

فروش ملک مورد رهن

(نقد رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیأت عمومی

دیوان عالی کشور)

غلامعلی صدقی^۱

چکیده

در مورد اثر اجازه مرتهن بر معامله رهن، نظرات متفاوتی از ناحیه فقها و حقوقدانان ابراز شده است، برخی بر این عقیده‌اند که مرتهن با اجازه در بیع، حق خود را بر عین مرهونه ساقط کرده است، مگر زمان وقوع اجازه و شرط خلاف آن شده باشد و برخی دیگر اعتقاد دارند اجازه مرتهن به معنای پذیرش صحت بیع همراه با صحت رهن است. ولی به نظر می‌رسد چون حقوق مرتهن در سند انتقال قید شده است حق مرتهن بر عین مرهونه ساقط نمی‌شود و در صورت انتقال، مثل این است که مرتهن موافقت خود را با رهن ثالث اعلام کرده است. بنابراین اثر اجازه مرتهن موافقت وی با انتقال عین مرهونه است. و در صورت حلول دین و عدم پرداخت بدهی، مرتهن حق استیفاء طلب خود را از طریق فروش عین مرهونه دارد. اما رد مرتهن مانند رد مالک در معامله فضولی نیست که به محض رد، موجب بطلان معامله شود چون رد مالک در معامله فضولی، ایجاب بعمل آمده توسط فضولی را زایل می‌نماید، و سببی برای صحت معامله بعد از تنفیذ باقی نمی‌ماند. اما در فروش عین مرهونه، رهن (فروشنده) خود مالک است و مرتهن نقشی در این معامله ندارد و اجنبی از قضیه است، بنابراین رد وی (مرتهن) بلااثر می‌باشد و تنها حق وی استفاده از عین مرهونه برای استیفاء طلب خود - در صورت حال شدن دین و عدم پرداخت - می‌باشد.

رای وحدت رویه شماره ۶۲۰، سال ۱۳۸۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور - که متأسفانه منتهی به وحدت آراء محاکم نگردیده است -، مورد بررسی و نقد قرار گرفته است. و با توجه به نظریه مترقی مرحوم شیخ انصاری در مکاسب و فقها و حقوقدانان بزرگ که هم فروش ملک مرهونه را پذیرفته‌اند و آنرا باطل تلقی ننموده‌اند و هم اینکه حق مرتهن را محفوظ دانسته و راه حلهای مناسبی برای جمع حقوق مرتهن و خریدار مال مرهونه ارائه داده‌اند، تحلیل و مورد تطبیق حقوقی قرار گرفته است. تا تکلیف رویه قضایی کشور در این میان به نحو بهتری روشن شود.

کلیدواژه‌ها: معامله رهنی، اجازه ورد، فک رهن، اجرای حکم الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه

جریان مآوقع:

در مورد حدود اختیارات رهن و نحوه استفاده از منافع عین مرهونه که پس از تنظیم قرارداد رهن، توسط رهن انجام شده آراء متفاوتی از شعب ۲۱ و ۱۴ دیوانعالی کشور صادر گردیده است که به منظور اتخاذ رویه واحد قضایی، تقاضای طرح

^۱. عضو معاون دیوان عالی کشور.

موضوع در هیات عمومی دیوان عالی کشور شده که ابتدا جریان پرونده‌ها توضیح و سپس رأی وحدت رویه و نقد آن بیان می‌شود:

۱- در تاریخ ۷۲/۳/۲ بانک صادرات استان مازندران دادخواستی بطرفیت آقایان جمشید مظهری ملک‌شاه و محمد علی فتحی بخواسته ابطال فروش نامه مورخ ۶۹/۸/۷ و خلع ید خواندگان مقوم به دو میلیون و یکصد و ده هزار ریال به دادگاه حقوقی یک قائم شهر تقدیم داشته است بدین توضیح که آقای جعفر کریم زاده میدانی از تسهیلات بانک استفاده کرده و شش‌دانگ پلاک شماره ۴۴۱۳ فرعی از ۲۷۴۰ الی ۲۷۴۳ فرعی از ۱۹ اصلی بخش ۱۶ ملک آقای محمد علی فتحی را به موجب سند ۲۱۰۳۱۵-۶۶/۶/۲۱ در رهن بانک قرارداد کرده است و در زمان اعطای تسهیلات مغازه‌های مورد بحث در اختیار رهن بوده و بدون اخذ مجوز از بانک طبق سند عادی ۶۹/۸/۷ که تاریخ تنظیم آن موخر بر تاریخ تنظیم سند رهنی است اقدام به واگذاری سرقفلی یکباب مغازه به آقای جمشید مظهری ملک‌شاه کرده که منافی حق مرتهن است درخواست ابطال فروش با سند عادی مذکور را دارد. دادگاه یاد شده پس از رسیدگی حکم بر ابطال قرارداد و خلع ید خوانده را صادر نموده است پس از درخواست تجدید نظر از حکم صادره، شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور در مقام تجدید نظر چنین رأی داده است:

مستفاد از ماده ۷ قرارداد به این عبارت... اموال و اسناد مشروحه ذیل را در رهن بانک گذارد و بانک قبض رهن بعمل آورد و سپس مورد رهن را مجدداً بعنوان امانت بتصرف خریدار قرارداد تا از منافع آن استفاده نماید. موضوع رهن صرفاً عرصه و اعیانی پلاک ۴۴۱۳ فرعی ملک آقای محمد علی فتحی بوده نه منافع آن زیرا صریحاً پس از انعکاس قبض عین مرهونه توسط مرتهن در سند، مجدداً ملک مذکور جهت استفاده از منافع آن به تصرف طرف قرار داده شده و آنچه نهایتاً به خوانده ردیف یک آقای جمشید مظهری ملک‌شاه واگذار شده با توجه به قرارداد عادی مورخه ۶۹/۸/۷ و با توجه به تعیین مال الاجاره و عنوان مستاجر منافی حق مرتهن با مقررات ماده ۷۹۳ قانون مدنی نبوده است و ایراد و اعتراض تجدید نظر خواه تا این حد وارد و دادنامه تجدید نظر خواسته واجد ایراد قضایی است.

۲- بحکایت پرونده کلاسه ۸۰۴۵/۱۷/۱۴ در تاریخ ۷۲/۳/۱۲ بانک صادرات استان مازندران دادخواستی بخواسته ابطال فروش نامه عادی مورخه ۶۶/۷/۱۱ تنظیمی فیما بین خواندگان بطرفیت آقایان قربان ملیحی کوچکسرائی و محمد علی فتحی کوچکسرائی به دادگاه حقوقی یک قائم شهر تقدیم داشته است و توضیح داده حسب قرارداد رهن بشماره ۲۱۰۳۱۵-۶۶/۶/۲۱ پلاک ۲۷۴۰ الی ۲۷۴۳ فرعی از ۱۹ اصلی بخش ۱۶ قائم شهر بعنوان وثیقه نزد بانک رهن بوده و در زمان اعطای وام سرقفلی آن به کسی واگذار نشده بود لکن رهن بدون توجه به مفاد سند رهن یکباب از مغازه‌های مربوط را به خواننده ردیف اول واگذار کرده و اقدام او مغایر مفاد سند می باشد تقاضای ابطال قرارداد و خلع ید از مغازه را دارد و دادگاه به این استدلال که واگذاری سرقفلی مغازه بدون اذن مرتهن و جاهت نداشته با استناد ماده ۷۹۳ قانون مدنی حکم بر ابطال فروش نامه عادی مورخه ۶۶/۷/۱۱ تنظیمی فیما بین خواندگان و خلع ید از مغازه با مشخصات مضبوط در آن صادر نموده است. محکوم علیه از حکم دادگاه تقاضای تجدید نظر نموده که شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور پس از رسیدگی به مورد چنین رأی داده است:

با توجه به مندرجات پرونده اعتراض موثری بعمل نیامده و چون رأی تجدید نظر خواسته فاقد اشکال قانونی است تأیید می‌شود.

