد تجدیدنظر خواهی واقع و به علت انتقال قاضی صادرکننده حکم، دادرسی دادگاه دستور ارسال پرونده را به دیوان عالی کشور صادر نموده که دادخواست تجدیدنظر خواهی و ضمائم، هنگام مشاوره قرائت خواهد شد.

هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید. پس از قرائت گزارش آقای ... عضو ممیز و اوراق پرونده مشاوره نموده؛ چنین رأی میدهند:

### رأی

اعتراض وکیل تجدیدنظر خواه نسبت به دادنامه شماره 71/5/18-220 صادره از شعبه اول دادگاه حقوقی یک رشت وارد است زیرا طبق محتویات پرونده و سند مالکیت آپارتمان مورد نظر در قبال مبلغ چهار میلیون ریال وام دریافتی مرحوم «ی» در رهن بانک ملی رشت شعبه بازار است و چون با لحاظ مواد 771 و 777 و 779 و 793 ق.م. مرتهن نسبت به عین مرهونه، حق عینی و حق تقدم دارد و میتواند از محل فروش عین مرهونه طلب خود را استیفاء کند و رهن نمیتواند در مرهونه تصرفی نماید که منافی حق مرتهن است و وجاهت قانونی ندارد و مضافاً وکیل تجدیدنظر خواه اعلام داشت، آپارتمان مورد نظر در قبال طلب لازم الاجرای بانو «ف» به موجب پرونده اجرایی شماره 65-2385 اجرای ثبت تهران بازداشت شده است و به موجب ماده 96 آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا، نقل و انتقال طرف صاحب مال نسبت به مال بازداشت شده ممنوع است و ترتیب اثر به انتقال بعد از بازداشت مادام که بازداشت باقی است داده نمیشود. هرچند انتقال با سند رسمی به عمل آمده باشد مگر در صورت اجازه کسی که مال برای حفظ حق او بازداشت شده است بنا به مراتب ضروری داشته دادگاه در باب حصول فک رهن یا اذن مرتهن و من له الاجرا رسیدگی نماید و دعوی به کیفیت حاضر مسموع نخواهد بود و لذا دادنامه تجدیدنظر خواسته که خلاف موازین قانونی فوق الذکر صدور یافته به استناد بند ب ماده 6 قانون تعیین مورد تجدیدنظر احکام دادگاه و نحوه رسیدگی آنها نقض میشود و رسیدگی به شعبه دیگر دادگاه حقوقی یک رشت ارجاع میشود.



برابر سند رهنی شماره...دفترخانه 261 ملک در رهن بانک ملی ایران قرار گرفته است و چون طبق مواد 777 و 780 ق.م. مرتبه نسبت به عین مرهونه حق عینی و حق رجحان و تقدم دارد و با لحاظ ماده 793 ق.م. الزام مالک به تنظیم سند رسمی انتقال قبل از فک رهن و یا حصول اذن مرتبه موقعیت قانونی ندارد.

تاریخ رسیدگی: 71/12/8

شماره دادنامه: 3/803

مرجع رسیدگی: شعبه سوم دیوان عالی کشور

خلاصه جریان پرونده:

بدوا آقای «ص» به وکالت از آقای «گ» در تاریخ 69/2/3 دادخواستی به طرفیت بانو «الف» به شعبه 39 دادگاه حقوقی یک تهران دایر به الزام تنظیم سند رسمی طبقه دوم آپارتمان پلاک 26459 از فرعی 6933 مقوم به مبلغ دو میلیون و ده هزار ریال تقدیم و توضیح داده است. آپارتمان مذکور را بانو «آ» به بانو «ج» در تاریخ 64/8/14 حسب فتوکپی مصدق قولنامه منضمه فروخته و تحویل داده (در تاریخ 64/8/27 متعاقبا بانو «ج» پس از تصرف ملک در تاریخ 67/3/19 همان آپارتمان را با کلیه حقوق متصوره به موکل اینجانب انتقال و کلیه ثمن را دریافت و ملک را به تصرف موکل آقای «ک» داده است. اینک حدود 4 سال استدر ملک ساکن میباشم و چون خوانده از انتقال رسمی خودداری میکند به قائم مقامی خانم «ج» الزام خوانده را به شرح فوق با احتساب خسارات خواستارم. این پرونده تحت کلاسه 39/69-17 در شعبه 39 ثبت و پس از اخطار رفع نقص دستور تعیین وقت صادر گردیده. در قبال دعوای مذکور بانو «الف» در تاریخ 69/3/24 به عنوان دعوای تقابل دادخواستی به طرفیت بانو «ج» و آقای «ک» به شعبه 39 دادگاه حقوقی یک تهران تقدیم و تقاضای فسخ و ابطال قولنامه مورخه 64/8/14 و رد دعوای «ک» را نموده و اعلام داشته است آپارتمان را به خانم «ج» قولنامه نموده ام با قید شرط انصراف، بدین معنی که هر کدام از معامله منصرف شد، علاوه بر استرداد مبیع، مبلغ یکصد هزار تومان خسارت بپردازد و من بارها انصرافم را اعلام نموده ام چون متوجه نشده با اعلام آمادگی برای پرداخت مبلغ ضمانت اجرای حکم به ری دعوای ابطال قولنامه عادی با احتساب خسارات مورد تقاضا است.

