

**نگرشی به معاملات با حق استرداد و بررسی ماده ۳۴  
اصلاحی قانون ثبت و مقایسه آن با بعضی از مواد قانون مدنی**

---

ایرج نجفی\*



---

\*. مدیر کل ثبت اسناد و املاک آذربایجان غربی.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## نگرشی به معاملات با حق استرداد و بررسی ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و مقایسه آن با بعضی از مواد قانون مدنی

### مقدمه

قبل از ورود به بحث، باید تعریف جامعی از معاملات با حق استرداد و انواع آن داشته باشیم. حق استرداد، از نظر تعریف حقوقی «حقی است که، به موجب آن مدیون در معاملات با حق استرداد می‌تواند با رد طلب بستانکار، خود مال مورد وثیقه را تحت تصرف کامل خود درآورد.»<sup>۱</sup>

بنابراین معاملات و قراردادهایی که به موجب آن مال یا ملکی وثیقه دین یا به عنوان ضمانت قرار گرفته باشد، مشمول مقررات مربوط به معاملات با حق استرداد می‌باشد.<sup>۲</sup>

یکی از خصوصیات بارز معاملات با حق استرداد این است که مال مورد وثیقه به موجب این عقد، از مالکیت مالک اولیه خارج نمی‌گردد و به همین دلیل قانونگذار در ماده ۳۳ قانون ثبت، حق تقاضای ثبت ملک را به انتقال دهنده داده است. البته لازم به ذکر است که عنوان «معاملات با حق استرداد» اصطلاح حقوقی جدیدی است که در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت ایجاد شده است.

۱. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، شماره ۱۷۳۲.

۲. ماده ۱۱۳ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی.

تدوین مواد اخیر و ایجاد عنوان و اصطلاح جدید مذکور به منظور سلب اثر تملیکی از بیع شرط برای جلوگیری از تقلب نسبت به قانون صورت گرفت<sup>۱</sup> و معاملات وثیقه‌ای عنوان کلی دیگری است که به این نوع معاملات داده شده و آن عبارت است از:

«هر معامله‌ای که به موجب آن شخصی (اعم از اینکه مدیون باشد یا نه) عین مال منقول یا غیرمنقول خود را وثیقه انجام عملی قرار دهد خواه آن عمل رد طلب باشد یا عمل دیگر و خواه آن طلب ناشی از قرارداد باشد خواه نه»<sup>۲</sup>.

### بررسی اجمالی ماده ۳۴ قانون ثبت

عمده‌ترین عملیات اجرایی، مربوط به اسناد رسمی وثیقه‌ای (شرطی و رهنی) در قوانین ثبت، مربوط به ماده ۳۴ اصلاحی ۱۳۵۱ و تبصره‌های ذیل آن می‌باشد که ظاهراً با بعضی از قوانین مدنی از جمله مواد ۷۷۱، ۷۷۴، ۷۷۹، ۷۸۱ و... در تعارض بوده که در جای خود قابل بحث و بررسی است و در مقام مقایسه به بعضی از مواد آن ذیلاً اشاره می‌گردد. با توجه به ماده ۳۴ قانون ثبت، در معاملات شرطی و رهنی در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، بستانکار با مراجعه به دفترخانه تنظیم کننده سند، نسبت به صدور اجراییه اقدام خواهد کرد... و اجراییه صادره از طرف دفترخانه مذکور به اداره ثبت محل ارسال خواهد شد. البته پس از صدور اجراییه تکلیفی نیز به موجب قسمتی از تبصره ۳ ماده مذکور به عهده سران دفاتر گذاشته شده که بر اساس آن، دفاتر اسناد رسمی مکلفند پس از صدور اجراییه، از طریق پست سفارشی به آخرین نشانی متعهد مراتب را به وی اطلاع دهند.

از تاریخ ابلاغ اجراییه، بدهکار باید ظرف مدت ۸ ماه نسبت به پرداخت بدهی خود اقدام نماید و همچنین ظرف مدت ۶ ماه از تاریخ ابلاغ می‌تواند حراج ملک را از اداره ثبت تقاضا نماید که در مورد اموال منقول مهلت پرداخت بدهی ۴ ماه خواهد بود و تفاوت دیگری که با اموال غیر منقول دارد این است که در اموال منقول نیازی به تقاضای بدهکار

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، ج دوم، ص ۲۵۱.

۲. دکتر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، شماره ۵۲۹۴.

جهت حراج اموال وجود ندارد، بلکه خود به خود اموال منقول که به عنوان وثیقه قرار گرفته، از طریق اجرای ثبت به حراج گذاشته می‌شود و در صورت عدم فروش اموال مذکور به قیمتی بیش از طلب و خسارت و حقوق و عوارض قانونی، از طریق اجرای ثبت و با تنظیم صورت جلسه‌ای به بستانکار تحویل می‌گردد.

اما در مورد اموال غیر منقول اگر بدهکار ظرف مهلت ۶ ماه تقاضای حراج ننماید و یا در صورت انجام عملیات حراج و نبودن خریدار، با انقضاء مدت ۸ ماه، ملک مورد وثیقه با اخذ کلیه حقوق و عوارض قانونی و با رعایت تشریفات مربوط به ثبت سند رسمی به بستانکار انتقال می‌یابد، در این صورت، اجرای ثبت با تهیه پیش نویس سند انتقال اجرایی و ارسال آن به یکی از دفاتر اسناد رسمی با اعزام نماینده خود به قائم مقامی از طرف بدهکار نسبت به امضاء سند رسمی انتقال اقدام خواهد کرد.

اکنون در این قسمت لازم است که مفاد یکی از مواد مهم قانون مدنی را که در ارتباط با ماده ۳۴ قانون ثبت قابل تأمل و بررسی است، مورد بحث قرار دهیم.

#### بررسی ماده ۷۸۱ قانون مدنی و ارتباط آن با ماده ۳۴ قانون ثبت

با توجه به ماده ۷۸۱ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر مال مرهون به قیمتی بیش از طلب مرتهن فروخته شود مازاد مال مالک آن است و اگر برعکس، حاصل فروش کمتر باشد مرتهن باید برای نقیصه به رهن رجوع کند».

به نظر می‌رسد، این ماده قانونی دقیق و منصفانه با تصویب ماده ۳۴ ق.ت، نسخ ضمنی شده است. زیرا بر اساس ماده اخیر، در صورت نبودن خریدار در حراج و همچنین در صورت عدم وصول تقاضای حراج ظرف مهلت مقرر در قانون، پس از انقضاء مدت ۸ ماه مذکور در قانون، ملک به بستانکار واگذار خواهد شد.

در عمل نیز مشاهده می‌گردد که معمولاً بدهکار به امید گشایش در کار خود تقاضای حراج نمی‌نماید و یا اصولاً به علت عدم آگاهی بعضی از بدهکاران به مقررات قانونی، از این امتیاز استفاده نمی‌نمایند و در نتیجه پس از انقضاء مهلت قانونی، ملک به مرتهن انتقال می‌یابد و بدیهی است در اغلب موارد نیز توازن و تعادلی از لحاظ قیمت بین

ملک مورد وثیقه و طلب وجود ندارد و در این میان شخص راهن متضرر می‌گردد که البته عکس قضیه نیز گاهی متصور است و آن اینکه اگر به هر دلیلی مورد وثیقه تکافوی طلب بستانکار را ننماید و به علت نبودن خریدار، مورد وثیقه به بستانکار انتقال یا تحویل گردد در این صورت مرتهن دچار ضرر و زیان خواهد شد.

لازم به توضیح است که این نقیصه با وجود تبصره ۶ ماده ۳۴ ق. ت رفع گردیده است و به استناد آن مرتهن می‌تواند از مورد رهن اعراض، که در این صورت رهنه آزاد و عملیات اجرایی بر اساس اسناد ذمه‌ای جریان می‌یابد و در نتیجه بستانکار می‌تواند رهنه و سایر اموال بلامعارض مدیون را بازداشت نماید.

اما در مورد اعراض از رهن، به چند نکته مهم و اساسی باید توجه داشت:

**اول -** اینکه اعراض از رهن باید داخل در فرجه قانونی ۸ ماهه موضوع ماده ۳۴ ق. ت باشد. در غیر این صورت با انقضاء مدت مذکور، این حق نیز ساقط می‌گردد. (تبصره ذیل ماده ۱۳۰ آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی)

**دوم -** اگر اعراض قبل از صدور اجرائیه باشد، باید مرتهن به دفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند رسمی مراجعه و مراتب در ملاحظات ثبت سند قید و به امضای او برسد. و اگر بعد از صدور اجرائیه باشد، مراتب به اجرای ثبت محل کتباً اعلام و اداره ثبت مربوطه موضوع را به متعهد ابلاغ و سپس بر اساس اسناد ذمه‌ای به عملیات اجرائی ادامه می‌دهد. (ماده ۱۳۰ آیین نامه اجرا)

**سوم -** اگر اعراض از رهن در حین عملیات اجرایی باشد، اجرای ثبت مراتب را به دفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند رهنی اعلام، و پس از وصول اطلاع نامه فسخ، اگر موعد سند رهنی منقضی نشده باشد، هر چند مورد رهن آزاد و حق عینی طلبکار به حق ذمی تبدیل می‌شود، ولی صدور اجرائیه برای وصول طلب موکول به انقضای مدت مندرج در سند خواهد بود. (ماده ۱۳۱ آیین نامه اجرا)

**چهارم -** در صورتی که مازاد ملک مورد رهن از طرف شخص یا اشخاص ثالثی بازداشت شده باشد، در صورت اعراض از رهن و فسخ معامله رهنی، بازداشت مازاد به اصل تبدیل خواهد شد.

اما به هر طریق، اگر ماده ۳۴ قانون ثبت، با توجه دقیق و کامل به ماده ۷۸۱ ق.م.تدوین و موارد فوق در آن رعایت گردد، بدین ترتیب که در هر صورت مال مورد رهن از طریق مزایده به فروش رفته و مازاد مال مورد وثیقه نیز به راهن (مالک) مسترد گردد و در صورت نبودن خریدار، به قیمت کارشناسی و ارزیابی به مرتهن تحویل یا انتقال یابد و اگر مورد وثیقه تکافوی طلب مرتهن را ننمود، مرتهن به سایر اموال راهن رجوع نماید، به نظر می‌رسد که نقایص مذکور مرتفع خواهد شد.

لذا طرح کلی متن اصلاحی ماده ۳۴ که به نظر می‌رسد با توجه به شرایط امروز جامعه، اصلاح آن اجتناب‌ناپذیر است، به شرح ذیل پیشنهاد می‌گردد و هرچند که در لایحه پیشنهادی، جهت طرح در مراجع محترم قانونگذاری نیاز به دقت و غور بیشتر در الفاظ و اصطلاحات به کار رفته در متن ضروری است و احتمالاً موارد دیگری نیز باید در آن گنجانده شود و به نظر حقوقدانان و استادان محترم برسد ولی چهارچوب کلی ماده اصلاحی، با رعایت مواد قانون مدنی، می‌تواند به شرح زیر مطرح گردد:

#### ماده ۳۴ قانون ثبت (پیشنهادی)

در مورد کلیه معاملات با حق استرداد اعم از معاملات شرطی و رهنی و وثیقه‌ای و به طور کلی معاملات غیر قطعی، در قالب عقود اسلامی مشمول مقررات قانون عملیات بانکی بدون ربا، هرگاه بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد، بستانکار می‌تواند با مراجعه به دفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده سند، نسبت به صدور اجرائیه اقدام نماید.

دفترخانه مذکور بنا به درخواست بستانکار نسبت به صدور اجرائیه اقدام و ضمن اعلام موضوع به بدهکار به وسیله پست سفارشی، اجرائیه صادره را به اداره ثبت محل ارسال نماید و اداره ثبت مکلف است ظرف مدت ۴۸ ساعت از تاریخ تحویل اجرائیه، به طریق مقرر در قانون، نسبت به ابلاغ آن اقدام نماید.