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^۳

اما رویه دیگر (سوم) 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 و البته امکان طرح دعوی همزمان نیز هست.^۴

به سوال و جواب مطروحه در کمیسیون حقوقی دادگستری استان تهران توجه شود.

سوال - آیا دعوی الزام به تنظیم سند رسمی در خصوص ملک مرهونه به طرفیت بایع با توجه به رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ و رای اصراری شماره ۲۱ مورخ ۷۶/۱۲/۱۲ قابل استماع است؟

نظریه قریب به اتفاق اعضای محترم کمیسیون حاضر در جلسه ۸۲/۹/۱۳:

در مورد قسمت اول سوال:

هر چند لحن قانونگذار در مواد ۷۹۳ قانون مدنی و ۲۶۴ قانون آئین دادرسی مدنی سابق و ۳۴ مکرر اصلاحی ثبت و نیز ۲۹۹ قانون امور حسبی و مفاد رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ که از نظریه مشهور فقهای امامیه مبنی بر منع و غیر نافذ بودن چنین معاملاتی پیروی کرده، و طرح دعوای مذکور از سوی هر فرد ذی نفع را به طرفیت بایع نسبت به ملک مرهونه به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی مسدود نموده، اما نظر دیگر این است که هدف، حفظ حقوق مرتهن است لذا با حفظ این حقوق هرگونه 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 رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ صادر گردیده و نیز با نظر بسیاری از فقهای ما از جمله نظر حضرت آیت اله خویی 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 تاکید داشته اند، لذا با توجه به فرض سوال رسیدگی به این دعوا بلامانع می باشد.

تحصیل نشده و در دعوی مطروحه نیز شرکت ندارد بنابراین دعوی خواهان با کیفیت موجود قابلیت استماع نداشته و دادگاه به استناد مواد اخیر الذکر و ماده ۲ قانون آئین دادرسی مدنی قرار رد دعوی را صادر می نماید رای صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدید نظر در محاکم تجدید نظر استان تهران صحیح است.

رئیس شعبه دادگاه عمومی تهران

۳. پرونده ۲۵۸۲/۸۰ شماره دادنامه ۸۱/۸/۲۰-۱۹۰۰

رأی دادگاه

در خصوص دعوی خانم فاطمه بطرفیت ۱- خانم منصوره ۲- آقای حسین بخواسته الزام خواندگان به تنظیم سند رسمی انتقال پلاک ثبتی ۱۳۷/۳۱۰۹ بخش ۱۴ تهران اولاً نظر به اینکه خواننده ردیف اول مالکیتی نسبت به پلاک مزبور ندارد دعوی توجهی به وی نداشته و مستنداً به بند ۲ ماده ۸۴ قانون آئین دادرسی مدنی قرار رد دعوی صادر و اعلام می گردد ثانیاً نظر به اینکه حسب نامه ثبت شرق که پیوست پرونده می باشد پلاک مزبور در رهن بانک مسکن می باشد و مدرکی هم بر اذن بانک مرتهن در واگذاری ملک ارائه نشده است بنابراین با التفات بمراتب و مستنداً بماده ۷۹۳ قانون مدنی و رای وحدت رویه شماره ۶۲۰-۷۶/۸/۲۰ دادگاه دعوی مطروحه را قابل پذیرش ندانسته و قرار عدم استماع صادر و اعلام می نماید قرار صادره ظرف ۲۰ روز از تاریخ ابلاغ قابل تجدید نظر خواهی در محاکم تجدید نظر استان می باشد.

رئیس شعبه دادگاه عمومی تهران

۴. مجموعه دیدگاههای حقوقی و قضایی قضات دادگستری استان تهران سال ۱۳۸۲ به اهتمام معاون آموزش دادگستری استان تهران نشر اشراقیه، ج ۴، صص ۶۵ و ۶۴

در خصوص قسمت دوم سوال (طرح دعوی فک رهن بهمراه دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ضرورت دارد؟)، 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 دعوی دوم فک رهن را هم بخواهد، لیکن اقلیت عقیده داشتند با توجه به اینکه فک رهن همانند مفاصا حساب شهرداری 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 با آوردن قید حفظ حقوق مرتهن در حکم مورد خاص است و نیاز به طرح دعوی جداگانه در این خصوص نمی باشد.»

رویه دیگری که در بعضی از محاکم ما جاری است (رویه چهارم) این است که دعوی الزام به تنظیم سند رسمی راجع به ملک مرهونه مطلقاً در دادگاهها 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 قاعده تضمن و از باب التزام به شیء، التزام به لوازم آن است و فک رهن که مقدمه الزام است، باید عملی شود و اگر کسی محکوم به الزام به تنظیم سند رسمی ملکی شود که در رهن است، فروشنده متعهد، مکلف است ابتدا ملک را از رهن خارج، (مانع را بر طرف کند) سپس سند مالکیت را بنام خریدار نماید. کما اینکه تکلیف به اخذ مفاصا حساب مالیاتی، پرداخت عوارض شهرداری، تفکیک ملک ... که همگی از مقدمات تنظیم سند رسمی می باشند، نیازی به طرح دعوی مستقلی ندارند. بنابراین الزام قانونی و قراردادی فک رهن فروشنده ملک (راهن) هم نیازی به طرح دعوی مستقل (فک رهن) ندارد.

به نظر می رسد نظر فوق قانونی و راه گشا می باشد.^۵

در تبعیت از رویه چهارم در یک پرونده که به علت رسیدگی های مکرر به شرح ذیل پنج رای از مراجع مختلف صادر شده است بشرح ذیل گزارش می گردد:

۱- دادنامه شماره ۸۲۳ مورخ ۸۰/۴/۱۹ دادگاه بدوی مبنی بر محکومیت خواندگان به فک رهن با پرداخت دیون

مرتهن و تنظیم سند رسمی

«در خصوص دعوی خواهان آقای (ع.ک) به طرفیت خانم ها: ۱- «ط.ض»، ۲- «ف.ک» ۳- آقای «س.ع» ورثه

مرحوم، «م.ع» ۴- آقای «ع.ک» و ۵- بانک مسکن شعبه ... به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی پلاک ثبتی شماره ۴۳۴۱

^۵ به یک نمونه از رای دادگاه بدوی که در راستای که در راستای تبعیت از رویه چهارم صادر شده توجه فرمائید:

شماره دادنامه ۲۹۵

بتاریخ: ۸۱/۲/۱۰ پرونده کلاسه ۲۴۲۸

خواسته: الزام به تنظیم سند رسمی

در خصوص دعوی آقای مجتبی بطرفیت آقایان هادی - حسین و علی اصغر بخواسته محکومیت خواندگان به تنظیم سند رسمی با انجام مقدمات آن، اخذ پایان کار - تفکیک - مفاصا حساب دارایی، فک رهن شش دانگ یک واحد آپارتمان با پارکینگ و انباری موضوع پلاک ثبتی شماره ۱۳۸/۱۷/۴۸۱ بخش ۱۲ تهران نظر به اینکه حسب پاسخ استعلام ثبتی به شماره ۴۶۲۹۶ مورخ ۸۰/۷/۲۹ ثبت شهر ری پلاک موضوع خواسته به نام خواندگان می باشد و نظر به اینکه خوانده نسبت به مستندات خواهان انکار و تکذیبی بعمل نیاورده است دادگاه مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۲۸ و ۲۲۳ قانون مدنی و مواد ۱۹۸ و ۵۱۹ قانون آئین دادرسی مدنی دعوی خواهان ثابت تشخیص و خوانده را علاوه بر الزام به تنظیم سند رسمی انتقال موضوع مبیاعه نامه اشعاری نیز پرداخت مبلغ ۷۶۰۰۰ ریال بابت هزینه دادرسی در حق خواهان محکوم می نماید رای صادره غیابی و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ در همین دادگاه قابل اعتراض می باشد.

