

## پاسخ به پرسش‌های ۲۸۸ و ۲۸۹

صدور حکم بر ابطال رأی کمیسیون مذکور عملیات انجام شده بلا اثر می‌شود و سندی که بر اساس اجرای مقررات به نام دولت صادر شده باطل می‌گردد و اساساً با صدور چنین حکمی دعوایی باقی نمی‌ماند تا نیاز به طرح و رسیدگی باشد و اختلافی در ابطال سند نیست تا نیاز به رسیدگی داشته باشد و چنین تکلیفی برای مالک اولیه بلاوجه است. نظریه اکثریت - رأی دادگاه جنبه اعلامی داشته و اجراء ندارد. به موجب ماده ۶ این قانون ادارات ثبت تکلیف به صدور سند به نام دولت دارند لیکن برای ابطال آن در قانون چنین وظیفه‌ای را برای این ادارات معین نگردیده است و حکمی هم در این باب صادر نشده و اصولاً تقاضایی هم از سوی خواهان در این باب نشده است مضافاً اینکه این ایراد وقتی شدت می‌گیرد که ملک به غیر منتقل و سند به نام او صادر شده است از طرفی چنانچه اداره ثبت در فرض مسأله از ابطال سند خودداری کند نمی‌توان مسؤول امر را به عنوان مستنکف از اجرای احکام قضایی تحت تعقیب قرار داد.

**آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):**  
اولاً - تشخیص و اعلام زمینهای موات توسط مرجع ذی صلاح (کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری سال ۱۳۶۶) موجب زوال مالکیت اشخاص بر زمین مزبور شده و قطع نظر از اینکه مالک آن چه شخصی باشد رابطه اعتباری میان ملک و مالک معنون در سند مالکیت را قطع می‌نماید بویژه آنکه چنین وضعیتی یعنی صدور رأی کمیسیون ماده ۱۲ بر اعلام موات بودن زمین نیز اثر فقهقراعی داشته و تصرفات حقوقی و آثار گذشته را کان لم یکن می‌کند زیرا با تشخیص موات بودن زمین کشف می‌گردد که زمین مزبور در زمان سابق اساساً توسط اشخاص قابلیت تملک و نقل و انتقال نداشته تا به واسطه آن بتوان سند مالکیت اخذ نمود. مؤید این مطلب مقدمه قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن

**سؤال ۲۸۸- آیا حکم دادگاه مبنی بر ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری مثبت بقای مالکیت محکوم له است و نیازی به اقامه دعوای مجدد جهت ابطال سند صادره شده به نام دولت ندارد؟**

**آقای آدابی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران)؛ اظهار عقیده اکثریت - نظریه به این که خواسته خواهان صرفاً ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری می‌باشد نه ابطال سند مالکیتی که به نام دولت صادر شده است لذا به نظر می‌رسد که برای ابطال سند مالکیت دولت، مالک باید دادخواست جدیدی به دادگاه صالح تقدیم نماید. نظر اقلیت - هر چند که در قانون زمین شهری و آیین نامه اجرایی قانون به کرات آمده است که پس از صدور حکم بر موات بودن زمین، سند مالکیتی که به نام اشخاص صادر شده باطل و ادارات ثبت مکلفند سند جدید به نام دولت صادر نمایند و در مواردی که دادگاه حکم به ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری صادر می‌نماید و قانونگذار به نحو صریح در خصوص سند مالکیت صادر شده به نام دولت تعیین تکلیف نکرده است لیکن با توجه به اینکه اثر حکم صادره در حقیقت به منزله اثبات مالکیت خواهان می‌باشد و از طرفی ادارات ثبت اسناد مکلف به اجرای دستور مقام قضایی هستند و اینکه سند مالکیت دولت نیز صرفاً بر اساس نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری صادر شده است و مبنای صدور سند نیز به موجب رأی دادگاه باطل گردیده است لذا به نظر می‌رسد که ابطال سند صادر شده به نام دولت نیاز به دعوای جدید ندارد. آقای سفلائی (دادگستری هشتگرد): نظریه اقلیت: ابطال سند مالکیت نتیجه رأی بر ابطال رأی کمیسیون موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری است مالکیت مالک بر اثر اجرای مقررات نفی شده و با**



**آقای سید رضایی** - دادن سند رسمی یک تأسیس حقوقی است و تشریفات خاص دارد یعنی مالک کسی است که سند به نام وی باشد پس برای ابطال سند هم باید مستقلاً طرح دعوا شود که بعد بتوان اعتراض ثالث را هم مطرح نمود.

نهایتاً نظر اکثریت قضات مجتمع مذکور این است که هم برای ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ زمین شهری و هم برای ابطال سند صادره به نام دولت باید طرح دعوا شود.

**آقای سید عباس موسوی (مجتمع قضایی بعثت):** دعاوی حقوقی مستلزم جری تشریفات خاصی است و نتیجه رسیدگی به دعوی حقوقی تابع خواسته مطروحه در دادخواست است و لذا نمی توان بیش از موضوع خواسته حکم صادر نمود یا عملیاتی خارج از خواسته دعوا معمول داشت بخصوص که موضوع ابطال سند رسمی باشد که واجد آثار و اعتبار خاصی است اساساً تحصیل این نتیجه که سند رسمی باطل شده مستلزم وجود یک دعوی توافقی و حضور و دخالت دولت یا نماینده دولت است که سند آن مورد تعلیل و رسیدگی قرار می گیرد بنابراین مقررات ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی واگذاری دولت و نهادهای مواد ۱۲ و ۶ قانون زمین شهری و ماده ۳۹ قانون اجرای احکام مدنی مفید این معنی نیست که با تحصیل حکم دادگاه مبنی بر ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری نیاز ذی نفع در تثبیت مالکیت خود به طرح دعوی مجدد برای ابطال سند صادره به نام دولت رفع شده است بلکه مستتب از بند ۵ ماده ۱۹ آیین نامه قانون زمین شهری و بند ج این ماده و ماده ۹ قانون زمین شهری و ماده ۷۱ قانون دفاتر رسمی و قانون سردفتران و دفتر یاران و عموماً قانونی دیگر ذی نفع از حکم دادگاه باید به استناد آن دعوی علی حده مبنی بر ابطال سند رسمی دولت و صدور سند رسمی به نام خود را مطرح نماید.