چنانچه بدهکار ظرف مدت ۶ ماه از تاریخ ابلاغ اجرائیه، بدهی خود را نپردازد، ملک مورد رهن و وثیقه توسط کارشناس رسمی یا خبره محلی ارزیابی و پس از قطعیت ارزیابی، طی مدت یک ماه به وسیله اداره ثبت به مزایده گذاشته خواهد شد و پس از

پرداخت کلیه بدهی بستانکار برابر مبلغ مندرج در برگ اجرائیه و کلیه حقوق و عوارض قانونی دیگر، مازاد قیمت در صورتی که وجود داشته باشد، به بدهکار یا مالک مسترد و مال یا ملک مورد مزایده از طرف اجرای ثبت به خریدار تحویل یا انتقال یافته و طبق مقررات قانونی تخلیه و تحویل ملک انجام خواهد شد.

**تبصره ۱-** مزایده از مبلغ ارزیابی و حقوق و عوارض قانونی متعلقه شروع و به کمتر از آن فروخته نخواهد شد.

**تبصره ۲-** در صورت عدم وجود خریدار در جلسه مزایده، پس از ۳۰ روز عملیات مزایده، تجدید و در صورت نبودن خریدار، مال یا ملک به میزان طلب بستانکار به وی انتقال و تحویل و اگر مازاد قیمتی وجود داشته باشد به بدهکار مسترد می‌گردد.

**تبصره ۳-** در صورتی که مورد وثیقه، به هر دلیلی تکافوی طلب بستانکار را ننماید، بستانکار می‌تواند، قبل از انقضای مهلت ۶ ماهه مندرج در این قانون از رهن اعراض در این صورت مورد رهن آزاد و عملیات اجرائی بر اساس اسناد ذمه‌ای ادامه می‌یابد.

**تبصره ۴-** در صورتی که مازاد ملک مورد وثیقه و رهن، از طرف شخص یا اشخاص حقیقی و حقوقی دیگری بازداشت شده باشد، بر حسب اولویت تاریخ بازداشت، از مازاد احتمالی قیمت به بازداشت کنندگان مزبور به ترتیب پرداخت خواهد شد.

**تبصره ۵-** آئین نامه اجرایی این قانون، ظرف مدت سه ماه از تاریخ تصویب از طرف سازمان ثبت اسناد و املاک کشور تهیه و به تصویب ریاست محترم قوه قضائیه خواهد رسید.

در بررسی ماده ۳۴ قانون ثبت و ملاحظه نتایج اجرای آن که طی سالیان متمادی به تجربه تحصیل گردیده، آنچه که مسلم است اینکه، امروز تقریباً تعادل و توازن بین مورد وثیقه و وام پرداختی وجود ندارد و اصولاً مورد رهن دارای ارزشی افزون بر این می‌باشد و از طرفی با گذشت زمان و با توجه به افزایش نرخ تورم، ارزش ملک گاه به چند برابر مبلغ دریافتی می‌رسد.

بنابراین، اگر به دلیل عدم اجرای تعهد، موضوع منتهی به صدور اجرائیه شود و بدهکار به هر علتی تقاضای حراج ملک خود را ننماید و یا با اجرای عملیات حراج، خریداری



حضور نیابد، تمام ملک که در وثیقه دین قرار گرفته، در قبال مبلغ مذکور و خسارت و عوارض قانونی، به بستانکار انتقال می‌یابد و مازاد احتمالی نیز به بدهکار مسترد نخواهد شد و به همین جهت فقهای عظام شورای نگهبان در نظریه شماره ۴۸۹۸ - ۱۹/۹/۱۳۶۴ راجع به ماده ۳۴ چنین اظهار نظر نموده‌اند:

چون راجع به ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ از لحاظ انطباق آن با موازین شرعی سؤال شده بود، در جلسه رسمی فقهای شورای نگهبان ماده مذکور مورد بحث و بررسی قرار گرفت و به شرح زیر، با اکثریت آرا مغایرت آن با موازین شرعی اعلام شد.

۱- در بیع به شرط خیار و نحو آن مثل شرط وکالت فروشنده در انتقال مبیع به خود، پس از انقضای مدت و عدم اخذ به خیار و انتفای موضوع شرط، مورد معامله ملک طلق مشتری است و بنابراین ترتیبات مقرر در این ماده در مورد آن مغایر با موازین شرعی است.

۲- در مورد رهن نیز از لحاظ اینکه مرتهن در صورتی که از جانب راهن وکالت در فروش نداشته باشد، نمی‌تواند مستقلاً اقدام نماید و بعد از مطالبه و امتناع راهن باید رفع امر به حکم شرعی نماید و همچنین از لحاظ واگذاری کل عین مرهونه به مرتهن در صورتی که قیمت آن بیش از دین باشد، مغایر با موازین شرعی است.

۳- تأخیر در وصول دین در مواردی که حال و معجل شده باشد به مدت ۸ ماه یا کمتر یا بیشتر نیز با موازین شرعی مغایرت دارد.

اصلاح ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا و الحاق تبصره ۱ به آن مصوب ۷۷/۱۱/۲۹ نیز که مقرر می‌دارد:

«کلیه وجوه و تسهیلات اعطائی که بانکها در اجرای این قانون به اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت نموده یا می‌نمایند و برابر قرارداد تنظیمی مقرر شده باشد که اشخاص مذکور در سررسید معینی وجوه و تسهیلات دریافتی به انضمام سود و خسارت و هزینه‌های ثبتی و اجرایی، دادرسی و حق الوکاله را بپردازند. در صورت عدم پرداخت و اعلام بانک بستانکار قابل مطالبه و وصول است و کلیه مراجع قضایی و دوایر اجرای ثبت

و دفاتر اسناد رسمی مکلفند بر اساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی نسبت به صدور حکم و اجرائیه و وصول مطالبات بانک، طبق مقررات این قانون اقدام نمایند. باید گفت: اصلاح و الحاق قانون و تبصره فوق نیز چیزی از موضوع غیر شرعی بودن ماده ۳۴، با توجه به استنباط و نظریه فقهای محترم شورای نگهبان نمی‌کاهد. زیرا در بسیاری از موارد حتی با احتساب خسارات و عوارض قانونی، مورد وثیقه اصولاً ارزش بیشتری از دین داشته و گاه این اختلاف بسیار فاحش است که همیشه مورد اعتراض بدهکار یا مالک وثیقه قرار گرفته و در نتیجه آراء متفاوتی در این زمینه از سوی هیأت‌های نظارت صادر می‌شود.

#### مقایسه ماده ۳۴ ق. ث با مواد ۷۷۷ و ۷۷۹ ق. م

به موجب ماده ۷۷۷ قانون مدنی، ممکن است رهن، ضمن عقد رهن به مرتهن، وکالت دهد اگر در موعد مقرر رهن دین خود را ادا ننمود، مرتهن از عین مرهونه یا قیمت آن، طلب خود را استیفا کند.

ولی با توجه به ماده ۳۴ قانون ثبت، بستانکار اعم از اینکه از طرف بدهکار وکالت داشته باشد یا نه، تأثیری در ماهیت قضیه نخواهد داشت زیرا در هر صورت بستانکار، جهت وصول طلب خود باید به مراجع قانونی مراجعه نماید و این مرجع، در مورد اسناد رهنی که به صورت رسمی تنظیم گردیده اداره ثبت می‌باشد که مقررات ماده ۳۴ قانون ثبت را اجرا می‌نماید و در مورد اسناد رهنی عادی با توجه به ماده ۷۷۹ قانون مدنی، دادگاه صلاحیتدار است و در واقع می‌توان چنین نتیجه گرفت که با تصویب ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مواد ۷۷۷ و ۷۷۹ قانون مدنی در مورد اسناد رسمی رهن قابلیت اجرایی نداشته و یا حداقل محدود شده است.

#### اعراض از رهن و نحوه ادامه عملیات اجرایی آن

ابتدا باید گفت، جائز بودن عقد رهن نسبت به مرتهن که در ماده ۷۸۷ قانون مدنی به صراحت بیان شده، در تبصره ۶ ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب سال ۱۳۵۱ تجلی پیدانموده است.

در مورد اعراض از رهن، که موضوع تبصره مذکور می‌باشد، در صفحات گذشته بحث مختصری به عمل آمد و هم‌اکنون باید به این مسئله بپردازیم در صورتی که رهن از رهن اعراض و مورد وثیقه آزاد گردید و حق عینی تبعی که رهن نسبت به رهنینه داشت به حق ذمی تبدیل گردید و قانونگذار نیز مقرر داشته که عملیات اجرایی بر اساس اسناد ذمه‌ای خواهد بود، بنابر این طلبکار چگونه می‌تواند طلب خود را استیفا نماید؟

در این رابطه، قانونگذار در تبصره ۷ همان ماده آورده است: «در مواردی که مال بدهکار برای استیفاء طلب بستانکار معرفی می‌شود پس از بازداشت و ارزیابی، و قطعیت بهای ارزیابی، هرگاه بدهکار ظرف دو ماه از تاریخ قطعیت ارزیابی، بدهی خود را نپردازد، با دریافت حقوق اجرایی، مال به بستانکار در قبال تمام یا بعضی طلب او، واگذار می‌شود». سپس ترتیب معرفی و بازداشت و ارزیابی و نحوه واگذاری و موارد دیگری را که در ذیل تبصره مذکور آمده است، به آئین نامه اجرایی موکول نموده است.

در آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی، وظیفه اجرا در مورد نحوه معرفی اموال و بازداشت و ارزیابی برابر مواد ۴۷ و ۴۸ اصلاحی سال ۷۶، مشخص گردیده. بنابر این اموال بلامعارض متعهد از طرف متعهدله معرفی و پس از بازداشت، در صورتی که طبق نظر مأمور اجرا، اموال مذکور بیش از پنج میلیون ریال ارزش نداشته باشد، بدون نظر ارزیاب و در غیر این صورت با جلب نظر ارزیاب یا کارشناس نسبت به ارزیابی اموال مذکور اقدام خواهد شد.

گزارش ارزیابی در صورت عدم حضور بدهکار، ظرف سه روز به طرفین ابلاغ و در صورت حضور، تنها می‌تواند با امضای صورت مجلس به ارزیابی مذکور اعتراض نماید، (ماده ۱۰۵ آیین نامه اجرا) و در صورت عدم اعتراض به نحو مذکور و یا اینکه ظرف مدت سه روز از تاریخ تنظیم صورت مجلس که طی آن به ارزیابی اعتراض نموده‌اند، نسبت به پرداخت هزینه ارزیابی مجدد اقدام نمایند و یا از تاریخ ابلاغ نتیجه ارزیابی ظرف مدت ۵ روز اعتراض خود را تسلیم نمایند، ارزیابی به عمل آمده، قطعی خواهد بود. (ماده ۱۰۸ آیین نامه)

پس از انجام مراحل فوق، مال مورد بازداشت به مزایده گذاشته شده و در صورت

فروش آن، طلب بستانکار پرداخت و در صورت عدم فروش، از طریق مزایده اموال مذکور با دریافت نیم عشر و حق حراج به قیمتی که مزایده از آن شروع شده است به بستانکار واگذار می‌شود. (ماده ۱۱۱ آیین نامه اجرا و تبصره‌های ذیل آن مصوب ۷۶/۵/۲۵)

### ماهیت حقوقی رابطه رهن با مالک رهینه

بر اساس قواعد فقهی و قانون مدنی، مالکیت رهن نسبت به مورد رهن از شرایط صحت رهن نبوده، بنابراین لازم نیست که رهن، مالک مورد وثیقه باشد، بلکه شخص ثالث نیز می‌تواند مال خود را برای وثیقه در اختیار رهن قرار دهد و ممکن است که این عمل با اذن مدیون و یا بدون اذن او باشد که در صورت اذن، عقد رهن صحیح و با عدم آن باطل خواهد بود. که در مورد اسناد رسمی تنظیمی مربوط به رهن، اصولاً این مورد اتفاق نمی‌افتد زیرا سند رهنی با حضور و امضای مالک وثیقه تنظیم می‌گردد. اما ممکن است مالک رهینه با تنظیم وکالت نامه رسمی، این اختیار را به رهن بدهد. در این صورت با انعقاد عقد رهن، هرگاه رهن دین خود را پرداخت نماید، مرتهن می‌تواند در اجرای ماده ۳۴ اصلاحی، از محل مورد وثیقه، طلب خود را، استیفا نماید.

در ماده ۱۱۵ آیین نامه اجرا آمده است: «در مواردی که وثیقه دهنده غیر از مدیون اصلی است ابلاغ اجراییه و سایر عملیات اجرایی، باید به طرفیت مالک وثیقه جریان یابد و در عین حال مراتب باید به مدیون نیز ابلاغ شود تا از جریان کار آگاه گردد مگر اینکه ابلاغ به او متعسر باشد.»

در ماهیت حقوقی این رابطه باید گفت که بیشتر فقهای امامیه آن را عاریه مالی غیر برای رهن دادن تحلیل کرده و «رهن مستعار»<sup>۱</sup> نامیده‌اند. و در کتاب «شرح اللمعه» نیز آمده است: «اگر چیزی را برای آنکه به رهن بگذارند، رهن کند، عاریه صحیح است و عاریه با عقد رهن لازم می‌شود.»<sup>۲</sup>

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، ج دوم، ص ۲۶۴.

۲. سید مهدی دادمرزی، ترجمه تحریرالروضه فی شرح اللمعه، ص ۳۱۸.

و بعضی از استادان علم حقوق<sup>۱</sup> نیز عمل حقوقی فوق را «رهن مال غیر» یا «ضمان عینی» گفته‌اند که در مقابل ضمان، دین به کار می‌رود و ضمان اعیان یعنی کسی که قانوناً تعهد به پس دادن عین مال معین دارد مانند غاصب و مستعیر در عاریه مضمونه و ضمان دین، یعنی اگر دینی بر کسی باشد و دیگری ضامن دین او گردد، این را ضمان اشتغال ذمه یا ضمان دین و ضمان ذمه نامیده‌اند.<sup>۲</sup>

به نظر آقای دکتر سید حسن امامی: «رهن گذارنده مال غیر در مقابل مالک، ضامن هرگونه تلف و نقصان آن مال خواهد بود اگرچه در اثر تعدی و تفریط او نباشد، زیرا شباهت معامله مزبور با عاریه نمی‌تواند آن را غیر مضمونه گرداند و رهن را ضامن نداند، بلکه بالعکس می‌توان گفت عاریه که در معرض تلف قرار می‌گیرد، ضمان آور است و هرگاه مال مورد رهن، به سبب عدم تأدیه دین، فروش رود، رهن مانند مورد اتلاف، ضامن بدل آن در مقابل مالک خواهد بود زیرا در اثر فروش، رد مال به مالکش ممکن نمی‌باشد.»<sup>۳</sup>

آقای دکتر ناصر کاتوزیان نیز عقیده دارند: «بهتر است گفته شود که مالک یا به طور مستقیم ضامن بدهکار می‌شود، یا به او وکالت می‌دهد که این ضمان را به نیابت انجام دهد. منتها چون محل این ضمان از مال معینی مقرر می‌شود و بستانکار بر آن مال، حق عینی پیدا می‌کند، عمل حقوقی را «رهن مال غیر» یا «ضمان عینی» گفته‌اند.<sup>۴</sup>

حال صرف‌نظر از اینکه مال مورد رهن «رهن مستعار» یا «ضمان عینی» باشد... آنچه مسلم است قرارداد بین رهن و مالک وثیقه، با توجه به ماده ۱۰ قانون مدنی، معتبر و لازم‌الاجرا است. بنابراین در صورتی که مرتبه‌ن از محل مورد وثیقه طلب خود را وصول نماید و مالک نیز مال خود را به اذن مدیون، وثیقه دین او قرار داده باشد، می‌تواند به مدیون مراجعه نماید و این رجوع یا بر اساس مقررات عمومی قرار داد بوده و یا اصول کلی عقد ضمان بر آن حاکمیت دارد.

۱. دکتر ناصر کاتوزیان، همان منبع.

۲. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج سوم، شماره‌های ۹۰۰۸، ۸۹۵۵، ۸۹۵۲.

۳. آقای دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج دوم، ص ۴۳۰.

۴. دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - عقود معین ۴، ص ۵۴۹.

## تخلیه مورد رهن

در قوانین و مقررات مربوط به اجرای مفاد اسناد رسمی، در مواردی که ملک مورد وثیقه، از طریق اجرای ثبت انتقال می‌یابد در مورد تخلیه و تحویل مورد تملک به خریدار یا بستانکار، صریحاً سخنی به میان نیامده است و در تبصره ۲ ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت، آمده است: «عملیات اجرایی با صدور سند انتقال یا تحویل مال منقول یا پرداخت طلب بستانکار و اجرای تعهد بدهکار مختومه خواهد بود، در صورتی که مال از طریق حراج به فروش برسد ختم عملیات اجرایی، تاریخ تنظیم صورت مجلس حراج می‌باشد» و به دنبال آن، ماده ۲۱۳ آیین نامه اجرا نیز در بند «ج» صریحاً تنظیم سند انتقال پس از مدت مذکور در ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت را ختم عملیات اجرایی دانسته است.

تا مدت‌ها پیش، ادارات ثبت و هیأت‌های نظارت مستقر در ادارات کل ثبت استانها، نسبت به موضوع تخلیه پس از صدور سند انتقال اجرایی، نظرات متفاوتی داشتند، تا بالاخره شورای عالی ثبت در قسمت اسناد، در مورخه ۱۳۷۱/۴/۷ به شرح زیر مبادرت به صدور رأی نمود:

«با توجه به محتویات پرونده گزارش کار، نظر به اینکه سند انتقال اجرایی، تنظیم و به ثبت رسیده تخلیه و تحویل نیز از لوازم تملک ملک می‌باشد، لذا رأی هیات نظارت فسخ می‌شود».

اما در توجیه نظر مذکور باید گفت بر اساس قانون مدنی، یکی از آثار عقد بیع، مالکیت مشتری نسبت به مبیع است و در بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مدنی نیز آمده است: «عقد بیع با بیع را ضامن درک مبیع و مشتری را ضامن درک ثمن قرار می‌دهد».

از طرفی طبق قاعده فقهی «اذن در شئی، اذن در لوازم آن است» پس اذن در مالکیت، اذن در تسلیم مال و فراهم کردن زمینه تسلط خریدار بر آن می‌باشد که تخلیه و تسلیم ملک نیز از لوازم مالکیت ملک است که در نظریه اعضای محترم شورای عالی ثبت مورد تأکید قرار گرفته است.

بنابراین تملیک ملک مورد وثیقه نیز که در قالب عقد بیع انجام می‌گیرد و نماینده اداره ثبت به قائم مقامی قانونی بدهکار (بیع) سند انتقال را امضا می‌نماید، همان گونه که

در عقد بیع، بایع باید ملک مورد انتقال را تخلیه و به مشتری تحویل نماید، در سند انتقال اجرایی نیز این وظیفه به عهده اجرای ثبت می‌باشد. و استناد به این موضوع که عملیات اجرایی با صدور سند انتقال خاتمه می‌یابد و در نتیجه تخلیه از وظایف اداره ثبت نمی‌باشد، فاقد محل قانونی است و در رد این نظر می‌توان گفت، تخلیه ملک جزء عملیات اجرایی نبوده بلکه از آثار بیعی است که به تبع و در اثر عملیات اجرایی واقع شده‌است.