ذیل ثبت شماره ۲۳۸۴۰۰ واقع در بخش ۷ تهران، موضوع مبیعه نامه عادی مورخ ۸۴/۱۰/۱۹ مشتمل بر یک دستگاه آپارتمان مسکونی در طبقه همکف واحد جنوبی با کلیه مشاعات و متعلقات آن و ابطال عملیات اجرایی بانک مرتهن، نظر به اینکه حسب پاسخ استعلام ثبتی، خواندگان ردیف اول الی چهارم، اصالتاً و وراثتاً مالک مشاعی پلاک ثبتی موضوع دعوی می باشند و نظر به اینکه خواندگان اشعاری اقرار به وقوع بیع و نقل و انتقال پلاک ثبتی موضوع دعوی دارند و حتی مبیع را به تحویل خریدار (خواهان) داده اند و نظر به اینکه فک رهن و تنظیم سند و انتقال رسمی مبیع در دفتر اسناد رسمی از تعهدات قانونی و قراردادی خواندگان موصوف می باشد و النهایه این که پس از حصول مالکیت خواهان بر آپارتمان موضوع دعوی و تصرف وی و متعاقباً پس از اخذ دیون بانک مرتهن از متعهد آن (خواندگان اشعاری)، عملیات اجرایی بانک جهت وصول مطالبات برخلاف قانون می باشد. علی هذا مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۱۹ الی ۲۲۳ ق.م و ماده ۱۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی، خواندگان را به فک رهن باپرداخت دیون مرتهن و تنظیم سند رسمی در حق خواهان علیه خواندگان ردیف اول الی چهارم محکوم و نیز ابطال عملیات اجرایی بانک مرتهن محکوم می نماید. رای صادره راجع به خواندگان ردیف اول الی سوم و خوانده ردیف پنجم حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ در محاکم تجدید نظر استان تهران قابل اعتراض می باشد و راجع به خوانده چهارم غیابی و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ در همین دادگاه قابل واخواهی می باشد. رئیس شعبه دادگاه عمومی تهران.^۶

۲- دادنامه شماره ۲۵۶ مورخ ۸۱/۱۲/۳۰ شعبه ... دادگاه تجدید نظر استان تهران اعلام نموده، انتقال ملک مرهونه از مصادیق معاملات فضولی است و بار مرتهن، این انتقال وفق ماده ۲۴۷ قانون مدنی، باطل می شود:

« در خصوص تجدید نظر خواهی نسبت به دادنامه شماره ۱۸۵۵ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۳ صادره از شعبه محترم دادگاه عمومی تهران با التفات به قرارداد مورد استناد، معلوم می شود که در زمان معامله یعنی مورخ ۷۴/۱۰/۱۹، ملک مورد معامله در رهن بانک تجدید نظر خواه بوده است و خواهان بدوی یعنی تجدید نظر خوانده صراحتاً، این مورد را در دادخواست خود بیان کرده است و سند رهنی مربوط به ملک مورد دعوی نیز حاکی بر این است که قبل از انجام معامله در تاریخ ۷۴/۴/۱۸ ملک در رهن بانک قرار گرفته است. و همانطور که تجدید نظر خواه دفاع نموده است و ماده ۷۹۳ تصریحاً بیان کرده است راهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد که مصداق بارز این تصرف انتقال ملک است. به عبارت دیگر تصرفات مورد نظر قانون اعم از فیزیکی و حقوقی است و یکی از تصرفات حقوقی انتقال مال است که منافی حق مرتهن می باشد لذا همانطور که رای وحدت رویه شماره ۶۲۰-۱۳۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی محترم دیوان عالی کشور، این استدلال را تأیید می نماید. نتیجه این می شود که انتقال ملک مرهونه از مصادیق معاملات فضولی است و بار آن توسط مرتهن، این انتقال وفق ماده ۲۴۷ ق.م باطل می شود. بنابراین مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی و موارد مذکور، تجدید نظر خواهی وارد و با نقض دادنامه معترض عنه، دعوی فاقد وجاهت قانونی و مردود اعلام می گردد. این رای حضوری و قطعی است .

مستشاران شعبه ... دادگاه تجدید نظر استان تهران.

^۶. توضیح آنکه این جانب دادرس صادر کننده رای، رئیس شعبه ۸۱۵ دادگاه عمومی تهران در سال ۱۳۸۰ بودم.

۳- اعلام اشتباه رای دادگاه تجدید نظر از ناحیه سرپرست مجتمع قضایی ...

بسمه تعالی - ریاست محترم دیوان عالی کشور- با سلام و احترام- نظر به اینکه رای شماره ۲۵۶-۱۳۸۱/۱۲/۳۰ صادره از شعبه ... دادگاه محترم تجدید نظر استان تهران بر خلاف قانون و شرع می باشد، در اجرای مقررات ماده ۳۲۵ قانون آئین دادرسی مدنی و رای وحدت رویه ۶۲۹ مورخ ۱۳۷۷/۱۰/۲۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور، تقاضای تجدید نظر در شعبه دیوان عالی کشور را دارم.

به خلاصه این که خواهان آقای «ع.ک» دادخواستی به طرفیت خواندگان مذکور در دادخواست و بانک مسکن شعبه ... تهران به خواسته فک رهن و الزام به تنظیم سند رسمی پلاک ثبتی شماره ۴۳۴۱ بخش ۷ تهران، مبیعه نامه مورخ ۱۳۸۱/۱۰/۱۹ مشتمل بر یک دستگاه آپارتمان مسکونی و ابطال عملیات اجرایی بانک مرتهن (خواننده ردیف آخری) تقدیم نموده که جهت رسیدگی به شعبه ... دادگاه عمومی تهران ارجاع گردیده، دادگاه مرجوع الیه با تشکیل جلسات دادرسی و استعلام از واحد ثبتی و احراز وقوع بیع و نقل و انتقالات قانونی و با توجه به تصرفات چندین ساله خواهان، دعوی وی را ثابت و به شرح دادنامه شماره ۸۲۳-۸۰/۴/۱۹، حکم به محکومیت خواندگان به فک رهن (با پرداخت کلیه مطالبات بانک مرتهن) و تنظیم سند رسمی و ابطال عملیات اجرایی بانک مرتهن صادر نموده است. که صرفاً با اعتراض بانک مرتهن (بدون اعتراض سایر محکومین) پرونده جهت رسیدگی به اعتراض به شعبه ... دادگاه محترم تجدید نظر ارسال گردیده است. دادگاه تجدید نظر به شرح دادنامه فوق الذکر با این استدلال که به لحاظ در رهن بودن آپارتمان موضوع دعوی و با تلقی از معامله مرهونه بعنوان عقد فضولی و رد آن توسط مرتهن و به استناد رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ با نقض رأی بدوی حکم به رد دعوی صادر نموده است.

اشکالات:

اولاً: دادگاه محترم تجدید نظر در حالی که به لحاظ در رهن بودن آپارتمان، دعوی تنظیم سند رسمی را نپذیرفته، تکلیف داشته قرار رد (عدم استماع) صادر کند نه آنکه حکم به رد دعوی که واجد اعتبار امر محکوم بها می باشد، صادر نماید.

ثانیاً: رای وحدت رویه استنادی انصراف از مورد دارد و صرفاً راجع به انتقال سرقفلی موضوع رهن بوده، کما اینکه در رای اصراری بعدی کلیه قضات شعب حقوقی به این نظریه رای داده اند.

ثالثاً: اصولاً معترض رأی بدوی، بانک مرتهن بوده است و دادگاه تجدید نظر مکلف بوده صرفاً در محدوده اعتراض، رسیدگی تجدید نظری نماید. در حالی که به محکومیت دیگر خواندگان غیر از بانک نیز متعرض شده و رای را در کلیه موارد نقض کرده است.

رابعاً: دادگاه تجدید نظر، توجه نکرده که حکم دادگاه بر این اساس می باشد که فک رهن و ابطال عملیات اجرایی پس از انجام مقدمات حکم الزام یعنی پرداخت کلیه مطالبات بانک مرتهن می باشد که بدیهی است پس از پرداخت کلیه مطالبات بانک، اصولاً بانک نفعی در دعوی ندارد.

