


## The lawsuit against the seller of the mortgaged property to release the mortgage (Review and Analysis of Unanimity Decision No. 832 of the General Board of the Supreme Court)

Mahmoud Kazemi<sup>1</sup>

1. Associate professor of Private Law, faculty of law and political science, University of Tehran, Tehran, Iran, (Corresponding Author). [makazemy@ut.ac.ir](mailto:makazemy@ut.ac.ir)

Article Info	Abstract
<p><b>Article type:</b> Scientific</p> <hr/> <p><b>Received:</b> 2025/04/09</p> <p><b>Received in revised form:</b> 2025/08/12</p> <p><b>Accepted:</b> 2025/09/09</p> <hr/> <p><b>Keywords:</b> <i>Obligation to release the mortgage, The status of sale of the mortgaged property, Independent condition, Effects of non-enforceable contract .</i></p>	<p>Regarding the situation of the sale of mortgaged property and its effects, there is a difference of opinion in Iran’s judicial procedure for many years. At one time, the General Board of the Supreme Court declared it invalid(non-enforceable) by issuing a unanimous decision No. 620. In spite of that, the popularity of the theory of the validity of the sale of mortgaged property in the doctrine caused the courts to lean towards it, and by interpreting the meaning of the Supreme court’s decision, they reduced its executive scope. In the meantime, another dispute was revealed among the courts, and that was the status of the lawsuit “obliging the seller of the mortgaged property to release the mortgage”. Courts have issued conflicting opinions; Some declaring this lawsuit as non-hearable and others accept it. Finally a new unanimity decision number 832 was issued, according to which the claim of the seller’s obligation to release the mortgage was considered admissible. The content of this decision is ambiguous and of course unsubstantiated, and it is not clear whether the General Board of the Supreme Court deviated from its previous decision and considered the sale of mortgaged property as correct, or whether it still believes in its non-influence(Adam-alsofoz). Assuming that the sale of the mortgaged property is not enforceable, it is difficult to accept the claim of the seller’s obligation to release mortgage, especially if it is not stipulated in the contract.</p>
<p><b>How To Cite</b></p>	<p>Kazemy, Mahmoud .(2025). The lawsuit against the seller of the mortgaged property to release the mortgage; Review and Analysis of Unanimity Decision No. 832 of the General Board of the Supreme Court. <i>Journal of Judgment</i>, 123(3), 1-23. <a href="http://doi.org/10.22034/judg.2025.2057403.1419">http://doi.org/10.22034/judg.2025.2057403.1419</a></p>
<p><b>DOI</b></p>	<p><a href="https://doi.org/10.22034/judg.2025.2057403.1419">10.22034/judg.2025.2057403.1419</a></p>
	<p>©2025 The Author(s): This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution (CC BY 4.0), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, As long as the original authors and sources are cited. No permission is required from the authors or the publishers.</p>
<p><b>Publisher</b></p>	<p>Publications of the Judiciary of Tehran Province</p>

## دعوی الزام فروشنده‌ی مال مرهونه به فک رهن (نقد رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)

محمود کاظمی<sup>۱</sup>

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)، رایانامه: [makazemy@ut.ac.ir](mailto:makazemy@ut.ac.ir)

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: علمی	در خصوص وضعیت بیع مال مرهونه و آثار آن، سال‌هاست در رویه قضائی ایران اختلاف نظر وجود دارد. زمانی هیئت عمومی دیوان عالی کشور با صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ در سال ۱۳۷۶ آن را غیر نافذ اعلام کرد. به رغم آن، شهرت نظریه صحت بیع مال مرهونه در دکتین، سبب تمایل محاکم به سمت این نظر شده و اغلب با تأویل مدلول رأی وحدت رویه و تفسیر محدود آن از قلمرو اجرائی آن کاسته‌اند. در این میان اختلاف دیگری در بین محاکم آشکار گردید و آن، نحوه برخورد با دعوی «الزام فروشنده مال مرهونه به فک رهن» بود که از سوی خریدار مطرح می‌شد. دادگاه‌ها در این خصوص آرای متعارض صادر می‌کرده‌اند؛ برخی این دعوی را غیر قابل استماع دانسته و برخی دیگر آن را می‌پذیرفته‌اند. سرانجام رأی وحدت رویه‌ی جدیدی به شماره ۸۳۲ در سال ۱۴۰۲ صادر گردید که به موجب آن، دعوی الزام فروشنده به فک رهن قابل پذیرش دانسته شده است. مفاد این رأی مبهم و البته غیر مستدل است و روشن نیست که هیئت عمومی دیوان عالی کشور از رأی قبلی خود عدول کرده و بیع مال مرهونه را صحیح دانسته است یا همچنان معتقد به عدم نفوذ آن است؛ زیرا با فرض غیر نافذ بودن بیع مال مرهونه، پذیرش دعوی الزام بایع به فک رهن، به ویژه اگر او ضمن عقد بدان متعهد نشده باشد، مشکل می‌نماید. در این مقاله ضمن بررسی موضوع از دیدگاه فقهی و حقوق موضوعه به نقد و تحلیل این رأی پرداخته و نتیجه گرفته‌ایم که دعوی الزام بایع (راهن) به فک رهن در فرضی که او در ضمن عقد بیع متعهد به آن نشده بر بنیاد محکمی استوار نبوده و قابل پذیرش نیست و از این جهت رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور قابل نقد است.
تاریخ دریافت: ۱۴۰۴/۰۱/۲۰	
تاریخ بازنگری: ۱۴۰۴/۰۵/۲۱	
تاریخ پذیرش: ۱۴۰۴/۰۶/۱۸	
کلیدواژه: تعهد به فک رهن، وضعیت بیع مال مرهونه، شرط مستقل، آثار عقد غیر نافذ.	
استناد	کاظمی، محمود. (۱۴۰۴). دعوی الزام فروشنده‌ی مال مرهونه به فک رهن (نقد رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)، فصلنامه قضاوت، ۱۲۳(۳)، ۱-۲۳. <a href="http://doi.org/10.22034/judg.2025.2057403.1419">http://doi.org/10.22034/judg.2025.2057403.1419</a>
DOI	<a href="https://doi.org/10.22034/judg.2025.2057403.1419">10.22034/judg.2025.2057403.1419</a>
ناشر	انتشارات دادگستری کل استان تهران

## مقدمه

یکی از موضوعات مهم که در دکت‌ترین بحث‌های زیادی را به خود اختصاص داده و جولانگاه نظریه‌پردازی از سوی صاحب‌نظران و منشأ صدور آرای متعارض در محاکم شده است، وضعیت و احکام بیع مال مرهونه، یا هر نوع عقد ناقل مالکیت نسبت به آن است؛ به این معنا که هرگاه رهن مال مرهونه را بدون اذن مرتهن بفروشد یا هر نوع معامله ناقل مالکیت دیگری نسبت به آن انجام دهد، وضعیت این معامله چگونه است و احکام آنچه خواهد بود.

روشن است که عقد رهن موجب سلب مالکیت رهن نسبت به مال مرهونه و انتقال آن به مرتهن نمی‌گردد، بلکه یک نوع حق عینی تقدم در وصول طلب، برای مرتهن ایجاد می‌کند؛ به این معنا که او حق خواهد داشت مقدم بر سایر طلبکاران، از محل مال مرهونه طلب خود را وصول نماید (م ۷۸۰ ق.م.)؛ اما سؤال بنیادین آن است که با توجه به ماهیت رهن، آیا رهن از هر نوع تصرف ناقله (از جمله بیع) در مال مرهونه ممنوع است؛ به عبارت دیگر آیا انعقاد رهن، موجب محدودیت حق مالکیت و سلطه مالک نسبت به مال مرهونه شده و او حق انتقال آن به غیر را ندارد، یا صرفاً برای مرتهن حق عینی ایجاد می‌کند و انتقال مال مرهونه توسط رهن منافی با حق مرتهن نداشته و مصداق تصرفات منافی حق مرتهن، موضوع ماده ۷۹۳ ق.م. نبوده، بلکه صحیح و نافذ است.

تردید نیست که بیع مال مرهونه با اذن مرتهن نافذ است؛ همچنین اگر بعد از بیع، مرتهن به آن رضایت دهد یا به هر یک از اسباب قانونی، رهن فک شود بیع نافذ می‌گردد؛ اما وضعیت بیع قبل از تحقق هر یک از اسباب فوق مبهم و در خصوص احکام و آثار آن اختلاف نظر شدید وجود دارد. این اختلاف نظر در حدی است که می‌توان آن را معرکه آرا دانست. اختلاف دیدگاه در احکام این معامله هم از جنبه ماهوی (وضعیت حقوقی آن) است و هم از جنبه آیین دادرسی؛ یعنی امکان اقامه دعوی فک رهن یا بطلان بیع از سوی مشتری یا مرتهن.

از جنبه ماهوی در خصوص وضعیت بیع مرهونه دیدگاه‌های کاملاً متضادی وجود دارد؛ به گونه‌ای که هم نظریه صحت بیع مال مرهونه مطرح است و هم بطلان آن؛ البته دیدگاه‌های بینابین؛ یعنی عدم نفوذ، غیر قابل استناد و مراعی هم وجود دارد. اختلاف نظر در دکت‌ترین سبب تشتت آرا و اختلاف رویه در محاکم شده است و این موضوع یکی از پرچالشی‌ترین موضوعات مطرح در رویه قضائی است. زمانی، هیئت عمومی دیوان عالی کشور به منظور رفع اختلاف مداخله کرد و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۰۸/۰۲ را صادر نمود. با صدور این رأی هر چند به طور موقت، آتش اختلاف فروکش کرد، اما ماده نزاع به طور کامل قلع نشد و دیری نپائید (کمتر از پنج ماه) که با صدور یک رأی اصراری، اختلاف نظرهای قبلی در بین محاکم مجدداً آشکار شد و همچون آتشی از زیر خاکستر زبانه کشید و بار دیگر همان اختلاف دیدگاه‌ها ایجاد و آرای متهافت

صادر گردید؛ به گونه‌ای که اکنون نمی‌توان سرنوشت دعوی راجع به این معامله را در رویه محاکم پیش‌بینی کرد. البته گرایش رویه قضائی، این بار به سمت صحت بیع مال مرهونه و تأویل رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور است که بیع مال مرهونه را غیر نافذ اعلام کرده بود؛ یعنی غالب محاکم اعم از بدوی و تجدیدنظر و حتی شعب دیوان عالی کشور بیع مال مرهونه را از جمله تصرفات منافی حقوق مرتهن ندانسته، صحیح منافذ می‌دانند.