دادگاه به بانو «الف» از نظر تعیین آدرس خانم «ج» و اینکه چنانچه دعوی علیه مشارالیها جلب ثالث است تمبر لازم ابطال نماید اخطار رفع نقص نموده و چون خانم «الف» هزینه کامل برای دعوت بانو «ج» را از طریق آگهی نپرداخته، دفتر دادگاه قرار رد دادخواست تقابل را صادر نموده معذک بانو «ج» از طریق اخطاریه دعوت شده است. آقای «ص» وکیل آقای «ک» در پاسخ به دعوای تقابل اعلام داشته:

موکل آپارتمان را از بانو «ج» در 67/3/19 ابتیاع و بانو «ج» هم در 64/8/14 از بانو «الف» ملک را به مبلغ 515 هزار تومان بیعنامه خریده و قرار شده 285 هزار تومان دیگر ظرف 15 روز و 100 هزار تومان دیگر در موقع تنظیم سند رسمی پرداخت شود و به شرح ظهر قولنامه، مبلغ 200 هزار تومان از مورد تعهد ظرف 13 روز یعنی در تاریخ 64/8/27 توسط بانو «ج» به خانم «الف» پرداخت گردیده و کلید، تحویل خانم «ج» شده است و بنابراین، بیع تحقق یافته و مبیع تحویل و برخلاف مفاد دادخواست تقابل، فروشنده حاضر به تنظیم سند نبوده ولی به علت تفکیک به تأخیر افتاده، ادعای مراجعه برای فسخ و دعوای تقابل فاقد دلیل است و تمسک به آمادگی برای پرداخت 100 هزار تومان به عنوان خسارت و ضمانت اجرا مقبول نیست و این جمله را معمولاً بنگاهها مینویسند و این عبارت فی الواقع برای استحکام است نه برای برهم زدن عقد و چون از حق فسخ در 15 روز استفاده نشده، با تحویل آپارتمان حق فسخ ساقط است و تقلیل ارزش پول موجب چنین ادعایی شده که پس از گذشت 5 سال با این موکل حتی یک اتاق هم نمیتواند بخرد لذا