خامساً: اگر معامله آپارتمان مرهونه را فضولی بدانیم باید معتقد باشیم حتی اگر راهن کلیه مطالبات مرتهن را پرداخت نماید باز هم مرتهن حق عدم تنفیذ معامله را دارد. در حالی که چنین اعتقادی به هیچ وجه قانونی نیست.

از طرفی خواهان ابتداء شکایت کیفری کلاهبرداری علیه فروشنده مال مرهونه کرده است و فروشنده (خواننده همین دعوی) تبرئه گردیده است^۷، سپس دادخواست الزام به تنظیم سند رسمی (بدون فک رهن) تقدیم یکی از شعب دادگاهها نموده که قرار عدم استماع صادر شده است. متعاقباً دادخواست فک رهن و الزام به تنظیم سند رسمی و ابطال عملیات اجرایی بانک تقدیم دادگاه نموده که با رسیدگی قانونی و با در نظر گرفتن کلیه جوانب امر (پرداخت مطالبات بانک) منجر به صدور حکم گردیده که در دادگاه تجدید نظر مردود اعلام گردیده است (که رونوشت تمامی دادنامه ها پیوست می باشد) با وصف مرقوم با توجه به اینکه سال های مدیدی خواهان در آپارتمان موضوع دعوی، متصرف می باشد و ثمن آن را کلاً پرداخت نموده است، هیچ راه دیگری برای احقاق حق وی جز تائید رای بدوی متصور و موجود نمی باشد.

سرپرست مجتمع ...

۴- دادنامه شماره ۲۰۴ مورخ ۱۳۸۱/۸/۵ شعبه ... دیوان عالی کشور، جهاتی را که بعنوان مواضع اشتباه عنوان گردیده را

صحیح و موجه دانسته است:

خلاصه جریان پرونده:

آقای «ع.ک» دادخواستی علیه تجدید نظر خواندگان به خواسته صدور حکم به ابطال عملیات اجرایی و صدور دستور موقت مبنی بر توقیف عملیات اجرایی با احتساب هزینه دادرسی و الزام به فک رهن با پرداخت بدهی بانکی توسط خواننده ردیف دوم و الزام به تنظیم سند رسمی ملک مورد معامله مقوم به ۵/۰۰۰/۰۰۰ ریال با استناد فتوکپی مبایعه نامه و دادنامه های صادره از شعبات ... دادگاه عمومی تهران به دادگاه های عمومی تهران تقدیم و به شعبه ... دادگاه عمومی تهران جهت رسیدگی، ارجاع شده است. به شرح دادخواست توضیح داده است. طبق مبایعه نامه مورخ ۱۹/۱۰/۷۴ یک واحد آپارتمان از خواندگان خریداری و ثمن آن کلاً پرداخت گردیده و ملک را به طور تفکیک فروخته اند، بدون هیچ گونه بدهی به مرجعی فروخته، حال معلوم شده که ملک در رهن بانک مسکن بوده است و خواننده این موضوع را از من پنهان کرده و بانک نیز اقدام به اقامه دعوی و نتیجتاً اجرائیه صادر که طلب خود را از ملک اخذ نماید. علی هذا با عنایت به این که شکایت اینجانب با وکالت و کیلم در جریان است و مستندات قانونی نیز در اثبات عرایضم وجود دارد، تقاضای

^۷ صرف فروش مال مرهونه، وصف کیفری ندارد. در موضوع شکایت شخصی باین که مالی که نزد مشتکی عنه برهن گذارده مرتهن آنرا به کمتر از مبلغی که نزد او رهن بوده نزد دیگری رهن گذارده است و با اقرار مشتکی عنه بارتکاب این عمل، بازپرس قضیه را حقوقی تشخیص داده، تخلف نیست زیرا اگر چه رهن مال مرهون جائز نیست ولی مجرد عدم جواز، کافی در مجازات نبوده بلکه جرم بودن عملی تابع وجود نص قانونی است و این قبیل از اعمال وقتی مستوجب مجازات و جرم محسوب است که ارتکاب بر ضرر مالک باشد و معلوم نیست که مرتهن در رهن گذاشتن مالی که نزد او رهن بوده آن هم بمبلغی کمتر از آنچه از مالک آن طلبکار بوده قصد سوئی داشته و این اقدام را بر ضرر مالک بجای آورده بلکه ممکن است منظور از عمل رفع احتیاج و ضرورت آتی خورد بوده بدون این که بالاخره بر ضرر صاحبش تمام شود. (حکم شماره

رسیدگی و صدور حکم بر طبق خواسته کرده است. دادگاه در وقت فوق العاده با توجه به تودیع خسارت احتمالی دستور موقت بر منع ادامه عملیات اجرایی پرونده شماره ۷۴/۷۷ بانک مسکن صادر با تعیین وقت، طرفین برای رسیدگی دعوت شده اند. در تاریخ ۸۰/۳/۱۳ دادگاه باحضور خواهان واحد از خواندگان تشکیل گردیده، خواننده حاضر در جلسه اعلام کرد ما چند نفر شریک هستیم، اگر شرکاء حاضر شوند ما هم حاضریم فک رهن کنیم، ما قبول داریم که آپارتمان را به نام بزنیم ولی شرکاء قبول نمی کنند. من یک دانگ و ربع مالکیت دارم. ورثه برادرم نیز همین مقدار مالکیت دارند. ما هم سهم مشاعی خودمان را به خواهان فروختیم. دادگاه اقدام به استعمال وضعیت ثبتی پلاک موضوع خواسته را از اداره ثبت نموده، پاسخ مقتضی و اصل و در برگ ۲۲ پرونده مضبوط است دادگاه پس از وصول پاسخ استعمال در تاریخ ۱۳۸۰/۴/۱۴ ختم رسیدگی را اعلام با توجه به پاسخ ثبتی، خواندگان اصالتاً و وراثتاً مالک مشاعی پلاک ثبتی موضوع دعوی می باشند و نظر به اینکه خواندگان اقرار به بیع و نقل و انتقال پلاک موضوع دعوی دارند و مبیع را تحویل خریدار (خواهان) داده اند و نظر به اینکه فک رهن و تنظیم سند رسمی انتقال از تعهدات قانونی و قراردادی خواندگان می باشد، النهایه پس از حصول مالکیت خواهان بر آپارتمان موضوع دعوی و تصرف وی و پس از اخذ دیون بانک مرتهن از متعهد عملیات اجرایی بانک جهت وصول مطالبات بر خلاف قانون می باشد. علی هذا مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۱۹ الی ۲۲۳ ق.م و ماده ۱۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی، خواندگان را به فک رهن با پرداخت دیون بانک مرتهن را صادر و اعلام می دارد. بانک مسکن نسبت به رای صادره معترض و تقاضای تجدید نظر خواهی کرده است، رسیدگی به شعبه... دادگاه تجدید استان تهران تهران ارجاع شده است. دادگاه مرجوع الیه با این استدلال که انتقال طبق ماده ۲۴۷ ق.م باطل می باشد، مستنداً به ماده ۳۵۸ ق.آ.م تجدید نظر خواهی وارد، با نقض دادنامه معترض عنه، دعوی فاقد وجاهت قانونی و مردود اعلام می گردد و آقای سرپرست مجتمع قضایی... نسبت به رای صادره از شعبه... دادگاه تجدید نظر استان تهران ایراداتی اعلام و چون رای مذکور را برخلاف قانون و شرع تشخیص داده، تقاضای اعمال مقررات ماده ۳۲۶ ق.آ.د.م را نموده است. پرونده رابه دیوان عالی کشور ارسال و رسیدگی به این شعبه ارجاع شده است. هیئت شعبه در تاریخ بالا تشکیل گردید. پس از قرائت اوراق پرونده و گزارش عضو ممیز، مشاوره نموده، چنین رای می دهد:

«جهاتی که در نظریه مورخ ۱۳۸۱/۹/۴ آقای سرپرست مجتمع قضایی... نسبت به دادنامه شماره ۲۵۶ مورخ ۱۳۸۱/۲/۳۰ صادره از شعبه... دادگاه تجدید نظر استان تهران بعنوان مواضع اشتباه عنوان گردیده، صحیح و موجه است. با نقض رای مزبور پرونده جهت رسیدگی به شعبه هم عرض ارجاع میگردد.»

