

## آثار و وجوه تمایز معامله مال رهنی و مال توقیف شده در حقوق ایران

امین جمشید قشقایی

ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اصفهان  
amin.ghash@gmail.com

### چکیده

به سبب تفاوت ماهوی میان رهن و حدود تصرفات مالک (راهن) در مال مرهونه و نیز وضعیت حقوق مرتهن نسبت به این مال با تصرفاتی که مالک یا متصرف و یا اشخاص ثالث در مال توقیف شده دارند، در نوشتار حاضر، آثار و وجوه تمایز معامله مال رهنی و مال توقیف شده (بازداشت شده)، مورد بررسی قرار گرفته است. در واقع، این دو اقدام، ماهیتاً با یکدیگر متفاوت بوده و حکماً نیز تمایزات مهمی با یکدیگر دارند.

کلیدواژه‌ها: عقد رهن، توقیف مال، معامله مال رهنی، معامله مال توقیف شده، حقوق ایران

## مقدمه

دو مقوله مهم که باید مورد بررسی قرار گیرند و تفاوت های ماهوی و در عین حال، آثار عملی این دو مفهوم، مطالعه شوند، معامله مال رهنی و معامله مال توقیف شده است. در نوشتار حاضر، کوشش شده است ضمن بررسی مفهوم این دو تأسیس حقوقی، تفاوت های ماهوی و نیز آثار حقوقی این دو تأسیس، مورد بررسی قرار گیرد. به این منظور، در قسمت اول نوشتار حاضر، معامله مال رهنی و در قسمت دوم آن، معامله مال توقیف شده، مطالعه شده است.

## معامله مال رهنی

## حدود تصرفات مالک در مال مرهونه

به منظور تحلیل بیشتر موضوع، ابتدا رویکرد فقه امامیه نسبت به تصرفات رهن در عین مرهونه و سپس رویکرد حقوق ایران نسبت به این تصرفات را بررسی خواهیم کرد.

## ۱-۱-۱ تصرفات رهن در عین مرهونه در فقه امامیه

بیشتر فقهای امامیه اعتقاد دارند که رهن و مرتهن، حق تصرف در عین مرهونه را ندارند. استدلال این گروه، این است که در عقد رهن، مال وثیقه طلب رهن می شود و وثیقه، زمانی کامل است که رهن نتواند در رهنه تصرفی کند و همین امر، محرک او به پرداخت دین می شود. در این گروه، عده ای از فقها، تصرفاتی که به سود مرتهن و حفظ رهن و بالا بردن ارزش آن است مانند آب دادن به درختان و به چرا بردن گوسفندان را از این قاعده استثناء کرده اند.<sup>۱</sup>

امام خمینی (ره) در تحریرالوسیله می فرماید: "تصرف در رهن برای رهن جایز نیست مگر این که به اذن مرتهن باشد؛ چه تصرف، نقل دهنده عین باشد مانند بیع یا نقل دهنده منفعت آن باشد مانند اجاره یا فقط انتفاع از آن باشد، اگر چه ضرری به آن نرساند مانند سوار شدن و سکونت و مثل این ها ولی اگر تصرفی به نفع رهن باشد، در صورتی که با مانند آن تصرف، مال از اختیار مرتهن بیرون نرود، بعید نیست که جایز باشد مانند آب دادن درختان و علف دادن به چهارپا و مداوا نمودن آن و مانند اینها"<sup>۲</sup>

در مقابل، عده ای از فقها، تصرفاتی که باعث انتقال مالکیت از رهن می باشند را غیرمجاز دانسته اند ولی در مورد سایر تصرفات، معیار اباحه جاری نموده و منع رهن را "ضرر" مرتهن قرارداده اند. به عقیده این گروه، چون رهن، مالک مال مرهونه است، به موجب قاعده تسلیط، حق همه گونه تصرف در ملک خود را دارد مگر این که به زیان مرتهن باشد. به عنوان مثال، تصرفاتی که به زیان مرتهن باشد یا از بهای رهنه بکاهد و رغبت خریداران را کم کند و یا آن را در معرض تلف قرار دهد، ممنوع است. منع از تصرف رهن و مرتهن در عین مرهونه، به عقیده مقدس اردبیلی در "شرح ارشاد علامه" باعث معطل ماندن ملک و ایجاد ضرر برای رهن و منافع عمومی می شود و باید از آن پرهیز کرد.<sup>۳</sup>

به عقیده این گروه، در صورت اجتماع دو شرط، رهن می تواند در رهنه تصرف کند؛ اولاً تصرف به نفع رهن (مال رهنه) باشد؛ ثانیاً تصرف مزبور، موجب خروج مال رهنه از ید مرتهن نشود مانند آب دادن درختان و مانند آن. علت جواز این گونه تصرفات، آن است که تصرفات مورد بحث، با حق مرتهن، منافات ندارد. بعلاوه این تصرفات، موجب باقی ماندن عین مرهونه به شکل سالم می شود. البته امام خمینی (ره)، بین بیع و اجاره، تفصیل قائل شده اند. به عقیده ایشان، اجازه لاحق یا اذن سابق در بیع، موجب بطلان رهن می شود چرا که در این مصداق، موضوع رهن از بین می رود و فرض، تحقق با اذن یا اجازه است اما در عقد اجاره، اذن سابق یا اجازه لاحق، موجب صحت اجاره شده و به علاوه موجب بطلان نمی شود.<sup>۴</sup>

لازم به ذکر است که عوضین در عقد بیع، باید شرایطی داشته باشند؛ یکی از این شرایط، این است که عوضین باید "ملک مطلق" طرفین باشند و طرفین نیز باید سلطنت تام و مطلق بر این عین داشته باشند. یکی از عواملی که موجب می شود مال،

<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود رهنی، جلد اول، انتشارات بهنشر، چاپ ششم، ۱۳۸۴، صص ۵۲۷، ۵۲۸

<sup>۲</sup> اسلامی، علی، ترجمه تحریرالوسیله امام خمینی (ره)، جلد سوم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۲، ص ۱۳.

<sup>۳</sup> کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات بهنشر، چاپ سی و هشتم، ۱۳۹۳، مصص ۵۷۸ و ۵۷۹.

<sup>۴</sup> لنگرانی، فاضل، تفصیل الشریعه فی شرح تحریرالوسیله، جلد اول، مرکز فقهی ائمه اطهار(ع)، چاپ اول، ۱۴۲۵ ه.ق.، ص ۲۵۷.

از ملک طلق بودن خارج شود، "رهن" است و اگر کسی، مالی را نزد دیگری گرو گذاشت و از او مبلغی را به عنوان وام دریافت کرد، در این جا مادامی که آن مال در رهن دیگری باشد، رهن و گرو گذارنده که مالک اصلی است و همچنین مرتهن، حق تصرف ندارند.

البته عمده بحث در مورد رهن است که مالک عین است ولی ملک طلق او نیست لذا حق ندارد مستقلاً در آن تصرفی نماید. <sup>۵</sup> دلیل این مطلب، عبارت است از:

- ۱- اجماع فرقه امامیه که شیخ طوسی (ره) در کتاب "خلاف"، بر عدم استقلال رهن، چنین اجماعی را ادعا نموده اند.
- ۲- اخبار و روایاتی که شیخ طوسی در کتاب "خلاف" به آن ها اشاره کرده اند.
- ۳- علامه در کتاب "مختلف" به طور مرسل و غیر مسند از رسول خدا (ص) نقل کرده که حضرت فرموده اند: "الرهان و المرتهن ممنوعان من التصرف" که به صراحت بر منع از تصرف هر یک از رهن و مرتهن در عین مرهونه دلالت می کند. <sup>۶</sup> البته ممکن است کسی خیال کند که رهن، مالک است و مجرد مالکیت، کافی است برای این که در مال خود، تصرفی نماید. به منظور رفع این توهم، محقق تستری می فرماید مقتضای دقت در ادله و اخبار گوناگون، آن است که دو چیز، مجوز و مصحح بیع است:

- ۱- ملکیت ۲- سلطنت تامه یعنی "ملک اصل" و "ملک تصرف". منظور از ملک تصرف، سلطنت مطلقه داشتن است و در مورد رهن، مجوز اول یعنی ملکیت وجود دارد ولی مصحح دوم یعنی "سلطنت تامه" موجود نیست. <sup>۷</sup>
- دلیل ممنوعیت تصرف رهن در رهن، این است که عقد رهن، از ناحیه رهن، لازم است و تصرف رهن در رهنه با لازم بودن عقد از جانب او منافات دارد؛ خواه تصرف مزبور، ناقل عین باشد (مثل عقد بیع) یا ناقل منفعت باشد (همچون اجاره) و یا صرف انتفاع از رهنه باشد (مانند عاریه) <sup>۸</sup>

برخی از فقهای شیعه از جمله "مقدس اردبیلی"، به نقل از "ملا احمد نراقی"، بیع مرهونه را توسط رهن به طور مطلق، جایز دانسته اند. نظر این فقیه، از این جهت که با توجه به عینی بودن حق مرتهن، مبادرت به اصدار این حکم کرده است، جالب توجه به نظر می رسد. به نظر بعضی حقوقدانان، چون حق عینی مرتهن همراه ملک است، نیازی به حفظ حقوق مرتهن نمی باشد. بر همین مبناء، عقد بیع را صحیح می دانند و آن را مخالف حقوق مرتهن محسوب نمی کنند. <sup>۹</sup>

#### ۱-۲ تصرفات رهن در عین مرهونه در حقوق مدنی ایران

طبق ماده ۷۷۱ قانون مدنی: "رهن، عقدی است که به موجب آن، مدیون، مالی را برای وثیقه به دائن می دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن گویند." عقد رهن، از اختیار مالک در تصرف در مورد رهن می کاهد ولی حق مالکیت رهن را زائل نمی کند. رهن، همچنان مالک عین مرهونه است و به تبع این حق، منافع مورد رهن، به او تعلق دارد. مرتهن، حق استعمال یا انتفاع از این مال را پیدا نمی کند و می توان حق مرتهن را به "حق نگاهداری" و "حق استیفاء طلب" تعبیر کرد که "حق نگاهداری"، مقدمه "حق استیفاء طلب" است. بنابراین، هیچ شاخه ای از حق مالکیت عین مرهون به مرتهن منتقل نمی شود اما به منظور حمایت از حق عینی مرتهن، کاستن از دامنه ی اختیارات مالک، لازم به نظر می رسد. <sup>۱۰</sup>

۵ محمدی خراسانی، علی، عقد رهن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹، ص ۱۸۴.

۶ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن و صلح)، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۹۳، ص ۱۸۵.

۷ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود اذنی - وثیقه های دین)، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵، ص ۱۹۱.

۸ کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴، ص ۲۵۶.

۹ صادقی گلدار، احمد، معاملات رهنی در قانون مدنی و قانون ثبت، فصلنامه حق، دفتر هشتم، نشر دانشکده علوم قضایی، ۱۳۶۵، ص ۱۷۸.