ISC  
دارنده مجور  
۹۵۱۷۰-۱۲۸۰۲



رد دعوی متقابل، تقاضای محکومیت خانم «ج» را به احتساب خسارات نموده و ضمن تعیین آدرس خانم «ج» دو فقره فتوکی نامه های مشارالیه در زمینه آمادگی امضاء سند با آقای «ک» و غیر موجه بودن ادعای خانم «الف» را ضمیمه نموده است. خانم «الف» در پاسخ، اعلام داشته به شرح مفاد قرارداد حق فسخ با جبران خسارت و استرداد مبیع قید گردیده است و چون بیع به صورت منجز تحقق نیافته، با توجه به ماده 190 ق.م و متزلزل بودن قرارداد به اعتبار شرایط ضروری معامله فسخ قرارداد مورخه 64/8/14 را خواستار گردیده، بانو «ج» نیز طی لایحه ارسالی ثبت شده به شماره 71/4/6-1077 من میخواستیم به ترکیه بروم، آقای «ک» که شوهر سابق دخترم بوده است نامه ای آورد که از متن آن خبردار نشدم ولی گفت من مستأجر آپارتمان شما هستم و با این حقه بازی، من قرارداد را با وی امضاء کردم و در صورتی که طبق محاسبات ایشان به من بدهکار است و چون قادر به حضور در محاکمه نیستم، وقت، تجدید شود. شعبه 5 دادگاه حقوقی یک تهران نهایتاً در تاریخ 71/4/6 با حضور آقای «ص» و موکلش و خانم «الف» تشکیل میگردد و پس از انعکاس مطالب طرفین خلاصتا پس از کسب نظر آقای مشاور و اعلام ختم رسیدگی چنین اظهار نظر نموده است: ادعای فسخ بانو «الف» موجه نیست زیرا اختیار انصراف به مدت 15 روز در قرارداد 64/8/14 پیش بینی شده و بانوی فروشنده، علاوه بر اینکه در مدت، اعلام فسخ ننموده، بلکه با دریافت دو میلیون دیگر به شرح ظهر قرارداد، کلید آپارتمان را به خانم «ج» داده و مبیع را به تصرف داده است؛ لذا عدول فروشنده از خيار فسخ در مهلت معین و در نتیجه امضاء معامله پدیدار گشته است فلذا با رد مدافعات و ملحوظ داشتن نامه های ثبت اسناد و شرکت تلفن، نظر به الزام بانو «الف» به تفکیک آپارتمان طبقه دوم موصوف و حضور در دفترخانه و انتقال قطعی آپارتمان و تلفن به نام آقای «ک» دارد. این نظر مورد اعتراض خانم «ج» واقع شده که لایحه ی مربوطه به هنگام مشاوره قرائت خواهد شد.

هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید پس از قرائت گزارش آقای... عضو ممیز و اوراق پرونده مشاوره نموده چنین اظهار نظر نموده:

#### نظریه

نظریه مورخ 71/5/6 شعبه پنجم دادگاه حقوقی یک تهران در پرونده های 448/70 و 449/70 و 25/71 با اشکالات عدیده مواجه است و موقعیت تأیید ندارد؛ زیرا اولاً، در پرونده شماره 449/70 موضوع دعوی خانم «الف» به عنوان دعوی تقابل به خواسته صدور حکم بر فسخ و ابطال قولنامه عادی مورخ 64/8/14 مدیر دفتر دادگاه به استناد ماده 85 ق.آ.د.م قرار رد دادخواست خواهان را صادر کرده با وصف اینکه آگهی ابلاغ وقت دادرسی و دادخواست و ضمائم در دو مرحله هر بار سه نوبت در روزنامه رسمی منتشر شده و آگهی مربوط به روزنامه کثیرالانتشار هم ضمیمه نامه شماره 70/2/25-92/39/69 دفتر شعبه 39 دادگاه حقوقی یک تهران جهت درج فرستاده شده و سه نوبت در روزنامه کاروکارگر منتشر

گردیده و با این وصف اگر آگهی دیگری لازم باشد، وفق قسمت اخیر ماده 100 فقط یک نوبت خواهد بود و مدت آن 10 روز است. آقای رئیس دادگاه باز هم در تاریخ 70/8/28 دستور داده هزینه آگهی ماده 100، سه نوبتی از ذینفع مطالبه شود و بر مبنای همین دستور ناصحیح دفتر دادگاه به بانو «الف» به منظور پرداخت هزینه آگهی ماده 100 اخطار کرده مشارالیه در تاریخ 70/11/2 به موجب دو فقره قبض سپرده هزینه مربوط را تودیع نموده لکن دفتر دادگاه تحت شماره 70/12/18-920 قرار رد دادخواست مشارالیه را صادر نموده است و ضرورت داشته رونوشت قرار رد دادخواست به بانو «الف» ابلاغ گردد تا اگر اعتراض داشت، دادگاه به اعتراض رسیدگی کند یا قرار رد تأیید میگردید که در این صورت پرونده مقطوعاً از دور رسیدگی خارج میشد و یا قرار رد دفتر فسخ میگردید که براین تقدیر پرونده مزبور هم میبایستی با سایر پرونده ها توأم مورد رسیدگی قرار میگرفت. نهایتاً پرونده امر حکایتی از ابلاغ رونوشت قرار رد دادخواست به بانو «الف» ندارد. ثانیاً در پرونده شماره 25/71 که آقای «ص» به وکالت ار «ک» به طرفیت خانم «ج» اقامه دعوی کرده، وکیل مرقوم، وکالتنامه تقدیم نموده و تمبر مالیات وکالت مربوط به دعوی مزبور را الصاق و ابطال نکرده است که مقتضای کار با توجه به تبصره 1 ذیل ماده 103 قانون مالیاتهای مستقیم مصوب اسفند ماه 66 با رعایت مفاد ماده 85 ق.آ.د.م عدم قبول وکالت وکیل است. ثالثاً، طبق مندرجات نامه شماره