رئیس شعبه و مستشار دیوان عالی کشور

۵- دادنامه شماره ۱۴۵۴ مورخ ۸۱/۹/۲۷ شعبه... دادگاه تجدید نظر (هم عرض) با رد تجدید نظر خواهی دادخواسته (دادنامه بدوی) را تأیید نموده است.

«درخصوص تجدید نظر خواهی بانک مسکن به طرفیت آقای «ع.ک» از دادنامه شماره ۱۸۵۵ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۲ که در مرحله وخواهی از دادنامه غیابی شماره ۸۲۳ مورخ ۱۳۸۰/۴/۱۹ از سوی شعبه... دادگاه عمومی تهران دایر بر محکومیت تجدید نظر خواه، به ابطال عملیات اجرایی شماره ۱۱۸۹۰۷ دفتر خانه شماره ۱۶ اسناد رسمی تهران و فک رهن از سند

شماره فوق دادگاه، با توجه به محکومیت ورثه مرحوم «م.ع.» و خانم «ط.ر.» و غیره به پرداخت دیون مرتهن (بانک تجدید نظر خواه) موضوع قسمتی از دادنامه شماره ۸۲۳ مورخ ۱۳۸۰/۴/۱۹ صادره از شعبه... که نقض آن اعلام نگردیده ایراد و اعتراض تجدید نظر خواه به دادنامه تجدید نظر خواسته وارد به نظر نمی رسد. ضمن رد تجدیدنظر خواهی مطروحه، دادنامه تجدید نظر خواسته را تأیید می نماید. رای صادره قطعی است.»^۸

رئیس شعبه و مستشار دادگاه تجدید نظر استان تهران.

بند دوم- اشکالات رأی وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور

الف- ذینفع نبودن خواهان (بانک صادرات) در دعوی بطلان فروش ملک مرهونه

همانطوریکه از ماهیت بیع عین مرهونه مشخص است مرتهن در معامله عین مرهونه بیگانه از معامله است و نقشی از جهت معامل و متعامل ندارد.^۹ و یا مشروط له و یا مشروط علیه هم نمی باشد. سؤال اساسی این است آیا مرتهن می تواند تقاضای بطلان معامله ای را که بین راهن (فروشنده) و خریدار مال رهنی منعقد شده است را بنماید؟ به عبارت دیگر آیا ذینفع در طرح دعوی می باشد یا خیر؟

شاید در پاسخ گفته شود اگر مرتهن تقاضای بطلان ننماید پس جبران ضرر وی به چه نحو ممکن است. چطور ایشان ناظر فروش ملک مورد رهن خود باشند و منتظر باشد تا عین مرهونه از دست وی خارج شود و لیکن هیچ حقی به ادعای بطلان این معامله نداشته باشند.

جواب آن است که معامله منعقد شده بین راهن و مشتری اصولاً نمی تواند مضر به حال مرتهن باشد زیرا مرتهن حق عینی بر عین مرهونه دارد و هیچ انتقالی بدون اذن و یا اجازه وی ممکن نیست. همین که مشارالیه عدم تمایل خود را به چنین معامله ای اعلام کند کافی است، چه اینکه انتقال رسمی با توجه به ضرورت ثبت سند رسمی ملک توسط دفترخانه راجع به فروش ملک مرهونه اصولاً امکان پذیر نمی باشد و انتقال عادی هم هیچ اثری ندارد.

ب) خواهان باید چه دادخواستی برای احقاق حق خود طرح میکرد؟

نکته این است که بانک صادرات مازندران مدعی بوده منافع مغازه، جزء عین مرهونه ای است که توسط راهن با سند عادی بفروش رفته است و به تصرف خریدار هم داده شده است. در این جا بانک خواهان صرفاً حق داشته است، دادخواست اثبات رهن منافع و الحاق آن به عرصه و اعیان مرهونه تقدیم نماید تا پس از اثبات رهنی بودن کامل مغازه (اعم از عرصه و اعیان و منافع) و ثبت آن در سند رهنی اولاً- امکان هرگونه نقل و انتقال رسمی و عادی را غیر ممکن و بی اثر سازد... ثانیاً- در دعاوی مطروحه نیز ادعایش قابلیت استناد داشته باشد.

اما بانک صادرات (خواهان) در قضیه مانحن فیه مصادره بر مطلوب کرده است. از یک طرف اختلاف خود را با راهن راجع به اینکه اصل منافع ملحق به رهن مغازه (عرصه و اعیان) می باشد ثابت شده تلقی نمود و از طرف دیگر معامله مالی را

^۸ ماهنامه قضا، شماره ۱۶، صص ۵۱ تا ۵۳.

^۹ شیخ انصاری ج ۴ ص ۱۵۵

که اساساً مورد اختلاف بوده را باطل دانسته است در حالیکه اصل ادعای بانک راجع به الحاق «منافع مغازه» به عرصه و اعیان ثابت نگردیده بود، به یک باره تقاضای بطلان فروش آنرا از دادگاه نموده است که متأسفانه این نکات ظریف نه ملحوظ نظر قضات شهرستان قرار گرفت و نه اکثریت قضات دیوان عالی کشور توجه دقیقی مبذول نمودند و نتیجه آن شد که یکی از بنیادهای حقوقی (تفاوت ذاتی معامله فضولی و معامله رهنی) در بر آیند رأی وحدت رویه مخدوش گردیده و یکسان تلقی شده است و به اشتباه مورد استناد هزاران قاضی محترم در آراء قضایی دادگاههای کشور شده است.

ج) صلاحیت هیأت عمومی وحدت رویه دیوان عالی کشور

مطابق ماده ۲۷۰ قانون آئین دادرسی دادگاهها در امور کیفری، رسالت هیأت عمومی دیوان عالی کشور در مقام حل اختلاف بین شعب دیوان عالی یا دادگاهها، صرفاً در قضایای کلی است نه در مصادیق و صغرای قضایا^۱. مهمترین اشکال رای شماره ۶۲۰ این است که راجع به اختلاف در برداشت دو موضوع یا به عبارتی اختلاف صغروی ورود پیدا کرده است، در حالیکه هیأت عمومی دیوان در خصوص مورد صلاحیت ندارد.^{۱۱} اختلاف شعب ۱۴ و ۲۱ دیوان عالی کشور راجع به استنباط از حکم ماده ۷۹۳ قانون مدنی نبوده است بلکه اختلاف شعب دیوان در این بوده که شعبه ۲۱ اصولاً شمول عقد رهن را صرفاً عرصه و اعیانی پلاک شماره ۴۴۱۳ فرعی ملک آقای محمد علی فتحی دانسته نه سرقفلی آن و بنابراین تصرف رهن (مالک) را در حد فروش سرقفلی موضوعاً منافی با حق مرتهن ندانسته است و نتیجتاً دعوی را مردود اعلام نموده است، لکن شعبه ۱۴ دیوان کشور عقد رهن را، شامل سرقفلی مغازه هم دانسته است بنابراین همانطوریکه ملاحظه می شود اختلاف در کبرای قضیه نبوده بلکه اختلاف موضوعی و صغروی بوده است که اصولاً هیأت عمومی دیوان حق ورود به این عرصه را نداشته است.

د) تعارض صدر و ذیل رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰

اشکال دیگر رأی وحدت رویه اشعاری این است که علیرغم اینکه در صدر رأی اعلام نموده است فروش سرقفلی مرهونه به شخص ثالث بدون اذن مرتهن از جمله تصرفاتی است که با حق مرتهن منافات داشته و نافذ نیست، در ذیل رأی مقرر نموده «بنابراین رأی شعبه ۱۴ دیوان (که فروش مال مرهون را باطل دانسته)، مورد تأیید است» به عبارت دیگر صدر و ذیل رأی وحدت رویه در تعارض آشکار با یکدیگر است.