این رویه جدید، نتیجه طرح نظریات نوین در دکترین بوده که بر مبنای تفسیری لیبرال از قانون مدنی مطرح شده است. طرفداران این نظریه با تکیه بر مفاهیمی چون «حق عینی» معتقدند که بیع مال مرهونه منافی حق مرتهن نبوده و با آن تعارضی ندارد؛ یعنی با انتقال مال مرهونه به غیر، حق عینی مرتهن همچنان محفوظ است و او در برابر منتقل‌الیه هم می‌تواند به آن استناد کند و عنداللزوم طلب خود را از محل مال مرهونه وصول نماید؛ بدین‌سان دلیلی بر فساد یا عدم نفوذ بیع مال مرهونه وجود ندارد (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۱۲۵؛ ایزانلو، ۱۳۹۵: ۸۳؛ ساعتچی، ۱۳۹۵: ۴۹؛ قبولی درفشان، ۱۳۹۰: ۵۸؛ عظیمیان، ۱۳۸۸: ۱۷ به بعد). این دیدگاه که در ظاهر موجه جلوه می‌کند، دارای ایراد و ابهام بوده و به نظر می‌رسد مبتنی بر نوعی مصادره به مطلوب باشد؛ یعنی این سخن که بیع مال مرهونه با حق مرتهن منافاتی ندارد، عین نزاع است که در این نظریه مسلم فرض شده و به صورت مقدمه مورد استفاده قرار گرفته است. همچنین پذیرش صحت بیع مال مرهونه صرف نظر از آن‌که با نظر مشهور، بلکه اجماع فقیهان امامیه در تضاد است، با مبنای پذیرفته شده در قانون مدنی هم سازگار نیست. به علاوه طرفداران این نظریه به‌طور واضح تبعات و آثار این نظریه را بیان نکرده‌اند؛ از جمله هرگاه مرتهن برای وصول طلب خود مال مرهونه را بفروشد یا تملک نماید، بیع مال مرهونه توسط راهن چه وضعیتی پیدا می‌کند؛ منحل یا همچنان به اعتبار خود باقی است؛ به عبارت دیگر آیا این مال در مالکیت منتقل‌الیه تملک می‌شود یا راهن؛ همچنین حکم و چگونگی رجوع منتقل‌الیه به راهن را بیان نکرده‌اند. از آنجاکه طرفداران این نظریه معتقدند در فرض انتقال مال مرهونه، رهن ساقط نمی‌گردد و مرتهن حق دارد از محل مال مرهونه طلب خود را وصول نماید، می‌توان نتیجه گرفت که به نظر آن‌ها بیع مال مرهونه در برابر مرتهن غیر قابل استناد بوده که نتیجه آن، بطلان بیع بعد از اقدام مرتهن برای وصول طلب خود است. به علاوه نباید از نظر دور داشت که جواز و صحت بیع مال مرهونه سبب افزایش دعاوی شده و وصول طلب مرتهن را با چالش و دشواری مواجه می‌کند که با حقیقت و فلسفه اخذ رهن در تعارض است و روشن نیست که طرفداران نظریه صحت بیع مال مرهونه به دنبال چه مصلحتی بوده‌اند که این تکلف را پذیرفته‌اند. نگارنده در مقاله‌ای مستقل وضعیت بیع مال مرهونه را بررسی کرده و بر مبنای مواد مختلف قانون مدنی و متون فقهی به این نتیجه رسیده است که بیع مال مرهونه غیر نافذ است (رش: کاظمی، ۱۴۰۱: ص ۱۵۵-۱۳۵).

اما اختلاف نظر در خصوص وضعیت این معامله سبب اختلاف از جنبه آیین دادرسی و رسیدگی به دعاوی ناشی از آن نیز شده است. یکی از این موضوعات آن است که بعد از بیع مال مرهونه آیا مشتری می‌تواند الزام بایع (راهن) به فک رهن را از دادگاه درخواست نماید؛ و دادگاه نسبت به این خواسته چه رأیی باید صادر کند؛ آیا این دعوی شرایط قانونی را نداشته و قابل رسیدگی نیست و دادگاه باید قرار عدم استماع دعوی صادر کند، یا دعوی به لحاظ قانونی قابلیت استماع داشته و در صورت وجود سایر شرایط قانونی، دادگاه باید وارد رسیدگی شده و در ماهیت حکم صادر کند. سپس این سؤال مطرح می‌شود که در ماهیت دعوی، دادگاه چه حکمی صادر می‌کند؛ آیا باید حکم به بطلان دعوی صادر نماید، یا به الزام بایع به فک رهن و احیاناً تنظیم سند رسمی حکم صادر می‌کند؛ به عبارت دیگر آیا می‌توان بر مبنای عرف یا شرط ضمنی این تعهد ضمنی را برای فروشنده پذیرفت که او مقدمات فک رهن را فراهم کند؛ به علاوه در صورتی که وجود شرط صریح یا ضمنی دایر بر تعهد بایع (راهن) به فک رهن، حکم قضیه چه خواهد بود. اگرچه در ظاهر این مسئله با موضوع قبلی متفاوت می‌نماید، اما چنانکه خواهیم دید با آن ارتباط تنگاتنگ دارد.

قانون مدنی ایران در این زمینه ساکت است و این امر سبب اختلاف نظر در دکترین شده است؛ برخی معتقدند مشتری حق الزام بایع به فک رهن را ندارد، در مقابل برخی دیگر معتقد به وجود این حق برای مرتهن هستند (میرزا نژاد، ۱۳۹۰، ص ۲۹۷؛ صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص ۱۱۱). اختلاف نظر در دکترین سبب اختلاف در رویه قضائی هم شده و در این زمینه آرای مختلف و متضادی از محاکم صادر شده است؛ در حالی که برخی محاکم معتقدند چنین دعوایی قابلیت استماع ندارد (دادنامه شماره ۹۲۰۴۰۷، صادره از شعبه ۲۱۲ دادگاه حقوقی تهران که طی دادنامه شماره ۹۳۰۲۰۲ مورخ ۱۳۹۳/۰۲/۳۱ صادره از شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران عیناً تأیید شده است؛ دادنامه شماره ۹۲۰۵۱۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۶/۰۶ صادره از شعبه ۱۵۱ دادگاه حقوقی تهران که به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۱۶۳۵ مورخ ۱۳۹۲/۱۲/۰۳ عیناً توسط شعبه ۴۴ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تأیید شده است)، برخی دیگر این دعوی را به لحاظ قانونی قابل استماع دانسته محکم به الزام بایع (راهن) به فک رهن صادر کرده‌اند (آرای اصراری شماره ۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۱۲ شماره ۳۱ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۱۱ صادره از هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور؛ دادنامه‌های شماره ۹۲۱۱۸۴ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۴ و ۹۲۱۲۴۳ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۹ صادره از شعبه ۴۷ دادگاه حقوقی تهران که طی دادنامه شماره دادنامه ۹۳۰۵۰۶ مورخ ۱۳۹۳/۰۴/۲۱ صادره از شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر تهران تأیید شده است).<sup>۱</sup> هیئت عمومی دیوان عالی کشور در رأی

۱. برای مطالعه آرای مختلف در این خصوص رش: یزدانیان، ۱۳۸۵، ص ۱۲۳ به بعد؛ محمدی، ۱۳۸۶، ص ۲۶۹ به بعد؛ میرزا نژاد، ۱۳۹۰، ص ۱۸۹ به بعد؛ صدیقی ۱۳۹۲، ص ۹۰ به بعد؛ صفایی و جواهر کلام، ۱۳۹۵، ص ۱۰۹ به بعد.

وحدت رویه شماره ۸۳۲ در تاریخ ۱۴۰۲/۰۳/۳۰، ظاهراً به این نزاع پایان داده و نظری را تأیید کرده که دعوی الزام انتقال‌دهنده مال مرهونه (راهن) به فک رهن از سوی منتقل‌الیه را پذیرفته است. در فقه امامیه نیز در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد؛ اما نظر غالب آن است که فک رهن بر بایع لازم و واجب نیست و نمی‌توان الزام او را از محکمه درخواست کرد؛ چنانکه نمی‌توان الزام بایع فضولی به تملک مبیع فضولی یا تحصیل اجازه مالک را درخواست نمود (انصاری، ۱۴۳۱: ج ۴، ص ۱۶۶). در این مقاله تلاش کرده‌ایم ضمن بررسی موضوع از دیدگاه فقهی و حقوق موضوعه، رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور را نقد و تحلیل کنیم. به نظر نگارنده رسیدگی به این دعوی از جهت قواعد آیینی با مانعی موجه نیست و تمام شرایط یک دعوی را دارا است؛ اما از جهت ماهوی و این‌که دادگاه در ماهیت باید دعوی را بپذیرد یا حکم به رد آن صادر کند، به نظر می‌رسد با توجه به مبانی فقهی و حقوقی دلیلی برای پذیرش این دعوی وجود ندارد، مگر آن‌که در ضمن عقد بیع بایع (راهن) ملتزم به فک رهن شده باشد. بر این اساس به نظر می‌رسد رأی وحدت رویه برخلاف مبانی و قواعد حاکم بر بیع مال مرهونه در فقه و حقوق موضوعه ایران صادر شده و دارای ابهام و تعارض است و از این جهت قابل انتقاد است. از اهداف نگارش این مقاله بررسی تحلیلی این رأی و بیان جهات نقد آن است و به نظر می‌رسد تا زمان تجدیدنظر در آن باید از قلمرو اجرایی آن کاست.

## ۱. طرح مسئله؛ گزارش پرونده

شرح ماوقع و تبیین محل نزاع را به نقل از گزارش معاون قضائی دیوان عالی کشور بیان می‌کنیم.

### ۱-۱. گزارش معاون قضائی دیوان عالی کشور

معاون قضائی دیوان عالی کشور اعلام داشته، آرای واصله به آن معاونت حکایت از آن دارد که در خصوص دعوی «الزام فروشنده مال مرهونه به فک رهن با پرداخت حقوق مرتهن»، از سوی محاکم آرای مختلفی صادر شده که این امر از مصادیق اختلاف رویه در استنباط از قانون، موضوع «قانون مربوط به وحدت رویه قضائی» مصوب ۱۳۲۸ و ماده ۴۷۱ ق.آ.د.ک. مصوب ۱۳۹۲ بوده و به منظور ایجاد وحدت رویه می‌باید در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح گردد. در ادامه معاون قضائی دیوان عالی کشور گزارش پرونده را ارائه نموده که عیناً نقل می‌گردد:

الف. به حکایت دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۱۹۷۲۴۰۰۶۶۶ [مورخ] ۱۳۹۷/۰۸/۲۱ و دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۱۹۷۲۴۰۰۳۲۵، شعبه ۴ دادگاه عمومی نوشهر در خصوص دعوی آقایان، حسام...، فرزین... و مرتضی... به طرفیت آقایان علی اصغر... محمدحسین... به خواسته الزام به فک رهن [مبیع]، چنین رأی داده است:

«... مطابق ماده ۷۹۳ ق.م. هرگونه اقدامی منافی با حقوق مرتهن مواجهه با مانع قانونی است؛ این در حالی است که تقاضای الزام به فک رهن در جهت حفظ حقوق مرتهن بوده که این امر پس از صدور حکم دادگاه با هزینه متعهد و فعل او یا فعل ثالث با هزینه راهن انجام می‌پذیرد و در مغایرت با مدلول ماده مزبور و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۰۸/۰۲ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیست؛ خصوصاً آن‌که مطابق ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک، مرتهن از تملک [مال] مرهونه ممنوع است و صرفاً مورد رهن محل استیفای وجه [طلب] مرتهن است؛ دادگاه با وصف مراتب فوق و نظر به استعلام واصله از ثبت نوشهر... که حاکی از مالکیت آقایان علی اصغر... است...، دعوی خواهان را نسبت به اصیل، آقای علی اصغر... وارد دانسته با استناد به مدلول مواد ۳۳۸، ۲۳۰، ۳۳۹، ۱۲۵۷، ۱۲۷۴، ۱۲۸۶، ۱۳۲۱ و ۱۳۲۴ قانون مدنی و مواد ۱۹۸، ۵۰۲، ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی [در امور] مدنی حکم به الزام خواننده دعوی، آقای علی اصغر... به تمهید مقدمات (الزام به فک رهن) با پرداخت کلیه مطالبات مرتهن... صادر و اعلام می‌نماید...»؛ و در خصوص دعوی تقابل خواننده‌ها به طرفیت آقایان حسام... و فرزین... به خواسته اعلام بطلان معامله [بیع مال مرهونه]...، چنین رأی صادر شده است: «...دعوی خواهان وارد و درخور پذیرش نیست، زیرا با پذیرش دعوی خواهان اصلی دایر بر فک رهن...، دیگر پذیرش دعوی تقابل موجبی نداشته. با پذیرش دعوی اصلی، مطالبات مرتهن از محل رهن قابل استیفا بوده و این امر منافی بارأی وحدت رویه ۶۲۰ [مورخ] ۱۳۷۶/۰۸/۰۲ و ماده ۷۹۳ ق.م. نیست. دادگاه نظر به مراتب فوق و مستنداً به ماده ۱۹۷ قانون آیین دادرسی [در امور] مدنی حکم به بطلان دعوی صادر و اعلام می‌دارد...».

پس از تجدیدنظرخواهی از آرای مذکور، شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۹۷۱۵۱۷۵ [مورخ] ۱۳۹۸/۰۷/۰۹، چنین رأی داده است:

«...تجدیدنظرخواهی آقای علی اصغر... و محمدحسین... به طرفیت آقایان فرزین... و حسام... به نظر صائب و صحیح می‌آید؛ چه، این‌که معامله فی مابین آقای علی اصغر و آقایان فرزین و حسام... نسبت به پلاک مذکور که در رهن بانک ملی است، محل ایراد می‌نماید؛... با عنایت به نص صریح قانون مدنی در ماده ۷۹۳ که راهن را از هرگونه تصرف در رهن که منافی حقوق مرتهن باشد منع نموده، مگر با اذن مرتهن که در مانحن فیه بانک مرتهن به‌طور صریح و مکتوب جواز هرگونه نقل و انتقال... از سوی راهن را مردود اعلام دانسته و تنفیذ نمی‌نماید؛ و نظر به رأی وحدت رویه ۶۲۰ [هیئت عمومی] دیوان عالی کشور که فروش و انتقال مال مرهونه به ثالث از سوی راهن را منافی منافع و حقوق مرتهن دانسته و محکوم به رد می‌داند، لذا با پذیرش تجدیدنظرخواهی صورت پذیرفته و نقض دادنامه‌های معترض‌عنه، حکم به رد دعوی خواهان بدوی (آقایان فرزین... و حسام...) به خواسته الزام به فک رهن... و ورود دعوی تقابل آقای علی اصغر... به خواسته ابطال

معامله فی مابین نامبرده و در نتیجه با توجه به مراتب فوق الاشعار [حکم به] بطلان معامله فی مابین صادر و اعلام می‌نماید...».

ب. به حکایت دادنامه شماره ۱۶۱۳ [مورخ] ۱۳۹۷/۱۰/۲۶، شعبه ۱۰۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران، در خصوص دعوی آقایان فریبرز... و سورنا... به طرفیت آقای احمد... و بانک مسکن به خواسته الزام به فک رهن و مطالبه خسارت دادرسی، چنین رأی داده است:

«با توجه به این که... انتقال عین مرهونه به حق مرتهن صدمه ای نمی‌زند و حق مرتهن عینی است و بر مورد انتقال باقی می‌ماند و حاکم بر حق مالکیت انتقال گیرنده است؛ لذا این دادگاه در مجموع دعوی خواهان را وارد تشخیص و مستنداً به مواد ۱۰، ۱۹۰، ۲۱۹، ۲۲۱، ۲۲۳، ۳۶۲، ۱۲۸۴ و ۱۲۹۱ قانون مدنی و مواد ۵۰۲، ۵۱۵ و ۵۱۹ قانون آیین دادرسی [در امور] مدنی حکم به محکومیت خوانده ردیف اول به فک رهن از ملک، پس از پرداخت حقوق رهنی بانک مسکن توسط آقای احمد... صادر و اعلام می‌نماید...». پس از تجدیدنظرخواهی از این رأی، شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران به موجب دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۹۷۰۲۶۹۵۰۰۷۰۱ [مورخ] ۱۳۹۸/۰۴/۲۹ چنین رأی داده است:

«... [با] توجه به مستندات، اصحاب دعوی و اظهارات مکتوب در پرونده، ایراد و اعتراض وارد نیست و جهات درخواست تجدیدنظر با شقوق یادشده در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی مطابقت ندارد؛ دادنامه طی رسیدگی‌های لازم برابر اصول و موازین قانونی صادرشده، خدشه و خللی بر آن وارد نیست چراکه در این مرحله از دادرسی تجدیدنظرخواه دلیل و مدرک موجهی که موجبات نقض و بی‌اعتباری دادنامه را فراهم نماید به دادگاه ارائه نداده، بنابراین دادگاه به استناد قسمت اخیر ماده ۳۵۸ ق.آ.د.م. با رد تجدیدنظرخواهی، دادنامه نخستین را تأیید می‌نماید...».

چنانکه ملاحظه می‌شود، شعب ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران و ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در خصوص دعوی الزام فروشنده مال مرهونه به فک رهن (با پرداخت حقوق مرتهن) اختلاف نظر دارند؛ به طوری که شعبه ۲۲ با استدلال به اینکه رهن در زمان انعقاد عقد بیع، حقی در نقل و انتقال مال مرهونه نداشته و با استناد به ماده ۷۹۳ ق.م. و رأی وحدت رویه ۶۲۰-۲۰۸/۱۳۷۶ معتقد به بطلان (عدم نفوذ) معامله بوده و بر همین اساس حکم به رد دعوی الزام به فک رهن صادر کرده است، در حالی که شعبه ۵۲ یادشده در مورد مشابه حکم صادره مبنی بر الزام به فک رهن را تأیید کرده است. بنا به مراتب در موضوع مشابه، اختلاف استنباط محقق شده است، لذا در اجرای ماده ۴۷۱ ق.آ.د.ک. به منظور ایجاد وحدت رویه قضایی، طرح موضوع در جلسه هیئت عمومی دیوان عالی کشور درخواست می‌گردد... در ادامه نظریه نماینده دادستان کل کشور را بیان می‌شود.

## ۱-۲. نظریه نماینده دادستان کل کشور

نماینده دادستان کل کشور پس از ذکر مقدمه و بیان این که اختلاف رویه حادث شده بین شعبه ۲۲ دادگاه تجدیدنظر استان مازندران و شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در خصوص «دعوای الزام فروشنده مال مرهونه به فک رهن با پرداخت حقوق مرتهن» آشکار است، به شرح ذیل اظهار نظر کرده است:

«... با توجه به مراتب مذکور و اینکه وضعیت حقوقی معاملات با عین مرهونه از جمله موضوعات مورد اختلاف در منابع فقهی و حقوقی و به تبع رویه قضائی است که سابقه طولانی داشته و کتب و مقالات و همچنین آرای بسیاری در این زمینه به رشته تحریر درآمده است و هر چند تقسیم‌بندی‌های گوناگونی از انواع و اقسام معاملات با عین مرهونه و ضمانت اجرای آن‌ها به دست آمده است، اما آنچه مورد اتفاق است و در ماده ۷۹۳ ق.م؛ و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰-۱۳۷۶/۰۸/۲۰ نیز به آن تصریح گردیده، این است که صرفاً اعمالی که منافی حقوق مرتهن است منوط به اذن مرتهن است، هر چند که راجع به مفهوم «عدم نفوذ این گونه اعمال و آثار و مصادیق اعمال منافی حقوق مرتهن در رابطه بین راهن و مرتهن ثالث» نیز اختلاف نظر وجود داشته و نظرات متفاوتی در این خصوص ارائه شده است. با عنایت به اینکه دیوان عالی کشور در راستای تنظیم و تنسيق روابط بین اشخاص در جامعه و با عنایت به مصالح عمومی، در تفسیر مفاد ماده ۷۹۳ ق.م باید آن را حمل بر معنایی بنماید که ضمن مراعات حقوق مکاتبه مرتهن با اراده عقد در رابطه بین طرفین، صحت عمل حقوقی را در برداشته باشد. لذا به لحاظ اینکه با تحقق عقد رهن، مالکیت عین مال کماکان متعلق به راهن است و مرتهن صرفاً به تبع طلب خود، نسبت به عین مرهونه حق عینی تبعی دارد و چنانچه این حق به نحوی از انحاء تأمین و تأدیه طلب مرتهن مراعات شود، عمل حقوقی انجام شده توسط راهن منافاتی با حقوق مرتهن نخواهد داشت؛ و از آنجاکه بر اساس اصل نسبی بودن اثر عقود حسب ماده ۲۳۱ ق.م، قرارداد منعقدہ بین خریدار و فروشنده با حفظ حقوق مرتهن، مشمول اصل صحت و اصل لزوم در رابطه بین طرفین آن بوده و از حیث تحلیلی ماهیت آن نوعی تعهد به فعل ثالث است که نه تنها منافی حق عینی مرتهن بر استیفای حق خود از عین مال نبوده و تأثیر سوپی بران ندارد، بلکه این دعوی به نحوی متضمن تأیید حق مرتهن و تعجیل در تأدیه آن نیز است و براین اساس، حقوق مرتهن در هر حال رعایت شده و دعوای الزام فروشنده به فک رهن، منافاتی با حقوق مرتهن نخواهد داشت؛ بنابراین رأی شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران منطبق با مقررات قانونی بوده و مورد تأیید است.»

### ۱-۳. متن رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲-۱۴۰۲/۰۳/۳۰-هیئت عمومی دیوان عالی کشور

بعد از استماع نظریه دادستان کل کشور، اعضای هیئت عمومی دیوان عالی کشور وارد شور شده و بعد از تبادل نظر در نهایت با اکثریت آرای اعضای هیئت عمومی دیوان، به شرح ذیل رأی صادر شده است:

«نظر به این که با تحقق عقد رهن مالکیت عین مرهونه همچنان متعلق به راهن است و مرتبه به تبع طلب خود نسبت به عین مرهونه، حق عینی دارد و به استناد این حق می‌تواند از محل فروش آن با رعایت تشریفات قانونی طلب خود را استیفا نماید، چنانچه حقوق مرتبه به نحوی از انحاء تأمین یا طلب وی تأدیه شود، انجام بیع نسبت به عین مرهونه توسط راهن، منافاتی با حقوق مرتبه و ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰-۱۳۷۶/۰۸/۲۰-هیئت عمومی دیوان عالی کشور ندارد و دعوی الزام به فک رهن به طرفیت فروشنده مال مرهونه قابلیت پذیرش را دارد. بنا به مراتب رأی شعبه پنجاه و دوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران که با این نظر انطباق دارد با اکثریت آرا، صحیح و قانونی تشخیص داده می‌شود و طبق ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ با اصلاحات و الحاقات بعدی در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور، دادگاه و سایر مراجع اعم از قضائی و غیر آن، لازم الاتباع است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور».

### ۲. نقد و تحلیل رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور

بر رأی وحدت رویه چه به لحاظ منطقی و نحوه استدلال و استنباط و چه به لحاظ قواعد ماهوی حقوقی ایرادات بنیادین وارد است که به شرح ذیل بیان می‌شود.

#### ۲-۱. ابهام در مدلول و منطوق رأی وحدت رویه

مدلول و مفهوم رأی دیوان عالی کشور مبهم است.

#### ۲-۱-۱. ارتباط دعوی الزام به فک رهن با وضعیت بیع مال مرهونه

چنانکه قبلاً گفته شد اظهار نظر در خصوص «دعوی فک رهن» در حد زیادی با «وضعیت بیع مال مرهونه» مرتبط است؛ به عبارت دیگر پذیرش یا رد دعوی الزام به فک رهن، فرع بر صحت و بطلان بیع مال مرهونه است:

الف- اگر «بیع مال مرهونه» را صحیح و نافذ بدانیم، پذیرش دعوی «الزام به فک رهن» با سهولت بیشتری قابل توجیه و پذیرش است. با اعتقاد به صحت بیع مال مرهونه، امکان پذیرش «دعوی فک رهن» در دو فرض قابل طرح و بررسی است:

نخست، آن‌که در متن قرارداد، با بیع به صراحت ملتزم به فک رهن شده باشد؛ در این فرض بر مبنای شرط ضمن عقد دعوی الزام به فک رهن قابل پذیرش است و در واقع مفاد دعوی، الزام به

اجرای تعهد قراردادی است که از هر جهت معتبر است و پذیرش این دعوی با جمع شرایط آیینی با هیچ مانعی مواجه نیست؛

دوم، فرضی که در متن قرارداد به این تعهد بایع تصریح نشده و از قرائن و شواهد وجود این شرط به طور ضمنی قابل استنباط نباشد. در این فرض می‌توان چنین الزامی را برای بایع پذیرفت و معتقد بود که تعهد بایع به تمهید مقدمات فک رهن از لوازم عرفی بیع مال مرهونه بوده و بر مبنای ماده ۲۲۰ ق.م. در حکم تصریح در قرارداد است؛ این حکم بر این بنیاد توجیه می‌گردد که چون مطابق قانون (بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م.) بایع متعهد به تسلیم مبیع به مشتری است و تسلیم باید به نحوی باشد که مشتری متمکن از انحاء تصرفات نسبت به مبیع باشد و بتواند به طرق مختلف از آن بهره‌مند گردد (ماده ۳۶۷ ق.م.)، رها و آزاد بودن مبیع از هر نوع قید و شرط یا حق ثالث از لوازم تسلیم کامل مبیع به مشتری است؛ از باب «التزام به شیء التزام به لوازم آن نیز هست»، بایع ملتزم به فک رهن مبیع است. البته این استدلال در فرضی که بیع بعد از سررسید دین واقع شده باشد تقویت می‌گردد، اما با توجه به این که مدیون قبل از سررسید الزامی به پرداخت دین ندارد در این فرض پذیرش آن مشکل می‌نماید، مگر آن که گفته شود او ملتزم به جایگزین کردن مال دیگری به جای عین مرهونه است تا بدین طریق مقدمات فک رهن را فراهم نماید.

ب- اما اگر معتقد به بطلان یا عدم نفوذ (موقوف یا مراعی) بیع مال مرهونه باشیم، در صورتی که در ضمن عقد بایع ملتزم به فک رهن نشده باشد، توجیه الزام بایع به فک رهن دشوار خواهد بود. چنانکه در بیع فضولی که در عدم نفوذ آن تردیدی نیست، در خصوص عدم الزام بایع فضولی به تحصیل رضایت مالک یا تملک مبیع، از باب اجرای مقدمات تنفیذ بیع فضولی در فقه و حقوق موضوعه اتفاق نظر وجود دارد (انصاری، ۱۴۳۱: ج ۴، ص ۱۶۶؛ کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۴۴). مگر آنکه بایع به صراحت تنفیذ بیع فضولی را تعهد کرده باشد که بحث دیگری است (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۴۵). اما اگر بایع در ضمن عقد متعهد به فک رهن شده باشد وضعیت این شرط تابع شرط ضمن عقد غیر نافذ خواهد بود و باید بررسی کرد که آیا چنین شرطی مستقل از عقد بوده، نافذ و لازم الاتباع است یا شرط تابع عقد بوده و غیر نافذ و غیر لازم الاتباع است. در این باره در ادامه سخن خواهیم گفته ولی اجمالاً باید گفت که این شرط مستقل از عقد بوده و نافذ است.

## ۲-۱-۲. عدم تبیین وضعیت بیع مال مرهونه

ابهامی که در رأی وحدت رویه جدید وجود دارد، آن است که به صراحت بیان نشده که از نظر گاه هیئت عمومی دیوان آیا بیع مال مرهونه صحیح و نافذ است یا غیر نافذ (موقوف یا مراعی)؛ در حالی که آن هیئت سال‌ها قبل در رأی شماره ۶۲۰، بیع مال مرهونه را غیر نافذ اعلام کرده بود.

اکنون این سؤال مطرح است که آیا دیوان با صدور رأی جدید از نظر قبلی خود عدول کرده و بیع مال مرهونه را نافذ و صحیح می‌داند، یا همچنان آن را غیر نافذ دانسته و رأی قبلی به اعتبار خود باقی است. برفرض تحقق هر یک از دو فرض، وضعیت قانونی دعوی حاضر (دعوی فک رهن) متفاوت خواهد بود. بر این اساس دو احتمال وجود دارد:

نخست، آن‌که معتقد باشیم دیوان با صدور رأی حاضر، رأی شماره ۶۲۰ را به‌طور ضمنی نسخ کرده است. پذیرش دعوی الزام به فک رهن علیه بائع مال مرهونه این استنباط را تقویت می‌کند؛ زیرا چنانکه گفته شد پذیرش این دعوی مستلزم صحت و اعتبار بیع مال مرهونه است و می‌توان التزام بائع به فک رهن را از لوازم تسلیم مبیع در بیع مال مرهونه دانسته و بر مبنای مواد ۳۶۷، ۳۶۲ و ۲۲۰ ق.م. بائع را ملتزم به آن دانست. مبنای و مقدمات آرای بدوی و تجدیدنظر (شعبه ۴ دادگاه حقوقی نوشهر، شعبه ۱۰۷ دادگاه حقوقی تهران و شعبه ۵۲ تجدیدنظر استان تهران) که حکم به پذیرش دعوی فک رهن داده‌اند مؤید این نظر است؛ زیرا در آن آراء، برای توجیه پذیرش دعوی الزام به فک رهن از سوی مشتری به‌صراحت به صحت بیع مال مرهونه استدلال شده است.

دوم، آن‌که گفته شود دیوان از رأی قبلی خود عدول نکرده و بیع مال مرهونه را همچنان غیر صحیح (غیر نافذ) می‌داند. در متن رأی وحدت رویه اشاراتی وجود دارد حاکی از آن‌که هیئت عمومی دیوان همچنان بیع مال مرهونه را غیر نافذ می‌داند؛ یعنی رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ به اعتبار خود باقی است. در قسمتی از رأی جدید آمده است: «... انجام بیع نسبت به عین مرهونه توسط رهن، منافاتی با حقوق مرتهن و ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰-۱۳۷۶/۰۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور ندارد...!»

این قسمت از رأی وحدت رویه جدید از متن رأی صادره از شعبه چهار دادگاه حقوقی نوشهر که از سوی دادگاه تجدیدنظر استان مازندران نقض شده و در نظریه نماینده دادستان کل کشور هم به‌طور ضمنی به آن اشاره شده، اقتباس شده است. روشن است که هیچ‌یک از محاکم (اعم از بدوی، تجدیدنظر و شعب دیوان عالی) نمی‌توانند رأی وحدت رویه را نسخ یا لغو کنند و متابعت از رأی دیوان بر آنان واجب و لازم است. بر این اساس شعبه بدوی با اعتقاد به وجود رأی وحدت رویه و این‌که باید آن را رعایت کند، استدلال کرده که «پذیرش دعوی فک رهن بارأی وحدت رویه ۶۲۰ منافاتی ندارد»؛ یعنی به‌رغم آن‌که بیع مال مرهونه مطابق رأی وحدت رویه غیر نافذ است، می‌توان فروشنده را به فک رهن؛ یعنی تنفیذ بیع مال مرهونه، ملزم کرد؛ اما آن دادگاه برای توجیه این رأی خود دلیلی ذکر نکرده است. بلکه دلایلی که در متن رأی برای توجیه منطوق آن بیان شده، ناظر به اثبات صحت بیع مال مرهونه است؛ که دقیقاً برخلاف مدلول رأی وحدت رویه ۶۲۰ است. هیئت عمومی دیوان عالی کشور هم اگرچه این محدودیت دادگاه بدوی را ندارد و می‌تواند از

آرای قبلی خود عدول کند، اما او نیز عیناً استدلال دادگاه بدوی را در رأی خود ذکر کرده و با همان عبارت، مقرر داشته که «پذیرش دعوی فک رهن علیه بایع فضولی بارأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ منافاتی ندارد»؛ اما در مقدمات رأی در جهت اثبات صحت و اعتبار بیع مال مرهونه استدلال کرده است و این نوعی تعارض در مدلول رأی وحدت رویه است. این ایراد بر رأی دادگاه‌های بدوی و تجدیدنظر هم وارد است، اما از هیئت عمومی دیوان عالی کشور به‌عنوان مرجع عالی قضائی انتظار نمی‌رود رأی مبهم، متعارض و غیر مستدل صادر نماید.

## ۲-۲. عدم امکان الزام بایع به فک رهن بر فرض اعتقاد به عدم صحت بیع مال مرهونه

اکنون باید به این سؤال پاسخ داده شود که در فرض اعتقاد به عدم صحت و عدم نفوذ بیع مال مرهونه، آیا مشتری می‌تواند الزام بایع به فک رهن را از دادگاه تقاضا نماید؟ پاسخ به این سؤال را در دو فرض جداگانه بررسی می‌کنیم؛

### ۲-۲-۱. تعهد بایع به فک رهن به‌صورت شرط، در ضمن عقد آمده باشد

در فرضی که در ضمن عقد بیع مال مرهونه، رهن به‌صورت شرط ضمن عقد متعهد شده تا مقدمات فک رهن را فراهم نماید، باید بررسی شود که با اعتقاد به عدم نفوذ بیع مال مرهونه آیا چنین شرطی نافذ و لازم الاتباع است و مشتری می‌تواند بر مبنای آن الزام بایع به فک رهن را درخواست نماید؟ تردید در اعتبار و نفوذ این شرط از آن جهت است که اگر عقد اصلی (بیع) غیر نافذ باشد، شرط ضمن آن هم به‌تبع، غیر نافذ خواهد بود و عقد غیر نافذ مادام که تنفیذ نشده اثری ندارد؛ به این دلیل به عقد غیر نافذ، موقوف می‌گویند؛ یعنی آثار آن موقوف به تنفیذ آن است. به‌عبارت‌دیگر آثار و تعهدات ناشی از عقد غیر نافذ الزام‌آور نبوده و متعهد له عقد غیر نافذ نمی‌تواند الزام متعهد به اجرای تعهد ناشی از عقد را درخواست نماید. به‌علاوه از آنجاکه شرط ضمن عقد هم یکی از تعهدات تبعی عقد و از آثار آن است،<sup>۱</sup> نمی‌توان الزام مشروط علیه به اجرای شرط ضمن عقد غیر نافذ را درخواست کرد؛ چنانکه اگر عقد اصلی باطل باشد وضعیت شرط ضمن عقد چنین است (مستنبط از ماده ۲۴۶ ق.م.). به‌عبارت‌دیگر باید عقد غیر نافذ را از جهت عدم ترتب آثار عقد در زمره عقود باطل دانست؛ قدر جامع آن دو «عقد غیر صحیح» است.<sup>۲</sup>

۱. در تعریف شرط ضمن عقد گفته شده که: «تعهد تبعی است» (انصاری، ۱۴۳۱ ق، ج ۵، ص ۵۴).

۲. شیخ انصاری در کتاب مکاسب در برابر «غیر نافذ» اصطلاح «باطل از اصل» را بکار برده است؛ یعنی «عقد باطل» اعم است از عقد باطل به معنای خاص و عقد غیر نافذ؛ به عبارت دیگر از نظر وی عقد غیر نافذ هم نوعی عقد باطل است. به اعتقاد وی عقد باطل به معنای عقد غیر صحیح است که فاقد آثار حقوقی است؛ خواه این عقد با اراده شخصی قابل تبدیل به عقد صحیح باشد (غیر نافذ) یا خیر (باطل از اصل). وی در باب وضعیت بیع مال مرهونه

اما به نظر می‌رسد این تردید قابل رفع باشد؛ رابطه شرط و عقد، یک رابطه یکسان و تبعیت مطلق نیست. اگرچه در اصطلاح، واژه «شرط» به «تعهد تبعی» تعریف شده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ ق، ج ۳، ۳۰۹؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴ ق، ج ۷، ص ۳۲۱؛ بحرانی، ۱۴۰۴، ج ۲۱، ص ۲۷۲؛ انصاری، ۱۴۳۱ ق، ج ۵، ص ۵۴؛ یزدی، ۱۴۲۱ ق، ج ۲، ص ۱۰؛ اصفهانی، ۱۴۱۸ ق، ج ۵، ۲۲۲)، ولی حدود این تبعیت مطلق و تام نیست و این‌گونه نیست که شرط ضمن عقد از هر جهت تابع عقد باشد. توضیح آن‌که گاهی شرط ناظر به یکی از عوضین است، خواه ناظر به کمیت یا کیفیت آن‌ها باشد؛ مانند شرط حمل کالای موضوع قرارداد. این شرط به معنای واقعی وابسته به عقد و تابع آن است و با بطلان عقد، شرط هم باطل خواهد بود؛ اما شروطی هستند که ناظر به عوضین نبوده، بلکه یک تعهد مستقل از عقد برای مشروط له ایجاد می‌کنند و همانند یک عقد مستقل بوده و آثار حقوقی خود را دارند. انگیزه و هدف درج این نوع شروط در ضمن عقد متفاوت است. آنچه مسلم است در این نوع شروط رابطه بین عقد و شرط رابطه بین ظرف و مظروف است و به هیچ وجه این شروط از عقد تبعیت کامل نمی‌کنند. ارتباط این نوع شروط با عقد صرفاً از این جهت است که طرفین خواسته‌اند آن را در ضمن عقد منعقد کنند و بس. این نوع شروط گاه ناظر به یکی از احکام و آثار عقدند و گاه ناظر به حل و فصل اختلاف ناشی از عقد یا تضمین اجرای آن. این دسته از شروط حتی از لحاظ انعقاد و ایجاد هم تابع انعقاد عقد نیستند، بلکه صرفاً تابع انعقاد ظاهری عقد اصلی هستند و ممکن است در مواردی عقد اصلی به لحاظ حقوقی منعقد نشده (باطل باشد)، اما شرط ضمن آن به صورت مستقل منعقد شده و آثار خود را داشته باشد؛ مانند شرط وجه التزام در فرض مستحق للغير در آمدن مبیع؛ در این موارد، بر بنیاد اراده طرفین عقد، شرط مستقل از عقد است و به رغم عدم انعقاد عقد یا بطلان آن، «شرط» به عنوان یک موجود اعتباری واقع شده و آثار حقوقی خود را دارد (رش: کاظمی، ۱۳۹۹: ص ۲۷۰-۲۴۵).

شرط فک رهن هم در زمره شروط مستقل از عقد است. به این بیان که تعهد بایع به «فک رهن» در ضمن بیع مال مرهونه، اگرچه در ضمن عقدی غیر نافذ گنجانده شده، اما یک تعهد مستقل از عقد تلقی شده و با وجود سایر شرایط صحت، معتبر و دارای آثار حقوقی است. بر این اساس اگر در ضمن عقد بیع مال مرهونه، بایع متعهد به فک رهن شده باشد، مشروط له (مشتري) می‌تواند در فرض عدم اجرا، الزام او به فک رهن را از دادگاه درخواست نماید، هر چند معتقد به عدم نفوذ بیع

عبارت گویایی دارد که ذکر آن در این جا خالی از لطف نیست. ایشان گفته اند: «فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون... وإنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله؟ [باطل به معنای خاص] أو يقع موقوفاً على الإجازة [غير نافذ]» (انصاری، ۱۴۳۱ ه. ق: ج ۴، ص ۱۵۳).  
۱. برخی از معاصران از آن به قاعده «الشروط تابعة للعقود» یاد کرده اند (سبحانی، ۱۴۳۸ ق، ص ۱۰۲).

مال مرهونه باشیم. چنانکه در بیع فضولی که غیر نافذ است، اگر بایع ضمن عقد ملتزم به تحصیل اجازه مالک یا تنفیذ عقد شده باشد این شرط معتبر و لازم الاجراست (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ص ۱۴۵).

### ۲-۲-۲. تعهد بایع به فک رهن در ضمن عقد بیع شرط نشده باشد

در صورتی که تعهد بایع دایر بر فک رهن در ضمن عقد به صراحت شرط نشده باشد و به مدد قرائن و شواهد هم نتوان وجود آن را بر مبنای شرط ضمنی ثابت دانست، به نظر می‌رسد نمی‌توان از دادگاه الزام بایع به فک رهن را درخواست کرد؛ زیرا مطابق اصول حقوقی منبع تعهد یا اراده است که در قالب قرارداد تجلی می‌یابد یا قانون؛ در صورتی که نتوان تعهد به فک رهن را به اراده طرفین و قرارداد منتسب دانست، اثبات آن بر مبنای قانون نیز ممکن نیست. به عبارت دیگر تعهد بایع به فک رهن در بیع مال مرهون در صورتی که معتقد به عدم نفوذ آن باشیم نه از لوازم قانونی آن است و نه از لوازم عرفی آن و بنا به فرض در متن قرارداد هم به آن تصریح نشده است. بر این اساس دعوی الزام به فک رهن علیه بایع در بیع مال مرهونه، با فرض اعتقاد به عدم نفوذ عقد با هیچ مبنایی قابل توجیه نیست. چنانکه در بیع فضولی نیز نمی‌توان تعهد بایع فضولی به تمهید مقدمات لازم برای تنفیذ عقد را ثابت دانست و به مشتری حق داد تا الزام بایع به اجرای آن را درخواست نماید (انصاری، ۱۴۳۱، ج ۴، ص ۱۶۶؛ خوئی، بی تا: ج ۵، ص ۲۵۵).

ایراد بنیادین رأی وحدت رویه جدید همین امر است؛ زیرا اگر از نظر گاه هیئت عمومی دیوان عالی کشور بیع مال مرهونه غیر نافذ باشد (موقوف یا مراعی)، پذیرش دعوی فک رهن در فرضی که بایع به صراحت یا به‌طور ضمنی ملتزم به آن نشده است، فاقد مبنای قانونی بوده و قابل توجیه نیست.

### ۲-۳. عدم تناسب بین مقدمات توجیهی و منطوق رأی؛ تعارض در مفاد رأی

در رأی هیئت عمومی دیوان عالی کشور بین مقدمات توجیهی و منطوق رأی تناسب منطقی وجود ندارد؛ آنچه در مقدمه رأی آمده، مطالب کلی و غیر مرتبط با منطوق رأی است و نمی‌توان منطوق رأی را نتیجه منطقی آن مقدمات دانست. بر این اساس باید آن را یک رأی غیر مستدل دانست که از هیئت عمومی دیوان عالی کشور دور از انتظار است. در مقدمه رأی برای توجیه منطوق آن؛ یعنی پذیرش دعوی الزام بایع (راهن) به فک رهن، بعد از بیان این نکته‌ی روشن و مسلم که «عقد رهن سبب سلب مالکیت راهن از مال مرهونه نمی‌گردد، بلکه تنها برای مرتهن حق عینی، دایر بر تقدم او بر سایر طلبکاران جهت استیفای طلب ایجاد می‌کند» (م. ۷۸۰ ق.م.)، این‌گونه نتیجه‌گیری شده است:

«...چنانچه حقوق مرتهن به نحوی از انحاء، تأمین یا طلب وی تأدیه شود، انجام بیع نسبت به عین مرهونه توسط راهن، منافاتی با حقوق مرتهن و ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰-

۱۳۷۶/۰۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور ندارد و دعوی الزام به فک رهن به طرفیت فروشنده مال مرهونه قابلیت پذیرش را دارد». این عبارت در رأی دیوان به شرح ذیل دارای ابهام و تعارض منطقی است.

### ۲-۳-۱. تمیز بین «تأمین» و «تأدیه» طلب مرتهن و آثار آن

ابهام نخست، آن است که در متن رأی واژه «تأمین» و تأدیه باهم استعمال شده در صورتی که بین مفهوم «تأمین» و «تأدیه» حق مرتهن، تفاوت وجود دارد و انجام هر یک از این دو تابع احکام و آثار حقوقی متفاوت است؛ در حالی که تأدیه‌ی طلب مرتهن (دین رهن) به طور قهری سبب فک رهن می‌شود (مستنبط از مواد ۷۸۷ و ۷۹۰ ق.م.)، دادن تأمین بابت پرداخت دین موضوع رهن تأثیری بر وضعیت رهن ندارد، مگر آن که بتوان از آن رضایت مرتهن به فک رهن را استنباط کرد. واژه «تأمین» یک واژه شناخته شده در حقوق مدنی نیست و بیشتر در آیین دادرسی مدنی استعمال می‌شود که معنای خاص خود را دارد و در قانون مدنی اصطلاح «تضمین»، «ترهین» یا «کفالت» استعمال شده است. به نظر می‌رسد «تأمین» یک واژه عام است که شامل تمام آن‌ها می‌شود. اگر منظور آن باشد که رهن مال دیگری را به جای مال مرهونه در رهن گذارد، ماده ۷۸۴ ق.م. مدنی به صراحت مقرر داشته است که رهن نمی‌تواند بدون رضایت مرتهن مال مرهونه را تبدیل نموده یا آن را فک نماید، مگر آن که مال مرهونه بدون دخالت مرتهن توسط رهن یا غیر تلف شود که در این صورت به طور قهری بدل آن به جای مال مرهونه قرار می‌گیرد (م. ۷۹۱ ق.م.)؛ و اگر منظور از تأمین، «تضمین» باشد این ایراد وارد است که اولاً، برای انعقاد عقد ضمان رضایت مضمون له (طلبکار یا همان مرتهن) یکی از ارکان عقد است؛ ثانیاً، اگرچه قانون مدنی در این خصوص ساکت است، اما از برخی مواد قانون مدنی (بند ۳ ماده ۷۴۶ ق.م.) می‌توان استنباط کرد که با انعقاد عقد ضمان، وثایق و تضمینات دین مضمون به فک می‌گردد؛ نظر مشهور در فقه امامیه نیز همین است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۱۵۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۰۵؛ یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۴۲۳؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ق، ص ۴۹۹؛ خوئی، ۱۴۰۹، ج ۲، ص ۱۶۲). در این فرض نیز فک رهن منتسب به اراده مرتهن است که با رضایت به انعقاد عقد ضمان، آثار آن را پذیرفته است؛ بنابراین در این فروض رضایت مرتهن است که سبب فک رهن می‌گردد نه صرف دادن تضمین یا تأمین؛ و روشن است که مرتهن هر زمان که بخواهد می‌تواند از حق خود صرف نظر کرده، آن را اسقاط نماید. به علاوه در این صورت مبیع طلق و رها شده و بیع نافذ می‌گردد و بحث الزام به فک رهن سالبه به انتفاء موضوع خواهد بود. در این فرض اگر مرتهن به آثار فک رهن تمکین نکند در نهایت باید دعوی «اعلان فک رهن» اقامه گردد نه الزام به فک رهن.

### ۲-۳-۲. ابهام در زمان انجام آن امور - بعد از بیع مال مرهونه یا قبل از آن

ابهام دیگر آن است که روشن نیست آیا منظور انجام این امور بعد از بیع مال مرهونه است، یا قبل از آن؛ روشن است که «پرداخت» طلب مرتهن در هر مرحله (قبل یا بعد از بیع ما مرهونه) سبب فک رهن می‌شود؛ اگر پرداخت قبل از بیع مال مرهونه انجام گردد، رهن فک شده و بیع نسبت به مالی انجام شده که طلق بوده و بالطبع صحیح و نافذ است؛ و اگر پرداخت دین بعد از بیع مال مرهونه واقع شود، سبب فک رهن و تنفیذ بیع مال مرهونه می‌گردد (م. ۷۸۷ ق. م.). در هر دو صورت طرح دعوی الزام به فک رهن، بعد از پرداخت طلب مرتهن (فک رهن) تحصیل حاصل بوده و بی‌معنا خواهد بود. اما در خصوص دادن تأمین وضعیت متفاوت است؛ نفس دادن تأمین خواه قبل از بیع مال مرهونه باشد، یا بعد از آن، تأثیری در رهن و به تبع آن وضعیت بیع مال مرهونه ندارد؛ زیرا چنانکه گفته شد دادن تأمین فی نفسه از اسباب فک رهن نیست، پس با دادن تأمین، رهن همچنان باقی و بیع نسبت به مال مرهونه واقع شده و تابع احکام آن است. مگر آن‌که مرتهن با طیب نفس و رضایت کامل تأمین را به جای رهن بپذیرد و به فک رهن رضایت دهد که در این صورت فک رهن منتسب به رضایت اوست و چنانکه گفته شد بیع نسبت به مال طلق واقع شده، یا اگر بیع قبلاً واقع شده باشد، با فک رهن تنفیذ می‌گردد. بر این اساس این استدلال هیئت عمومی دیوان فاقد اثر حقوقی بوده و قابل پذیرش نیست.

### ۲-۳-۳. عدم امکان جمع بین «عدم نفوذ بیع مال مرهونه» و پذیرش دعوی «الزام بایع به فک رهن»

ایراد دیگری که بر مقدمات توجیهی رأی دیوان وارد است، آن است که بین «عدم نفوذ بیع مال مرهونه» و «الزام راهن به فک رهن» تعارض وجود دارد. توضیح آن از ظاهر استدلال و مقدمات توجیهی رأی هیئت عمومی دیوان «صحت و نفوذ» بیع مال مرهونه را استنباط می‌شود، درحالی‌که موضوع اختلاف محاکم پذیرش «دعوای الزام بایع به فک رهن» با اعتقاد به «عدم نفوذ بیع مال مرهونه» بوده است. چنانکه گفته شد، وقتی در رأی تصریح شده که «پذیرش دعوای فک رهن بارأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ منافاتی ندارد»، این بدان معناست که آن رأی همچنان معتبر و مدلول آن‌که «عدم نفوذ بیع مال مرهونه» باشد، همچنان حاکم بوده و بیع مال مرهونه غیر نافذ است. در این فرض باید ثابت گردد که بر چه مبنایی بایع ملزم به فک رهن است؛ امری که نه در متن رأی وحدت رویه و نه در متن آرای محاکم بدوی و تجدیدنظر دلیلی برای اثبات آن ارائه نشده است. بدین سان روشن می‌گردد که بین مقدمات توجیهی که در متن رأی دیوان آمده است و منطوق رأی تناسب منطقی وجود ندارد و باید معتقد بود منطوق رأی؛ یعنی «پذیرش دعوای الزام به فک رهن علیه راهن و فروشنده مال مرهونه» فاقد استدلال و توجیه حقوقی بوده و این رأی مصداق رأی غیر مستدل بوده، برخلاف اصل ۱۶۶ قانون اساسی و اصول بنیادین آیین دادرسی مدنی است.

### ۲-۳-۴. تعارض بین مفاد رأی

همچنین نوعی تعارض بین مقدمات توجیهی و منطوق رأی مشاهده می‌شود. در حالی که مدلول استدلال هیئت عمومی اثبات صحت و نفوذ بیع مال مرهونه است؛ در آنجا که اظهار داشته: «انجام بیع نسبت به عین مرهونه توسط راهن، منافاتی با حقوق مرتهن و ماده ۷۹۳ قانون مدنی ... ندارد... که این بدان معناست که «بیع مال مرهونه» از مصادیق «تصرفات منافی حقوق مرتهن» نبوده، در نتیجه صحیح و نافذ است؛ در ادامه رأی آمده است که این نتیجه «بارأی وحدت رویه شماره ۶۲۰... منافات ندارد!» که مدلول آن، این است که رأی وحدت رویه ۶۲۰ همچنان به اعتبار خود باقی است؛ یعنی بیع مال مرهونه غیر نافذ است.

صرف نظر از مغالطه که در مفاد رأی مشاهده می‌شود به نظر می‌رسد اشتباه هیئت عمومی دیوان عالی کشور آن بوده که مفاد ماده ۷۹۳ ق.م. را بارأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ یکسان انگاشته است، در حالی که چنین نیست؛ رأی وحدت رویه مستند به ماده ۷۹۳ ق.م. بوده و موضوع آن مصداقی از حکم کلی آن ماده است. به این معنا که ماده ۷۹۳ ق.م. حکم کلی را بیان داشته که: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حقوق مرتهن باشد...» و مفاد رأی وحدت رویه ۶۲۰ آن است که «بیع مال مرهونه مصداق تصرف منافی حقوق مرتهن است». بر این اساس اگر ثابت شود که بیع مال مرهونه منافی حقوق مرتهن نیست، باید رأی وحدت رویه ۶۲۰ که بر آن بنیاد صادر شده است، نقض گردد.

اما در رأی وحدت رویه جدید، هیئت عمومی دیوان اظهار داشته: «... چنانچه حقوق مرتهن به نحوی از انحاء، تأمین یا طلب وی تأدیه شود، انجام بیع نسبت به عین مرهونه توسط راهن، منافاتی با حقوق مرتهن و ماده ۷۹۳ قانون مدنی... ندارد...»، این بدان معناست که از نظر دیوان «بیع مال مرهونه» در زمره «تصرفات منافی حقوق مرتهن» تلقی نشده و مصداق ماده ۷۹۳ ق.م. نبوده و صحیح است. پس به طور قطع این حکم با مفاد رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ هیئت عمومی در تعارض است. این بدان معناست که دادگاه‌های بدوی (شعبه ۴ و ۱۰۷ و شعبه ۵۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران) با این استنباط خود برخلاف مفاد رأی وحدت رویه ۶۲۰ حکم صادر کرده‌اند و هیئت عمومی دیوان هم با تأیید این استنباط و رأی آن شعب، به طور ضمنی رأی وحدت رویه قبلی خود (۶۲۰) را نسخ کرده است. پس حق این بود که هیئت عمومی در ادامه به طور صریح اعلام می‌کرد که با صدور این رأی، رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ نسخ یا لغو شده است، نه آن که اعلام کند که این نتیجه بارأی وحدت رویه ۶۲۰ منافاتی ندارد!

البته چنانکه دیدیم در رأی وحدت رویه جدید دیوان این حکم (صحت بیع مال مرهونه) در ظاهر منوط به وجود شرایطی شده است (تأمین و پرداخت حقوق مرتهن)، اما دقت در متن رأی

وحدت رویه ثابت می‌کند که آن موارد «شرط» به معنای دقیق کلمه نیستند. در واقع بازگشت آن شرایط به فک رهن است؛ گویی گفته شده «در صورت فک رهن، بیع مال مرهونه صحیح است و با حقوق مرتهن منافاتی ندارد». برای توضیح این امر، متن رأی وحدت رویه جدید دیوان عالی کشور را یکبار دیگر مرور می‌کنیم. در رأی دیوان آمده است: «چنانچه حقوق مرتهن به نحوی از انحاء، تأمین یا طلب وی تأدیه شود، انجام بیع نسبت به عین مرهونه توسط رهن، منافاتی با حقوق مرتهن و ماده ۷۹۳ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ - ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور ندارد و دعوی الزام به فک رهن به طرف فروشنده مال مرهونه قابلیت پذیرش را دارد...». این به منزله آن است که گفته شود «چنانچه مرتهن پرداخت شود و رهن فک گردد، بیه مال مرهونه منافاتی با حقوق مرتهن نداشته و برخلاف ماده ۷۹۳ ق.م. و رأی وحدت رویه ۶۲۰ نبوده و صحیح است!»

#### ۲-۴. مخالفت رأی با نظر مشهور در فقه امامیه و موضع قانون مدنی

نقد دیگری که بر رأی وحدت رویه جدید وارد است، آن است که مدلول این رأی با نظر مشهور در فقه امامیه مخالف است.

در صورتی که مدلول التزامی این رأی را صحت بیع مال مرهونه توسط رهن بدانیم مخالفت آن به نظر مشهور فقیهان امامیه روشن است؛ زیرا چنانکه می‌دانیم نظر مشهور در فقه امامیه عدم صحت بیع مال مرهونه است، بلکه حتی برخی بر این حکم ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۱۹۹؛ انصاری، ۱۴۳۱، ج ۴، ص ۱۵۳ به بعد).<sup>۱</sup> همچنین این حکم با موضع قانون‌گذار ما در موارد مختلف در تضاد است؛ زیرا قانون مدنی در موارد مشابه حکم به عدم نفوذ این نوع معاملات کرده است؛ از جمله ماده ۸۷۱ در خصوص بیع ترکه توسط وراثت قبل از ادای دیون متوفی و ماده ۴۶۰ در مورد تصرف ناقله (بیع) مشتری در مبیع در بیع شرط. همچنین قانون‌گذار در مواد ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی در مورد معامله ناقله نسبت به مال توقیف شده از سوی دادگاه حکم به عدم صحت آن کرده است (کاظمی، ۱۴۰۱، ص ۱۵۰ به بعد). به علاوه پیشینه ماده ۷۹۳ قانون مدنی در فقه اسلامی ثابت می‌کند که بیع مال مرهونه توسط رهن از جمله تصرفات منافعی حقوق مرتهن بوده و نافذ نیست. به این دلیل استادان برجسته حقوق هم به عدم نفوذ بیع مال مرهونه حکم کرده‌اند (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۲۷؛ امامی، ۱۳۷۲، ج ۳، ص ۳۷۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۳، ج ۱، ص ۲۲۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۰۰؛ باقری، ۱۳۹۵، ص ۱۱ به بعد؛ آل بویه، ۱۳۹۵، ص ۱ به بعد). چنانکه گفته شد نگارنده این موضوع را در مقاله‌ای جداگانه

۱. برای مطالعه دیدگاه‌های فقیهان و سیر تحول نظرات فقهی رش: کاظمی، ۱۴۰۱، ص ۱۵۸-۱۳۵.

بررسی نموده و ادله و مبانی این نظریه را ذکر کرده است بنابراین از اطاله کلام خودداری می‌گردد (کاظمی، ۱۴۰۱: ص ۱۵۸-۱۳۵).

بر این اساس حتی اگر مفاد رأی وحدت رویه جدید، صرفاً پذیرش دعوی الزام به فک رهن علیه بایع (راهن) باشد (نه صحت بیع مال مرهونه) صرف نظر از عدم پذیرش مبانی آن که در بالا توضیح داده شد بازهم این رأی مخالف نظر فقیهان است. در فقه امامیه مطابق نظر مشهور که بیع مال مرهونه را غیر صحیح می‌داند، دعوی الزام بایع به فک رهن را نپذیرفته‌اند.

تا جایی که نگارنده تحقیق کرده تا قبل از عصر شیخ انصاری این موضوع در فقه مطرح نشده بود. شیخ انصاری نخستین بار با طرح این سؤال که با اعتقاد به این که اجازه مرتهن نسبت به بیع مال مرهونه توسط بایع اثر کشفی دارد و این که لازمه آن این است که بیع بعد از انعقاد تا زمان اجازه برای راهن لازم الاتباع باشد، آیا مشتری می‌تواند الزام بایع به فک رهن را از حاکم بخواهد، به این موضوع پرداخته و بابیان دو احتمال در این خصوص، در نهایت او دیدگاهی را پذیرفته که بر مبانی آن نمی‌توان بایع را ملزم به فک رهن کرد (انصاری، ۱۴۳۱ ق: ج ۴، ص ۱۶۶). ایشان در توجیه این نظر اظهار داشته همان طور که نمی‌توان بایع فضولی را ملزم کرد تا شرایط تنفیذ معامله فضولی را از طریق تملک مال مورد معامله یا کسب رضایت مالک تحصیل نماید با این استدلال که بیع فضولی قبل از اجازه هم لازم الاتباع است، نمی‌توان فروشنده مال مرهونه را ملزم نمود که مقدمات فک رهن را فراهم نماید (انصاری، ۱۴۳۱ ق: ج ۴، ص ۱۶۶). برخی از شارحان مکاسب هم این نظر را تأیید کرده‌اند (خوانساری، بی تا: ص ۱۳۴؛ خوئی، بی تا: ج ۵، ص ۲۵۵).

به نظر می‌رسد همین دیدگاه را باید از منظر قانون مدنی و حقوق موضوعه تأیید کرد و معتقد بود بر فرض که بیع مال مرهونه را غیر نافذ بدانیم و بایع ضمن عقد ملتزم به فک رهن نشده باشد، مشتری نمی‌تواند الزام بایع به فک رهن را از دادگاه تقاضا کند؛ زیرا آنچه مسلم است با اعتقاد به عدم صحت بیع مال مرهونه این بیع به طور کامل واقع نشده و آثار بیع صحیح بر آن بار نخواهد شد؛ اگرچه این بیع در حد مقتضای خود لازم الاتباع است؛ اما این بدان معناست که بایع باید به آن پایبند باشد و حق ندارد آن را نقض کرده، یا آن را فسخ نماید یا حتی به مرتهن اجازه دهد تا از محل آن طلب خود را وصول نماید (انصاری، ۱۴۳۱ ق: ج ۴، ص ۱۶۶)؛ اما او به هیچ وجه الزامی به اجرای آثار و تعهدات آن عقد (مثلاً تسلیم مبیع) و لوازم آن از جمله فک رهن و تهیه مقدمات تنفیذ عقد را ندارد. به عبارت دیگر الزام بایع به فک رهن مدلول مطابقی، تضمنی یا التزامی بیع مال مرهونه محسوب نمی‌گردد (مروج، ۱۴۲۸ ق: ج ۷، ص ۵۴۴). در حالی که هر نوع «تعهد» و «التزام» نیاز به سبب قانونی دارد که اراده شخص یا قانون سبب ایجاد آن است و در مورد بحث هیچ یک از آن دو وجود ندارد. بر این اساس مبنایی برای الزام بایع به فک رهن در این فرض وجود ندارد.

## نتیجه

از بررسی‌های انجام‌شده نتیجه می‌شود:

۱. بیع مال مرهونه از سوی راهن غیر نافذ است، مگر آن‌که مرتهن آن را تنفیذ نماید یا رهن به سببی از اسباب فک گردد. بایع (راهن) در فاصله بین بیع و اجازه مرتهن، بایع باید پایبند به عقد باشد و حق ندارد آن را نقض کند؛ به این معنا که آن را فسخ نماید یا عملی برخلاف مقتضای آن انجام دهد.

۲. اما او چنانکه ملزم به اجرای تعهدات ناشی از آن نیست، الزامی به تهیه مقدمات فک رهن ندارد و بدین‌سان مشتری نمی‌تواند الزام بایع به فک رهن را از دادگاه تقاضا نماید؛ زیرا سبب قانونی برای این تعهد وجود ندارد؛ این تعهد از لوازم بیع مال مرهونه تلقی نمی‌گردد و به‌صراحت در ضمن عقد هم نیامده و از آثار ضمنی آن محسوب نمی‌گردد.

۳. اگر بایع ضمن عقد به‌طور صریح ملتزم به فک رهن شده باشد یا بتوان به‌طور ضمنی این تعهد را استنباط کرد، چنین شرطی معتبر بوده و بایع ملتزم به آن است و مشتری می‌تواند بر مبنای آن الزام بایع به اجرای این تعهد را از دادگاه تقاضا کند.

۵. در صورتی‌که مشتری چنین دعوایی را علیه بایع (راهن) اقامه نماید، دادگاه باید به این دعوی رسیدگی کند اگر چنین تعهدی را به‌طور صریح یا ضمنی استنباط کرد حکم به اجابت دعوی و الزام بایع به فک رهن صادر می‌کند، در غیر این صورت باید حکم به بطلان دعوی صادر کند. در هر صورت نباید قرار عدم استماع دعوی صادر نماید.

۶. به نظر می‌رسد رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲ که به‌ظاهر حکم به پذیرش دعوی الزام بایع به فک رهن نموده است، برخلاف مقررات قانونی و موازین شرعی صادر شده است؛ خواه مدلول رأی رجوع از رأی قبلی و پذیرش «نفوذ و صحت بیع مال مرهونه» باشد، خواه مفاد آن صرفاً پذیرش «دعوی الزام بایع به فک رهن» به‌رغم عدم نفوذ بیع مال مرهونه باشد.

۷. بین مقدمات توجیهی و منطوق رأی تناسب وجود ندارد و به نظر می‌رسد که این رأی مصداق رأی غیر مستدل است.

## منابع

۱. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۴۲۲ق). وسیلة النجاة (مع حواشی الإمام الخمينی)، چاپ اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۲. اصفهانی، محمدحسین کمپانی. (۱۴۱۸ق)، حاشیه کتاب المکاسب، ج ۵، چاپ اول، قم: أنوار الهدی.
۳. امامی، سید حسن. (۱۳۷۲). حقوق مدنی، ج ۲، چاپ هشتم، تهران: اسلامیه.
۴. انصاری، مرتضی (شیخ انصاری). (۱۴۳۱ هـق). کتاب المکاسب، ج ۴، چاپ شانزدهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
۵. ایزانلو، محسن، حبیبی، سینا، شعبانی کندسری، هادی. (۱۳۹۵). «ضمانت اجرای بیع مال مرهون: مطالعه ای در فقه تطبیقی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره اول، ص ۸۳ - ۱۰۴.
۶. آل بویه، علی. (۱۳۹۵). «طلق بودن مبیع با رویکردی بر نظر امام خمینی»، پژوهشنامه متین، سال هجدهم، شماره ۷۱، ص ۱-۱۸.
۷. باقری، پرویز؛ مقصودی، رضا. (۱۳۹۵). «وضعیت حقوقی معامله انتقال عین یا منافع مال مرهونه توسط راهن»، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، سال پنجم، شماره اول، ص ۲۲ - ۱۱.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم آل عصفو. (۱۴۰۵ق). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة ج ۲۱، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۹. بروجردی عبده، محمد. (۱۳۸۰). حقوق مدنی، چاپ سوم، تهران: مجد.
۱۰. حلی، علی بن حسین کرکی (محقق ثانی). (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۷، چاپ دوم، قم: مؤسسه ال البيت (ع).
۱۱. خوانساری، محمد امامی. (بی تا). الحاشیه الأولى علی المکاسب. (للخوانساری)، بدون تاریخ و محل انتشار.
۱۲. خوئی، سید ابو القاسم موسوی. (۱۴۰۹ق). مبانی العروة الوثقی، ج ۲، چاپ اول، قم: منشورات مدرسه دارالعلم.
۱۳. خویی، سید ابو القاسم موسوی. (بی تا). مصباح الفقاهة، ج ۵، چاپ اول، نجف: المطبعة الحیدریه.
۱۴. ساعتچی، علی؛ جاویدی آسعدی، فرزاد. (۱۳۹۵). «بازپژوهی نظریه صحت بیع مال مرهونه»، فصلنامه رأی - مطالعات آرای قضائی، شماره هفدهم، ص ۷۱ - ۴۹.
۱۵. سیحانی، جعفر. (۱۴۳۸ق)، احکام المضاربه فی ثوبه الجدید، قم: مؤسسه الامام الصادق (ع).
۱۶. سیستانی، سید علی حسینی. (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین، ج ۲، چاپ پنجم، قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.
۱۷. صفایی، سیدحسین؛ جواهر الکلام، محمدهادی. (۱۴۰۱). «دعوی الزام یه فک رهن و تنظیم سند رسمی انتقال عین مرهونه در رویه قضائی؛ قواعد شکلی دعوی خریدار مال مرهونه علیه فروشنده (راهن)»، فصل نامه علمی تخصصی، دانشنامه های حقوقی، دوره ۵، شماره ۱۴، ص ۱۳۰-۱۰۶.
۱۸. صفری، محسن؛ یوسف زاده، صمد. (۱۳۹۱). «بررسی فقهی تصرف حقوقی در مال مورد رهن»، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۸، ص ۹۱ - ۷۹.
۱۹. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، تحقیق: سید محمد کلاتر، ج ۳، چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
۲۰. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی). (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنفیح شرائع الإسلام، ج ۴، چاپ اول، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۲۱. قبولی درفشسان، محمد تقی. (۱۳۹۰). وضعیت تصرفات ناقل عین مرهونه از سوی راهن (مطالعه فقهی - حقوقی)، مجله آموز های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، ص ۶۴ - ۴۹.
۲۲. کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۶۹). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چاپ دوم تهران: انتشارات بهنشر.

۲۳. کاتوزیان، امیرناصر. (۱۳۷۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴)، عقود اذنی - وثیقه‌های دین، ج ۴، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۴. کاظمی، محمود، احمدی بیاضی، علی. (۱۴۰۱). «جمع پراکنده؛ جستاری در وضعیت و احکام بیع مال مرهونه: مطالعه تطبیقی»، فصل‌نامه دانش حقوق مدنی، دوره ۱۱، شماره ۲، شماره پیاپی ۲۲، ص ۱۵۸-۱۳۵.
۲۵. کاظمی، محمود؛ تقی زاده، ابراهیم؛ احمدی بیاضی، علی. (۱۳۹۹). «شرط مستقل از عقد؛ مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق فرانسه بر مبنای اصلاحات قانون مدنی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره یازدهم، شماره ۱، ص ۲۷۰-۲۴۵.
۲۶. میرزا نژاد جویباری، اکبر. (۱۳۹۰). «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه «بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»، فصلنامه حقوق - مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲، ص ۲۹۹ - ۲۸۱.
۲۷. نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ ه.ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۵ و ۲۶ چاپ اول، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۲۸. یزدی، سیدمحمد کاظم طباطبایی. (۱۴۱۹ ق). العروة الوثقی (المحشّی)، ج ۵، چاپ اول، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.