69/11/15-208455 ثبت ناحیه شمال شرق تهران که در پاسخ استعلام دادگاه صادر گردیده و تحت شماره 69/12/6-3021 دفتر دادگاه ثبت شده قطعه دوم تفکیکی از پلاک اخیرالذکر در نامه به مساحت 79/5 متر مربع برابر با سند 11509-18/11/51 دفترخانه 261 تهران به خانم «الف» منتقل شده و برابر سند رهنی شماره 9961-11/6/51 دفترخانه 261 در رهن بانک ملی ایران قرار گرفته است و چون طبق مواد 777 و 780 ق.م. مرتهن نسبت به عین مرهونه حق عینی و حق رجحان و تقدم دارد و میتواند از محل فروش مرهونه طلب خود را استیفاء کند و با لحاظ ماده 793 ق.م الزام مالک به تنظیم سند رسمی انتقال قبل از فک رهن و یا حصول اذن مرتهن موقعیت قانونی ندارد و دادگاه در این مورد رسیدگی نکرده است خاصه اینکه خانم «الف» به شرح صورت جلسه 71/4/6 دادگاه اظهار داشته دو دستگاه آپارتمان با زیر زمین ساخته و پایان کار نتوانسته بگیرد که با این ترتیب مادام که ملک تفکیک نشود و پایان کار اخذ نگردد، تنظیم سند رسمی انتقال اساسا مقدور نیست و اظهار نظر دادگاه با الزام بانوی مشارالیها به تفکیک ملک از آنجا که الزام به تفکیک جزء خواسته دعوی و تعهدات بانو «الف» نبوده صحیح نیست و با مقررات ماده 2 ق.آ.د.م هم مطابقت ندارد. رابعا در سند عادی بدون تاریخ تنظیمی فیما بین خانم «ج» و آقای «ک» سایر شروط همان است مه در قرارداد فروش مورخ 64/8/14 بین مالک و فروشنده این مبیعه نامه برقرار شد که خریدار همه شروط را تقبل کرده و به شرح مندرجات سند عادی مورخ 64/8/14 تصریح گردیده از تاریخ تنظیم این قرار هر کدام از طرفین معامله به هر نحو انصراف نمایند. علاوه بر استرداد مبلغ تسلیم شده بایستی مبلغ یکصد هزار تومان به عنوان خسارت و ضرروزیان بدون هیچ گونه بهانه به طرف دیگر قرارداد پرداخت نماید که برای اعمال این شرط طرفین مدت معینی برقرار نکرده اند و علیرغم استدلال دادگاه مدت 15 روز مندرج در قسمت اخیر سند مزبور ارتباطی به شرط انصراف ندارد. در ذیل سند آمده «توضیح اینکه خریدار خانم «ج» تقبل کرده است که کارهای اداری سند از قبیل تفکیک سند و پایان کار را انجام دهد از مبلغ دویست و هشتاد و پنج هزار تومان پرداختی مبلغ هشتاد و پنج هزار تومان نزد خریدار مانده که خریدار کارهای اداری را انجام دهد و هنگام تنظیم سند حساب شود مبلغ دویست هزار تومان را ظرف پانزده روز به فروشنده پرداخت منزل را تحویل بگیرد» بنا به مراتب با احراز عدم ارتباط مدت 15 روز با شرط انصراف مصرح در سند که به مثابه خیار شرط است از آنجا که برای خیار شرط مدت معین نشده هم شرط خیار و هم مبیع باطل است و با وصف جهل چنین شرطی در قرارداد 64/8/14 و تائید آن در قرارداد ثانوی که در این قرارداد هم مقید به مهلت نیست الزام خواننده به تنظیم سند رسمی انتقال و جاهد قانونی ندارد و بنا به مراتب نظریه دادگاه تائید نمیشود و پرونده در اجرای ماده 15 قانون تشکیل دادگاههای حقوقی یک و دو شعبه پنجم دادگاه حقوقی یک تهران اعاده میگردد.

نتیجه:

آنچه از این مطلب به دست می آید این است که شرط وکالت مرتهن در فروش مال مرهون در صورت رسیدن اجل و پرداخت نکردن دین، صحیح است اما اینکه چنین شرطی در صورت فوت مرتهن به ورثه برسد، اشکال دارد؛ یعنی این شرط دیگر وکالت نیست، زیرا وکالت که استنابه است با فوت مرتهن از بین میرود؛ پس اگر چنین شرطی را حتی با فوت مرتهن باقی بدانیم، نوعی ایجاد حق و در واقع وصایت است.



### فهرست منابع

منابع فارسی:

کتب:

1. امامی، حسن، 1384، شرح قانون مدنی، ج 1 و 2، چاپ هجدهم، قم، انتشارات اسلامیة
2. بازگیر، یدالله، 1379، رهن، هبه، اخذ به شفعه واحکام راجع به آنها به همراه دیوان عالی کشور، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی
3. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، 1370، حقوق مدنی ورهن و صلح، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش
4. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، 1389، چاپ ششم، ج 4، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار

پایان نامه ها:

1. عباسی فرد، محمدرضا، ترجمه و تحقیق پیرامون آراء مذاهب پنج گانه در کتاب رهن از خلاف شیخ طوسی، استاد راهنما: حجة الاسلام حسین گوگانی، خرداد 1369
2. آقاجانی، محمدرضا، ترجمه و تحقیق بخش رهن از کتاب قواعد الاحکام علامه حلی، استاد راهنما: حجة الاسلام حسین گوگانی، دی 1372

مجلات:

1. جوان، پرویز، رهن، کانون سردفتران، شماره 168، آذر 1352، صص 65-60

منابع عربی:

1. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، المغنی، 1375، ج 4، بیروت، دار الحدیث
2. اشرفی، ملامحمد، 1385، تهران، انتشارات دانشگاه تهران
3. الکاسانی، مسعود، بدایع الصنایع، 1375، ج 3، قم، دارالحیا التراث العربی
4. النووی، ابوزکریا حیی بن شرف، 1375، قم، دارالفکر



5. انصاری، مرتضی بن محمدامین، 1380، صیغ العقود و ایقانات، چاپ اول، قم، مجمع اندیشه اسلامی
6. حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقها، 1372، قم، موسسه آل بیت
7. حلی، حسن بن یوسف، قواعد، 1413، ج 2، قم، موسسه النشر الاسلامی
8. زهروی عمرای، محمد، السراج الوهاج، 1379، ج 3، سنندج، انتشارات کردستان
9. شربینی، محمد، مغنی محتاج، 1369، ج 3، قم، دارالذخائر
10. شهید اول، لمعه دمشقیه، 1390، ترجمه: غرویان، محسن و شیروانی، علی، چاپ چهل و دوم، قم، دارالفکر
11. شهید ثانی، شرح لمعه، 1410، ج 4، انتشارات داوری
12. طباطبائی حائری، علی بن محمد، 1380، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، موسسه آل بیت
13. طوسی، محمد بن حسن، 1364، استبصار، ج 3، قم، دارالکتاب اسلامیة
15. طوسی، محمد بن حسن، 1364، تهذیب، ج 7، قم، دارالکتاب اسلامیة
16. زاده مازندرانی، عبدالله، 1370، رهن
17. محقق حلی، 1377، شرائع الاسلام، قم، نشر خورشید
18. محقق کرکی، 1360، جامع المقاصد، قم، موسسه آل بیت
19. نجفی، محمد حسن، 1391، جواهر الکلام، قم، دفتر انتشارات اسلامی
20. نراقی، مولی محمد بن محمد مهدی، 1385، الحاشیه علی روضه البهیة، قم، نشر اسلامی
21. یزدی، محمد کاظم، 1392، عروه الوثقی، ج 2 و 4، ترجمه: قمی، عباس، قم، انتشارات دریای معرفت