چون اگر فروش مال رهنی غیر نافذ است، چرا باطل باشد. زیرا مانند رد مالک در عقد فضولی نیست تا با رد عقد توسط مالک عقد باطل گردد. بلکه همانطوریکه قبلاً گفته شد حکم غیر نافذ در معامله ملک مرهونه ذاتاً با غیر نافذ در معامله

^۱ ماده ۲۷۰ ق.آ.د.ک: "هرگاه در شعب دیوان عالی کشور و یا هر یک از دادگاهها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی، کیفری و امور حسبی با استنباط از قوانین آرای مختلفی صادر شود رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور به هر طریقی که آگاه شوند، مکلفند نظر هیأت عمومی دیوان عالی کشور را به منظور ایجاد وحدت رویه درخواست کنند. همچنین هر یک از قضات شعب دیوان عالی کشور یا دادگاهها نیز می توانند با ذکر دلایل از طریق رئیس دیوان عالی کشور یا دادستان کل کشور نظر هیأت عمومی را درخصوص موضوع کسب کنند. هیأت عمومی دیوان عالی کشور به ریاست رئیس دیوان عالی یا معاون وی و با حضور دادستان کل کشور یا نماینده او و حداقل سه چهارم رؤسا و مستشاران و اعضای معاون کلیه شعب تشکیل می شود تا موضوع مورد اختلاف را بررسی و نسبت به آن اتخاذ تصمیم نماید. رأی اکثریت که مطابق موازین شرعی باشد، ملاک عمل خواهد بود. آرای هیأت عمومی دیوانعالی کشور نسبت به احکام قطعی شده بی اثر است ولی در موارد مشابه تبعیت از آن برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه ها لازم می باشد.

۱۱. یکی از قضات دیوان عالی آقای دکتر حسین هاشمی به صراحت این مطلب را متذکر شده است ولی مورد عنایت اکثریت قضات قرار نگرفت - مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور - سال ۱۳۷۶ ص ۴۳۳.

فضولی متفاوت است در آنجا اگر مالک، عقد فضولی را رد کند عقد باطل بود و راهی برای تنفیذ بعدی آن نیست چون ایجاب اولیه که توسط فضول محقق گردیده بود با رد مالک زایل شده و قابلیت اعاده ندارد. اما در معامله ملک مرهونه راهن ملک خود را می فروشد و فقط مانع برای صحت عقد وجود دارد آنهم حق مرتهن است و بر فرض مرتهن معامله ملک مرهونه را رد نماید عقد راهن باطل نمی شود بلکه با رفع مانع که ممکن است با پرداخت دین، ابراء ذمه یا اسقاط حق مرتهن باشد مانع بر طرف گردد و عقد مالک (راهن) با مشتری به کمال خود برسد.

به عبارت دیگر در معامله فضولی که اصولاً فروشنده فضول مالکیت ندارد و اگر ملکی را می فروشنده مال غیر می فروشد، با رد مالک، آن معامله باطل و کان لم یکن می شود زیرا در معامله فضولی مالک یک طرف معامله است اما در معامله ملک مرهونه (که فروشنده (راهن) مال خود را می فروشد) و رد مرتهن که بیگانه از معامله عین مرهونه است، تاثیری در ماهیت معامله نمی گذارد نتیجتاً با معامله فضولی یکی نیست^{۱۲} یعنی هیأت عمومی رد مرتهن را مانند رد مالک در معامله فضولی یکسان تلقی کرده است. به عنوان مثال اگر راهن دین مرتهن را می پرداخت خودبخود فک رهن می شد و معامله صحیح می گردید و لو اینکه قبلاً مرتهن معامله راهن را رد کرده باشد.^{۱۳}

و یا اگر ذمه راهن توسط مرتهن ابراء شود باز هم معامله ملک مرهونه صحیح و نافذ می گردد و رد قبلی آن هیچ تاثیری ندارد و یا اینکه مرتهن حق خود را اسقاط کرده باشد و از رهن اعراض کند در این جا معامله علیرغم رد قبلی مرتهن، تنفیذ و صحیح می گردد، بنابراین ملاحظه می شود غیر نافذ در ماده ۷۹۳ قانون مدنی، همان غیر نافذ در معامله فضولی نیست و تفاوت مبنایی دارد و به لسان فقها منظور از غیر نافذ در معامله ملک مرهونه، مراعا بودن حق مرتهن است یعنی مرتهن بابت طلب خود که اجل آن رسیده باشد می تواند از عین مرهونه استفاده کند. و مهمتر از همه آنکه اگر راهن مالی غیر از عین مرهونه داشته باشد خریدار ملک مرهونه می تواند با الزام وی از سایر اموالش از باب وفای بعهده و التزام به شیء التزام به لوازم آن است طلب مرتهن را بدهد و فک رهن بگیرد.

و استدلال برخی از قضات به مسئله ۱۹ تحریر الوسیله که بیان شد «لا يجوز للراهن التصرف في الرهن الا بأذن المرتهن، ... و ان كان بالبيع أو الاجاره، او غيرهما من النواقل وقف على اجازة المرتهن»^{۱۴} به هیچ وجه به معنای بطلان معامله رهنی پس از رد مرتهن نمی باشد بلکه غیر نافذ در عبارت فوق به معنای مراعی بودن حق مرتهن می باشد والا اجازه مسبوق به رد مرتهن باید فاقد اثر حقوقی تلقی گردد. در حالیکه نظر مشهور فقها چنین چیزی نیست.

در دعوی خریداری که ملک مرهونه را از راهن می خرد، حق تنظیم سند رسمی را علیه وی دارد. چنانچه فروشنده که باید موجبات تنظیم سند رسمی را فراهم کند همچنانکه اگر عوارض شهرداری و مالیات را پرداخت ننماید و یا عمل تفکیک و غیره را انجام ندهد، خریدار حق دارد الزام فروشنده را از باب الزام به شیء التزام به لوازم آن شیء و مقدمه واجب، واجب

۱۲. شیخ انصاری میفرماید اینکه هر جا در عقد فضولی قایل به بطلان باشیم در این جا هم (در فروش عین مرهونه) باید قایل به بطلان باشیم، صحیح نیست زیرا مستند بطلان در عقد فضولی قولی مانند قول «لا یبوع الا فی ملک» است که در این جا مصداق ندارد چون فروشنده (راهن)، خود مالک است (مکاسب ج ۴ ص ۱۵۵) منهاج الصالحین. وحید خراسانی ج

۳ باب معاملات - المحاضرات فی فقه الرهن - میرزا هاشم آملی ص ۱۱۵

۱۳. سؤال و جواب - سید محمد کاظم طباطبائی یزدی ص ۳۹۸

۱۴. امام خمینی - تحریر الوسیله - ج ۲ ص ۹

است^{۱۵}، در قضیه ما نحن فیه نیز خریدار می تواند فروشنده را مکلف نماید آن مقدمات اجرای تعهد را برآورده نماید. و از جمله مقدمات واجب، پرداخت بدهی فروشنده به مرتهن (مانند بانک و فک رهن) می باشد، که اگر فروشنده (راهن) امتناع نماید دادگاه الزام به انجام تعهد می کند حال اگر متعهد استنکاف کند و از پرداخت بدهی خود به بانک و رفع مانع، طفره رود متعهدله می تواند از طریق مرجع قضایی و تحت نظر مدیر اجرای احکام یا خودش دین بانک را پرداخت و یا اموال دیگری از فروشنده معرفی کند تا با پرداخت دین راهن، موجبات فک رهن و تنظیم سند رسمی را فراهم نماید. بنابراین رأی شعبه دیوان از این حیث هم اشکال مبنایی داشته است.