**آقای طاهری** - این سؤال سابقه تاریخی دارد، ابطال نظریه کمیسیون جنبه اعلامی دارد البته از نظر بعضی حقوقدانان هم جنبه اجرایی دارد به هر حال اگر خواهان غیر از ابطال نظریه کمیسیون خواسته بیشتری نداشته باشد دادگاه فارغ از رسیدگی است و اگر خواهان هر دو موضوع ابطال نظریه و ابطال سند را خواسته باشد دادگاه رأی می دهد به عبارتی برای ابطال سند نیز دادخواست ماهیتی باید تقدیم گردد.

**آقای بنفشه:** با لحاظ مقررات بند ۵ ماده ۱۹ آیین نامه اجرایی قانون زمین شهری مصوب ۷۱/۳/۲۴ هیأت وزیران و نظر به اینکه ابطال رأی کمیسیون ماده ۱۲ به طرفیت سازمان مسکن و شهرسازی مطرح می شود و دفاعیات خواننده مورد توجه قرار می گیرد و حکم مقتضی بر این مبنا صادر می شود و نتیجه و اثر حکم صادره مبنی بر ابطال رأی کمیسیون ماده ۱۲ در حقیقت به معنای ابطال سند مالکیت صادره به نام دولت و اعاده وضع به حالت سابق است ظاهراً ضرورتی به اقامه دعوی مجدد جهت ابطال سند مالکیت صادره به نام مسکن و شهرسازی نیست مشروط به اینکه پس از صدور سند مالکیت به نام سازمان مسکن و شهرسازی به دیگری منتقل نشده باشد.

**آقای طاهری** - اگر از دولت به افراد دیگری منتقل شده باشد چه؟  
**آقای بنفشه:** این طور نمی شود نیاز به دعوی مجدد دارد.

**آقای دکتر پورنوری** - فرض سؤال وقتی است که سند به نام دولت شده باشد به نظر می رسد تقاضای ابطال سند باید بشود.

۱- طبق بند ۵ ماده ۱۹ آیین نامه قانون زمین شهری در مواردی که زمین بر اساس نظر وزارت مسکن و شهرسازی موات تشخیص داده شود و ادارات ثبت مکلفند به درخواست وزارت مسکن و شهرسازی قبل از قطعیت نظریه مرقوم سند مالکیت آن را به نام دولت به نمایندگی وزارت مسکن شهرسازی صادر نمایند در صورتی که بر اساس رأی قطعی دادگاه زمین غیر موات تشخیص داده شود در شهرهای مشمول

مصوب ۵۸/۴/۵ شورای انقلاب، لایحه قانونی موسوم به لایحه قانونی انتقال مطالبات اشخاص از بابت اراضی موات شهری مصوب ۵۸/۷/۱۸ تبصره ماده ۵ قانون اراضی شهری مصوب ۶۰/۱۲/۲۷ و تبصره ماده ۶ قانون زمین شهری مصوب ۶۶/۶/۲۲ می باشد که مطابق مستندات فوق زمینهای موات فاقد وصف مالکیت و تملک توسط اشخاص خصوصی، عمومی و دولتی شناخته شده و در اختیار هیچ شخصی بجز دولت جمهوری اسلامی قرار نمی گیرد (ماده ۶ قانون زمین شهری) بنابراین انتفای وصف مالکیت، قطع نظر از مالک آن مستقیماً متوجه زمین می گردد.

ثانیاً- حکم دادگاه دایر بر ابطال رأی کمیسیون ماده ۱۲ صرفاً این اثر را دارد که از رأی کمیسیون رفع اثر می کند لیکن صرف صدور این حکم (ابطال رأی کمیسیون ماده ۱۲)، این اندازه قدرت ندارد که بدون درخواست خواهان اقدامات و عملیات و معاملات بعدی را در اجرای حکم بطلان رأی کمیسیون باطل و بی اعتبار نماید فی المثل هرگاه در اجرای رأی کمیسیون ماده ۱۲ دایر بر موات بودن زمین سند مالکیت به نام دولت صادر شود و دولت نیز متعاقباً زمین مزبور را به شخص یا اشخاص ثالث منتقل نماید با حکم به ابطال رأی کمیسیون نمی توان ابطال اسناد رسمی تنظیمی به نام دولت و متعاقباً اشخاص ثالث را اجراء نمود زیرا مطابق اصول حاکم بر نحوه اقامه دعوا و دادرسی مدنی و از جمله ماده ۲ و شقوق ۳ و ۴ و ۵ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی جدید مصوب ۷۹/۱/۲۱ مادام که خواسته و درخواستی طی دادخواست طرح و تقدیم نگردد دادگاه تکلیفی به رسیدگی و صدور حکم در آن خصوص نخواهد داشت به عبارت دیگر موضوع و نتیجه احکام صادره از دادگاهها تابعی از خواسته و دعوی مطروحه است (ماده ۶ قانون اجرای احکام مدنی) و تا موضوع و خواسته ای طرح و درخواست نگردد مورد رسیدگی و موضوع حکم دادگاه نیز قرار نخواهد گرفت و در نتیجه مادام که امری موضوع حکم قرار نگیرد اقدامی نیز در جهت اجرای آن متصور نیست بنابراین ضرورت دارد خواهان علاوه بر خواسته ابطال رأی کمیسیون ماده ۱۲ دادخواستی دایر بر ابطال و بی اعتباری سند رسمی تنظیمی به نام دولت و عند الاقتضاء اعلام بطلان و بی اعتباری نقل و انتقالات بعدی را به طرفیت سازمان مسکن و شهرسازی (نماینده دولت) و منتقل الیهیم بعدی تقدیم دارد تا دادگاه بتواند با احراز واقع در خصوص دعوی فوق حکم دهد بعلاوه به نظر می رسد علاوه بر خواسته های فوق لازم باشد خواسته اعلام اعتبار سند سابق یا صدور سند مالکیت جدید به نام خواهان نیز مورد طرح دعوا قرار گیرد.

ثالثاً- صدور حکم دایر بر اعلام بطلان و بی اعتباری سند اگر چه حسب ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی یک حکم اعلامی تلقی می شود و مستلزم انجام عملی از سوی محکوم علیه نیست و ادارات و

نمی توان بیش از موضوع خواسته حکم صادر نمود یا عملیاتی خارج از خواسته دعوا معمول داشت بخصوص که موضوع ابطال سند رسمی باشد که واجد آثار و اعتبار خاصی است

ضرورت بر اساس ماده ۹ قانون با مالک رفتار می شود و در سایر شهرها و شهرکهای کشور تبصره های ۷ و ۸ و ماده ۹ قابل اجرا است. ماده ۹ قانون مذکور نیز خلاصتاً مشعر بر این است که وزارت مسکن و شهرسازی موظف است زمینهای مورد نیاز خود جهت ساخت مسکن و خدمات عمومی را از محل اراضی موات و در شهرهایی که ضرورت آن حتمی است حتی از زمینهای بایر و دایر شهری تأمین نماید و در صورت اخیر مالک موظف است زمین خود را با تقویم دولت به آنها (دولت و شهرداریها) واگذار نماید. تبصره های ۷ و ۸ نیز مشعر بر این معنا هستند که دولت و شهرداریها می توانند برای اجرای طرحهای دولتی و تأسیسات عمومی زیر بنای خود را از زمینهای دایر اشخاص پس از تصویب طرح استفاده نمایند.

بند چ ماده ۱۹ آیین نامه مرقوم نیز خلاصتاً بر این معنا است که در صورتی که به تشخیص کمیسیون ماده ۱۲ اعتراض گردد و دادگاه حکم به ابطال آن صادر نماید و در نتیجه زمین دایر تشخیص داده شود مراجع تملک کننده با رعایت قانون و آیین نامه حقوق محکوم له را ادا می نمایند. لیکن پس از انقضای مدت ۵ سال اعتبار ماده ۹ قانون که طبق اجازه حضرت امام م تصویب شده بود از بین رفت و در سال ۱۳۷۱ طبق مصوبه مجمع تشخیص مصلحت نظام در خصوص تعیین تکلیف اراضی واگذاری دولت ... در مواردی که علی رغم صدور سند مالکیت اراضی به نام دولت اقدامات دستگاههای ذی ربط وسیله مراجع ذی صلاح ابطال شد یا بشود و با نوع زمین به موجب رأی دادگاه تغییر یافته یا بیاید سازمان ثبت اسناد مکلف است اسناد صادره را به نام دولت و یا خریداران اراضی از دولت حسب مورد با ذکر در متون ملاحظاتی دفتر املاک تنفیذ و اجبار نماید. البته ظاهراً مفاد این قانون به اقدامات ما قبل از تصویب آن سرایت دارد نه اقداماتی که بعداً روی اراضی انجام شود. علی ای حال مستفاد از مقررات این مواد این است که در زمان حکومت آنها ابطال اسناد مالکیت صادره به نام دولت و جهات قانونی نداشته و مالکین مستحق دریافت بهای زمین بوده اند فلذا متن تفهیمی برای مراجع دولتی و اداره ثبت در این خصوص وضع نگردید. مضاف بر اینکه با وضع مقررات مذکور است مصافح بر آنها تشخیص مصلحت دولت به نام دولت باید ابطال شود.

مخصوصاً می ۲- طبق ماده ۱۲ قانون زمین شهری در صورتی که در زمان حکومت آنها ابطال اسناد مالکیت صادره به نام دولت و جهات قانونی نداشته و مالکین مستحق دریافت بهای زمین بوده اند فلذا متن تفهیمی برای مراجع دولتی و اداره ثبت در این خصوص وضع نگردید. مضاف بر اینکه با وضع مقررات مذکور است مصافح بر آنها تشخیص مصلحت دولت به نام دولت باید ابطال شود. مخصوصاً می ۲- طبق ماده ۱۲ قانون زمین شهری در صورتی که در زمان حکومت آنها ابطال اسناد مالکیت صادره به نام دولت و جهات قانونی نداشته و مالکین مستحق دریافت بهای زمین بوده اند فلذا متن تفهیمی برای مراجع دولتی و اداره ثبت در این خصوص وضع نگردید. مضاف بر اینکه با وضع مقررات مذکور است مصافح بر آنها تشخیص مصلحت دولت به نام دولت باید ابطال شود.

به دفتر املاک و سند مالکیت موکول به صدور حکم نهایی و اعلام آن به سازمان ثبت اسناد و املاک کشور خواهد بود.

**آقای سروی (حوزه قضایی بخش قرچک):** بله مثبت بقای مالکیت محکوم له می باشد و نیازی به اقامه دعوی مجدد جهت ابطال سند صادره به نام دولت نمی باشد. وفق ماده واحده قانون تعیین تکلیف اراضی واگذاری دولت و نهادهای مصوب ۱۵/۱۲/۱۳۷۰ مجمع تشخیص مصلحت نظام، سازمان ثبت اسناد و املاک موظف به صدور سند به نام دولت و یا خریداران اراضی از دولت گردیده است ولیکن در قسمت الف ماده واحده مذکور مقرر گردیده است در صورت واگذاری املاک مزبور به اشخاص در صورتی که طبق احکام وزارت مسکن در آن احداث بنا به عمل آمده وزارت مسکن مکلف است بهای منطقه ای زمان ابلاغ این مصوبه در خصوص اراضی غیر موات را به صاحبان حق پرداخت نماید (توضیحاً اینکه ذکر بهای منطقه ای زمان ابلاغ این مصوبه حصری نمی باشد و علاوه بر آن شامل آینده نیز می گردد و دلیل آن مفاد متن ماده واحده می باشد که عنوان داشته است: نوع زمین به موجب رأی دادگاه تغییر یافته یا بیاید که ناظر بر آینده نیز می باشد) همچنین به موجب بند ب ماده واحده مزبور زمینهایی که وزارت مسکن عملیات آماده سازی را در آنها انجام داده لیکن به مردم تخصیص داده نشده در این صورت بهای کارشناسی روز این گونه اراضی به تاریخ این مصوبه بدون در نظر گرفتن ارزشهای ناشی از ورود زمین به محدوده ... به مالک پرداخت و یا معادل آن به بهای تمام شده زمین به مالک واگذار می گردد.

**آقای رفیعی (دادسرای عمومی و انقلاب ناحیه ۱۴ تهران):** نظریه کمیسیون موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری مشعر به تشخیص موات بودن ملک است نه ابطال سند سابق و صدور سند جدید به نام دولت و تشخیص موات بودن در دستگاه اجرایی نیاز به اقامه دعوا و رسیدگی ترافعی ندارد در حالی که دعوی بطلان سند نیاز به اقامه دعوی قضایی و رسیدگی ترافعی در دادگاه دارد و دعوی ابطال نظریه کمیسیون با دعوی ابطال سند ثبتی متفاوت است و قسمت وسطی ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ نیز بطلان سند را نیز به صدور حکم اعلامی از سوی دادگاه دانسته است و به موجب ماده ۲ قانون آیین دادرسی در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ هیچ دادگاهی نمی تواند به دعوی رسیدگی کند مگر اینکه شخص یا اشخاص ذی نفع یا وکیل یا قائم مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوی را برابر قانون درخواست نموده باشند.

**نظر به اینکه این رأی جنبه اعلامی دارد به اداره ثبت اسناد و املاک محل اعلام می شود اما اداره مذکور نمی تواند به استناد رأی فوق اقدام به ابطال سند مالکیت صادره به نام دولت نماید**

و از سوی دیگر کمیسیون موضوع ماده ۱۲ قانون زمین شهری در طول دادگاه رسیدگی کننده به اعتراض نمی باشد بلکه دادگاه رسیدگی به تشخیص و نظریه کمیسیون می نماید و در صورتی که دادگاه را در طول کمیسیون از حیث سلسله مراتب قضایی بدانیم بر خلاف اصل ۱۵۹ قانون اساسی می باشد و ماهیت موضوع مورد رسیدگی در دادگاه و کمیسیون متفاوت است و بنابراین صدور حکم بر ابطال نظریه کمیسیون جهت ابطال سند صادره به نام دولت کافی نمی باشد و نیاز به طرح دعوا از سوی خواهان در این خصوص و رسیدگی ماهوی می باشد.

**آقای مصباح (کانون وکلای دادگستری مرکز):** فرض سؤال بیان کننده این است که حکم صادره صرفاً در خصوص ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری بوده نه ابطال سند مالکیت صادره به نام دولت لذا لازم است در این خصوص به استناد حکم مذکور دعوی مجدد مبنی بر ابطال سند صادره به نام دولت اقامه شود.

**آقای شجاعیان (دادگستری دماوند):** حکم موضوع سؤال که صرفاً در خصوص ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری صادر گردیده اعلامی است که به ثبت اسناد محل اعلام می گردد چون اداره مذکور مجوزی برای ابطال سند به نام دولت ندارد نمی تواند در این خصوص اقدام نماید زیرا که ابطال سند مالکیت به نام دولت نیاز به حکم دادگاه و صدور اجرائیه دارد.

**آقای رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات):** در خصوص این سؤال بحث و تبادل نظر ارزشمندی صورت گرفت نظر اینجانب هم این است که صرف صدور حکم مبنی بر ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری کافی نیست تا سند مالکیت صادره به نام دولت نیز باطل شود بلکه باید در این خصوص دعوی مجددی اقامه شود اما اگر خواهان هر دو مورد را در یک دادخواست بخواهد می توان رسیدگی و حکم لازم صادر کرد.

نظریه اکثریت اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه (۸۲/۱۰/۴): از متن سؤال استنباط می شود که دادگاه بر اساس خواسته خواهان که صرفاً ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری بوده رسیدگی کرده و حکم بر ابطال نظریه مذکور صادر نموده است نظر به اینکه این رأی جنبه اعلامی دارد به اداره ثبت اسناد و املاک محل اعلام می شود اما اداره مذکور نمی تواند به استناد رأی فوق اقدام به ابطال سند مالکیت صادره به نام دولت نموده و سند جدید به نام خواهان صادر نماید زیرا که این اقدام نیاز به حکم دادگاه و صدور اجرائیه دارد بنابراین چون خواهان برابر

است هیچ دادگاهی نمی تواند در صدور رأی حکم به الزام فروشنده به فک رهن صادر کند زیرا چنین خواسته اساساً مطرح نشده تا دادگاه در این مورد انشای رأی نماید در واقع این تصمیم ایراد و مشکل جدی دارد دعوی حقوقی تشریفات خاص خود را دارد و نمی توان درموردی که اساساً مطرح نشده صدور حکم نمود ثانیاً دعوی فک رهن لزوماً بایستی به طرفیت بائع (صاحب عین مال) و مرتهن مطرح شود.

**نظر تعدادی از همکاران محترم مجتمع قضایی شهید بهشتی:**

آقای بنفشه - در این مورد با دو رأی اختلافی اتخاذ تصمیم شده است وحدت رویه در خصوص محل تجاری است اگر مالک راهن محل را اجاره دهد برای مستأجر حق کسب و پیشه ایجاد شده که باعث ورود ضرر به مرتهن می شود و به همین جهت گفته شده نمی توانند انتقال دهند در نتیجه نمی توان الزام کرد مگر مرتهن تنفیذ کند مانند بیع فضولی می باشد حال در مورد اماکن مسکونی به نظر می رسد فقط نام مالک تغییر می کند و با حفظ حقوق مرتهن خللی وارد نمی شود چون مرتهن حقوق خود را از مال مرهونه استیفاء خواهد کرد.

آقای فروزانمهر - در قانون مدنی ماده ۷۹۳ و در قانون اجرای احکام مدنی ماده ۵۶ وجود دارد چون قانون اجرای احکام مؤخر بر قانون مدنی است طبیعتاً در جایی که مغایرت دارد قانون اجرای احکام اجرا می شود در ماده ۵۶ قانون اجرای احکام گفته شده است که هر گونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلااثر است بنابراین اگر رهن قبل از معامله بوده وارد می شود و معتقدم معامله باطل است و حکم به بطلان صادر شود.

آقایان بنفشه و جمشیدی و . . . . . در قانون اجرای احکام مسأله توقیف مطرح است و موضوع فرق می کند و ارتباطی با رهن ندارد.

آقای فروزانمهر - کلمه رهنی در متن ماده آمده است. آقای دکتر پورنوری - در قانون اجرای احکام رهن در مورد توقیف است مصداق ماده ۷۹۳ قانون مدنی زمانی است که ملک در رهن است و سپس منتقل می شود، در اکثر محاکم قرار عدم استماع صادر می شود معامله باطل نیست بلکه درست است ولی اگر حکم صادر شود در اجرا با مشکل مواجه می شویم در هنگام تنظیم سند دفترخانه مفاصا حساب می خواهد در مورد ماده ۵۶ قانون اجرای احکام ملک توقیف شده سپس منتقل می شود به صورت قطعی یا رهنی که در اینجا معامله باطل است گاهی در بعضی محاکم الزام به تنظیم سند با حفظ حقوق مرتهن صادر شده که غیرقابل اجرامی باشد. آقای پهلوانی - عرف حاکم بر معاملات تأیید می کند.

آقای بنفشه - حکم اجرا می شود و همان رهن هم منتقل می شود (با حفظ حقوق مرتهن سند انتقال

تلف موضوع رهن گردد و در مانحن فیه و فرض سؤال با عنایت به اینکه انتقال عین مرهونه و تنظیم سند آن بدون حفظ حقوق مرتهن منافی با حقوق مرتهن می باشد لذا دعوی مذکور قابل استماع نمی باشد مگر اینکه عین مرهونه را با قید آنکه در رهن دیگری است واگذار نماید زیرا انتقال مزبور به هیچ وجه به حق مرتهن ضرری وارد نمی آورد و در خصوص شق دوم سؤال دعوی الزام به تنظیم سند رسمی کافی برای الزام فروشنده به فک رهن نمی باشد.

**آقای سیدعباس موسوی (مجتمع قضایی بعثت):**

نظریه اکثریت همکاران این مجتمع در مورد قسمت اول سؤال هر چند رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ باب طرح دعوا از سوی هر فرد ذی نفع را به طرفیت بائع نسبت به ملک مرهونه به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی آن ملک مسدود نموده است و این رأی از نظریه مشهور فقهای امامیه مبنی بر منع و غیرنافذ بودن تصرفات ناقل ملکیت منافی با حق مرتهن پیروی نموده است و لحن قانونگذار در مواد ۷۹۳ قانون مدنی و ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و ۳۴ مکرر اصلاحی قانون ثبت ۲۲۹ قانون امور حسبی از همین سیاست متابعت کرده اما به تحقیق اولاً این سیاست با منطق قضایی سازگاری ندارد زیرا یک حق عینی ذاتی که عین مال است فدا و تحت الشعاع یک حق عینی تبعی که حق رهن است می شود ثانیاً هیچ ایرادی ندارد که دعوی به طرفیت بائع مفتوح باشد و با حفظ حقوق مرتهن راجع به عین مال مرهونه اتخاذ تصمیم شود و با تفسیر موسع نصوص قانونی مرقوم می توان شبیه را مرتفع کرد دغدغه قانونگذار حفظ حقوق مرتهن است که می توان با مراعات این حق، حق شرعی و قانونی بائع را در انتقال سند رسمی هم محفوظ داشت و ثالثاً بسیاری از فقهای ما از جمله

حضرت آیت الله خویی و نیز علمای حقوق از جمله دکتر امامی و دکتر کاتوزیان با قید حفظ فروش و انتقال عین مرهون را مردود ندانسته اند

حضرت آیت الله خویی و نیز علمای حقوق از جمله دکتر امامی و دکتر کاتوزیان با قید حفظ حقوق مرتهن و به صورت مستدل فروش و انتقال عین مرهون را مردود ندانسته اند و رویه محاکم نیز در همین راستا حرکت می کند که شاهد مثال آن رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۷۶/۱۲/۱۲ می باشد.

نظریه اقلیت: از آنجا که متن سؤال به طور واضح الزام به تنظیم سند را با حفظ حقوق مرتهن مطرح نکرده است لذا اگر دعوا به همین شکل کلی مطرح شود با توجه به نصوص قانونی و رأی وحدت رویه که حکم قانون را دارد مواجه با عدم استماع خواهد بود.

نظریه اکثریت همکاران مجتمع قضایی بعثت در مورد

قسمت دوم سؤال:

اولاً وقتی خواسته دعوا الزام به تنظیم سند رسمی

اصول حاکم بر نحوه اقامه دعوا و دادرسی مدنی از جمله ماده ۲ و شقوق ۳ و ۴ و ۵ ماده ۵۱ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۷۹ در خصوص ابطال سند مالکیت صادره به نام دولت اقامه دعوا نموده و حکمی در این خصوص صادر نشده و از طرفی هم ممکن است ملک مذکور به غیر نیز منتقل و سند به نام او صادر شده باشد لذا می توان گفت صرف صدور حکم مبنی بر ابطال نظریه کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری مثبت بقای مالکیت خواهان نبوده بلکه لازم است نامبرده به استناد رأی مذکور با طرح دعوی مجدد مبنی بر ابطال سند مالکیت صادره به نام دولت و صدور سند جدید به نام خود اقدام نموده تا دادگاه پس از رسیدگی ماهوی حکم مقتضی صادر نماید بدیهی است با صدور حکم به نفع خواهان و صدور اجرائیه اداره ثبت اسناد مکلف به صدور سند جدید به نام وی خواهد بود.

نظریه اقلیت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه (۱۰/۴/۸۲): نظر به اینکه اولاً عقاید حقوقدانان در خصوص اینکه ابطال رأی کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری صرفاً جنبه اعلامی دارد یا اجرائی متفاوت است. ثانیاً چون مبنای

صدور سند مالکیت به نام دولت تنها بر اساس رأی کمیسیون ماده ۱۲ قانون زمین شهری بوده لذا با صدور حکم مبنی بر ابطال رأی کمیسیون مذکور در واقع مبنای سند مالکیت صادره به نام دولت باطل گردیده و نتیجه و اثر آن ابطال سند صادره به نام دولت و اعاده وضع به حالت سابق خواهد بود. ثالثاً اساساً با صدور چنین حکمی اختلافی در ابطال سند مالکیت مذکور نیست و در نتیجه دعوایی باقی نمی ماند تا نیاز به رسیدگی مجدد داشته باشد و مکلف کردن مالک اولیه به طرح دعوی مجدد بلاوجه می باشد.

**سؤال ۲۸۹- آیا دعوی الزام به تنظیم سند در خصوص ملک مرهونه به طرفیت بائع (با توجه به رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ و رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۷۶/۱۲/۱۲) قابل استماع است؟ و آیا این ادعا کافی برای الزام فروشنده به فک رهن می باشد؟**

آقای درخشان (دادرسی عمومی و انقلاب کرج): با توجه به ماده ۷۹۳ قانون مدنی که مقرر می دارد: (راهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن) و توجهاً به رأی وحدت رویه مذکور و اینکه در اثر رهن عین مرهونه وثیقه دین راهن قرار می گیرد تا چنانچه راهن دین خود را در موعد مقرر تأدیه ننمود مرتهن بتواند فروش آن را بخواهد و از ثمن فروش استیفاء طلب کند بنابراین راهن نمی تواند تصرفاتی نماید که موجب

تنظیم می شود).  
**آقای جمالی** - با رضایت مرتهن می شود.  
**آقای صوفی** - می توان الزام به فک رهن و سپس تنظیم سند را خواست.

**آقای ادریسیان** - وقتی در قانون معامله فضولی داریم و فقط نافذ نیست چطور مالک نمی تواند ملک خود را منتقل کند.

**آقای ...** - در سؤال آمده است منافی حق مرتهن باشد اکثراً بانکها مرتهن هستند گاهی صاحب اولیه فروخته و رفته و خریداران می خواهند سند به نام خودشان شود بانک هم هدفش گرفتن پول است وحدت رویه هم گفته در صورتی که منافی حق مرتهن نباشد پس اگر حقوق مرتهن رعایت شود ایرادی ندارد.

**آقای دکتر پورنوری** - اگر مرتهن رضایت بدهد می شود تقاضای الزام نمود.

**آقای مؤذنی** - اخیراً بانکها اعلام کرده اند وام را منتقل می کنند. در نتیجه نظر اکثریت قضات محترم بر غیرقابل استماع بودن دعوا است مگر اینکه مرتهن راضی به انتقال باشد.

**آقای سفلائی (دادگستری هشنگرد):**

در مورد قسمت نخست سؤال اتفاق نظر وجود دارد با این استدلال: ۱- اگر چه عقد قرض از عقود است که شخصیت طرف عقد مؤثر در وقوع آن است لیکن امروزه در رابطه بین راهن و مرتهن که فرد شایع و غالب آن بین مؤسسات مالی از قبیل بانکها و مؤسسات اعتباری است یا دیگر افراد اعم از حقوقی یا حقوقی هدف وام دهنده بازگشت وام پرداختی و سود آن است در واقع هدف حفظ حقوق مرتهن است.

از آنجایی که برای عقد رهن دو مبنا لحاظ شده برخی معتقدند مبنای عقد رهن حبس مال و محدود کردن سلطه مالکانه مالک است که در این صورت تصرفات ناقله منافات با مبنای عقد رهن دارد لذا طبق رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ چنین تصرفی غیرنافذ است.

نظر دیگر در مورد مبنای عقد رهن این است که هدف حفظ حقوق مرتهن است بنابراین عقیده هر گونه تصرف با حفظ حقوق مرتهن جایز است مرحوم سیدرضا همدانی در کتاب (مضیاج الفقهیه) این نظر را اتخاذ نموده و می گوید: «من سعه لو شرط بقاء حق المرتهن در این شرط برای اصراری شماره ۲۱ مورخ ۱۳۰۲/۱۲/۲۰» عموماً در ضمن قرارداد انتقال ملک به خریدار واقع می شود موضوع رهن در حقیقت حقوق مرتهن مورد معامله قرار گرفته و در قبال آن قیمتی قید و تکلیف آن معین می شود یا حداقل به عنوان شرط تبانی بین طرفین مطرح می شود.

۲- در حکمی که طبق رأی اصراری صادر می گردد فرستنده اجازت به فک رهن و تنظیم سند رسمی شده و قید حفظ حقوق مرتهن نیز تضمین برای حفظ این حقوق است بنابراین در صورت تنظیم سند رسمی لزوماً

باید از عین مرهونه فک رهن شده باشد با این وصف رأی صادره منافاتی با حق مرتهن ندارد و اساساً جایی برای حق مرتهن باقی نمی ماند ترتیب اجرای حکم، ممنوعیت مقرر در ماده ۷۹۳ قانون مدنی و همچنین عدم نفوذ مقرر در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ را مرتفع می نماید. ۴- عرف معمول در جامعه انجام چنین معاملاتی را پذیرفته است احساس نیاز عمومی موجب گردید که به فاصله کمی از صدور رأی وحدت رویه (که با اختلاف ناچیزی بین تعداد موافقتین و مخالفین به تصویب رسیده) رأی اصراری از سوی شعب حقوقی دیوان عالی کشور بر جواز چنین معاملاتی با حفظ حقوق مرتهن صادر گردید. ۵- پرداخت دین از ناحیه غیرمدیون نیز جایز است و هدف پرداخت دین به داین و استیفای حقوق او است. ۶- الزام به تنظیم سند منافاتی با حقوق مرتهن ندارد چون عملاً در دفتر اسناد رسمی مادام که در رهن است انتقالی صورت نمی گیرد. ۷- فرض تنافی بین انتقال عین مرهونه با حقوق مرتهن ناظر به موردی است که انتقال همراه با قبض و اقباض است در حالی که در فرض سؤال به موجب سند رسمی حقوق مرتهن محفوظ است.

در قسمت آخر سؤال بین همکاران محترم این دادگستری اختلاف نظر وجود دارد؛ مطابق نظر اقلیت:

با توجه به اینکه فک رهن از لوازم اجرای حکم تنظیم سند رسمی است مثل مفاصا حساب شهرداری و مالیاتی که نیاز به صدور حکم ندارد در این مورد نیازی به صدور حکم نمی باشد لذا با الزام به فک رهن و حفظ حقوق مرتهن می توان الزام به تنظیم سند نمود. نظر اکثریت - با توجه به اینکه فک رهن خود نوعی دعوا است و دادگاه محدود به درخواست خواهان مندرج در دادخواست می باشد و الزام به فک رهن در واقع موجب انحلال عقد رهن و یک رابطه حقوقی است لذا ضرورت دارد که خواهان در ضمن دادخواست درخواست فک رهن هم بنماید.

**آقای نهرینی (کانون وکلای دادگستری مرکز):**  
 اولاً- دعوی الزام خوانده (بیع) به تنظیم سند رسمی انتقال ملک غیرمنقول و صدور حکم بر پذیرش خواسته فوق صرفاً متضمن محکومیت بایع مستنکف به حضور در دفتر خانه اسناد رسمی و تنظیم و امضای سند رسمی انتقال است و حکم دادگاه به هیچ وجه مقدمات و لوازم تشریفات رسمی معامله را منتفی نمی سازد بنابراین خواه دادگاه همراه با الزام به تنظیم سند رسمی انتقال بایع را محکوم به تأدیه مبلغ مورد رهن سازد و خواه به مورد فوق حکم نکند دفترخانه اسناد رسمی مکلف است پس از تحصيل

و وصول کلیه مفاصا حسابهای قانونی و همچنین گواهی فک رهن و بازداشت نبودن ملک نسبت به تنظیم سند رسمی انتقال اقدام نماید و در صورت عدم حضور بایع در محضر رأی دادگاه صرفاً این اثر را دارد که جایگزین استنکاف محکوم علیه (بایع) شده و با معرفی نماینده قانونی از سوی دادگاه و من باب الحاکم ولی الممتنع سند را به نمایندگی از سوی محکوم علیه (بایع) به امضاء رساند ولی چنین حکمی به هیچ وجه مجوز عدم پرداخت مالیات نقل و انتقال عدم ضرورت استعلام دفتر خانه از سازمان ثبت در باب وضعیت پلاک ثبتی و یا معافیت از سایر مقدمات و لوازم تنظیم سند از جمله استعلام از سازمان زمین شهری به منظور احراز موات نبودن زمین مورد معامله نخواهد بود.