۱۰ امینی، منصور و حسین اعظمی چهاربرج، وضعیت حقوقی معاملات معارض با قرارداد تعهد به فروش عین معین، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۷، بهار و تابستان ۱۳۸۷، صص ۵۷۶ و ۵۷۷.

در قانون مدنی، در خصوص تصرفات رهن در عین مرهونه، مادتین ۷۹۳ و ۷۹۴ به چشم می‌خورند. طبق ماده ۷۹۳ قانون مدنی: " رهن نمی‌تواند در رهن، تصرفی کند که مُنافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن " و بر اساس ماده ۷۹۴ قانون مدنی: " رهن می‌تواند در رهن تغییراتی بدهد یا تصرفات دیگری که برای رهن، نافع باشد و مُنافی حقوق مرتهن نباشد، به عمل آورد، بدون اینکه مرتهن بتواند او را منع کند. در صورت منع، اجازه با حاکم است. "

به عقیده برخی حقوقدانان، تصرفات حقوقی یا مادی که به زیان مرتهن باشد، ممنوع است. به عنوان مثال، رهن نمی‌تواند تصرفاتی بنماید که موجب تلف موضوع رهن شود و یا منقصتی در آن پیدا شود که به فروش نرود یا رغبت خریداران به آن کم شود زیرا این گونه تصرفات، منافات با مقصودی دارد که عقد رهن برای به دست آوردن آن منعقد شده است. آن دسته از تصرفات رهن که موجب تلف و کمی رغبت خریداران نمی‌شود، از طرف رهن، مانعی ندارد و حتی به اجازه مرتهن، نیازی ندارد. ۱۱

با دقت در مادتین ۷۹۳ و ۷۹۴ باید گفت، چنانکه از ظاهر مواد بر می‌آید، این دو ماده از جهتی در مورد حکم تصرفات رهن در عین مرهونه، تفاوت دارند. در ماده ۷۹۳، ملاک جواز تصرف، عدم منافات تصرف مزبور با حق مرتهن است اما در ماده ۷۹۴، ملاک برای جواز تصرف، اولاً نافع بودن تصرف و ثانیاً منافات نداشتن تصرف با حقوق مرتهن است. بنابراین باید بررسی نمائیم که طبق قانون مدنی، کدام تصرفات رهن، بلااشکال است؟ آیا ماده ۷۹۳ باید ملاک عمل ما باشد یا ماده ۷۹۴ و در صورت امکان جمع دو ماده، وضعیت چگونه خواهد بود؟  
برای جمع کردن دو ماده ۷۹۳ و ۷۹۴، دو راه حل پیش رو داریم:

۱- از لحن ماده ۷۹۴ که عبارت " تغییرات " و " تصرفات " را به کار برده، متوجه می‌شویم که مقصود، تصرفات مادی است و این گونه می‌توان دو ماده ۷۹۳ و ۷۹۴ را به عنوان عام و خاص، جمع کرد یعنی بگوئیم برای جواز تصرفات مادی توسط رهن، وجود دو خصیصه لازم است:

اولاً باید تصرف مزبور، مُنافی حق مرتهن نباشد، ثانیاً باید مناسب به حال رهینه باشد اما در جواز تصرفات حقوقی، صرف منافات با حق مرتهن، کافی است.

۲- می‌توان گفت که ماده ۷۹۳، مفهوم مخالف ندارد یعنی قانونگذار خواسته است تصرفات مُنافی حق مرتهن را منع کند، بدون این که مقصودش، اباحه سایر تصرفات رهن باشد یعنی در کنار ماده ۷۹۳، ماده ۷۹۴ اجمالاً را از بین می‌برد و شرط دیگری که همانا " نافع بودن به حال رهن " است را می‌افزاید؛ لذا مناط جواز تصرفات رهن، مُنافی نبودن با حق مرتهن و نافع بودن به حال رهن است.

راه حل اول، با ظاهر مواد و راه حل دوم، با نظر مشهور در فقه امامیه، منطبق است. ۱۲  
آقای دکتر کاتوزیان، راه حل نخست را پذیرفته اند و اعتقاد دارند که با ساختمان رهن و مصالح اجتماعی، سازگارتر بوده و با احکام شرع نیز تعارض ندارد ۱۳ در بررسی پاره ای از مهم ترین انواع تصرف رهن، مسأله "زراعت و سکونت در مورد رهن" را مطرح نموده و با این استدلال که این تصرفات، زبانی برای مرتهن به بار نمی‌آورند، این قسم تصرفات را مُجاز دانسته اند در حالیکه زراعت و سکونت اگر چه ضرری برای مرتهن ندارند اما نفعی هم عاید رهینه نمی‌کنند در حالیکه طبق نظر اول، برای جواز تصرفات مادی رهن، ۲ شرط لازم بود: ضرر نداشتن برای مرتهن و نافع بودن برای رهن.  
لذا به نظر می‌رسد ایشان نیز با سایر حقوقدانان، هم نظر بوده و عدم تنافی با حق مرتهن را برای جواز تصرفات رهن، ملاک می‌دانند.

۱۱ امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامی، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۲، ص ۳۶۸.

۱۲ عسگری، حکمت الله، معاملات با حق استرداد در گذر زمان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱، ص ۵۸۱.

۱۳ جعفری، جلال، تصرفات رهن منافی با حقوق مرتهن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ۱۳۸۴، ص ۱۸۳.

**۱-۲ ارزیابی تزلزل یا استقرار مالکیت رهن نسبت به عین مرهونه**

در این گفتار، درصدد آن هستیم که تشخیص دهیم، در اثر انعقاد عقد رهن، مالکیت رهن، استقرار خود را حفظ می کند و یا از حالت مستقر به حالت متزلزل تبدیل می شود. در واقع می خواهیم بدانیم که آیا عقد رهن، از عوامل ایجاد مالکیت متزلزل است یا خیر؟

پیشتر گفتیم که در صورت اجتماع حق مالکیت با یک یا چند حق عینی در عین واحد و در زمان واحد، دامنه تصرفات مالک، تا جایی که با حقوق سایر دارندگان حق، منافات نداشته باشد، محدود می گردد و بعلاوه در این قسم از مالکیت ها، احتمال ناپایداری مالکیت، مفروض است.

حال می خواهیم بررسی نمائیم که آیا این خصیصه ها در مالکیت رهن نسبت به رهنه دیده می شود و تزلزل مالکیت رهن، قابل اثبات است یا خیر؟

به نظر می رسد با انعقاد عقد رهن، مرتهن نسبت به رهنه، حق عینی بیابد و با اجتماع حق مالکیت با یک حق عینی تبعی در مال و در زمان واحد، مواجه باشیم. وانگهی ممکن است به علت عدم پرداخت دین در موعد مقرر توسط رهن، رهنه از ملکیت رهن، خارج شود. پس در بند اول، تزلزل مالکیت رهن را به استناد اجتماع حق مالکیت وی با حق مرتهن توجیه می نمائیم. از آنجا که رهن از انجام برخی تصرفات مادی و حقوقی در مال خود ممنوع است و مالکیت او از خصیصه اطلاق برخوردار نیست لذا در بند دوم، به توجیه تزلزل مالکیت رهن به علت محدودیت در تصرفات مادی و حقوقی می پردازیم.

**۱-۲-۱ توجیه تزلزل مالکیت رهن به علت اجتماع حق مالکیت رهن با حق عینی مرتهن و احتمال ناپایداری مالکیت رهن**

با انعقاد عقد رهن، مرهونه از مالکیت رهن خارج نمی شود لذا وی باید برطبق اصل " تسلط مالکین بر مایملک خود " بتواند هر تصرفی که بخواهد در آن بکند. ۱۴

" مفاد قاعده، این است که هر مالکی، نسبت به مال خود، تسلط کامل دارد و می تواند در آن، هر گونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی بکند و هیچ کس نمی تواند او را بدون مجوز شرعی از تصرفات منع کند. به عبارت دیگر به موجب این قاعده، اصل بر آن است که همه گونه تصرفات برای مالک مجاز است مگر آن که به موجب دلیل شرعی، خلاف آن ثابت گردد " ۱۵

از طرف دیگر، مرتهن نسبت به مال مزبور، حق عینی دارد و " اصل لاضرر " به رهن اجازه نمی دهد که در عین مرهونه، تصرفی بنماید که منافی با حق مرتهن باشد و همین نظر است که در مادتهای ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی منعکس شده است. برخورد و تعارض قاعده تسلیط با قاعده لاضرر، امری طبیعی است؛ زیرا قاعده لاضرر به منظور محدودتر کردن اقتدارات و اختیارات ناشی از قاعده تسلیط، مقرر گردیده است و فقط با آن تعارض پیدا می کند.

آن چه مسلم است اینکه، عقد رهن از اختیار مالک در تصرف در عین مرهونه می کاهد ولی حق مالکیت را از بین نمی برد. در واقع، رهن، همچنان مالک مال مرهونه می باشد و منافع مورد رهن نیز به او تعلق دارد و هیچ شاخه ای از حق مالکیت به مرتهن انتقال نیافته و حق وی را می توان " حق نگاهداری " یا " حق استیفاء طلب " نامید. در واقع، طبق ماده ۸۷۶ قانون مدنی، منافع متصل و منفصل عین مرهونه، به مالک آن تعلق دارد. بنابراین به منظور حمایت از حق عینی مرتهن، کاستن از دامنه اختیارات مالک، لازم به نظر می رسد ولی در حدود اختیارات رهن مباحث زیادی مطرح شده است. بنابراین در عقد رهن هم با اجتماع حق مالکیت رهن با حق عینی مرتهن، نسبت به عین مرهونه در زمان واحد، مواجه هستیم.

به منظور حفظ حق عینی، تا حدودی از دامنه اختیارات و اقتدارات رهن، کاسته می شود که تحت مالکیت اوست، نمی باشد البته این مطلب را در بند دوم، تفصیلاً مطرح می کنیم.

۱۴ عدل، مصطفی، حقوق مدنی، نشر امیرکبیر، چاپ دهم، ۱۳۴۲، ص ۴۹۴.

۱۵ محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی(مالکیت، مسئولیت)، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۶، ص ۲۲۷.

پس تعریفی که از مالکیت متزلزل داشتیم، در مورد مالکیت رهن نسبت به رهنه صادق است. بعلاوه در مالکیت متزلزل با " احتمال ناپایداری مالکیت " مواجه هستیم و هر آن امکان دارد مالک، مالکیت خود را نسبت به مال از دست بدهد. هدف از عقد رهن، این است که مرتهن بتواند در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین، طلب خود را از عین مرهونه استیفاء کند. طبق ماده ۷۷۹ قانون مدنی: " هرگاه مرتهن برای فروش عین مرهونه وکالت نداشته باشد و رهن هم برای فروش آن و اداء دین حاضر نگردد، مرتهن به حاکم رجوع می نماید تا اجبار به بیع یا اداء دین به نحو دیگر بکند. " بنابراین استیفاء طلب از راه فروش عین مرهونه به یکی از سه وسیله امکان دارد:

الف- اقدام به فروش از سوی مرتهن، در صورتی که برای انجام این کار، وکالت داشته باشد:

۱- رجوع به رهن و فروش مال به وسیله او

۲- رجوع به حاکم و اجبار رهن به فروش.

مطالب فوق، برای اثبات ناپایداری مالکیت رهن نسبت به عین مرهونه مطرح شد. به نظر می رسد احتمال ناپایداری در مالکیت رهن نسبت به رهنه دیده می شود و اصلاً هدف از انعقاد عقد رهن، این است که در صورت امتناع مدیون ( رهن ) از پرداخت دین، مرتهن بتواند از محل فروش رهنه، طلب خود را وصول کند و با فروش رهنه به هر کدام از روش های ذکر شده در ماده ۷۷۹ قانون مدنی، مالکیت رهن نسبت به عین مرهونه از بین می رود. پس اثبات کردیم که در عقد رهن، اجتماع حق مالکیت رهن و حق مرتهن نسبت به رهنه، سبب ناپایداری مالکیت رهن می شود. بعلاوه به علت حفظ حق عینی مرتهن، از دامنه تصرفات رهن، کاسته می شود. همچنین به علت حفظ حق عینی مرتهن، از دامنه تصرفات رهن کاسته می شود و بدین ترتیب باید گفت که مالکیت رهن نسبت به رهنه، مطلق نیست. حال به توجیه تزلزل مالکیت رهن نسبت به عین مرهونه، براساس محدودیت های وی برای تصرفات مادی و حقوقی در مال خود ( رهنه ) می پردازیم.

#### ۱-۲-۲ توجیه تزلزل مالکیت رهن، به علت محدودیت در اعمال تصرفات مادی و حقوقی مالکانه

در عقد رهن، طلبکار بر مال معینی از اموال بدهکار، حق عینی می باید یعنی به هنگام وصول طلب بر دیگر طلبکاران، حق تقدم دارد و از حاصل فروش مال، نخست، او استفاده می کند. در ضمن چون مدیون حق ندارد در وثیقه تصرفی کند که به زیان طلبکار باشد، محل وصول طلب محفوظ می ماند و طلبکار می تواند رهنه را در دست هر کس یافت، توقیف کند. در واقع حق عینی مرتهن نسبت به مال مرهونه و به تبع آن، حق تعقیب و تقدم نسبت به مال است که موجب شده دایره تصرفات رهن نسبت به مال مرهونه، کم شود و در مورد جواز تصرفات مختلف اعم از تصرفات ناقل ملکیت عین، تصرفات ناقل ملکیت منافع و تصرفات استیفاءی در رهنه، مباحث مختلفی مطرح گردد. ما نیز درصدد آن هستیم که برای توجیه تزلزل مالکیت رهن نسبت به مال مرهون، به طور اجمالی به تصرفات رهن، اشاره نمائیم.

در خصوص تصرفات ناقل ملکیت توسط رهن نسبت به عین مرهونه، اختلاف چندانی وجود ندارد و فقهای امامیه، این گونه تصرفات را نافذ نمی دانند.

بیشتر کسانی که معیار جلوگیری از تصرفات رهن را " دفع اضرار " می دانند، در این مورد تردید ندارند. گویا در مضر بودن تصرفات ناقل ملکیت، نباید تردید نمود.

به عقیده عده ای از حقوقدانان، رهن نمی تواند عین مرهونه را بدون حفظ حقوق مرتهن بفروشد و یا صلح و هبه نماید ولی می تواند عین مرهونه را که در رهن دیگری است، به شخص ثالث واگذار نماید؛ زیرا این گونه انتقال دادن رهنه، به حق مرتهن ضرری وارد نکرده و مانند این است که ملک شخص ثالث، نزد دائن رهن باشد.

در واقع، مقصود فقها از عدم جواز تصرفات ناقله، تصرفاتی است که بدون حفظ حق مرتهن و بدون اذن او باشد. انتقال رهنه با حفظ حقوق مرتهن، به حق او صدمه ای نمی زند و بستانکار، کماکان می تواند در صورت پرداخت دین به وسیله بدهکار، از مال مرهون طلب خود را استیفاء کند. ۱۶

<sup>۱۶</sup> صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم زاده، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، انتشارات میزان، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۲، ص ۴۵۱.

در پاسخ به راه حل انتقاد اتخاذ شده توسط این گروه از حقوقدانان، باید گفت حق مرتهن به عین مرهونه، یک حق عینی است و حق عینی در برابر همه، قابل استناد است. در واقع، مرتهن، درباره استیفای طلب خود از مورد رهن، حق تعقیب دارد و می تواند این حق را در برابر انتقال گیرنده مال نیز اعمال نیز کند. بعلاوه حق عینی برای مرتهن، پیش از انتقال به وجود آمده و مالک و خریدار نمی توانند با توافق هم، حقی را که پیش از این، برای مرتهن ایجاد شده، از بین ببرند.

پس برای نفوذ عقد، نیازی به قید " حفظ حق مرتهن " نمی باشد؛ چرا که به حکم قانون، حق وی، مقدم بر انتقال گیرنده است. رهن، بیش از آنچه دارد، نمی تواند به خریدار منتقل کند. در واقع، مال با همان قید، منتقل می شود و تصریح مالک، صرفاً برای آگاهی خریدار و جلوگیری از فسخ آینده می باشد.

در خصوص اجاره عین مرهونه باید گفت اجازه رهن به مدت دین یا کمتر از آن درست است و با حق مرتهن منافات ندارد. در واقع، در مورد اجاره دادن مورد رهن، شهرت نظری که آن را موقوف به رضای مرتهن می کند، به اندازه تصرفات ناقل نیست و برخی حقوقدانان و فقها، حداقل در مواردی که مدت آن، کوتاه و یا کمتر از اجل دین باشد، اجاره را نافذ شمرده اند. البته با وضعی که قانون روابط موجر و مستأجر به ویژه در محل کسب، ایجاد کرده، در مواردی که اجاره، تابع این قانون است، از رغبت خریداران و بهای کالا می کاهد و به زیان مرتهن است مگر این که مستأجر، خود مرتهن باشد.

البته اجاره در صورتی درست است که تسلیم عین مستأجره ( یا مال الاجاره ) به مستأجر، حق مرتهن را در معرض خطر قرار ندهد و مدت آن نیز کوتاه تر از دین باشد و گرنه نفوذ آن، نیاز به اذن مرتهن دارد.

در خصوص تصرفات استیفائی رهن در عین مرهونه، در کتب حقوقی، مسأله ی زراعت و سکونت مطرح شده است. باید گفت زراعت بر زمین مورد رهن و سکونت در خانه ای که وثیقه گذارده شده است، به طور معمول، زبانی به حقوق مرتهن نمی رساند. با وجود این، هر گاه احراز شود که زراعت از رغبت خریداران می کاهد، انجام این عمل بدون رضای مرتهن، جایز نیست. بنابراین اگر زراعتی باشد که به زمین ضرر نزند و زمان آن نیز قبل از سررسید دین باشد، با حق مرتهن، منافاتی ندارد و گرنه هرگاه، موعد فرا رسید و دین پرداخت نشد و زمین با وجود زراعت بر آن، قابل فروش و کافی برای اداره دین باشد، به همین ترتیب عمل می شود و اگر وافی برای اداء دین نباشد و یا به عنوان مثال، قابل فروش نباشد، مرتهن اختیار دارد زراعت را به هزینه رهن، قلع کند.

بنابراین، با توجه به جمع حق مالکیت رهن با حق عینی مرتهن در رهنه، احتمال ناپایداری مالکیت رهن و محدودیت تصرفات وی به اثبات رسید و عقد رهن، از عوامل ایجاد مالکیت متزلزل شناخته شد.

#### ۱-۲-۲-۱ تصرفات حقوقی ناقله

در این گفتار، مطالعه می کنیم که آیا تصرفات حقوقی ناقله، از تصرفاتی هستند که به زیان ذوالخيار و یا صاحب حق عینی می باشند و از مصادیق تصرفات مُنافی محسوب می شوند یا خیر؟

شایان ذکر است که این نوع تصرف، فرد شایع تصرف است و شامل تصرفاتی است که گاه موجب از بین رفتن مالکیت و قطع استیلائی من له الحق از عین می شود مثل بیع و هبه اما گاهی این تصرفات، ناقل منفعت عین هستند مانند اجاره. بنابراین در گفتار حاضر، ابتدا تصرفات حقوقی ناقل عین و سپس تصرفات حقوقی ناقل منفعت را بررسی می کنیم.

#### ۱-۲-۲-۱-۱ تصرفات حقوقی ناقل عین

تصرفات حقوقی ای چون " بیع " و " هبه "، از جمله تصرفاتی هستند که موجب انتقال مالکیت عین می شوند. بر اساس منطوق ماده ۷۹۳ قانون مدنی در خصوص تصرفات رهن در عین مرهونه و ماده ۴۶۰ این قانون در مورد تصرفات مشتری در مبیع شرطی و همچنین آثار عقد معلق تا پیش از حصول معلق علیه که مورد توجه نویسندگان حقوقی واقع شده، به این نتیجه رسیدیم که مالک در دوران تزلزل مالکیت، حق انجام تصرفات مُنافی با حق خیار بایع در بیع شرط و همچنین تصرفات مُنافی با حق عینی مشتری در مبیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه را ندارد. معیاری که مورد قبول وارد شد، مضر نبودن تصرف مزبور به حق عینی یا حق خیار موجود در مال بود. یعنی نافع بودن تصرف، شرط لازم برای انجام تصرفات گوناگون توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، شناخته نشد.

حال با توجه به مبنای پذیرفته شده، می‌خواهیم بدانیم که آیا انجام تصرفات ناقل عین توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، جایز است یا خیر؟ در مورد تصرفات راهن در رهنه، مطالبی را عنوان کردیم و مباحث مختلفی را ذکر نمودیم. سوال این است که آیا فروش مال مرهونه از تصرفاتی است که مضر به حقوق مرتهن محسوب می‌شود یا خیر؟ اگر مضر باشد، از تصرفات مُنافی حقوق مرتهن محسوب شده و غیر نافذ می‌باشد و اگر مُنافی حقوق مرتهن نباشد، نافذ و صحیح است. در پاسخ باید گفت، بیع اصلاً مُنافی حق مرتهن نیست چراکه حق او به عین تعلق دارد. حق مرتهن، عینی است و فرقی نمی‌کند که مالک این عین چه کسی باشد؟ پس در صورت انتقال مال هم، حق به قوت خود باقی است و مرتهن در صورت عدم دریافت حق خویش، به عین مراجعه می‌کند.

برای تعدیل این نظر، بهتر است بین اموال منقول و غیر منقول قائل به تفکیک شویم و بگوئیم در اموال غیر منقول، امکان جابجایی مال نیست اما در اموال منقول، امکان جابجا شدن به صورت بالقوه وجود دارد و ممکن است مال منقولی که عقد رهن بر آن واقع شده، در اثر جابجایی تا کشوری خارجی برود و این امکان بالقوه جابجایی، مُنافی حق مرتهن است.

پس انتقال رهنه ی غیر منقول توسط راهن بدون اذن مرتهن، صحیح و نافذ است ولی انتقال رهنه ی منقول بدون اذن مرتهن، از مصادیق تصرفات مُنافی حقوق مرتهن محسوب شده و غیر نافذ می‌باشد. این حکم در انتقال مال مورد معامله با حق استرداد توسط انتقال دهنده نیز جریان دارد.

در مورد انتقال عین توسط بایع در عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه نیز باید بررسی نمود که آیا تصرفات حقوقی مزبور، با حق عینی موجود در مال، منافات دارد یا نه؟

شاید بتوان گفت در این مصداق هم، حق عینی همراه با مال است و جابجایی مالک، مشکلی ایجاد نمی‌کند و منافاتی با حقوق صاحب حق عینی ندارد بنابراین در این مورد هم تصرفات حقوقی ناقل عین توسط بایع در عقد بیع معلق را نافذ و صحیح می‌دانیم و فقط بین اموال غیر منقول را به علت امکان جابجایی، مُنافی با حقوق صاحبان حق عینی محسوب می‌کنیم.

اما می‌توان به این راه حل، خدشه وارد کرد و گفت، قیاس تصرفات راهن در رهنه با تصرفات بایع در عقد بیع معلق، صحیح نمی‌باشد چون در عقد رهن، حق عینی مرتهن، حق عینی مرتهن، بیعی بوده و به تبع دین راهن به وجود آمده است و غرض مرتهن از انعقاد این عقد، آن است که در صورت عدم پرداخت دین توسط راهن، مرتهن بتواند از محل رهنه، طلب خود را برداشت کند اما در عقد بیع معلق، هدف مشتری، به دست آوردن مالکیت خود عین است و مال مزبور برای مشتری موضوعیت دارد و جنبه رهنی و وثیقه ای ندارد. در واقع، در عقد رهن، راهن می‌تواند با پرداخت دین، ذمه ی خود را بری نموده و حق عینی مرتهن بر رهنه را از بین ببرد اما بیع معلق، عقدی تملیکی بوده و عین در صورت وقوع معلق علیه، به مالکیت مشتری در خواهد آمد.

لذا به نظر می‌رسد انتقال عین در عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه، توسط بایع که مالکیتش متزلزل است، از مصادیق تصرفات مُنافی عینی مرتهن محسوب شده و تفکیک میان اموال منقول و غیر منقول در این مورد، وجهی ندارد.

بنابراین انجام تصرفات حقوقی ناقل عین توسط بایع، غیر نافذ است و اگر مشتری، عقد را اجازه کند، نافذ و صحیح می‌شود. البته رد کردن عقد از جانب صاحب حق عینی، موجب بطلان آن می‌شود چون گفتیم که منظور از وضعیت عدم نفوذ در عقود که توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت صورت می‌گیرد، "موقوف بودن" است. پس اگر حق عینی موجود در مال به طریقی از بین برود مثلاً معلق علیه حاصل نشود، تصرف حقوقی انجام شده توسط بایع، نافذ و اثر گذار می‌شود.

اما در مورد انجام تصرفات ناقل عین توسط مشتری در بیع شرط در ایام خیار، با ماده ۴۶۰ قانون مدنی مواجه هستیم. طبق این ماده: "در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که مُنافی خیار بایع باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید."

بر اساس متون فقهی، منظور از تصرفاتی که مُنافی خیار بایع هستند، تصرفاتی است که استرداد عین در صورت اِعمال فسخ توسط ذوالخیار را غیرممکن می‌سازند. ۱۷



در مورد ماده ۴۶۰ قانون مدنی گفته شده است که واگذاری عین ملک از طرف مشتری بدون قید خیاری که به نفع بایع در عقد، قرارداد شده، صحیح نیست و مانند معامله‌ی فضولی محسوب می‌گردد، زیرا حق مشتری نسبت به مبیع به طور مطلق نمی‌باشد، بلکه مقید به اختیار و تا انقضاء مدت متزلزل است و واگذاری آن به طور مطلق، تجاوز به حق بایع خواهد بود ولی مشتری می‌تواند حق خود را که مالکیت متزلزل بر مبیع است، به هر طریق که بخواهد به دیگری انتقال دهد و آن با حفظ حق فسخ بایع خیاری است. منظور ماده از نقل و انتقال، واگذاری بدون قید اختیار و به طرز مطلق می‌باشد. راه حل فوق صحیح می‌باشد و ایرادی به آن وارد نیست. ممکن است گفته شود همانطور که در فروش مال مرهونه، نیازی به قید حفظ حق اختیار بایع نداریم، در این بحث هم از قید حفظ حق اختیار بایع بی‌نیازیم اما این اشکال وارد نیست چون در عقد رهن با حق عینی مواجه نیستیم. حق اختیار از حقوق مالی غیرعینی است و اگر مشتری بخواهد عین مبیع را به دیگری انتقال دهد، باید با حفظ حق اختیار بایع، این عمل حقوقی را انجام دهد ولاً تصرف وی، غیرنافذ بوده و طبق بحث‌های پیش، موقوف به تنفیذ می‌باشد.

### ۱-۲-۲-۱ تصرفات حقوقی ناقل منفعت

ابتدا در مورد انعقاد عقد اجاره توسط رهن بر عین مرهونه، مطالبی را طرح می‌کنیم. به عقیده برخی حقوقدانان، اجاره رهن به مدت دین یا کمتر از آن درست است و منافات با حقوق مرتهن ندارد ولی اجاره به خود مرتهن ولو به مدت بیش از دین، اشکال دارد.

اما عده‌ای می‌گویند رهن می‌تواند از عین مرهونه به طور متعارف، استیفاء منافع کند زیرا منافع، داخل در رهن نمی‌باشند و مالک می‌تواند هر گونه تصرفی در آن‌ها بنماید مثلاً خانه را برای چند ماه به اجاره واگذار کند یا خود در آن سکونت کند ولی نمی‌تواند آن را به اجاره طولانی که ارزش عین را می‌کاهد، واگذار کند.

در نظر اول، اجاره مرهونه به مدت بیش از مدت دین، منع شده اما در نظر دوم به مدت دین اشاره‌ای نشده و اجاره طولانی مدتی که از ارزش عین می‌کاهد، ممنوع شده است.

در قانون مدنی ایران، تصریحی در این مورد به چشم نمی‌خورد اما از قاعده مندرج در ماده ۷۹۳ قانون مدنی مبنی بر عدم جواز تصرفات منافی حقوق مرتهن می‌توان استنباط کرد که اجازه عین مرهون به کمتر از سر رسید دین یا به مدت حلول دین، اشکال ندارد مگر اینکه در اثر این تصرف، نقص یا عیبی در عین عارض شود که موجب نقصان قیمت عین شود اما تصرفات مازاد بر حلول دین، منافی با حقوق مرتهن است. البته با وضعی که قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ به ویژه در محل کسب به وجود آورده، در مواردی که عقد اجاره منعقد، مشمول قانون مذکور است چون موجب کاهش رغبت خریداران نسبت به آن می‌شود، منافی و به زیان حقوق مرتهن است.

عده‌ای از حقوقدانان بر این عقیده هستند که انتقال منافع عین مرهونه، هیچ منافاتی با حقوق مرتهن ندارد و مطلقاً صحیح است و نیاز به اذن مرتهن ندارد، اعم از این که این انتقال منافع برای مدت رهن یا برای مدت بیشتری از آن باشد؛ زیرا مرتهن در عین مرهونه حتی بدون قید حفظ حقوق او در عین مرهونه، می‌تواند طلبش را از محل وثیقه استیفاء کند. فقط به علت عدم آگاهی مستأجر به وجود چنین حقی، برای وی حق فسخ ایجاد می‌شود تا مستأجر نیز بتواند از ورود ضرر به خویش جلوگیری کند.

نظر اخیر، موجه به نظر می‌رسد زیرا نظیر این استدلال را در بحث از انتقال عین، مطرح کرده و پذیرفتیم. قبول آن در مورد انتقال منافع، به طریق اولی، صحیح و قابل توجیه می‌باشد. بنابراین اجاره عین مرهونه توسط رهن، مطلقاً صحیح می‌باشد و مدت اجاره، تأثیری در نفوذ یا عدم نفوذ آن ندارد و تنها موردی که در آن، نفوذ و صحت عقد اجاره، موقوف به اجازه مرتهن است، عقد اجاره‌ای است که بر طبق قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ منعقد شده باشد. در مورد انتقال منافع توسط انتقال دهنده در معاملات با حق استرداد، گفتیم که منافع عین در این معاملات، به انتقال گیرنده تعلق دارد؛ بنابراین منافع

ملک، متعلق به انتقال دهنده نیست تا بتواند آن را به دیگری منتقل کند و صحبت از نفوذ و یا عدم نفوذ قرارداد اجاره ای که توسط انتقال دهنده منعقد می شود، سالبه به انتفاء موضوع است.

اما در مورد انتقال منافع مبیع توسط بایع در عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه باید گفت که بایع در عقد بیع معلق، موظف است مبیع را در وضعیت زمان انعقاد عقد حفظ کند. ۱۹

بنابراین اگر منافع عین توسط بایع به دیگری منتقل شود، در صورت تحقق معلق علیه، مشتری مبیع را به صورت مسلوب المنفعه دریافت می نماید لذا به نظر می رسد اجاره دادن مبیع در عقد بیع معلق به مدت حصول معلق علیه یا کمتر از آن، صحیح و نافذ باشد و واگذاری منافع به مدتی بیش از مدت زمان حصول معلق علیه غیر نافذ می باشد.

شایان ذکر است که در رهن، هدف مرتهن، دست یابی به طلبش است و چه بسا خود عین برای او موضوعیتی نداشته و مسلوب المنفعت بودن یا نبودن آن فرقی برای مرتهن نداشته باشد اما در عقد بیع معلق، هدف مشتری، دستیابی به خود مبیع است و او عقدی تملیکی منعقد نموده است و در واقع، به دست آوردن مالکیت عین و منفعت برای او موضوعیت دارد.

در خصوص واگذاری منافع مبیع توسط مشتری در بیع شرط گفته شده است که مشتری نمی تواند خانه ای را که برای بایع شش ماه حق خیار بر قرار شده است، به مدت یک سال به اجاره واگذار نماید و یا حق انتفاع از آن را به طور رقبی برای یک سال یا بیشتر به دیگری بدهد. این است که ماده ۵۰۰ قانون مدنی می گوید: "در بیع شرط، مشتری می تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد، اجاره دهد و اگر مُنافی با خیار بایع باشد، به وسیله جعل خیار یا نحو آن، حق بایع را محفوظ دارد و آلا اجاره تا حدی که مُنافی با حق بایع باشد، باطل خواهد بود" زیرا اجاره نسبت به مدت زائد، فضولی و صحت آن با فسخ بیع، منوط به اجازه بایع است و هر گاه رد کند، باطل می شود.

ماده ۴۵۴ قانون مدنی که می گوید: "هر گاه مشتری، مبیع را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود، اجاره باطل نمی شود و..."، ناظر به موردی است که عقد بیع، مطلق باشد و به وسیله یکی از خيارات (غیر از خیار شرط) مانند خیار غبن، عیب، تدلیس و امثال آن ها فسخ شود."

#### ۱-۲-۲-۲-۲ تصرفات حقوقی غیر ناقله

منظور از تصرفات حقوقی غیر ناقله، تصرفاتی است که موجب انتقال عین و یا منفعت از طرف مالک به دیگران نمی شود. تصرفات حقوقی غیر ناقله به دو دسته تقسیم می شوند. گروهی از این تصرفات همچون عقد رهن، برقراری حق انتفاع و حق ارتفاق برای دیگری، از تصرفات موجد حق می باشند و گروهی همچون وکالت و ودیعه، موجد حق نمی باشند. باتوجه به تفکیک فوق، در این گفتار، ابتدا تصرفات حقوقی موجد حق و سپس تصرفات حقوقی غیر موجد حق که توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت صورت می گیرند را، مورد بررسی قرار می دهیم.

#### ۱-۲-۲-۲-۱ تصرفات حقوقی موجد حق

تصرفات حقوقی موجد حق، ناقل عین یا منفعت نیستند اما حقی را نسبت به مال برای شخص به وجود می آورند. از جمله این تصرفات می توان به برقراری حق انتفاع، برقراری حق ارتفاق و انعقاد رهن اشاره نمود. ابتدا به مبحث حق انتفاع می پردازیم. به موجب ماده ۴۱ قانون مدنی: "عمری، حق انتفاعی است که به موجب عقدی از طرف مالک برای شخص به مدت عمر منتفع یا شخص ثالث، برقرار شده است." عمری از عقود لازم است و تا انقضاء مدت نمی توان آن را فسخ نمود.

با عنایت به این که در صورت عدم پرداخت دین، مرتهن می تواند با رعایت تشریفات قانونی عین مرهونه را بفروشد، حق انتفاع به صورت عمری معمولاً بیش از موعد رهن است و در دید عرف از ارزش عین مرهونه می کاهد و به نظر می رسد از جمله تصرفاتی است که مُنافی با حق مرتهن می باشد. این استدلال در مورد معاملات با حق استرداد نیز استفاده می شود.

برقراری حق انتفاع به صورت عمری توسط بایع در عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه، از مصادیق تصرفات مُنافی حق مشتری می باشد؛ چرا که با وقوع معلق علیه، مالکیت مبیع باید به صورتی که در زمان انعقاد عقد موجود بوده، به مشتری انتقال یابد در حالی که در بحث ما در عین انعقاد عقد بیع معلق، حق عمری نسبت به ملک وجود نداشته است. همچنین برقراری حق انتفاع به مدت بیش از مدت خیار، از مصادیق تصرفات مُنافی حقوق بایع در بیع شرط است. به نظر می رسد اگر حق انتفاع به صورت عمری برقرار شود، مدت برقراری حق انتفاع، بیش از مدت خیار است لذا تصرف مزبور، از تصرفات مُنافی خیار بایع محسوب می شود.

طبق ماده ۴۲ قانون مدنی: "رقبی، حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می گردد." انعقاد رقبی به نحوی که کمتر از مدت عقد رهن باشد، صحیح است چون موجب نقصان قیمت در دید عرف نمی شود و خلاف حقوق مرتهن نمی باشد. این حکم در مورد معاملات با حق استرداد بیع معلق و بیع شرط نیز جاری است. و اما به موجب ماده ۹۳ قانون مدنی: "ارتفاق، حقی است برای شخص در ملک دیگری." حق ارتفاق، حقی است که به موجب آن، صاحب ملک به اعتبار مالکیت خود می تواند از ملک دیگری استفاده کند. به نظر می رسد برقراری حق ارتفاق، از مصادیق تصرفات مُنافی حقوق مرتهن، انتقال گیرنده، مشتری در عقد بیع معلق و بایع در بیع شرط نباشد.

عمل حقوقی دیگری که موجد حق می باشد، انعقاد عقد رهن است. با انعقاد عقد رهن توسط راهن، مرتهن نسبت به رهنه، "حق عینی تبعی" خواهد یافت. بررسی نفوذ و یا عدم نفوذ انعقاد عقد رهن روی مالی که موضوع مالکیت متزلزل می باشد نیز لازم به نظر می رسد. این موضوع در مباحث مربوط به عقد رهن، تحت عنوان "رهن مکرر عین" مطرح شده است. در حقوق ایران، ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت مصوب ۱۳۲۰/۵/۲۶، رهن مکرر را نسبت به اموال غیر منقول ثبت شده، صراحتاً پذیرفته بود. مطابق ماده مذکور: "در معاملات رهنی یا با حق استرداد نسبت به اموال غیر منقول که به ثبت رسیده و یا مدت اعتراض آن گذشته باشد، معامله کننده می تواند با قید حق بستانکار مقدم، مورد معامله را برای وام های دیگر وثیقه و تأمین قرار دهد، در صورت فک معامله مقدم، تمام اموال مورد معامله، وثیقه وام بعدی است و در صورت عدم فک معامله مقدم و فروش مال، بستانکار مقدم برای استیفای طلب و اجور و خسارات قانونی بر بستانکارهای بعدی مقدم خواهد بود، تمام بستانکارهای مزبور در این ماده نسبت به مال مورد معامله بر بستانکاران دیگر، حق رجحان خاص خواهند داشت."

اما در اصطلاحات سال ۱۳۵۱، ماده ۳۴ مکرر تغییر کرده و دیگر صراحت سابق را در مورد موضوع مورد بحث ندارد لیکن نباید پنداشت که قانونگذار، تأسیس رهن مکرر را حذف نموده است زیرا اولاً رهن مکرر، امری استثنایی و خلاف اصول کلی حقوقی نبود که با نسخ آن ماده، جواز رهن مکرر هم از بین برود. از طرفی، نسخ ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت، تنها تأکید بر رهن مکرر را که امری زاید بوده از بین برده نه اینکه اصل حکم را مطرود اعلام کند. ثانیاً با توجه به مواد آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مصوب ۱۳۵۵ که صراحتاً رهن مکرر را پذیرفته و مواد ۱۳۱ و ۱۳۲ همین قانون که در آن، بازداشت مازاد عین مرهونه به نفع غیر، پیش بینی شده و نیز شیوه اجرای اسناد رسمی درباره چنین نهادی معین گردیده، به نظر می رسد که قانونگذار از امکان رهن مکرر عدول نکرده و تردیدی با وجود این مواد در امکان رهن مکرر مازاد وثیقه وجود ندارد و این امر، نیاز مند اذن مرتهن نیست.

حتی برخی اساتید، رهن مکرر را در مورد اموال منقول و املاک ثبت نشده پذیرفته اند زیرا دلیلی بر منع آن در صورت حفظ حقوق مرتهن اول وجود ندارد.

شعبه ۴ دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۱۸۰ مورخ ۱۳۱۸/۵/۳۰ می گوید: "استدلال دادگاه پژوهشی راجع به بطلان رهن خانه ای که از طرف مالک نزد مدعی به رهن گذاشته شده (به اینکه خانه مذکور در تاریخ معامله با مدعی، نزد اداره ثبت اسناد وثیقه بوده و در آن تاریخ، راهن، مالک خانه نبوده تا بتواند آن را نزد مدعی رهن بگذارد)، صحیح نخواهد بود و همچنین

استناد دادگاه بدوی در این خصوص به ماده ۷۷۳ قانون مدنی، بی وجه است زیرا مقصود از ماده مزبور، مالی است که اساساً قابل نقل و انتقال نباشد و رهن گذاردن مال، آن را از قابلیت نقل و انتقال خارج نمی کند. " ۲۰

این حکم در معاملات با حق استرداد هم جریان دارد. بند ۴۰ بخشنامه های اصلاحی سال ۱۳۶۵ می گوید: " در مورد اسناد شرطی و رهنی و به طور کلی کلیه ها معاملات با حق استرداد و قراردادهای حسن انجام خدمت، بدهکار می تواند به موجب سند جدید مورد معامله، سند اولی را با حفظ جمع حقوق بستانکار مقدم جهت اخذ وام جدید نزد همان بستانکار یا شخص دیگری به وثیقه گذارد. " ۲۱

در بیع معلق، مشتری قصد دارد در صورت حصول معلق علیه، مبیع را با وضعیت زمان عقد دریافت کند و ایجاد یک حق عینی تبعی نسبت به مبیع، مُنافی با حق مشتری است.

در بیع شرط نیز هدف بایع، استرداد به همان شکلی است که در هنگام عقد داشته و برقراری حق عینی نسبت به مبیع، با این هدف در تعارض است. البته در صورتی که تا قبل از حصول معلق علیه و یا اعمال خیار توسط بایع در بیع شرط، حق عینی مرتهن از بین رفته و به طریقی فک رهن صورت گیرد، این امر، منافاتی با حقوق مشتری در بیع معلق و بایع در بیع شرط ندارد.

#### ۱-۲-۲-۲-۲ تصرفات حقوقی غیر موجد حق

برای بررسی نفوذ و یا عدم نفوذ تصرفات حقوقی غیر موجد حق، " ودیعه "، " عاریه " و " وکالت نامه هایی که متضمن نقل و انتقال نیستند " را مطرح کرده، بررسی می کنیم.

به موجب ماده ۶۰۷ قانون مدنی: " ودیعه، عقدی است که به موجب آن، یک نفر، مال خود را به دیگری می سپارد برای آن که که آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه گذار را مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می گویند. "

به نظر می رسد انعقاد عقد ودیعه توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، هیچ تعارضی با حق طرف مقابل که صاحب حق عینی یا ذوالخیار است، ندارد. سپردن مال به دیگری برای نگاهداری مجانی، معارض با حق عینی مرتهن، حق انتقال گیرنده در معاملات با حق استرداد، حق عینی مشتری در بیع معلق و حق بایع ذوالخیار در بیع شرطی نمی باشد.

بخصوص، برخلاف ظاهر ماده ۶۰۷ قانون مدنی، عقد ودیعه با تراضی واقع می شود و قبض در آن شرط صحت نمی باشد چون جوهر ودیعه، نیابت گرفتن برای نگاهداری است.<sup>۲۰</sup> چنانچه قبض، شرط صحت ودیعه بود، ممکن بود به قبض دادن مال موضوع مالکیت متزلزل توسط مالک ( مودع )، مخالف حق عینی با حق خیار طرف مقابل باشد و دسترسی به مال را برای آنان دشوار گرداند اما از آنجا که قبض، شرط صحت ودیعه نیست، این مشکل به وجود نمی آید.

بعلاوه سپردن مال به امین، نه تنها مُنافی با حقوق سایرین نیست بلکه از تصرفات نافع محسوب می شود و در نفوذ آن شکی وجود ندارد.

بر اساس ماده ۶۳۵ قانون مدنی: " عاریه، عقدی است که به موجب آن، احد طرفین به طرف دیگر اجازه می دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند. "

لازم به ذکر است که در عاریه، برخلاف حق انتفاع، به سود مستعیر، حق ایجاد نمی شود و انتفاع بر مبنای اباحه و اذن است. در مورد نفوذ و یا عدم نفوذ انعقاد عقد عاریه توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، به سادگی ودیعه نمی توان اظهار نظر کرد چراکه در عقد ودیعه، هدف، سپردن برای نگاهداری است اما در عاریه، مالک به مستعیر اجازه می دهد که از عین مال، مجاناً منتفع شود.

<sup>۲۰</sup> متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰ (بخش حقوقی)، نشر کیهان، بی تا، ص ۸۵.

<sup>۲۱</sup> جعفری، جلال، تصرفات راهن مُنافی با حقوق مرتهن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ۱۳۸۴، ص ۱۱۶.

<sup>۲۲</sup> کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، پیشین، ص ۴۱۹.

معهدا به نظر می رسد عقد عاریه ای که توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت منعقد می شود، نافذ و صحیح می باشد چون بر اساس ماده ۶۳۸ قانون مدنی، عاریه، عقدی جایز است و هر گاه مالکیت متزلزل کاملاً منتفی شود و به دیگری انتقال یابد، معبر می تواند عقد را بر هم زند و مال را پس بگیرد لذا انعقاد این عقد، منافاتی با حق خیار و یا حق عینی موجود در مال ندارد. بر طبق ماده ۶۵۶ قانون مدنی: "وکالت، عقدی است که به موجب آن، یکی از طرفین، طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می نماید."

وکالت نامه هایی که متضمن نقل و انتقال عین نیستند، بر اساس ماده ۶۵۶ قانون مدنی تنظیم می شوند و انعقاد آن ها توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، منافی حقوق صاحبان حق عینی یا ذوالخیار نمی باشد چرا که به موجب این عقد، وکیل، اموری را به عهده می گیرد که خود مالک یا موکل می توانند انجام دهند. بعلاوه ماده ۶۷۹ قانون مدنی اشعار می دارد که: "موکل می تواند هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند ... " لذا مالک در دوران تزلزل مالکیت می تواند وکالتی که متضمن نقل و انتقال عین نیست، منعقد نماید و هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند. در ضمن، در صورتیکه مالک، حق مالکیت متزلزل خود نسبت به عین را از دست بدهد، عقد وکالت، منفسخ می شود. (ماده ۶۸۳ قانون مدنی)

### ۱-۳ بررسی رأی وحدت رویه ۶۲۰ دیوان عالی کشور در مورد تصرفات رهن در مال مرهونه

رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ دیوان عالی کشور صادره در تاریخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ تصریح کرده است به اینکه: «مطابق مواد قانون مدنی گرچه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت رهن نمی شود لکن برای مرتهن نسبت به مال مرهونه حق عینی و حق تقدم ایجاد می نماید که می توان از محل فروش مال مرهونه طلب خود را استیفاء کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد نافذ نخواهد بود، اعم از اینکه معامله رهن بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه بنابه 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» در جهت بررسی این رأی می توان گفت رأی وحدت رویه فوق نه تنها وحدت رویه ایجاد نکرده است، بلکه خود به اختلافات موجود دامن زده است و رویه های مشتت دیگری در نظام قضایی کشور ایجاد کرده که به شرح زیر می باشد:

بعضی از قضات با استناد به رأی وحدت رویه مذکور، دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه را قابل استماع ندانسته و عقیده داشتند تا زمانی که ملک در رهن است، هیچ نوع دعوایی قابل استماع نیست و حتی بعضی ها دعوی فک رهن، قبل از دعوی الزام به تنظیم سند رسمی علیه متعهد را هم قابل استماع نمی دانستند.

رویه دیگر این بوده که دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه را می پذیرفتند ولی قید عبارت "با حفظ حقوق مرتهن" را لازم می دانستند.

اما رویه دیگری که اخیراً اکثریت بالایی از قضات را به همراه داشته است به این صورت می باشد که دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه را در صورتی می پذیرند که دعوی فک رهن هم مطرح شود و اعتقاد دارند، بدون فک رهن امکان الزام به تنظیم سند رسمی وجود ندارد. (البته امکان طرح هم زمان این دعوای نیز هست)

رویه دیگری که در بعضی از محاکم ما جاری است، این است که دعوی الزام به تنظیم سند رسمی راجع به ملک مرهونه مطلقاً در دادگاه ها قابل پذیرش است؛ زیرا فک رهن مقدمه تنظیم سند رسمی است، بنابراین اگر خریدار، فروشنده را با دعوی الزام به تنظیم سند رسمی طرف دعوی قرار دهد، از باب اینکه التزام به شیء، التزام به لوازم آن است؛ فک رهن که مقدمه التزام است باید عملی شود و اگر کسی (فروشنده) محکوم به الزام به تنظیم سند رسمی ملکی شود که در رهن است، مکلف است ابتدا با رفع مانع، ملک را از رهن خارج کرده، سپس سند مالکیت را به نام خریدار تنظیم نماید. کما اینکه تکلیف به اخذ مفاصا حساب مالیاتی، پرداخت عوارض شهرداری، تفکیک ملک و ... که همگی از مقدمات تنظیم سند رسمی می باشد، نیازی به طرح دعوی مستقلی ندارند. بنابراین الزام قانونی و قراردادی فک رهن فروشنده ملک (رهن) نیازی به طرح دعوی مستقل (فک رهن) ندارد.

متأسفانه پس از صدور رأی وحدت رویه مذکور، اختلافات سابق فروکش ننموده و همچنان برداشت های متفاوت از رأی فوق ادامه داشت، به نحوی که بعضی از شعب دادگاه ها، دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه را با این استدلال که منافاتی با حق مرتهن ندارد قبول کردند و بعضی از شعب با توجه به رأی وحدت رویه فوق، استماع آن را قانونی نمی دانستند. تا اینکه مجدداً به دیوان عالی و آن هم برای دو بار در هیات عمومی اصراری مطرح و هر دو بار با پذیرش دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه، منتهی به رأیی شد که می توان به نوعی تفسیر ناقص از رأی وحدت رویه تلقی کرد:

رأی اصراری اول (شماره ۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۱۲):

«نظر به اینکه به شرح دادخواست ابتدائی، خواهان علاوه بر الزام خواندگان به تنظیم سند رسمی انتقال، الزام آنان را هم به انجام شرایط و مفاد مبایعه نامه مورخ ... و تخلیه و تحویل مبیع مورد حقوق دعوی قرار داده است و نظر به اینکه به شرح بند ۵ شرایط ضمنی معامله، فروشنده پرداخت کلیه 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 اینکه از جمله دیون مربوط به مورد معامله، دینی است که با رهن گذاردن ملک از بانک ... به عنوان وام اخذ گردیده، بنا به مراتب، با لحاظ کیفیت طرح دعوی و تعهدات خواننده، دادنامه شماره ... شعبه ششم دادگاه عمومی ... که در عین حال متضمن الزام خواننده به فک رهن و همچنین الزام وی به تنظیم سند رسمی انتقال می باشد، با رعایت حقوق مرتهن و مقررات ماده ۷۹۳ قانون مدنی منافات ندارد و اقتضاء مدارک پرونده و موازین قانونی تطبیق می کند و به اکثریت آراء تأیید و ابرام می شود.»

رأی اصراری دوم (شماره ۳۱ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۱۱):

«نظر به اینکه وقوع عقد بیع بین طرفین دعوی با توجه به قبض مبیع و پرداخت ثمن مورد معامله و احراز مالکیت خواننده محقق می باشد و با توجه به اینکه به موجب سند رسمی رهنی، حق استفاده از مورد رهن به رهن تفویض شده و مالکیت در اختیار وی قرار داشته و به علاوه به او اجازه داده شده که از منافع ملک بهره مند گردد و تلویحاً به منظور استهلاک بدهی بانک، اجازه فروش آپارتمان ها نیز به رهن داده شده است، بنابراین اعتراضات تجدیدنظر خواهان غیر مؤثر تلقی و دادنامه شماره ... شعبه دادگاه عمومی ... که وفق مقررات اصدار یافته به نظر اکثریت اعضاء هیات عمومی دیوان عالی کشور بلاشکال و خالی از منقصت قانونی تشخیص و ابرام می شود.»

بنابراین به نظر می رسد با آراء اصراری متعدد، قضات دادگاه ها علی رغم رأی وحدت رویه موجود، مجاز باشند دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه را استماع نمایند.

سوال مهم این است که در صورتی که دادگاه حکم الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه صادر نماید، پس از قطعیت دادنامه و صدور اجرائیه، با توجه به اینکه تنظیم سند رسمی منوط به پرداخت دین و فک رهن می باشد، اگر محکوم علیه مبادرت به پرداخت دین و فک رهن ننماید، صدور حکم چه فایده ای دارد؟

در جواب باید گفت همان ضمانت اجرایی که برای اصل الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه متصور است، برای لوازم و مقدمات اجرای حکم که فک رهن جزئی از آن است قابل تصور است؛ یعنی اگر محکوم علیه مبادرت به فک رهن ننماید، مطابق ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی، یا محکوم له خود مبادرت به پرداخت بدهی و فک رهن می نماید و یا در صورت عدم امکان، مطابق تبصره همان ماده شخص دیگری تحت نظر مأمور اجرای احکام با هزینه محکوم علیه اقدام می کند و اگر با این روش هم حکم اجرا نشد، ابتدا دادگاه به محکوم علیه اخطار می کند که مثلاً ظرف یک هفته مبادرت به پرداخت دین و فک رهن نماید، در صورت امتناع، روزانه برای محکوم علیه جریمه ای لحاظ می شود و از این طریق حکم اجرا می شود.

ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مقرر می کند: «هرگاه محکوم به عمل معینی باشد و محکوم علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد، محکوم له می تواند تحت نظر دادورز (مأمور اجرا) آن عمل را وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل، هزینه لازم را به وسیله قسمت اجرا از محکوم علیه مطالبه نماید. در هر یک از موارد مذکور، دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناسان، میزان هزینه را معین می نمایند. وصول هزینه مذکور و حق الزحمه کارشناسی از محکوم علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است.» و

تبصره این ماده اعلام کرده است که: «در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد، مطابق ماده ۷۲۹ آیین دادرسی مدنی (سابق) انجام خواهد شد.» مطابق ماده ۴۸ قانون اجرای احکام مدنی، اجرای حکم توسط دیگری و یا توسط محکوم‌له با هزینه محکوم‌علیه امکان‌پذیر می‌باشد، بنابراین می‌توان در راستای اجرای حکم، سایر اموال محکوم‌علیه را توقیف و با فروش آن، از محل ثمن فروش، دین راهن را به مرتهن پرداخت و فک رهن نمود، سپس سند رسمی تنظیم گردد. به عنوان جمع بندی مطالب در این قسمت می‌توان گفت اگرچه بطلان معامله ملک مرهونه بعد از رد مرتهن حسب ظاهر، نظر مشهور فقهای بوده است، لیکن از نظر تحلیل منطقی، راهن مالک عین مرهونه است، بنابراین اعتقاد به بطلان معامله صحیح نیست. بطلان درجایی است که فروشنده (فzul) مالکیتی ندارد و مالک هم معامله را رد کرده باشد. در حالیکه در قضیه مانحن فیه، رد مرتهن چون بیگانه از معامله است هیچ اثری ندارد جز آنکه مرتهن حق دارد هر موقع که تأدیه دین وی معوق مانده است، از عین مرهونه جهت استیفای دین خود بهره‌برداری کند. تلاش در جهت تفسیر تصرفات غیر مضر از ماده ۷۹۳ قانون مدنی، اگرچه از نظر جمع حقوق راهن و مرتهن قابل‌ستایش است، لیکن در حقوق ایران، این تفسیر که فروش ملک مرهونه هیچ تأثیری در حق مرتهن ندارد، به این معنا که بتوان بدون رضای مرتهن هم عقد بیع راهن را صحیح و قطعی دانست و هم در همان حال عقد رهن را باقی تلقی کرد، خلاف ظاهر ماده ۷۹۳ قانون مدنی بوده و با مبانی حقوق امامیه نیز سازگاری ندارد.

به نظر می‌رسد تنها راه حل، تفسیر غیر نافذ در ماده ۷۹۳ قانون مدنی، به مراعی بودن حق مرتهن است (یعنی مرتهن بابت طلب خود که اجل آن رسیده است می‌تواند از عین مرهونه استفاده کند) بدون اینکه انتقال مال رهنی را قطعی تلقی کنیم و یا اساساً باطل بدانیم. در نتیجه، رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ هیات عمومی دیوان عالی کشور قابل انتقاد بوده و در استناد به آن علاوه بر اینکه باید به آراء اصراری بعدی توجه گردد، بلکه به لحاظ عدم شباهت کامل رأی وحدت رویه با دعاوی مربوط به الزام به تنظیم سند رسمی (در معاملات رهنی) نباید در این دعاوی مورد استناد قرار گیرد و نهایتاً باید به عدم بطلان معامله عین مرهونه، به صرف رد معامله توسط مرتهن معتقد باشیم تا هم حق مرتهن محفوظ باشد و هم راهن سلطنت مالکانه خود را از دست ندهد.

#### معامله مال توقیف شده (بازداشتی)

مال توقیف شده یا بازداشتی، به مال منقول یا غیر منقولی گفته شده است که حسب دستور مقام ذیصلاح قانونی و یا قضایی، توقیف و یازداشت شده و بنابراین، تصرفات منافی این توقیف و یازداشت، به هیچ وجه نسبت به چنین مالی، پذیرفته نیست. معامله مال توقیفی در حقوق ایران، دارای دو جنبه کلی حقوقی و کیفری است که در این قسمت، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

#### ۱-۲ جنبه حقوقی معامله مال توقیف شده (بازداشتی)

بر اساس ماده ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی، «هر گونه قرارداد یا تعهدی که نسبت به مال توقیف شده بعد از توقف به ضرر محکوم له (مدعی) منعقد شود، نافذ نخواهد بود مگر اینکه محکوم له کتباً رضایت دهد.» بر اساس این ماده، باید شرایط زیر باشد تا اجرای این ماده میسر گردد:

قراردادی منعقد شده باشد

این قرارداد نسبت به مال توقیف شده صورت گرفته باشد

قرارداد یاد شده باید بعد از توقف این مال منعقد شده باشد

این قرارداد به ضرر شخصی باشد که مال به سود او توقیف شده است.

با اعمال همه این شروط، نفوذ معامله، منوط به رضایت محکوم له است و رضایت وی نیز باید کتبی باشد. همانگونه که ملاحظه می‌شود، این ماده، هر گونه قرارداد (که کلیت آن، هر نوع نقل و انتقال را دربرمی‌گیرد) یا تعهد نسبت به مال توقیف شده را غیر نافذ می‌داند در حالی که ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی، هر گونه نقل و انتقال مال توقیف شده را باطل اعلام کرده است. در ماده اخیر می‌خوانیم: «هر گونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلااثر است.» در مورد اینکه آیا میان حکم این دو ماده در قانون اجرای احکام مدنی، تعارضی وجود دارد یا خیر، اداره حقوقی قوه

قضایه در نظر مشورتی شماره ۷/۹۲/۷۲۷ مورخ ۱۳۹۲/۴/۲۲ مقرر می‌کند: «بین مواد ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی تعارضی وجود ندارد؛ زیرا ماده ۵۶ ناظر بر عقود است که به موجب آن مالکیت منتقل می‌شود و یا به موجب قرار داد، حق عینی در مال مرهونه برای مرتهن به وجود می‌آید؛ لکن ماده ۵۷ ق.ا.م.م مربوط به عقود غیر ناقله است یعنی با بقاء مالکیت نسبت به مال توقیف شده و به ضرر محکوم له معامله ای انجام شود مانند واگذاری حق انتفاع به عقد اجاره و غیره»

برخی نویسندگان، برای جمع بین حکم این دو ماده، چند احتمال ذکر کرده اند و به منزله نتیجه، عنوان نموده اند که اگر نتیجه عقد یا قرارداد، به ضرر محکوم علیه باشد، چنانچه عمل حقوقی در قالب ماده ۵۶ قرار گیرد، معامله باطل است و اگر در قالب ماده ۵۷ قرار گیرد، معامله، غیر نافذ خواهد بود.

هرچند در ظاهر به نظر می‌رسد که تعارض میان دو ماده مورد اشاره، حل شده است ولی در واقع چنین نیست. معلوم نیست که منظور از عبارت «در قالب» در این تحلیل چیست؟ آیا منظور از «در قالب ماده ۵۶» فقط عقدهای قطعی، شرطی یا رهنی است و یا منظور، عقدهای معین است و عقدهای بی نام را باید مشمول ماده ۵۷ دانست؟ از سوی دیگر، عبارت «هر گونه نقل و انتقال» در صدر ماده ۵۶ را چگونه باید تحلیل کرد و آیا این عبارت، هر نوع نقل و انتقال در هر قالب را دربرنمی‌گیرد؟ در واقع باید گفت معیار و ملاک مشخصی برای تعیین قالب معامله با توجه به کلی گویی قانونگذار نمی‌توان به دست داد تا آن را مشمول یکی از این دو ماده نماید.

با عنایت به اینکه نمی‌توان قانونگذار را مرتکب عمل لغو دانست و به مقتضای قاعده «الجمع مهما امکن، اولی من الطرح» می‌توان به این نکته اشاره کرد که منظور قانونگذار در ماده ۵۶، همان «عدم نفوذ» است که با اصطلاح «بطلان به معنای عام» بیان شده است چنانکه مشابه این ماده در ماده ۲۱۲ قانون مدنی به نوعی بیان شده است. در این ماده، همه معاملات صغیر با وجود اینکه قانونگذار کلمه بطلان را به کار برده، باطل محسوب نمی‌شوند. به علاوه، عقد باطل، عقدی است که فاقد یکی از رکن های عقد یا فاقد یکی از شرایط صحت معامله باشد.

حقیقت این است که مصالح عالی تری به جز منافع خصوصی طرف های دعوا متصور نیست که عدم نفوذ انتقال را به طور مطلق ایجاب کند. مدعی با توقیف مال خوانده، فقط این حق را دارا می‌شود که در صورت پیروزی در دعوا آن را به فروش برساند. آیا چنین حقی را نمی‌توان استنباط کرد؟ اگر این توقیف فقط برای حفظ حقوق مدعی است، اگر مدعی چنین معامله ای را به سود خود دید، چرا نتواند آن را تنفیذ کند؟ چرا انتقال گیرنده دارای حسن نیت نتواند از چنین پیشامدهایی استفاده کند؟ سرانجام اگر حقی برای مدعی به اثبات نرسد، چرا چنین معامله ای را نسبت به اموال خوانده تنها به این علت که در ظاهر متعلق حق مدعی بوده و در واقع چنین نبوده اند باطل فرض کنیم؟

باید گفت با انعقاد عقد رهن، عین مرهونه، به طور قطع، متعلق حق مرتهن قرار می‌گیرد. به همین دلیل است که وی نسبت به این اموال بر هر طلبکاری اولویت می‌یابد. با وجود این، اگر راهن عین مرهونه را بدون اجازه مرتهن به دیگری انتقال دهد، قانونگذار چنین معامله ای را غیر نافذ می‌داند در حالی که در مستحق بودن مرتهن نسبت به عین مرهونه هیچگونه تردیدی وجود ندارد. نسبت به مال توقیف شده نیز می‌توان از این ملاک استفاده کرد و چنین معامله ای را غیر نافذ دانست زیرا در اینجا قطع و یقینی نسبت به اینکه مال توقیف شده متعلق حق مدعی است وجود ندارد. چه بسا، مدعی در دعوا محکوم شده یا به هر دلیلی، از مال توقیف شده، رفع اثر شود و حقی برای مدعی حاصل نشود.

نکته ای که به عنوان مکمل مباحث پیش گفته در مورد معامله مال توقیف شده می‌توان ذکر کرد، این است که اگر طرف معامله از این توقیف آگاه نبوده در این حالت، مبادرت به معامله کند، حق بر هم زدن معامله را خواهد داشت. در این فرض، وی می‌تواند خسارت های ناشی از این امر را مطابق قواعد و احکام مسئولیت مدنی دریافت دارد اما اگر طرف معامله از توقیف



مال آگاه بوده و با وجود چنین علمی، مبادرت به معامله این مال کرده باشد، اقدام به ضرر خود کرده و نه تنها نمی تواند اقدام به برهم زدن معامله کند بلکه حق دریافت خسارتی بابت انعقاد این معامله را نیز ندارد.<sup>۲۳</sup>

مقوله دیگری که باید مورد اشاره قرار گیرد، این است که معامله مال توقیف شده (بازداشتی)، در حقوق ایران، علاوه بر جنبه حقوقی، جنبه کیفری نیز دارد یعنی قانونگذار، انتقال چنین مالی به صورت معامله را جرم انگاری و با مجازات، روبرو کرده است. به این جنبه، در قسمت بعد، پرداخته خواهد شد.

## ۲-۲ جنبه کیفری معامله مال توقیف شده (بازداشتی)

به موجب ماده ۶۶۳ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵، «هر کس عالماً در اشیاء و اموالی که توسط مقامات ذیصلاح توقیف شده است و بدون اجازه، دخالت یا تصرفی نماید که منافی توقیف باشد ولو مداخله کننده یا متصرف یا مالک آن باشد، به حبس از سه ماه تا یک سال محکوم می شود.» بر اساس این ماده، اگر محکوم علیه یا شخصی که مال او - برای مثال - در اجرای تأمین خواسته توقیف شده است، نسبت به مال توقیف شده معامله ای کند، نظر به اینکه این معامله نوعی دخالت یا تصرف محسوب می شود، عمل وی، مشمول ماده قانونی مورد اشاره بوده و جرم محسوب می شود.

در مورد این جنبه از معامله مال توقیف شده، باید به نکاتی توجه داشت:

موضوع جرم، اشیاء و اموال توقیف شده است اعم از منقول و غیر منقول. موضوع این جرم، هم مال است و هم شیء. زیرا مبنا و فلسفه تأسیس این ماده، دخالت یا تصرفی در اموالی است که مقام های صلاحیتدار توقیف کرده اند. اهمیتی ندارد که مال توقیف شده دارای ارزش اقتصادی باشد یا خیر. بنابراین، اگر مقام های ذیصلاح، اقدام به توقیف یک محموله مشروبات الکلی که قانوناً و شرعاً فاقد جنبه مالیت است، کنند و سپس، دیگری بدون اجازه در آن ها دخالت یا تصرفی کند که منافی توقیف باشد، عمل وی، مشمول این ماده قرار خواهد گرفت. مال یا شیء را باید مقام های ذیصلاح قانونی و قضایی توقیف کرده باشند و بنابراین اگر مقام ناصالح، مال یا شیء را توقیف کرده باشند، انجام معامله نسبت به آن، جرم نیست. دستور توقیف نیز باید به صورت قانونی و مطابق مقررات صادر شده باشد. پس اگر مقام صلاحیتدار قانونی و قضایی، بر خلاف قانون، دستور توقیف داده باشد، معامله مال توقیف شده، جرم نخواهد بود.

رفتار مرتکب این جرم، دخالت یا تصرف است و انجام معامله نسبت به مال توقیفی نیز نوعی تصرف در آن است. از سوی دیگر، معامله باید پس از توقیف مال صورت گیرد تا بتواند مشمول این ماده شود. بنابراین، اگر معامله، همزمان یا قبل از توقیف صورت گیرد، جرمی رخ نداده است.

با توجه به عبارت «هر کس» در ابتدای ماده، نسبت مرتکب نسبت به مال در تحقق جرم، اثری ندارد و بنابراین، مرتکب می تواند متصرف یا مالک مال توقیف شده باشد و یا سایر افرادی به جز این دو نفر. بنابراین، ذکر عبارت «ولو مداخله کننده، متصرف یا مالک آن باشد» در ماده مورد اشاره، برای تأکید بر شمول جرم بر متصرف و مالک است.

جرم موضوع این ماده، یک جرم عمدی است یعنی شخصی باید از روی علم و به عمد در مال توقیف شده دخالت و تصرف کند. در نتیجه، باید از توقیف بودن مال آگاه باشد و جهل به این موضوع، سالب قصد و عمد مداخله کننده بوده و موجب عدم تحقق جرم خواهد شد هر چند تصرف یا مداخله، از روی اراده و اختیار وی بوده باشد.<sup>۲۴</sup>

نتیجه گیری

وضعیت حقوقی معاملات نسبت به مال مرهونه، با توجه به رواج رهن در جامعه، از جمله مسائل مبتلا به نظام حقوقی کشورمان می باشد. قانون گذار ایران حکم تصرفات رهن در مال مرهونه را به اجمال در مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی بیان نموده است؛

۲۳ پهلوزاده، عباس و علی نظری، آثار حقوقی انتقال مال توقیف شده، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۱، زمستان ۱۳۸۶، صص ۱۱۹-

۱۲۸

۲۴ میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای اختصاصی، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، نشر دادگستر، چاپ چهل و نهم، ۱۳۹۸، ص

۲۸۲

زیرا در ماده ۷۹۳ تنها مانع تصرف رهن را ضرر به مرتهن دانسته است، در حالی که در ماده ۷۹۴ علاوه بر منافی نبودن با حقوق مرتهن، قید نافع بودن برای رهن را نیز ذکر کرده است.

عین مال مرهونه بعد از قبض در اختیار رهن قرار می گیرد، ممکن است از جانب رهن نسبت به آن مال معاملاتی انجام گیرد که منتهی به نقل و انتقال آن گردد، آیا مالک حق اینگونه تصرفات در عین مرهونه را دارد یا خیر؟ اگر نتیجه منفی است ضمانت اجرای این منع بطلان است یا عدم نفوذ؟ و اگر پاسخ به آن مثبت است آیا اعمال آن مطلق است یا مقید به حفظ حقوق مرتهن می باشد؟ پاسخ به این سواها این است که بسته به تعیین حدود تصرفات رهن در عین مرهونه دارد قانونگذار ما در ماده ۷۹۳ و ۷۴۹ قانون مدنی به بیان این حدود پرداخته است اما ملاک و معیار مشخصی را در این خصوص ارائه نداده است زیرا در ماده ۷۹۳ ق.م تنها مانع رهن را «ضرر به مرتهن» دانسته است و در ماده ۷۹۴ ق.م شرط «نافع بودن» در رهن را برای تصرف لازم دانسته است.

بین مواد ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی تعارضی وجود ندارد؛ زیرا ماده ۵۶ ناظر بر عقود است که به موجب آن مالکیت منتقل می شود و یا به موجب قرار داد، حق عینی در مال مرهونه برای مرتهن به وجود می آید؛ لکن ماده ۵۷ ق.ا.م مربوط به عقود غیر نافله است یعنی با بقاء مالکیت نسبت به مال توقیف شده و به ضرر محکوم له معامله ای انجام شود مانند واگذاری حق انتفاع به عقد اجاره و غیره؛ بنابراین با ملحوظ داشتن نظریه مشورتی شماره ۷۲۷/۹۲/۷ مورخ ۲۲/۴/۱۳۹۲ اداره کل حقوقی قوه قضاییه در رویه عملی قضات نیز تعارضی بین دو ماده مذکور وجود ندارد.

بعضی از عوامل ایجاد مالکیت متزلزل، عقود تملیکی هستند که سبب انتقال مالکیت به طور متزلزل می شوند و شخصی که از حق مالکیت متزلزل برخوردار است، پیش از انعقاد این عقود نسبت به عین، حق مالکیت ندارد. به عنوان مثال، عقد بیع شرط و عقد بیع با شرط فاسخ معلق، جزء آن دسته از عقود تملیکی هستند که مبیع را به مشتری تملیک می کنند و با انعقاد این عقود، مالکیت مبیع از بایع به مشتری منتقل می شود اما مالکیت ایجاد شده، متزلزل است. برخی از عوامل ایجاد مالکیت متزلزل، مالکیتی که سابقاً به صورت مستقر وجود داشته را به مالکیت متزلزل تبدیل می کنند مثلاً عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه، موجب می شود مالکیت مستقر بایع نسبت به مبیع به مالکیت متزلزل تبدیل شود. در معاملات با حق استرداد و عقد رهن نیز با چنین وضعیتی روبرو می شویم. بنابراین برخی از عوامل ایجاد مالکیت متزلزل، عقود هستند که سبب تملیک متزلزل عین می شوند و برخی، سبب تبدیل مالکیت مستقر به مالکیت متزلزل می گردند.

از محدودیت هایی که در اعمال تصرفات مالکانه در دوران تزلزل مالکیت در نظر گرفته می شود، لزوم تعیین مدت خیار که در ماده ۴۰۱ قانون مدنی به آن اشاره شده و لزوم تعیین زمان حصول معلق علیه در عقد معلق که بعضی از اساتید بر آن تأکید کرده اند، برداشت می شود. بنابراین الحاق ماده ای به قانون مبنی بر لزوم تعیین زمان حصول معلق علیه در عقد معلق، مفید به نظر می رسد.

## منابع

- اسلامی، علی، ترجمه تحریرالوسیله امام خمینی (ره)، جلد سوم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ سوم، ۱۳۹۲.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامیه، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۲.
- امینی، منصور و حسین اعظمی چهاربرج، وضعیت حقوقی معاملات معارض با قرارداد تعهد به فروش عین معین، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۴۷، بهار و تابستان ۱۳۸۷.
- پهلوزاده، عباس و علی نظری، آثار حقوقی انتقال مال توقیف شده، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۶۱، زمستان ۱۳۸۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی (رهن و صلح)، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۹۳.
- جعفری، جلال، تصرفات رهن منافی با حقوق مرتهن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ۱۳۸۴.
- جعفری، جلال، تصرفات رهن منافی با حقوق مرتهن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران شمال، ۱۳۸۴.

- شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات طه، چاپ نوزدهم، ۱۳۸۴.
- صادقی گلدار، احمد، معاملات رهنی در قانون مدنی و قانون ثبت، فصلنامه حق، دفتر هشتم، نشر دانشکده علوم قضایی، ۱۳۶۵.
- صفایی، سید حسین و سید مرتضی قاسم زاده، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، انتشارات میزان، چاپ نوزدهم، ۱۳۹۲.
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، نشر امیرکبیر، چاپ دهم، ۱۳۴۲.
- عسگری، حکمت الله، معاملات با حق استرداد در گذر زمان، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۱.
- فخر طوسی، جواد، در محضر شیخ انصاری، جلد ۲۱، نشر مرتضی، چاپ پنجم، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود رهنی، جلد اول، انتشارات بهنشر، چاپ ششم، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (عقود اذنی - وثیقه های دین)، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی (معاملات معوض - عقود تملیکی)، شرکت سهامی انتشار، چاپ نهم، ۱۳۸۴.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، انتشارات بهنشر، چاپ سی و هشتم، ۱۳۹۳.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، انتشارات بهنشر، چاپ شانزدهم، ۱۳۸۳.
- لنکرانی، فاضل، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، جلد اول، مرکز فقهی ائمه اطهار (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۵ ه.ق.
- متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰ (بخش حقوقی)، نشر کیهان، بی تا.
- محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی (مالکیت، مسئولیت)، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ پانزدهم، ۱۳۸۶.
- محمدی خراسانی، علی، عقد رهن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.
- میرمحمدصادقی، حسین، حقوق جزای اختصاصی، جرائم علیه امنیت و آسایش عمومی، نشر دادگستر، چاپ چهل و نهم، ۱۳۹۸.