هـ- آیا رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ هیأت عمومی در دعاوی الزام به تنظیم سند رسمی که مورد معامله در رهن است، قابلیت استناد و تبعیت دارد؟

آنچه از ظاهر رأی استفاده می شود این است که چون فروش ملک مرهونه با تأیید رأی یک شعبه دیوان عالی کشور که در مقام الزام رأی دادگاه بدوی مبنی بر بطلان فروش مال مرهونه بوده است دادگاهها در قضایای مشابه که بحث فروش مال مرهونه مطرح می شود باید به استناد رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ سال ۷۶ تمامی دعاوی را غیر قابل استماع تشخیص دهند.

اما با کمی تأمل نظر فوق قابل تأیید نمی باشد. زیرا آنچه موضوع پرونده هادر رأی وحدت رویه بوده است دعوی بانک مرتهن علیه راهن (فروشنده) بوده است در حالیکه در دعاوی روزمره ای که در دادگستری ها مطرح می شود، اصولاً دعوی خریدار ملک رهنی، علیه راهن (فروشنده) مبنی بر الزام به تنظیم سند رسمی می باشد بنابراین با توجه به اینکه آراء وحدت رویه در حکم قانون هستند و صرفاً در قضایای کاملاً مشابه لازم الاتباع می باشند در قضیه ما نحن فیه خروج موضوعی از بحث دعاوی الزام به تنظیم سند رسمی دارند. نتیجتاً قابل تبعیت در دعاوی الزام به تنظیم سند رسمی فروش ملک مرهونه نمی باشد. البته استدلال دیگری برای عدم تبعیت از رأی اشعاری هم هست که می گوید چون موضوع رأی وحدت رویه راجع به فروش سرقفلی بوده است در حالیکه در دعاوی مربوط به الزام به تنظیم سند رسمی، عین مال (رهنی) مطرح می باشد پس مشمول رأی وحدت رویه نمی شود.^{۱۶} که به نظر می رسد این استدلال تمام نباشد، زیرا در فروش مال رهنی موضوع دعوی، یا رهن مورد قبول در قرارداد بوده است یا نبوده اگر سرقفلی به تبع بیع عین مرهونه جزء رهن بوده است در صورتی که مطابق رأی وحدت رویه، آن فروش اعتبار نداشته است، فرقی ندارد که نوع مال از چه ترکیبی بوده، هر چه بوده حکم آن، (بطلان یا عدم نفوذ) برای دادگاهها در موارد مشابه لازم الاتباع است.

بند سوم- تفسیر بعدی رأی وحدت رویه و لازم الاتباع نبودن آن

الف- تفسیر بعدی رأی وحدت رویه:

اگرچه تفسیر رأی وحدت رویه مانند تفسیر قانون^{۱۷} و تفسیر احکام عادی قضایی^{۱۸} در مقررات پیش بینی نشده است که به نظر می رسد این خلاء قانونی بایستی ترمیم شود، اما با استفاده از نظریات بعدی قضات محترم دیوان در آراء اصراری هیأت

۱۵. برگرفته از بدایع الافکار جلد اول بحث مقدمه واجب- فاضل مقداد شرح باب حادی عشر ص ۶ چاپ خوانساری مبانی استنباط حقوق اسلامی چاپ ۲۸- انتشارات دانشگاه تهران ص ۲۲۲ الی ۲۲۴.

۱۶. نظریه آقای حریر فروش- قاضی دیوان عالی کشور- منبع پیشین سال ۱۳۷۶ ص ۵۹۸.

۱۷. اصل هفتاد و سوم قانون اساسی «شرح و تفسیر قوانین عادی در صلاحیت مجلس شورای اسلامی است. مفاد این اصل مانع از تفسیری که دادرسان، در مقام تمیز حق، از قوانین می کنند نیست».

عمومی، می توان نوعی تفسیر از رأی وحدت رویه مورد بحث را استنباط کرد. همانطوری که قبلاً بیان گردید، متأسفانه پس از صدور رأی وحدت رویه اشعاری، اختلافات سابق فروکش ننموده و همچنان برداشتهای متفاوت از رأی فوق ادامه داشت، به نحویکه بعضی از شعب دادگاهها، 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 آنهم برای دو بار در هیأت عمومی اصراری مطرح و هر دو بار با پذیرش استماع 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:

اصراری اول- رأی شماره ۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۱۲ هیات عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور

« نظر به اینکه بشرح دادخواست ابتدائی، خواهان علاوه بر الزام خواندگان به تنظیم سند رسمی انتقال، الزام آنان را هم به انجام شرایط ومفاد مبیعه نامه مورخ ۷۳/۱۲/۲۸ و تخلیه و تحویل مبیع مورد لحوق دعوی قرارداد است و نظر به اینکه بشرح 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 ملی اصفهان بعنوان وام اخذ گردیده، بنا به مراتب با لحاظ کیفیت طرح دعوی و تعهدات خواننده (تجدید نظر خواه) دادنامه شماره ۲۴۱۲-۷۵/۱۱/۱۱ شعبه ششم دادگاه عمومی شهرستان اصفهان 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 با اقتضاء مدارک پرونده و موازین قانونی تطبیق می کند و به اکثریت آراء تائید و ابرام می شود.»^{۱۹}

اصراری دوم- رأی شماره ۳۱ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۱۱ هیات عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور

« 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 بموجب سند رسمی رهنی حق استفاده از مورد رهن به راهن تفویض شده و مالکیت در اختیار وی قرار داشته و بعلاوه 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 راهن داده شده است بنابراین اعتراضات تجدید نظر خواهان غیر موثر تلقی و دادنامه شماره ۳۰۶ الی ۳۳۱-۱۳۷۶/۹/۱۵ شعبه دادگاه عمومی کرج که وفق مقررات اصدار یافته به نظر اکثریت اعضاء هیات عمومی دیوان عالی کشور بلاشکال و خالی از منقصد قانونی تشخیص و ابرام می شود^{۲۰}». بنابر این به نظر می رسد با آراء اصراری متعدد، قضات دادگاهها علیرغم رأی وحدت رویه موجود، مجاز باشند دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ملک مرهونه را استماع نمایند.

۱۸. ماده ۲۷ قانون اجرای احکام مدنی «اختلافات راجع به مفاد حکم، همچنین اختلافات مربوط به اجرای احکام که از اجمال یا ابهام حکم یا محکوم به حادث شود در دادگاهی که حکم را صادر کرده رسیدگی می شود».

۱۹. مجموعه مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوانعالی کشور در سال ۱۳۷۶، صص ۵۹۹ و ۶۰۰

۲۰. مجموعه مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوانعالی کشور در سال ۱۳۷۷، صص ۷۲۲

بند سوم - نحوه اجرای حکم

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 می‌باشد اگر محکوم علیه مبادرت به پرداخت دین و فک رهن ننماید، صدور حکم چه فایده‌ای 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 آنست 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 می‌نماید و یا در صورت عدم امکان، مطابق تبصره همان ماده شخص دیگری تحت نظر مأمور اجرای احکام با هزینه محکوم علیه اقدام می‌کند و اگر با این روش هم حکم اجراء نشد به اذن تبصره ماده ۴۷ ق.ا.ا.م برابر ماده ۷۲۹ ق.آ.د.م سابق عمل می‌شود یعنی ابتدا دادگاه به محکوم علیه اخطار می‌کند مثلاً ظرف یک هفته مبادرت به پرداخت دین و فک رهن نماید در صورت امتناع، روزانه برای محکوم علیه جریمه ای لحاظ می‌شود و از این طریق حکم اجراء می‌شود.

ایرادی که ممکن است به روش اخیر وارد شود این است که ماده ۷۲۹ سابق آ.د.م در قانون جدید آ.د.م نیامده است و نسخ شده بنابراین مستندی برای الزام محکوم علیه این نوع احکام وجود ندارد.