ثانیاً- حق مرتهن نسبت به عین مرهونه یک حق عینی است و با انتقال عین مرهونه به غیر این حق منتفی نشده و حق مرتهن را مخدوش نخواهد ساخت یکی از آثار عینی حق تعقیب و حق تقدم مرتهن در وصول طلب خویش از محل عین مرهونه است که به مرتهن حق و اختیاری دهد تا حق خود را تعقیب نموده و آن را در ید هر شخصی که یافت استیفاء و وصول نماید و مضافاً در صورت وجود طلبکاران دیگر مرتهن در وصول طلب خویش از محل عین مرهونه بر سایر غرما تقدم خواهد داشت.

ثالثاً- به نظر می رسد اینکه در ماده

۷۹۳ قانون مدنی تصریح شده که راهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن بیشتر در مورد اموال منقول و اموال غیرمنقول ثبت شده مصداق دارد چون در این دسته از اموال تصرف دلیل مالکیت است و با انتقال و تصرف مادی مال حق مرتهن نیز به

**از آنجایی که برای عقد رهن دو مبنا لحاظ شده برخی معتقدند مبنای عقد رهن حبس مال و محدود کردن سلطه مالکانه مالک است که در این صورت تصرفات ناقله منافات با مبنای عقد رهن دارد**

نوعی در معرض تضییع قرار می گیرد در حالی که این موضوع در املاک غیرمنقول ثبت شده جریان نمی یابد زیرا تصرف حقوقی (مانند بیع) در ملک مرهونه منافاتی با حق مرتهن ندارد توضیح اینکه همان طور که گفته شد چون ملک غیرمنقول ثبت شده در قید رهن قرار دارد معامله نسبت به آن همراه با قید رهن صورت می پذیرد و خریدار با قبول ملک که مقید به رهن می باشد آن را خریداری می نماید در نتیجه انتقال مال به غیر هیچ گاه حقوق مرتهن را زایل نمی سازد چه آنکه حق مرتهن یک حق عینی تلقی و در عین مرهونه مستقر است و یک حق دینی و شخصی نیست که با انتقال عین و یا تغییر شخص (مالک عین) وصول طلب را متعذر سازد در نتیجه با انتقال ملک منتقل الیه قائم مقام قانونی ناقل (راهن) تلقی و ضمن برخورداری از حقوق مالکانه مکلف است کلیه تعهدات ناقل ملک (مالک سابق) را در مقابل ذوی الحقوق ایفاء نماید

آقای رحیمی (مجتمع قضایی شهید مفتاح):

جان کلام این است که ملک مورد معامله متعلق به بائع بوده لیکن در رهن قرار داده شده است همکاران محترم این مجتمع معتقدند در این صورت دعوا الزام به تنظیم سند قابل پذیرش نیست اما اگر مرتهن معامله را تنفیذ کند دعوای مذکور قابل پذیرش می باشد لیکن طلب وی بدون وثیقه خواهد شد.

نظریه قریب به اتفاق اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه ۸۲/۹/۱۳ (در مورد قسمت اول سؤال): هر چند که لحن قانونگذار در مواد ۷۹۳ قانون مدنی و ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و ۳۴ مکرر اصلاحی ثبت و نیز ۲۹۹ قانون امور حسبی و مفاد رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۸/۲۰/۷۶ که از نظریه مشهور فقهای امانیه مبنی بر منع و غیرنافذ بودن چنین

معاملاتی پیروی کرده و طرح دعوای مذکور از سوی هر فردی نفع را به طرفیت بائع نسبت به ملک مرهونه به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی مسدود نموده اما نظر دیگر این است هدف حفظ حقوق مرتهن است لذا با حفظ این حقوق هر گونه تصرف در ملک مذکور جایز خواهد بود و می توان گفت این عقیده با منطق قضایی و رویه محاکم که شاهد مثال آن رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۷۶/۱۲/۱۲ می باشد و به فاصله کمی بعد از رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ صادر گردیده و نیز نظر بسیاری از فقهای ما از جمله نظر حضرت آیت الله خوئی و علمای حقوق از جمله دکتر امامی و دکتر کاتوزیان سازگاری دارد ضمن اینکه اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه هم در اظهار نظرهای خود همگی بر حفظ حقوق مرتهن تأکید داشته اند لذا با توجه به فرض سؤال رسیدگی به این دعوا بلامانع می باشد.

اما در خصوص قسمت دوم سؤال دو نظر ابراز گردید اکثریت اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه معتقد بودند چون فک رهن خود نوعی دعوا است و الزام به فک رهن در واقع موجب انحلال عقد رهن و یک رابطه حقوقی است لذا ضرورت دارد که خواهان ضمن تقدیم دادخواست الزام به تنظیم سند به عنوان دعوای دوم فک رهن را هم بخواهد لیکن اقلیت عقیده داشتند با توجه به اینکه فک رهن همانند مفاصحا حساب شهرداری و مالیاتی از لوازم اجرای حکم تنظیم سند رسمی است و نیز فرض بر این است که دادگاه رسیدگی کننده استحضار دارد که ملک موضوع دعوا در رهن است لذا به هنگام صدور حکم الزام به تنظیم سند رسمی یا آوردن قید حفظ حقوق مرتهن در حکم مراد حاصل است و نیاز به طرح دعوای جداگانه در این خصوص نمی باشد.

احتیاط عمل کرده است، در نتیجه ابهام برطرف نشده است در فرض سؤال باید حقوق راهن و مرتهن لحاظ شود بنابراین در چنین مواردی اقامه دعوا باید به صورت الزام فروشنده به فک رهن و تنظیم سند مطرح شود پس از رسیدگی در صورتی که امکان صدور حکم به فک رهن باشد الزام به تنظیم سند بلامانع خواهد بود در غیر این صورت چون حقوق مرتهن لحاظ نشده دعوی قابل پذیرش نخواهد بود.

آقای مرادی (مجتمع قضایی خانواده شماره یک): تمرکز بحث ما در اطراف رأی وحدت رویه یاد شده می باشد طبق مفاد رأی مذکور معامله مال مرهونه ممنوع است در اینجا دو فرض قابل تصور است یکی اینکه بیع بعد از قرار داد رهن واقع شود که در این صورت بیع باطل است و دادخواست الزام به تنظیم سند قابل پذیرش نیست و در فرض دوم بیع قبل از قرارداد رهن واقع شده در این صورت بیع صحیح است و پذیرش دادخواست الزام به تنظیم سند بلامانع است. آقای فراهانی (دادگاه تجدیدنظر):

همگی همکاران حاضر در جلسه موافق استماع دعوا بودند به جز دو نفر اقلیت که موافق استماع چنین دعوایی نبودند برای رد این دعوی صرفاً می نویسند با توجه به رهن بودن ملک بدون اینکه اثبات نمایند صدور حکم الزام به تنظیم سند چه منافاتی با حقوق مرتهن دارد؟ در حالی که مشهور فروش عین مرهونه را غیرنافذ می دانند و حضرت امام (ره) می فرمایند اگر جاهل به مرهونه بودن باشد حق خیار فسخ دارد یعنی معامله را نافذ می دانند لذا پذیرش چنین دعوای بلامانع است و باید به موضوع رسیدگی شود که انتقال به چه نحو بوده است و سپس رأی مقتضی صادر گردد. آقای حضرتی (دادگستری کرج): نظر همکاران:

در مورد قسمت اول سؤال باید گفت رأی اصراری یاد شده اجازه داده است که به دعوا رسیدگی شود و در هنگام تنظیم سند دفترخانه ها هستند که باید به تکالیف قانونی خود عمل نمایند و در خصوص وضعیت ملک موضوع حکم استعلامهای لازم را به عمل آورند تا در صورت لزوم سند تنظیم نمایند و اما در مورد قسمت دوم سؤال باید گفت حتماً خواسته (فک رهن) باید در ستون خواسته ذکر شود.

آقای رضوانفر (دادسرای انتظامی قضات): در موقعی که بائع نسبت به تنظیم سند امتناع می نماید و می گوید ملک در رهن است، خریدار ممکن است اقدام به طرح دعوا الزام به تنظیم سند نماید و اگر راضی نباشد ملک همچنان در رهن باشد باید این خواسته را نیز در دادخواست قید نماید تا دادگاه به موضوع رسیدگی کند در هر حال حقوق مرتهن باید حفظ شود.

همچنان که در عین مستاجر نیز مستأجر به لحاظ مالکیت بر منافع دارای چنین حقی است و در صورت انتقال عین به غیر منتقل الیه عین مستاجر قائم مقام مؤجر (مالک سابق) محسوب شده و باید با به رسمیت شناختن حق مستأجر تعهدات مؤجر را در برابر مستأجر به مرحله اجراء درآورد در این خصوص مواد ۵۳ و ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی و پاراگراف پنجم ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت اسناد و املاک اصلاحی مصوب ۱۳۵۱ قابل توجه است.

رابعاً دلیلی که موجب صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ شده نقصان قیمت و ارزش عین مرهونه است بدون اینکه اصل عین مورد تعرض قرار گیرد بنابراین چون در املاک تجاری ارزش عمده آن را سرقفلی تشکیل می دهد به همین جهت با انتقال سرقفلی عین مرهونه کاهش ارزش و نقصان قیمت پیدا کرده و مرتهن در زمان لازم نخواهد توانست طلب خود را از محل فروش عین مرهونه وصول نماید لهذا وجود این تناقض و تصرف مخالف حقوق مرتهن در فرض فوق قابل تصور است. مع ذلک رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۷۶/۱۲/۱۲ هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور با رأی وحدت رویه تعارضی ندارد چه آنکه خواهان (خریدار) می تواند با طرح دعوا الزام فروشنده به پرداخت دین مورد رهن در کنار دعوا الزام به تنظیم سند مقدمات فک رهن را فراهم آورد و در صورت استتکاف فروشنده (محکوم علیه) می توان از مجوز ماده ۲۶۷ قانون مدنی استفاده کرد و با تأدیه دین در مرحله اجرای حکم مانع از رفع و سند رسمی را تنظیم نمود (مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ و ۲۶۷) قانون مدنی و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مصوب سال ۱۳۵۶). خامساً حتی اگر فروشنده در عقد بیع تعهد بر تأدیه دیون از قبیل دین مورد رهن نیز ننماید این امر مانع طرح دعوا الزام به تنظیم سند نیست زیرا دادگاه می تواند حکم به الزام به تنظیم سند را با حفظ حقوق مرتهن صادر نماید بدین ترتیب که یا محکوم له در مرحله اجرای حکم و با مجوز ماده ۲۶۷ قانون مدنی طلب مرتهن را پرداخت و موجبات فک رهن و تنظیم سند رسمی را فراهم می آورد و یا اینکه در تنظیم سند رسمی انتقال سردفتر حق مرتهن و سند رهنی را قید می نماید تا از این طریق حقوق مرتهن حفظ گردد در نتیجه پاسخ به سؤال اول مثبت است و دعوای مزبور قابلیت استماع دارد.

سادساً در خصوص قسمت دوم سؤال به نظر می رسد که صرف دعوی الزام به تنظیم سند کافی برای الزام فروشنده به فک رهن نیست بلکه این امر می باید به عنوان خواسته و دعوی دوم صریحاً مطرح گردد زیرا با الزام به تنظیم سند نمی توان الزام به فک رهن را به تبع آن حکم داد مگر اینکه طبق مادتهای ۲ و ۵۱ آیین دادرسی مدنی جدید اقامه و درخواست شده باشد.

آقای شجاعیان (دادگستری دماوند): وحدت رویه یاد شده صریح نظر نداده است و با

هدف حفظ حقوق مرتهن است  
لذا با حفظ این حقوق  
هر گونه تصرف در ملک مذکور  
جایز خواهد بود  
و می توان گفت این عقیده  
با منطق قضایی و رویه محاکم  
سازگاری دارد