در جواب این ایراد باید گفت، با توجه به تبصره ماده ۴۷ ق.ا.ا.م که مقرر داشته «... مطابق ماده ۷۲۹ آئین دادرسی مدنی^{۲۱} انجام خواهد شد.» مثل این است که عین ماده ۷۲۹ در ذیل قانون اجرای احکام مدنی ضمیمه و الحاق شده است، بنابراین نسخ ماده فوق در قانون آئین دادرسی مدنی، هیچ خللی به سندیت ماده متن آن، که به پشتوانه تبصره ماده ۴۷ ق.ا.ا.م قدرت اجرایی دارد، وارد نمی‌کند. نتیجتاً مضمون ماده ۷۲۹ در مقام اجرای حکم اعتبار قانونی خود را حفظ کرده است. سوالی که ممکن است پیش آید این است که حال اگر محکوم له امکان اجرای حکم را از طرق مذکور در طریق قبلی نداشته باشد آیا قانوناً امکان دارد که از طریق فروش سایر اموال محکوم علیه اجرای حکم محقق شود؟

به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۴۷ ق.ا.ا.م که مقرر می‌دارد « هر گاه محکوم به انجام عمل معین باشد و محکوم علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد محکوم له می‌تواند تحت نظر داد ورز (مأمور اجراء) آن عمل را وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل، هزینه لازم را بوسیله قسمت اجراء 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 می‌نماید. وصول هزینه مذکور و حق الزحمه کارشناسی از محکوم علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم به نقدی مقرر است.»، اجرای حکم توسط دیگری و یا توسط محکوم له با هزینه محکوم علیه امکان پذیر می‌باشد. بنابراین می‌توان در راستای اجرای حکم، سایر اموال محکوم علیه را توقیف و با فروش آن، از محل ثمن فروش، دین را هن را به مرتهن پرداخت و فک رهن نمود، سپس سند رسمی تنظیم گردد.^{۲۲}

۲۱. ماده ۷۲۹ ق.آ.د.م سابق « در مواردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز بوسیله شخص متعهد ممکن نیست دادگاه می‌تواند به درخواست متعده در حکم راجع به اصل دعوی یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین نماید که اگر محکوم علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجراء نکند مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم له پردازد.»

۲۲. حکم قانونی این ماده (۴۷) را می‌توان با مبنای نظریه شیخ انصاری در امکان فروش اموال مدیون، جهت فک رهن قابل انطباق دانست شیخ انصاری، المکاسب ج ۴، ص ۱۶۶

شبهه این مورد در ماده ۹۴۸ ق.م سابق آمده بود که در صورت امتناع ورثه از پرداخت ادای قیمت ابنیه و اشجار به زوجه، مشار الیها می توانست از عین غیر منقول، حق خود را استیفاء کند. که به در خواست محکوم له دایره اجراء می بایست بدو با تعیین مهلت مناسب در مورد پرداخت بهای اعیانی به ورثه اخطار کند در صورت عدم پرداخت بها از ناحیه ورثه در مهلت تعیین شده، دایره اجراء می توانست نسبت به فروش عین سهم الارث زوجه اقدام نماید.

در مورد پرداخت طلب مرتهن هم خود محکوم له (خریدار ملک) می تواند ابتدا دین را بپردازد و سپس از اموال راهن بگیرد و یا اینکه از باب وفای به عهد، راساً متعهد را مکلف به فروش سایر اموال نموده و از بهای آن دین مرتهن را بپردازد و سپس فک رهن نماید.

نتیجه گیری

اگرچه بطلان معامله ملک مرهونه بعد از رد مرتهن حسب ظاهر، نظر مشهور فقها بوده است لیکن از نظر تحلیل منطقی راهن مالک عین مرهونه است بنابر این اعتقاد به بطلان معامله، صحیح نیست. بطلان در جایی است که فروشنده (فضول) مالکیتی ندارد و مالک هم معامله را رد کرده باشد. در حالی که در قضیه مانحن فیه، رد مرتهن چون بیگانه از معامله است هیچ اثری ندارد جز آن که مرتهن حق دارد هر موقع که تأدیه دین وی معوق مانده است، از عین مرهونه جهت استیفای دین خود، بهره برداری کند. تلاش در جهت تفسیر تصرفات غیر مضر از ماده ۷۹۳ قانون مدنی ایران، اگرچه از نظر جمع حقوق راهن و مرتهن قابل ستایش است لیکن حقوق ایران بر خلاف حقوق مصر و فرانسه 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 در همان حال هم، عقد رهن را باقی تلقی کرد، خلاف ظاهر ماده ۷۹۳ ق.م بوده و با مبانی حقوق امامیه نیز سازگاری ندارد. به نظر می رسد: تنها راه حل، همان تفسیر غیر نافذ در ماده ۷۹۳ ق.م، به مراعی بودن حق مرتهن است بدون اینکه انتقال مال رهنی را قطعی تلقی کنیم و یا اساساً باطل بدانیم.

نتیجتاً رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ هیأت 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 (معاملات رهنی)، نباید در این دعاوی مورد استناد قرار گیرد و النهایه در جمع بندی نهایی باید به عدم بطلان معامله عین مرهونه، به صرف رد معامله توسط مرتهن عقیده مند باشیم، تا هم حق مرتهن محفوظ باشد و هم راهن سلطنت مالکانه خود را از دست ندهد و مبانی فقهی و حقوقی نیز حفظ شود. /الف ۱۰۰

غلامعلی صدقی - قاضی دیوان عالی کشور و دکتر فقه و حقوق خصوصی

منابع:

الف. عربی:

۱. انصاری؛ علامه شیخ مرتضی؛ مکاسب؛ ج ۴؛ انتشارات تراث شیخ؛ ه.ق.
۲. امام خمینی؛ آیت الله روح الله؛ تحریر الوسیله؛ ج ۲ منشورات مستشاریه الثقافیه للجمهوریه الاسلامیه ایرانیه بدمشق ۱۴۰۷ ه.ق.

۳. آملی؛ آیت الله میرزا هاشم؛ **المحاضرات فی فقه الرهن**. با مقدمه و تحقیق و تعلیق دکتر سید مصطفی محقق داماد؛ چاپ اول ۱۳۸۶؛ مرکز نشر اسلامی.

۴. خراسانی؛ آیت الله وحید؛ **منهاج الصالحین**؛ جلد سوم؛ باب معاملات؛ نرم افزار انتشارات جامع فقه اهل بیت.

ب. فارسی:

۱. شمس؛ دکتر عبدالله؛ آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته؛ جلد نخست؛ چاپ بیستم؛ پائیز ۱۳۷۸ انتشارات دراک.

۲. شهیدی؛ موسی؛ موازین قضایی (حقوقی - جزایی - اداری - امور و کلاء) «دادگستری» محکمه عالی انتظامی از نظر تخلف اداری؛ چاپ سوم ۱۳۴۰.

۳. طباطبایی یزدی؛ آیت الله سید محمد کاظم؛ سؤال و جواب به اهتمام دکتر سید مصطفی محقق داماد چاپ اول ۷۶.

۴. ماهنامه قضاوت؛ ماهنامه آموزش دادگستری استان تهران؛ شماره ۱۶؛ سال ۸۹.

۵. مجموعه دیدگاهها حقوقی و قضایی دادگستری استان تهران؛ سال ۸۲؛ به اهتمام معاون آموزش دادگستری استان تهران؛ نشر اشرافیه؛ جلد ۴؛ چاپ اول.

۶. مجموعه مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور؛ سالهای ۱۳۷۶ و ۱۳۷۷؛ انتشارات دیوان عالی کشور.

۷. محمدی؛ دکتر ابوالحسن؛ مبانی استنباط حقوق اسلامی؛ چاپ بیست و هشتم؛ انتشارات دانشگاه تهران؛ سال ۱۳۸۶.

ج. قوانین

۱. قانون آیین دادرسی دادگاهها در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹.

۲. قانون آیین دادرسی دادگاههای در امور کیفری مصوب ۱۳۷۸.

۳. قانون اجرای احکام مدنی.

۴. قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.

۵. قانون مدنی.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی