

The Condition of Belonging the Mortgaged Property to the Mortgagee Providing Non-Fulfillment of the Debt on Time

Mahdi Hamze Howeyda^{1}, Jamshid Shiri²*

1. Assistant Professor, Nahavand Higher Education Complex, Bu-Ali Sina University, Hamedan, Iran.

*Corresponding Author: Email: M.hamzehoweyda@basu.ac.ir

2. PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Kharazmi University, Tehran, Iran.

Email: Shiri67@yahoo.com



S.D.I.L.
The SD Institute of Law
Research & Study



Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.48300/JLR.2023.345099.2067

Received:

12 December 2022

Accepted:

23 January 2023

Published:

5 September 2024



A B S T R A C T

The condition that the mortgaged property belongs to the mortgagor in case of non-payment of the debt on its due date is one of the conditions included in the mortgage contract. There is a difference of opinion regarding the status of this condition in Iranian jurisprudence and law. The nullity of this condition is a dominant and overwhelming theory among Imamiyyah jurists, but there is a difference of opinion among jurists in this regard; This legal act is essentially a type of performance guarantee (bond) regarding the mortgage obligation, which is included in the main contract as a condition attached to the contract. But under which types of conditions are included in the contract, it seems that more consideration is required. Considering the nature of the condition of the adjective, it is obvious that the inclusion of this condition is excluded from the subject of the discussion and

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



the issue should be investigated regarding the condition of the result and the condition of the verb; This condition can be proposed in the mortgage contract in the form of a result condition as well as a verb condition, and each of them has its own status and effects, and at the same time, it can be a type of obligation that the parties have foreseen for breach of contract. In the judicial procedure, even without consensus, the tendency to invalidate the condition of the mortgagee's belonging to the mortgagor is strong. According to the articles of the registration law and the principles of legal interpretation, it seems that the principle is on the validity of such conditions, unless it is proven, the principle of repudiation has not been observed.

Keywords: Corollary Condition, Mortgaged Property, Transaction with the Right of Restitution, Suspended Sale, Temporary Mortgage.

Funding:

The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions:

Mahdi Hamze Howeyda: Conceptualization, Methodology, Validation, Investigation, Data Curation, Writing - Original Draft, Writing - Review & Editing, Supervision, Project administration.

Jamshid Shiri: Conceptualization, Software, Formal analysis, Resources, Writing - Original Draft, Visualization.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Hamze Howeyda, Mahdi & Jamshid Shiri. "The Condition of Belonging the Mortgaged Property to the Mortgagee Providing Non-Fulfillment of the Debt on Time". *Journal of Legal Research* 23, no. 58 (September 5, 2024): 509-538.

Extended Abstract

In many mortgage contracts, the ownership or possession of the mortgaged property is stipulated in case of non-fulfillment of the obligation on time. This legal act is essentially a type of performance guarantee regarding the mortgage obligation, which is included in the main contract as a condition of the contract. The condition of belonging the mortgaged property to the mortgagee providing non-fulfillment of the debt on time is one of the conditions that is included in the mortgage contract. First of all, it should be stated that there is a difference of opinion on the validity and invalidity of this condition and each of the believers has given some evidence. Of course, the basis and place of disagreement in Imami jurisprudence is different from what is seen in the opinions of jurists.

At first sight, it seems that there is a difference of opinion on jurisprudence among the jurists, and because the jurists have to refer to Islamic jurisprudence and find the ruling of the case according to the provisions of the constitution (Article 167) in the investigation of the silent cases in the relevant laws, they have had a difference of opinion following the jurisprudence. But by checking the jurisprudential and legal writings, it is understood that the basis and place of the dispute that exists in jurisprudence and has been mentioned is something other than what the jurists have discussed about it. The vast majority of jurists who have discussed the condition of the mortgaged property belonging to the mortgagor in case of non-payment of debt on time, believe that both the contract and the condition are invalid. The condition of the subject of mortgage belonging to the mortgagee is one of the contracts that have been declared void according to Article 39 of the Registration Code. With the explanation that if we consider these mortgage transactions to be included in the transactions with the right of restitution, the mentioned article has declared any condition that contradicts the rights of the mortgagor to be invalid, and this condition is also invalid based on the same article. Some writers consider only the condition to be invalid because the definition of the mortgage contract given in Article 771 is applicable to the mortgage contract on which the parties have included the aforementioned agreement and condition in it. This opinion does not have many supporters in jurisprudence, because firstly, those who have discussed the condition and the contract have mentioned a separate reason for the invalidity of the mortgage contract, and secondly, those who do not have a reason for the invalidity of the mortgage consider the corruption of the condition to be the cause of the corruption of the mortgage. The validity of the condition and mortgage is another opinion. According to the opinion which is followed by a minority of contemporary jurists, the condition and contract are valid and leave their legal effects. According to Article 232 of the Civil Code, among the jurists,

no one has an opinion on the invalidity of a condition and a contract together, but there are two opinions among the jurists regarding the validity and invalidity of a condition. Some jurists have commented that if the mortgage contract stipulates that if the mortgagor does not pay the debt within the specified time, the mortgagee will be the mortgagor, this condition is invalid. Another opinion that has been raised regarding the topic of discussion is that there is no reason to invalidate the condition; therefore, it should be stated that this condition is correct. Clear decisions have been issued by the courts regarding the condition of representation of the sale of the mortgaged property, especially regarding banks and financial institutions. By examining the available opinions, it seems that without consensus, the judicial procedure is more inclined to invalidate the condition of the mortgagee's belonging to the mortgagor. As a result, it can be said; in principle, the condition of the mortgaged property belonging to the mortgagor is correct in case of non-payment of debt on time. Considering the principle of party autonomy and the influence of private contracts between the parties and that there is no explicit text in the relevant regulations regarding the nullity of such a condition, it should be assumed that this condition is condemned to be true.

شرط تعلق مورد رهن به مرتهن در صورت عدم ایفای دین در موعد

مهدی حمزه هویدا^{۱*}، جمشید شیری^۲

۱. استادیار، مجتمع آموزش عالی نهاوند، دانشگاه بوعلی سینا، همدان، ایران.

*نویسنده مسئول: M.hamzehoweyda@basu.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

Shiri67@yahoo.com

چکیده:

شرط تعلق عین مرهونه به مرتهن در صورت عدم پرداخت دین در سررسید آن از جمله شروطی است که در ضمن عقد رهن آورده می‌شود. در مورد وضعیت این شرط در فقه و حقوق ایران اختلاف نظر وجود دارد. بطلان این شرط در بین فقهای امامیه نظری غالب و قریب به اتفاق است، اما بین حقوق دانان در این خصوص اختلاف نظر وجود دارد؛ این عمل حقوقی، ماهیتاً نوعی ضمانت اجرا (وجه التزام) در خصوص تعهد رهن است که به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد اصلی گنجانده می‌شود؛ اما اینکه ذیل کدام نوع از انواع شروط ضمن عقد قرار می‌گیرند، نیازمند تأمل بیشتری به نظر می‌رسد. با توجه به ماهیت شرط صفت، بدیهی است که شمول این شرط بر موضوع بحث منتفی است و مسئله باید در مورد شرط نتیجه و شرط فعل بررسی شود؛ این شرط ضمن عقد رهن در قالب شرط نتیجه و همچنین شرط فعل قابل طرح است و هرکدام وضعیت و آثار خاص خود را دارد و در عین حال، می‌تواند نوعی وجه التزام باشد که طرفین برای نقض



پژوهشکده حقوق



نوع مقاله:

پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2023.345099.2067

تاریخ دریافت:

۲۱ آذر ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۳ بهمن ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۱۵ شهریور ۱۴۰۳

کپی‌رایت و مجوز دسترسی آزاد:



کپی‌رایت مقاله در مجله پژوهش‌های حقوقی نزد نویسنده (ها) حفظ می‌شود. کلیه مقالاتی که در مجله پژوهش‌های حقوقی منتشر می‌شوند با دسترسی آزاد هستند. مقالات تحت شرایط مجوز 4.0 Creative Commons Attribution Non-Commercial License منتشر می‌شوند که اجازه استفاده، توزیع و تولید مثل در هر رسانه‌ای را می‌دهد، به شرط آنکه به مقاله استناد شود. جهت اطلاعات بیشتر می‌توانید به صفحه سیاست‌های دسترسی آزاد نشریه مراجعه کنید.



قرارداد پیش‌بینی کرده‌اند. در رویه قضایی نیز بدون آنکه اجماع و اتفاق نظری وجود داشته باشد، گرایش به بطلان شرط تعلق مورد رهن به مرتهن قوی است. با توجه به مواد قانون ثبت و اصول تفسیر حقوقی به نظر می‌رسد، اصل بر صحت این‌گونه شروط است، مگر اینکه ثابت شود، اصل مغاینه رعایت نشده است.

کلیدواژه‌ها:

شرط نتیجه، عین مرهونه، معامله با حق استرداد، بیع معلق، رهن موقت.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

مهدی حمزه هویدا: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، اعتبارسنجی، تحقیق و بررسی، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش، نظارت، مدیریت پروژه.
جمشید شیرینی: مفهوم‌سازی، استفاده از نرم‌افزار، تحلیل، منابع، نظارت بر داده‌ها، نوشتن - پیش‌نویس اصلی، تصویرسازی.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

حمزه هویدا، مهدی و جمشید شیرینی. «شرط تعلق مورد رهن به مرتهن در صورت عدم ایفای دین در موعد». مجله پژوهش‌های حقوقی، ۲۳، ش. ۵۸ (۱۵ شهریور ۱۴۰۳): ۵۰۹-۵۳۸.

مقدمه

تعلق یا تملیک مورد رهن در صورت عدم ایفای تعهد در موعد، در ضمن بسیاری از قراردادهای رهن شرط می‌شود. با توجه به اینکه در عقود و قراردادها هر طرف به دنبال این است که برای خود امتیازاتی به دست آورد و از اجرای تعهدات طرف مقابل خود اطمینان حاصل کند، شروطنی را بدین منظور مورد توافق قرار می‌دهند. نمونه‌ای از این نوع شروط را در ماده ۲۳۰ قانون مدنی با عنوان شرط کیفری یا وجه التزام می‌توان دید. در مورد صحت یا بطلان شرط مذکور در عقد رهن بین حقوق‌دانان و فقها اتفاق نظر وجود ندارد و بحث‌های مهمی در این باره مطرح شده است. در مقاله حاضر نخست ماهیت این شرط و اینکه به چه صورتی در قرارداد می‌توان آن را مطرح نمود؛ و اگر به صورت مطلق شرط تملیک در قرارداد درج شده باشد چگونه تفسیر می‌شود را بررسی کرده و دوم، وضعیت این شرط و ادله هر گروه مورد بررسی قرار گرفته و سرانجام در مورد آثار این گونه شروط مباحثی مطرح خواهد شد.

۱- ماهیت و شناسایی شرط

در ادامه، چپستی این نوع شرط و ساختار حقوقی آن مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱- شناسایی شرط

طبق ماده ۷۷۱ قانون مدنی، رهن عقدی است که در آن مدیون مالی را برای وثیقه دین به داین می‌دهد و می‌دانیم مالی را که مدیون در نزد داین وثیقه گذاشته است متعلق حق عینی داین قرار می‌گیرد. حال طرفین شرط می‌کنند که اگر مدیون در موعد سررسید دین خود را ادا ننمود مورد رهن به مرتهن (داین) تعلق داشته باشد.

۱-۲- ماهیت

این عمل حقوقی، ماهیتاً نوعی ضمانت اجرا (وجه التزام) در خصوص تعهد راهن است که به صورت شرط ضمن عقد در قرارداد اصلی گنجانده می‌شود؛ اما اینکه ذیل کدام نوع از انواع شروط ضمن عقد قرار می‌گیرند، نیازمند تأمل بیشتری به نظر می‌رسد. با توجه به ماهیت شرط صفت، بدیهی است که شمول این شرط بر موضوع بحث منتفی است و مسئله باید در مورد شرط نتیجه و شرط فعل بررسی شود؛ این شرط ضمن عقد رهن در قالب شرط نتیجه و همچنین شرط فعل قابل طرح است و هر کدام وضعیت و آثار خاص خود را دارد و در عین حال، می‌تواند نوعی وجه التزام باشد که طرفین برای نقض

قرارداد پیش‌بینی کرده‌اند.

۱-۲-۱- در قالب وجه التزام

وجه التزام مبلغی است مقطوع و غیرقابل تعدیل از سوی دادگاه که طرفین قرارداد پیش از وقوع نقض تعهدات قراردادی تعیین می‌کنند تا چنانچه متعهد نقض تعهد کرد این مبلغ را به متعهدله بپردازد. ماهیت وجه التزام هم در واقع همان شرط نتیجه معلق و یا شرط فعل معلق است و معلق علیه آن همان نقض تعهد از سوی مشروط‌علیه است که با وقوع آن شرط نتیجه و یا فعل محقق شده و اثر خود را به جا می‌گذارد.

پس شرط مذکور یعنی شرط تعلق مورد رهن به مرتهن را می‌توان نوعی وجه التزام تلقی کرد؛ به این ترتیب که طرفین در متن قرارداد توافق می‌کنند که در صورت نقض تعهد از طرف راهن در پرداخت دین در سررسید، وجه التزام (عین مرهونه) را به مرتهن بدهد (در قالب شرط فعل) و در واقع، می‌توان مفاد توافقی را این‌گونه تحلیل نمود که تعلق عین مرهونه به مرتهن وجه التزامی است (در قالب شرط نتیجه) که طرفین برای نقض تعهد قرار داده‌اند و در صورت نقض قرارداد از طرف راهن عین مرهونه به‌عنوان وجه التزام به مرتهن تعلق می‌گیرد.

این تعبیر از توافق با یک ایراد مهم مواجه است و آن ایراد اینکه در تعریف وجه التزام گفته می‌شود، تعیین خسارت احتمالی است و یکی از شرایط آن معین بودن است، در صورتی که در مانحن‌فیه مقدار وجه التزام معین نیست و امکان کم و زیاد شدن قیمت مورد رهن در موقع نقض تعهد وجود دارد. البته این اشکال در صورتی وارد است که وجه التزام به معنای اخص آن در نظر گرفته شود؛ یعنی تنها مبلغ معینی که در ماده ۲۳۰ قانون مدنی مورد اشاره قرار گرفته است. ولی اگر وجه التزام را در معنای عام در نظر بگیریم، همچنان که برخی به آن اشاره نموده‌اند، می‌توان مال معینی را به‌عنوان وجه التزام معین کرد که در اینجا مورد رهن است و بالا و پایین آمدن قیمت روز نقض تعهد نمی‌تواند در آن تأثیری ایجاد کند. در غیر این صورت همین اشکال مجهول بودن و قابل تعیین نبودن در بیع معلق هم جاری خواهد بود چراکه معلوم نیست که در زمان وقوع معلق علیه قیمت واقعی مبیع چگونه است.

۱-۲-۲- در قالب شرط فعل

وفق قانون مدنی شرط فعل آن است که اقدام یا عدم اقدام به فعلی بر یکی از متعاملین یا بر شخص

۱. میرحسین عابدیان، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها»، الهیات و حقوق، ۱۹ (۱۳۸۵)، ۹.

خارجی شرط شود (ماده ۲۲۳ قانون مدنی). بر این اساس اگر در ضمن عقد رهن شرط شود که رهن در صورت عدم پرداخت دین در مدت تعیین شده یا سررسید، متعهد است که مورد رهن را به مرتین انتقال دهد این شرط فعل حقوقی است و به محض تخلف مشروط‌علیه (راهن)، مشروط‌اله (مرتین) می‌تواند از او بخواهد که به تعهد خویش عمل کند و مورد رهن را به وی منتقل کند. سؤالی که مطرح می‌شود این است که در صورت امتناع مشروط‌علیه از انتقال تکلیف چیست؟ در پاسخ دو دیدگاه مطرح شده است. بعضی معتقدند الزام و اجبار در ماده ۲۳۷ قانون مدنی تنها الزام مادی را در برمی‌گیرد و در مواردی که امر جنبه حقوقی داشته باشد به دلیل لزوم قصد و رضا در متعاملین الزام و اجبار معنایی ندارد و امکان‌پذیر نیست.^۲ ولی عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان معتقد هستند فرقی بین اعمال مادی و حقوقی نیست و با توجه به قاعده «الحاکم ولی الممتنع» در صورت امتناع مشروط‌علیه، حاکم به جای وی انشای عقد می‌کند و این عقد اثر حقوقی دارد؛^۳ و به نظر می‌رسد این دیدگاه با اصول و قواعد سازگارتر است. چراکه:

نخست: مباشرت مشروط‌علیه در اجرای این موضوع شرط نیست و بدون قصد و اراده وی هم این عمل حقوقی انجام‌پذیر است.^۴

دوم: تا جایی که امکان به وقوع پیوستن شرط وجود داشته باشد، حق فسخ به وجود نمی‌آید و باید به موضوع شرط عمل شود. در خصوص این موضوع هم چون امکان اجرای شرط است، باید به آن عمل کرد. (مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون مدنی)

البته باید دقت داشت که این شرط معلق به عدم پرداخت دین در سررسید معین است که در صورت وقوع معلق علیه (عدم پرداخت دین در موعد) شرط (فعل) هم محقق شده و باید انجام شود که در مورد وضعیت شرط و آثار آن در ادامه صحبت خواهیم کرد.

۱-۲-۳- در قالب شرط نتیجه

طبق تعریفی که قانون مدنی در ماده ۲۳۴ ارائه می‌دهد: «شرط نتیجه آن است که تحقق امری در خارج شرط شود.»

با توجه به این تعریف می‌توان گفت که اگر نتیجه یک عمل حقوقی در ضمن یک عقد شرط شود آن شرط نتیجه است و همچنین اینکه طبق ماده ۲۳۶ شرط نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود و به تبع

۲. مهدی شهیدی، تشکیل قراردادهای و تعهدات (تهران: مجد، ۱۳۹۳)، ۱۵۶.

۳. سیدمصطفی محقق داماد، قواعد فقه، جلد ۲ (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق)، ۴۶.

۴. همانجا

همین امر، تخلف‌ناپذیر است. پس اگر در ضمن عقد رهن شرط شود که در صورت عدم پرداخت دین در سررسید مورد رهن به مرتهن تعلق دارد این شرط نتیجه است؛ چراکه یک عمل حقوقی در ضمن عقد شرط شده است که به نفس اشتراط باید حاصل شود ولیکن همین شرط نتیجه خود معلق است، یعنی در صورتی که معلق علیه (عدم ادای دین در سررسید) اتفاق بیفتد، به صورت منجز درآمده و از آن لحظه به بعد اثر می‌گذارد و در آن لحظه گویی شرط نتیجه به وقوع پیوسته است.

حال بحث در این است که خود عمل حقوقی که موضوع شرط نتیجه است ممکن است به دو صورت باشد:

اول: عقد بیع یعنی در صورت عدم پرداخت دین در سررسید مورد رهن میبایع خواهد بود و دین ثمن معامله و در نهایت مورد رهن ملک مرتهن محسوب می‌شود.

دوم: تعلق مورد رهن به مرتهن در صورتی که داین دین را در موعد نپردازد البته نه به صورت بیع بلکه به هر نحوی غیر از بیع.

به هر حال آنچه در اینجا اهمیت دارد این است که شرط نتیجه معلق است. حال به هر صورتی از این دو که باشد و به نفس اشتراط و وقوع معلق علیه حاصل می‌شود. نکته مهم دیگر اینکه شرط نتیجه اگر به صورت صحیح به وجود بیاید تخلف‌ناپذیر است چون به نفس اشتراط حاصل می‌شود.

۲- وضعیت شرط

پیش از هر چیز باید گفت که در صحت و بطلان این شرط اختلاف نظر وجود دارد و هر یک از قائلین ادله‌ای را عنوان داشته‌اند. البته مبنا و محل اختلاف در فقه امامیه غیر از چیزی است که در نظریات حقوق دانان به چشم می‌خورد. با این توضیح که در نگاه اول به نظر می‌رسد در فقه بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد و چون حقوق دانان هم به تجویز قانون اساسی (اصل ۱۶۷) در بررسی موارد مسکوت در قوانین موضوعه باید به فقه اسلامی مراجعه و حکم قضیه را پیدا کنند، به تبعیت از فقه دچار اختلاف شده‌اند. لیکن با تدقیق در نوشته‌های فقهی و حقوقی این طور فهمیده می‌شود که مبنا و محل اختلافی که در فقه وجود دارد و ذکر نموده‌اند چیزی غیر از آن است که حقوق دانان در مورد آن بحث کرده‌اند. تفصیل این موضوع در بخش‌های بعدی بیان خواهد شد.

۲-۱- وضعیت شرط مذکور در فقه امامیه

شرط تعلق مورد رهن به مرتهن در صورت عدم ایفای دین در فقه امامیه تحت عنوان میبایع بودن مورد

رهن مطرح شده است که قریب به اتفاق فقها این شرط و همچنین عقد را باطل می‌دانند و فقط اقلیتی از فقها خود شرط را باطل می‌دانند و بعضی که نادر هستند، این شرط را با قیودی صحیح می‌دانند که در ذیل به شرح این نظرات می‌پردازیم:

۲-۱-۱- نظریه بطلان عقد و شرط مذکور

اکثر قریب به اتفاق فقهایی که در مورد شرط تعلق مورد رهن به مرتبه در صورت عدم ایفای دین در موعد بحث کرده‌اند، معتقدند عقد و شرط هر دو باطل است.^۵

از تدقیق و مطالعه در منابع فوق می‌توان ادله قائلین به نظریه بطلان شرط و عقد را به شرح ذیل دسته‌بندی نمود:^۶

۵. محقق کرکی، رسائل المحقق الکرکی، جلد ۱ (قم: کتابخانه آیه الله مرعشی: دفتر نشر اسلامی، ۱۴۰۹ ق)، ۱۸۹؛ نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، المختصر النافع فی فقه الإمامیه، جلد ۱ (قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.ه)، ۱۳۷؛ نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد ۲ (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.ه)، ۷۳؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلی)، قواعد الأحکام فی معرفه الحلال و الحرام، جلد ۲ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.ه)، ۱۱۱؛ حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (علامه حلی)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، جلد ۱ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ق.ه)، ۳۹۴؛ سیدعلی بن محمد طباطبایی (حائری)، الشرح الصغیر فی شرح مختصر النافع، جلد ۲ (قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.ه)، ۱۳۷؛ محمد بن حسن بن یوسف حلی (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، جلد ۲ (قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.ه)، ۳۶؛ شمس‌الدین محمد بن شجاع القطان (حلی)، معالم الدین فی فقه آل یاسین، جلد ۱ (قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۴ ق.ه)، ۴۲۸؛ زین‌الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، حاشیه الإرشاد، جلد ۲ (قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ق.ه)، ۱۹۰؛ یحیی بن سعید (حلی)، الجامع للشرائع (قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.ه)، ۲۸۹.

۶. شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۵ (بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.ه)، ۲۲۶؛ سیدعلی بن محمد طباطبایی (حائری)، ریاض المسائل، جلد ۹ (قم: مؤسسه آل‌البتیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۸ ق.ه)، ۲۰۰؛ ابن براج قاضی عبدالعزیز (طرابلسی)، المهذب، جلد ۲ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ ق.ه)، ۵۰ و ۵۱؛ محمدتقی شوشتری، النجعه فی شرح اللمعه، جلد ۸ (تهران: کتابفروشی صدوق، ۱۴۰۶ ق.ه)، ۴۶؛ قدرت‌الله وجدانی فخر، الجواهر الفخریه فی شرح الروضه البهیة، جلد ۸ (قم: انتشارات سماء قلم، ۱۴۲۶ ق.ه)، ۱۹۷؛ محمدبن مکی عاملی (شهید اول)، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه، جلد ۳ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ق.ه)، ۳۹۷؛ محمدبن مکی عاملی (شهید اول)، اللمعه الدمشقیة فی فقه الإمامیه (بیروت: دار التراث: الدار الإسلامیه، ۱۴۱۰ ق.ه)، ۱۳۱؛ سید محمدحسین ترحینی عاملی، الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة، جلد ۵ (قم: دار الفقه للطباعه و النشر، ۱۴۲۷ ق.ه)، ۱۰۰؛ احمد بن محمد (اردبیلی)، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۹ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین

۱- اجماع

بیشتر کسانی که طرفدار نظریه بطلان شرط و عقد هستند، این دلیل را مورد استناد خویش قرار داده‌اند. اولین فردی که به اجماع استناد نموده است، شیخ طوسی است^۷ و دیگران هم اجماع را از ایشان نقل کرده‌اند.

۲- تعلیق در عقد بیع

چنانکه گفته شده نظر مشهور در میان فقها بطلان عقد معلق است.^۸ پس اگر عقد معلق باطل باشد، شرط مبیع بودن مورد رهن که معلق به عدم ایفای دین از سوی مدیون شده، باطل است چراکه بیع معلق واقع شده است.

۳- عدم صیغه و ایجاب و قبول در بیع

عقد بیع نیاز به صیغه و ایجاب و قبول از طرف متعاقدين دارد و با شرط نتیجه در ضمن عقد دیگر نمی‌توان آن را به وجود آورد و آثار آن را جاری ساخت. شرط مذکور دقیقاً این تشریفات را ندارد و در نتیجه در سررسید و عدم ایفای دین توسط مدیون نمی‌توان بیع را منعقد دانست و بر آن اثری مترتب کرد.

۴- موقت شدن عقد رهن

گفته شده است که یکی از شرایط صحت رهن دوام آن است. عقد رهن نباید موقت باشد و فلسفه آن هم این است که مورد رهن باید تا زمانی که دین ایفا نشده است در وثیقه مرتبه‌ن باشد و اگر قبل از آن فک شود عقد رهنی که منعقد شده است عقلانی نیست، پس عقد رهن در مانحن فیه به دلیل موقت شدن باطل می‌شود. وقتی عقدی باطل می‌شود تمام شروط و تعهداتی که در ضمن آن آمده است به تبعیت از عقد باطل می‌شود.

۵- حدیث نبوی «لا یعلق الرهن ...»

یکی از فقها^۹ دلیلی را ذکر نموده که تا آنجایی که مطالعه شده است هیچ کدام از فقها به این دلیل

حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ ه.ق، ۱۶۸.

۷. ابوجعفر محمدبن حسن طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیه، جلد ۲ (تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷ ه.ق)، ۲۰۴.

۸. سیدمصطفی محقق داماد، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸)، ۱۴۸.

۹. محمدبن منصور بن احمد حلی (ابن ادريس)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۲ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته

استنادی ننموده‌اند و آن دلیل یک روایت است با این عنوان: «لا یغلق الرهن، الرهن من صاحبه الذی رهنه، له غنمه و علیه غرمه» و با این عبارت بیان نموده است: «فالرسول علیه السلام قد نهی أن یحصل الرهن، بحیث لا ینفک و لا یعود إلی ملک صاحبه الراهن و لا یتملك المرتهن بالشرط المخالف، لقوله علیه السلام: «لا یغلق الرهن، الرهن من صاحبه الذی رهنه، له غنمه و علیه غرمه» علی ما أوضحناه فیما سلف و حررناه».

این حدیث به این معنی است که نباید از فک رهن توسط راهن جلوگیری شود و به یک معنی جلوگیری از انتفاع راهن از منافع رهن است. البته این حدیث را امامیه نقل نکرده‌اند و نقل آن از عامه هست و گفته شده است که اجمال هم دارد.^{۱۰} علاوه بر این از فک رهن جلوگیری نمی‌شود؛ راهن اگر در مدت دین را بپردازد رهن فک می‌شود.

البته به دلایل دیگری هم به‌طور پراکنده اشاره شده است که به نظر بیشتر برای توجیه آورده شده است و قابلیت استناد ندارد. از جمله: فقدان موجب حقوقی و سببی برای انتقال به‌جز رهن که آن هم وثیقه است و با این شرط باطل می‌شود؛ و همچنین جاری شدن اصل عدم انتقال در این مورد؛ و همین‌طور بیان داشته‌اند که این شرط با مقتضای ذات عقد رهن مخالف است و به همین دلیل باعث بطلان عقد می‌شود.^{۱۱}

یکی دیگر از طرفداران نظریه بطلان عقد و شرط دلیلی را بیان نموده است که نکته‌ای مهم در آن مطرح است؛ عبارت: «اما الرهن فالأنه لا یتوقت إلا بالوفاء»، در خصوص علت بطلان رهن، بیان می‌دارد رهن نباید موقت باشد مگر با وفای به عهد که به نظر می‌رسد شرط تعلق مورد رهن خود وفای به عهد در سررسید است.^{۱۲}

۲-۱-۲- نظریه بطلان شرط

به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰، ۴۲۷.

۱۰. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق مدنی رهن و صلح (تهران: انتشارات ابن‌سینا، ۱۳۴۹)، ۳۱.

۱۱. نجفی، پیشین، ۲۲۶؛ اردبیلی، پیشین، ۱۶۸؛ سیدجوادی بن محمد حسینی (عاملی)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العالمه، جلد ۱۵ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ه.ق)، ۵۶۹.

۱۲. زین‌الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، مسالک الأفهام إلی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۴ (قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۳ ه.ق)، ۵۵؛ زین‌الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، حاشیه المختصر النافع (قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ه.ق)، ۱۰۳؛ زین‌الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، حاشیه الإرشاد، جلد ۲ (قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ه.ق)، ۱۹۰؛ زین‌الدین بن علی عاملی (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیة (المحشی - کلاتر)، جلد ۴ (قم: کتابفروشی دآوری، ۱۴۱۰)، ۸۸.

این نظر در فقه امامیه طرفداران زیادی ندارد چراکه نخست کسانی که در مورد شرط و عقد بحث کرده‌اند دلیل مجزایی را هم برای بطلان عقد رهن ذکر نموده‌اند و دوم کسانی هم که دلیلی برای بطلان رهن ندارند فساد شرط را باعث فساد رهن می‌دانند.

با این حال برخی از عامه فقط به بطلان بیع نظر داده‌اند^{۱۳} و عقد را باطل نمی‌دانند و برخی از فقهای امامیه هم احتمال اینکه فقط شرط باطل باشد را قوی دانسته‌اند.^{۱۴}

طرفداران نظریه بطلان شرط، دلایلی به شرح ذیل ارائه کرده‌اند:

۱- عدم مخالفت شرط با مقتضی عقد

برخی از فقهای بزرگ شروط باطلی که در ضمن عقد رهن آورده می‌شود را به دو گروه تقسیم نموده‌اند: نخست: آن دسته از شروطی که با مقتضای ذات عقد منافات دارد و علاوه بر بطلان شرط باعث بطلان عقد رهن هم می‌شود. مثل تسلیم نمودن مورد رهن به مرتهن.

دوم: شروطی که در عین باطل بودن به جهات دیگر هیچ منافاتی با مقتضای ذات عقد ندارد و خللی به عقد وارد نمی‌سازد مثل همین مبیع بودن مورد رهن در موعد دین.^{۱۵}

۲- فقد دلیل برای سرایت بطلان شرط به بطلان عقد

دلیل دیگری که برای صحت و مصونیت عقد رهن از بطلان شرط آورده شده است عدم دلیل برای بطلان عقد است که بدان استناد شده است.^{۱۶}

۲-۱-۳- نظریه صحت شرط و عقد

وفق این نظر که اقلیتی از فقهای معاصر پیرو آن هستند، شرط و عقد، صحیح و آثار قانونی خود را بجای می‌گذارد.^{۱۷}

البته برخی با قیودی این شرط را صحیح می‌دانند. در یکی از کتب فقهی چنین آمده است: «انما

۱۳. ابن قدامه، به نقل از: نجفی، پیشین، ۲۲۸.

۱۴. علامه حلی، پیشین، ۴۷۹.

۱۵. طوسی، پیشین، ۲۴۴.

۱۶. همان، ۲۴۵.

۱۷. سید روح‌الله موسوی خمینی، توضیح المسائل (محشی - امام خمینی)، جلد ۲ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴ ه.ق.)، ۴۱۹؛ سید روح‌الله موسوی خمینی، استفتانات (امام خمینی)، جلد ۲ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ه.ق.)، ۳۰۵؛ محمدتقی بهجت، جامع المسائل، جلد ۳ (قم: البهجه، ۱۳۹۲)، ۵۵.

یجب أن یقول: بشرط أن یصح بیع الکتاب إن لم أؤد الدین»،^{۱۸} بدین بیان که اگر به نحو شرط نتیجه باشد باطل است ولی اگر شرط شود که در صورت عدم ایفای دین از جانب مدیون بیعی بین آنها صورت بگیرد این شرط صحیح است.

۳-۱- نقد و بررسی دلایل بطلان شرط و عقد

در مورد دلیل اول باید گفت:

نخست: اجماع دلیل مستقلاً به شمار نمی‌آید چراکه برای حجیت باید کاشف از قول معصوم باشد که در خصوص مورد حاضر چنین کاشفیتی مشاهده نمی‌شود، حتی اگر چنین دلیلی هم از معصوم باشد دیگر آن دلیل سنت است نه اجماعی که بدان استناد شده است.

دوم: وقتی در خصوص موردی حکم مخالفی از فقها صادر شده باشد، دیگر نمی‌توان آن را به معنی واقعی کلمه، اجماع دانست و به نظرات مخالف اشاره کردیم.

اختلافی که در مورد دلیل دوم و سوم موجود بود (تعلیق بیع و لزوم صیغه و ایجاب و قبول برای بیع) و فقها بدان استناد کرده بودند، در حقوق کنونی رفع شده است و دیگر هیچ شکی در مورد آن نیست و می‌دانیم که صحت عقد معلق در حقوق ما پذیرفته شده است.^{۱۹} همچنین صیغه و ایجاب و قبول در بیع لازم نیست و می‌توان بیع را هم اگر تشریفات خاصی نداشته باشد به‌عنوان شرط نتیجه آورد و شاهد مثال آن هم عقد معاطات مذکور در ماده ۳۳۹ قانون مدنی است.

در مورد دلیل چهارم به دو نکته باید اشاره کرد: اول اینکه باید اذعان داشت که در اینجا اصلاً شرط باعث توقیت رهن نمی‌شود چراکه یکی از موارد انحلال عقد رهن ایفای دین است که با این عمل وثیقه آزاد می‌شود و می‌دانیم که تملیک مورد رهن به مرتهن در صورت عدم ایفای دین هم به‌نوعی استیفای دین است و باعث انحلال عقد رهن می‌شود. همچنین اینکه فلسفه موقت نبودن رهن به خاطر امکان استیفای دین در هر زمان هست و به همین دلیل اگر رهن موقت باشد و مدت آن را تا سررسید دین تعیین کنند (یا وفای دین) می‌توان گفت عقد صحیح است و در مانحن فیه هم که رهن در سررسید متعلق به مرتهن می‌شود تا زمان ایفای دین موقت شده است و مشمول حکم بالا است. همچنین می‌دانیم که

۱۸. سیدصادق حسینی شیرازی، التعلیقات علی شرائع الاسلام، جلد ۱ (قم: انتشارات استقلال، ۱۴۲۵ ه.ق)، ۳۴۹.

۱۹. عباس قاسمی حامد، حقوق مدنی: شرایط اساسی شکل‌گیری قرارداد (تهران: دراک، ۱۳۸۹)، ۵۲؛ ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ۵۵؛ محمدجعفر جعفری لنگرودی، تأثیر اراده در حقوق مدنی (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲)، ۵۴.

دوام رهن برای حفظ حقوق مرتهن است تا او بتواند طلب خویش را استیفا کند. حال شرط مذکور (تعلق مورد رهن) اصالتاً برای حفظ حقوق مرتهن توافق شده است. دوم اینکه همان‌گونه که برخی به‌درستی اشاره کردند^{۲۰} به نظر نمی‌رسد که قانون مدنی دوام را شرط صحت رهن قلمداد کرده باشد چون اگر این چنین بود حتماً باید تصریح می‌کرد، چرا که قانون‌گذار در مقام بیان بوده است.

۳-۱-۱- وضعیت شرط مذکور در حقوق ایران

با توجه به اینکه عده زیادی از فقها به بطلان این شرط و حتی عده‌ای بر بطلان شرط و عقد، هر دو با هم نظر دادند و در مسائلی از این قبیل که حکم روشنی در قانون ندارد باید به فقه مراجعه نمود، این سؤال مطرح می‌شود که آیا باید به تبعیت از این دسته از فقها حکم به بطلان شرط نمود؟ به نظر می‌رسد نمی‌توان در مورد مسئله به نظر مشهور فقها استناد کرد زیرا دلایلی که این بزرگان ارائه کرده‌اند در حقوق موضوعه محملی ندارد و نمی‌توان به آنها استناد کرد.

۳-۱-۲- نظرات حقوق دانان

در بین حقوق دانان بر خلاف آنچه در فقه مطرح است هیچ کس به‌درستی با توجه به ماده ۲۳۲ قانون مدنی نظر به بطلان شرط و عقد با هم ندارد ولی دو نظر در بین حقوق دانان در مورد صحت و بطلان شرط به چشم می‌خورد:

الف) نظریه بطلان شرط

برخی از حقوق دانان چنین اظهارنظر کرده‌اند که اگر در ضمن عقد رهن شرط شود که در صورت عدم تأدیه دین توسط راهن در موعد معین مورد رهن از آن مرتهن باشد و یا به‌صورت شرط نتیجه در برابر طلب به ملکیت او درآید، این شرط باطل است.^{۲۱}

دلایل این نظریه:

۱- نخستین دلیلی که طرفداران این نظریه به آن استناد می‌کنند این است که مشهور فقها این شرط و حتی خود عقد را هم باطل می‌دانند؛ و مطابق اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، در مورد حکم مسئله‌ای که در قوانین روشن نیست باید به فتاوی فقها مراجعه کرد و در مانحن فیه هم که فتوای مشهور بلکه اشهر فقها بطلان شرط است. پس با توجه به این فتاوی

۲۰. محمدجعفر جعفری لنگرودی، حقوق مدنی رهن و صلح (تهران: انتشارات ابن‌سینا، ۱۳۴۹)، ۸۶.

۲۱. ناصر کاتوزیان، عقود معین: عقود اذنی و وثیقه‌ای، جلد ۴ (تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۹)، ۵۲۹.

می‌توان حکم به بطلان شرط نمود.

۲- وحدت ملاک از فلسفه وضع مواد ۳۳ تا ۳۹ قانون ثبت. با این توضیح که مواد مزبور در وضعیتی تصویب شدند که سرمایه‌داران و رباخواران وام می‌دادند و در مقابل آن ملکی را که چندین برابر ارزش داشت به‌طور صوری می‌خریدند و در ازای آن تصاحب می‌کردند. در واقع از حربه بیع شرط برای گرفتن ربا سوءاستفاده می‌کردند. به این ترتیب که به نحو صوری مال را تملیک می‌کردند که کار وثیقه را برای آنها انجام می‌داد و اگر دین در سررسید پرداخت نمی‌شد، مدیون دیگر حق فسخ نداشت و از این طریق می‌توانستند مال را به‌جای دین تصاحب کنند و از جهت دیگر هم که بیع شرط عقدی تملیکی بود و مبیع به ایشان تعلق داشت. پس می‌توانستند آن را در اختیار مالک اولی یا همان مدیون قرار داده و اجاره‌بهای آن را دریافت کنند که در واقع این همان بهره دین بود و از لحاظ شرعی هم مشکلی بر آن مترتب نمی‌شد. دقیقاً برای جلوگیری از این وضعیت بود که مواد ۳۳ الی ۳۹ قانون ثبت وضع شد.^{۲۲} علاوه بر مواد مذکور در قانون ثبت، توجه به ماده ۴۶۳ قانون مدنی هم در این رابطه بی‌فایده نیست. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر در بیع شرط قصد بایع حقیقت بیع نبوده است احکام بیع در آن جاری نخواهد بود.» قانون‌گذار مدنی این ماده را برای مقابله با حیل‌های شرعی که برای ربا به کار می‌بردند وضع کرده و نشان داده که ذهن او با این حیل‌ها آشنا بوده است. با وحدت ملاک گرفتن از این مواد می‌توان گفت شرط تعلق عین مرهونه به مرتهن دقیقاً همان نتیجه‌ای است که این سرمایه‌داران و رباخواران دنبال آن بودند و به استناد مواد مربوطه می‌توان گفت شرط مذکور باطل است.^{۲۳}

۱- اگر قائل به نسخ ضمنی ماده ۷۷۷ قانون مدنی باشیم، به طریق اولی شرط تعلق مورد رهن به مرتهن نیز باطل خواهد بود. با این توضیح که طبق مفاد ماده ۳۴ قانون ثبت مرتهن برای فروش مال مرهونه و استیفای طلب ناچار به مراجعه به مقامات عمومی است پس در واقع وکالت موضوع این ماده لغو خواهد بود با این نتیجه وقتی وکالت در فروش مال مرهونه باطل است به طریق اولی شرط تعلق مورد رهن به مرتهن باطل می‌باشد.

۲- شرط تعلق مورد رهن به مرتهن از جمله قراردادهایی است که طبق ماده ۳۹ قانون ثبت باطل اعلام شده است. با این توضیح که اگر این معاملات رهنی را مشمول معاملات با حق استرداد بدانیم ماده مذکور هرگونه شرط منافی با حقوق رهن را باطل اعلام نموده و این شرط هم به استناد همان

۲۲. حکمت‌الله عسکری، «معاملات با حق استرداد در حقوق ایران»، تحقیقات حقوقی، ۹، ۴۴ (۱۳۸۵)، ۲۲۰.

۲۳. کاتوزیان، پیش، ۵۲۹.

ماده باطل است.

ب) نظریه صحت شرط

نظر دیگری که در خصوص موضوع بحث مطرح شده است این است که دلیلی بر بطلان شرط مذکور نیست به همین خاطر باید گفت که این شرط صحیح است. با وجود اینکه نصی بر بطلان شرط در دسترس نیست، ادله دیگری را برای تأیید این نظر به شرح ذیل می‌توان ارائه کرد:

۱- تعریف عقد رهن که در ماده ۷۷۱ آمده است بر عقد رهنی که طرفین بر آن توافق و شرط مذکور را در ضمن آن مندرج نموده‌اند صدق می‌کند.^{۲۴}

۲- با توجه به اصل حاکمیت اراده و نفوذ قرارداد خصوصی بین طرفین و اینکه نص صریحی در مقررات موضوعه مبنی بر بطلان چنین شرطی دیده نمی‌شود باید اذعان داشت که این شرط محکوم به صحت است.

۳- دلیل مهمی که می‌توان به آن استناد نمود این است که عموم وفای به عهد که از آیه شریفه «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود» (سوره مائده آیه ۱) و همچنین حدیث نبوی (المؤمنون عند شروطهم) که مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی هم از آن گرفته شده است، ما را به این سمت و سو هدایت می‌کند که چنین شرطی حائز اثر و موجب حق و تکلیف برای طرفین قرارداد باشد.

۳-۲- موقعیت شرط در رویه قضایی

آرای روشنی در خصوص شرط وکالت فروش مورد رهن، به‌ویژه در خصوص بانک‌ها و مؤسسات مالی، از دادگاه‌ها صادر شده است. اغلب آرای صادره شرط مزبور را بر خلاف مقررات آمره و قانون ثبت دانسته‌اند. شعبه دوازدهم دادگاه تجدید نظر استان تهران در تأیید رأی دادگاه بدوی بیان داشته است: «... با توجه به اینکه اخذ وکالت بلا عزل بابت تضمین بازپرداخت تسهیلات اعطایی به مشتریان، از سوی بانک‌ها و مؤسسات اعتباری، فاقد هرگونه توجیه قانونی و شرعی است... و با توجه به اینکه در بند ۷-۷ قانون بودجه سال ۹۱ کل کشور، قانون‌گذار نیز تصریح به ممنوعیت چنین اقدامی کرده است ضمانت اجرای اقدام یادشده نیز ابطال سند انتقال و عملیات اجرایی متعاقب آن می‌باشد...»^{۲۵} (دادنامه شماره

۲۴. جعفری لنگرودی، پیشین، ۳۲.

۲۵. بانک مرکزی در بخشنامه شماره ۹۱۷۲۸/۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۱ در راستای قانون بودجه سال ۹۱ بانک‌ها و مؤسسات اعتباری را از اخذ وکالت بلاعزل در فروش وثیقه‌های در رهن آنها، منع کرده بود و اکنون نیز این حکم در بند ب ماده ۱۹ قانون رفع موانع تولید رقابت‌پذیر مصوب ۱۳۹۴ به‌صورت یک حکم دائمی منعکس شده است.

۹۳۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۷۳۰ مورخ ۱۳۹۳/۶/۱۵).

همچنین، شعبه ۲۰ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز در دادنامه شماره ۹۶۰۱۸۲ مورخ ۱۳۹۶/۲/۲۴ اظهار دارد: «نظر به اینکه دریافت یک فقره تسهیلات از خوانده ردیف اول توسط خواهان محرز است و اینکه بابت تسهیلات مذکور، خوانده مبادرت به دریافت سند بابت تضمین بازپرداخت تسهیلات نموده است (وثیقه عینی) و اینکه با دریافت وثیقه عینی در صورت بازپرداخت نشدن تسهیلات، بستانکار موظف است موافق ماده ۳۴ قانون اصلاحی ثبت اسناد و املاک اقدام نماید و اینکه قانون مذکور جزء قوانین و قواعد آمره است که ضمانت اجرای قوانین امری بطلان هر عملی است که بخوهد قانون آمره را نادیده بگیرد و اینکه دریافت وکالت از جانب بستانکار مخالف امر مذکور است لذا بنا به مراتب دادگاه دعوای خواهان را وارد و ثابت می‌داند و مستند به ماده مذکور و ملاک ماده ۹۷۵ قانون مدنی حکم به ابطال سند مذکور صادر و اعلام می‌نماید.»^{۲۶}

اداره کل حقوقی قوه قضاییه در نظریه‌ای مشورتی به صراحت اعلام نموده است: «ماده ۳۴ اصلاحی مورخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ قانون ثبت اسناد و املاک کشور، از قوانین آمره است و بانک مرتهن برای وصول طلب خود باید طبق قانون مذکور تقاضای اجرا نماید و وصول طلب بانک مرتهن به نحوی است که در ماده مذکور مقرر گردیده و اقدام مغایر با آن وجاهت قانونی ندارد بنابراین، اخذ وکالت بلاعزل از وام‌گیرنده به منظور فروش مال مرهونه توسط بانک و برداشت طلب خود از آن به جهت عدم طی مسیر قانونی ماده ۳۴ اصلاحی مرقوم یا تملک آن ولو اینکه مازاد بر بدهی، ارزش داشته باشد و نیز شرط عدم اعتراض و ادعای موکل نسبت به تملک ملک بدهکار مازاد بر میزان بدهی یا تصاحب باقیمانده ثمن، مازاد بر بدهی، خلاف قواعد امری یاد شده بوده و صحیح نیست و در قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز چنین اختیاری برای بانک‌ها پیش‌بینی نشده است؛ بنابراین قبل از تصویب بند ۷-۷ فراز دوم قانون بودجه سال ۹۱ نیز مسئولیت مزبور به شرح فوق از مقررات یاد شده استنباط می‌شده» (نظریه شماره ۷/۹۵/۲۳۳۳ مورخ ۱۳۶۵/۹/۲۳).

چنانکه ملاحظه می‌شود در نظریه مزبور، علاوه بر بطلان اخذ وکالت برای فروش مورد رهن، تملک آن هم غیرقانونی دانسته شده است. برخی استادان نیز معتقدند اگر شرط وکالت در فروش مغایر با ماده ۳۴ قانون ثبت باشد به طریق اولی شرط تعلق عین مرهونه به مرتهن نیز با آن ماده مغایرت دارد.^{۲۷} شعبه

۲۶. به نقل از: سیدحسین صفایی و هادی جواهر کلام، حقوق مدنی پیشرفته، تضمین‌های دین: رهن و ضمان، جلد ۱ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰)، ۲۰۳.

۲۷. کاتوزیان، پیش، ۳۴۲.

چهارم دادگاه عمومی حقوقی شهرستان همدان در همین راستا، شرط تعلق سه دانگ آپارتمان مورد رهن به مرتهن را صحیح تلقی نکرده و مستند به مواد ۳۳ و ۳۴ اصلاحی قانون ثبت هرگونه شرط انتقال مالکیت در این خصوص را با مانع قانونی مواجه دانسته است (دادنامه شماره ۱۹۳۷۹/۱۰۱۰۱۲۸۳۹۰۰۰۱۴۰ مورخ ۱۴۰۱/۳/۳۱).

با وجود آنکه، رویه قضایی در بی اعتبار دانستن شرط تعلق مورد رهن به مرتهن، تقریباً قاطع به نظر می‌رسد، برخی دادگاه‌ها موجبی برای بطلان این شرط ندیده و آن را صحیح دانسته‌اند. در پرونده‌ای شرط مندرج در قرارداد این بوده است که اگر بدهکار در سررسید معین، بدهی خود را پرداخت نکند، میزان مشخصی از زمین متعلق به نام‌برده به مالکیت مرتهن (طلبکار) درآید. پس از تحقق شرط، طلبکار دادخواست تحویل مقدار زمین مورد توافق را به طرفیت بدهکار تقدیم دادگاه می‌نماید. شعبه هفتم دادگاه عمومی حقوقی همدان ضمن پذیرش دعوا، خوانده را ملزم به تحویل زمین به خواهان نموده است (دادنامه شماره ۹۷۰۹۹۷۸۱۱۰۷۰۱۳۶۵ مورخ ۱۳۹۷/۱۲/۲۶). رأی مزبور عیناً در شعبه سوم دادگاه تجدید نظر استان تأیید گردیده است (دادنامه شماره ۹۸۰۹۹۷۸۱۱۶۳۰۱۱۳۸ مورخ ۱۳۹۸/۰۷/۲۳). با بررسی آرای موجود و در دسترس، به نظر می‌رسد بدون آنکه اجماع و اتفاق نظری وجود داشته باشد، رویه قضایی بیشتر تمایل بر بطلان شرط تعلق مورد رهن به مرتهن دارد.^{۲۸} علت عمده وجود چنین گرایشی، لحن آمرانه مقررات قانون ثبت است. نقد این برداشت از قانون ثبت، در بند بعدی مورد بررسی قرار گرفته است.

۳-۳- نقد و بررسی دلایل

ادله ارائه‌شده توسط قائلین به بطلان به شرح ذیل قابل نقد به نظر می‌رسد:

۱- نقد دلیل اول

نظریه بطلان شرط مذکور آن‌گونه که برخی ادعا کرده‌اند اجماعی نیست و نظر مخالف هم همان‌طور که بیان نمودیم در فقه وجود دارد. پس نظریه صحت، خلاف شرع نیست بلکه نظر اقلیت است.

۲- نقد دلیل دوم

در مورد دلیل دوم چند سؤال هست که قبل از استناد به مواد قانون ثبت باید پاسخ داد: نخست: با توجه به اعلام شورای نگهبان مبنی بر غیرشرعی بودن این مواد آیا باید آنها را نسخ شده

۲۸. برای دیدن آرای بیشتر نک: عباس میرشکاری، رساله عملی در حقوق قراردادهای، جلد ۱ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸)، ۳۶۵ به بعد.

پنداشت یا اینکه به اعتبار خود باقی دانست؟

دوم: در صورت معتبر دانستن آنها آیا شرط مذکور همان، یا چیزی شبیه بیع شرط یا معامله با حق استرداد است که در قانون ثبت به اشاره شده است؟

سوم: در صورت مثبت بودن پاسخ آیا این مواد جای تفسیر موسع و تعمیم به موارد دیگر را دارد یا اینکه استثنای بر قاعده است و باید تفسیر مضیق شود و در حدود نص اجرا شود؟

در پاسخ به سؤال اول باید گفت شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۶۴/۹/۱۹ در نظریه شماره ۴۸۹۸ ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت را غیرشرعی اعلام کرد.^{۲۹} با توجه به اینکه شورا، سلب اثر تملیک در بیع شرط را خلاف موازین شرعی اعلام کرده است می‌توان گفت ماده ۳۳ هم عملاً غیرشرعی است. البته قانون‌گذار در تاریخ ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ اقدام به اصلاح ماده ۳۴ و حذف ماده ۳۴ مکرر نموده و در تاریخ ۱۳۸۶/۱۲/۸ به تأیید شورای نگهبان قانون اساسی رسیده است،^{۳۰} ولی در مورد ماده ۳۳ این قانون هیچ اقدامی صورت نگرفته است.

در خصوص ماده ۳۴ که قانون‌گذار به اصلاح آن همت گمارده است، هیچ بحثی در مورد غیرشرعی بودن یا نبودن آن نیست لیکن در مورد ماده ۳۳ باید به بحث نشست که آیا اعلام غیرشرعی بودن آن باعث نسخ و بی‌اعتباری آن است، یا مرجع مزبور حق نسخ قوانین قبلی را ندارد و وفق اصول ۹۱ و ۹۲ قانون اساسی فقط در مورد مصوباتی که مجلس شورای اسلامی به آن مرجع می‌فرستد حق اظهار نظر دارد؟ در این زمینه دو نظر وجود دارد:

گروه اول با توجه به اصل چهارم قانون اساسی معتقدند که اطلاق این ماده چنین حقی را به مرجع مزبور می‌دهد.^{۳۱} ولی گروه دوم اعتقاد دارند که همان مرجع که واضع است ناسخ هم می‌تواند باشد.^{۳۲} به هر حال مجال بحث در مورد این موضوع در این مقاله نیست ولی به نظر می‌رسد همان‌گونه که برخی به درستی اشاره نموده‌اند با توجه به اطلاق اصل چهارم می‌توان حق ابطال را برای شورای نگهبان قائل شد.

در مورد سؤال دوم و اینکه آیا شرط تعلق رهن به مرتهن در صورت عدم ایفای دین در موعد جز معاملات با حق استرداد و مواردی که قانون ثبت به آن پرداخته است می‌شود یا خیر؟ باید گفت: مقصود

۲۹. حسین مهرپور، مجموعه نظریات شورای نگهبان، جلد ۲ (تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۷)، ۲۱۹.

۳۰. غلامرضا شهری، مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، جلد ۲ (تهران: نشر روزنامه رسمی، ۱۳۸۸)، ۱۳۸۵.

۳۱. مهرپور، پیشین، ۱۷.

۳۲. ناصر کاتوزیان، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران (تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰)، ۱۷۷.

از معاملات با حق استرداد هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد با رد عوضی که دریافت کرده است مال تملیک شده را استرداد نماید؛ خواه صورت معامله بیع با شرط خیار باشد یا صلح یا امکان استرداد به وسیله خیار یا وکالت و نذر.^{۳۳} به تعبیر دیگر هرگاه در عقدی که بر حسب قانون مدنی یا فقه امامیه تملیکی و معوض است، انتقال دهنده حق استرداد مال انتقال داده شده را داشته باشد این معامله موضوع حکم قانون گذار در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بوده و در زمره معاملات با حق استرداد است.^{۳۴}

علاوه بر این، سه عنصر اساسی در تعریف معاملات با حق استرداد نهفته است:

- ۱- عقد موضوع این معاملات باید عقدی معوض باشد.
- ۲- در این گونه معاملات، عقد باید به طور منجز و بر حسب طبیعت خود تملیکی به وجود آمده باشد.
- ۳- در ضمن عقد، حق استرداد برای بایع در نظر گرفته شده باشد به هر ترتیب ممکن اعم از شرط خیار و وکالت و...

پس هر عقدی این سه عنصر را دارا باشد معامله با حق استرداد است و مشمول اماره‌ای است که قانون گذار ثبتی در نظر گرفته است.

حال این عناصر را در موضوع بحث، یعنی رهنی که در آن شرط تعلق مورد رهن به مرتهن صورت گرفته، بررسی می‌کنیم. نخست اینکه رهن از عقود وثیقه‌ای است که قانون گذار احکام آن را بر معاملات با حق استرداد بار کرده و در مورد عناصر مذکور باید عنوان کرد که رهن از عقود معوض و تملیکی نیست و همان طور که اشاره شد رهن عقد وثیقه‌ای است و حق استرداد هم در عقد و شرط مذکور برای راهن پیش‌بینی نشده است. اساساً در این قرارداد، تملیکی وجود ندارد تا حق استرداد هم معنا پیدا کند. پس رهن و معامله با حق استرداد، در موارد زیر تفاوت دارند:

- ۱- در رهن قبض شرط صحت است لیکن در معاملات با حق استرداد لازم نیست که مورد معامله قبض شود چون تملیکی است و وثیقه‌ای نیست.
- ۲- در رهن منافع عین مرهونه متعلق به راهن است لیکن در معامله با حق استرداد منافع مال مورد معامله متعلق به مرتهن است هر چند که اثر تملیکی عقد سلب شده است.^{۳۵}
- ۳- به این ترتیب، معامله با حق استرداد در حکم رهن قرار داده شده است و معاملات رهنی و شروط

۳۳. ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵ (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳)، ۱۷۷.

۳۴. عسکری، پیشین، ۲۲۰.

۳۵. البته در اصلاحات سال ۸۶ به این مورد تصریح نشده است.

ضمن آن مشمول احکام خاص مواد قانون ثبت نمی‌شود. در همین رابطه رأی اصراری به شماره ۱۷/۱۰/۳/۲۲۰۷ از شعبه سه دیوان عالی صادر شده است: «مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت شامل معاملات رهنی نیست زیرا مواد مزبوره مخصوص است به‌جایی که ملک به‌عنوانی از عناوین با حق استرداد به دیگری انتقال یافته باشد و عین مرهونه به ملکیت راهن باقی است نهایتاً اینکه مرتهن حق دارد طلب خود را از عین مرهونه استیفا نماید.»

از این رأی می‌توان فرق بین معاملات با حق استرداد و رهنی که در ضمن آن شرط تعلق مورد رهن آمده را فهمید. هرچند در اصلاحات سال ۸۶ معاملات رهنی هم در شمار ماده ۳۴ تصریح شده است. با توجه به مراتب بالا عقد رهنی که در آن شرط تعلق مورد رهن به مرتهن در صورت عدم ایفای دین در موعد گنجانده شده باشد از لحاظ ماده ۳۳ و احکام خاص آن مشمول احکام معاملات با حق استرداد نمی‌شود.

پاسخ سؤال سوم با استناد به اصل حاکمیت اراده و به‌تبع آن اصل آزادی قراردادی، قاعده تملیکی بودن بیع^{۳۶} و همچنین اصل تفسیر موسع^{۳۷} قوانینی که موافق اصول است، به شرح ذیل قابل تحلیل است:

با توجه به قواعد و اصول مذکور و استثنا و خلاف قاعده بودن مواد قانون ثبت^{۳۸} و لزوم تفسیر مضیق قوانین خلاف قاعده، نمی‌توان از مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اتخاذ ملاک و شرط تعلق رهن به مرتهن در صورت عدم انجام تعهدات را محکوم به بطلان کرد و قائل به فقدان اثر آن در عالم حقوق شد.

۱- نقد دلیل سوم

نخست: قول نسخ ضمنی ماده ۷۷۷ به‌وسیله ماده ۳۴ قانون ثبت قول موجهی نیست. همان‌طور که

۳۶. قاعده‌ای دیگر در فقه و به‌تبع آن در حقوق موضوعه هست، تحت عنوان قاعده تملیکی بودن بیع که در فقه امامیه حتی ادعا شده است که این تملیک جز مقتضای ذات عقد است و تأخیر آن هم امکان‌پذیر نیست چه رسد به اینکه تملیک را کلاً از آن حذف کنیم که این قاعده را در مواد ۳۳۸ و بند ۱ ماده ۳۶۲ می‌توانیم ببینیم. پس قاعده‌ای هم در فقه و حقوق داریم مبنی بر اینکه عقد بیع تملیکی است و تملیک هم در آن اصولاً به مجرد عقد حاصل می‌شود. (البته این قاعده است و خلاف آن می‌توان شرط کرد مانند تأخیر در انتقال مالکیت.)

۳۷. در بحث تفسیر قوانین یا قراردادها به‌طور کلی تفسیر قاعده، تفسیری است موسع. با این توضیح که چون قاعده یک حکم کلی است که بر تمام موارد صدق می‌کند پس در تفسیر اصل بر توسعه آن بر همه موارد است لیکن در مورد استثنا بر قاعده یا به بیان دیگر در بحث خلاف قاعده اصل بر تفسیر مضیق است و باید در حدود نص تفسیر شود چراکه خلاف قاعد کلی است.

۳۸. اینکه قانون‌گذار در مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت اثر تملیکی را از بیع شرط سلب می‌کند استثنایی است بر قواعد کلی و این استثنا باید در حدود نص تفسیر و از تعمیم آن به موارد مشابه جلوگیری شود.

برخی از حقوق دانان به درستی اشاره نموده‌اند.^{۳۹} ماده مذکور ناظر به امکان وکالت دادن به مرتهن برای فروش است و ماده ۳۴ وکیل را از اقدام خصوصی و فردی ممنوع می‌سازد و ناچار می‌کند که به مقام‌های عمومی رجوع کند و این دو حکم از حیث امکان وکالت دادن تعارض ندارد و تنها از اختیار وکیل می‌کاهد و ماده ۳۴ وکالت را لغو نمی‌کند زیرا وکیل در جریان فروش مال به وسیله مقامات عمومی می‌تواند اقداماتی را که با غبطه موکل سازگار است از اجرای ثبت یا دادگاه بخواهد. دوم: حتی اگر قائل به نسخ ماده ۷۷۷ باشیم باز هم نمی‌توان این مورد را با آن قیاس کرد چرا که در صورت نسخ هم می‌توان گفت قانون‌گذار اراده کرده که این عمل زیر نظر مقامات عمومی انجام شود ولی شرط تعلق، عمل حقوقی است که اگر شرایط آن موجود باشد خودبه‌خود واجد اثر خواهد شد و دیگر نیازی به فروش ندارد که بگوییم باید از طریق مقامات عمومی انجام شود.

۲- نقد دلیل چهارم

در نگاه اول شاید این دلیل موجه به نظر برسد چرا که ماده ۳۴ و مواد بعد از آن استیفای دین مرتهن را فقط از طریق مراجعه به مقامات عمومی ممکن می‌داند و مرتهن ناچار برای استیفا باید اعمال ماده ۳۴ را انجام دهد و ماده ۳۹ همان قانون هر شرط خلافی را باطل اعلام می‌کند. با این حال باید توجه داشت که ماده مذکور هر شرطی که حقوق ایجادشده قبل از استرداد در مواد ۳۳-۳۴-۳۷ و ۳۸ برای انتقال‌دهنده را اسقاط کند باطل می‌داند. حال باید دید در این مواد چه حقوقی برای انتقال‌دهنده ایجاد می‌شود و آیا این حقوق با شرط تعلق مورد رهن منافات دارد یا خیر؟ مواد ۳۷ و ۳۸ مربوط به بحث عطف به ماسبق شدن قوانین و قراردادهای قبل از قانون است و ناظر بر بحث حاضر نیست. ماده ۳۳ نیز سلب اثر تملیکی از بیع شرط و معاملات با حق استرداد را مطرح کرده است.

تنها موردی که باقی می‌ماند ماده ۳۴ و تشریفات مقرر در آن است. آیا حقوقی که در ماده ۳۴ برای انتقال‌دهنده به وجود آمده است منافاتی با شرط مذکور دارد یا خیر؟

اول: در ماده ۳۹ قانون مذکور عبارت «تا قبل از انقضای مدت حق استرداد» قید شده که بیانگر این است که قانون‌گذار معاملات با حق استرداد را مدنظر داشته است و در جایی که شرط تعلق مورد رهن باشد حق استرداد مطرح نیست. در این موارد، استرداد اتفاقاً ضمانت اجرای عدم انجام تعهد است. دوم: شرط مذکور در ضمن عقد رهن، یا صحیح است یا باطل. اگر صحیح باشد، بعد از تخلف راهن

از تعهد خویش مبنی بر ایفای دین در سررسید، مورد رهن به مرتهن تعلق می‌گیرد و عقد رهن منحل می‌شود و دیگر عقدی باقی نمی‌ماند تا مخالفت یا موافقت آن با ماده ۳۹ مطرح باشد؛ و اگر باطل باشد مفاد مواد ۳۴ به بعد قانون ثبت برای فروش موضوع قرارداد مطرح می‌شود. در هر صورت، مواد ۳۴ به بعد قانون ثبت برای مواردی وضع شده که قرار است مالی فروخته و دین مرتهن پرداخت شود. در حالی که در شرط مورد بحث چنین امری مطرح نیست و یا دست‌کم در صورتی مطرح است که این شرط وفق ماده ۳۳ باطل تلقی شده و عملیات فروش آغاز گردد.

سوم: متن ماده درباره حقوق انتقال دهنده است و از حقوق او صحبت می‌کند و با توجه به اینکه از لفظ «انتقال» استفاده شده است، بیع شرط و معامله با حق استرداد مشمول این ماده هستند اما چنانکه گفته شد، رهن در زمره این قراردادها نیست و قواعد خود را دارد.

چهارم: گفته شده است که در غالب موارد در فروش مورد رهن از طریق مزایده، مورد رهن را کمتر از مبلغ دین می‌خرند و در این صورت حقی برای راهن متصور نیست تا مشمول ماده ۳۹ شود؛ و همچنین ماده ۳۴ و تشریفات آن خصوص مورد غالب است یعنی جایی که شرط تعلق مورد رهن نباشد و قانون‌گذار موارد غالب و اغلب را پیش‌بینی کرده است.^{۴۰} با این توضیح ماده ۳۹ نمی‌تواند مانعی در نفوذ شرط مذکور ایجاد کند و استناد حقوقی به این مواد برای بطلان شرط مذکور، قابل پذیرش به نظر نمی‌رسد.

از سوی دیگر، باید به تقسیمی که برخی حقوق دانان، به‌درستی، در مورد بیع شرط ارائه کرده‌اند،^{۴۱} در مورد مسئله حاضر نیز توجه نمود. بر این اساس باید در رهن مورد بحث که چنین شرطی در ضمن آن شده است بین دو فرض تفکیک قائل شد:

فرض اول: رهنی که ارزش مورد رهن با دین تفاوت چندانی ندارد؛ جایی که داین عین معینی را که تقریباً با دین مذکور ارزش یکسانی دارد به رهن می‌گیرد و شرط تعلق مورد رهن به خود را در صورت عدم ایفای دین در موعد شرط می‌کند.

فرض دوم: رهنی که ارزش مورد رهن با دین موجود اختلاف فاحش دارد. بدین نحو که داین عین معینی را که ارزش بیشتری از دین دارد به وثیقه دین خود می‌گیرد و برای پرداخت دین از طرف مدیون و تضمین بیشتر، شرط تعلق آن در صورت عدم پرداخت را در ضمن عقد شرط قید می‌کند.

۴۰. جعفری لنگرودی، پیشین، ۸۷.

۴۱. محمدجعفر جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی (تهران: نشر گنج دانش، ۱۳۷۹)، ۲۹۵.

به نظر می‌رسد در فرض دوم در مورد صحت یا عدم صحت شرط تردید حاصل می‌شود. چراکه نخست فلسفه سلب اثر تملیکی بیع شرط شامل این مورد هم می‌شود. چنانکه گفته شد، پیشگیری از رواج اخذ ربا و راه‌های فرار از آن همان چیزی است که قانون‌گذار ثبت را وادار کرد که بر خلاف کلیه اصول مسلم فقهی و حقوقی ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت را وضع نماید و اثر تملیکی را از این قراردادها سلب کند. دوم اینکه به نظر می‌رسد در این مورد اساساً طرفین، به‌ویژه راهن قصد جدی برای انتقال ندارد. اما در مورد فرض اول، هیچ نص صریحی مبنی بر بطلان شرط دیده نمی‌شود و فلسفه وضع مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت هم در آن به‌هیچ‌وجه دیده نمی‌شود که بتوانیم با اتخاذ ملاک آن را به موضوع حاضر تعمیم دهیم.

نتیجه اینکه اصولاً شرط تعلق مورد رهن به مرتهن در صورت عدم ایفای دین در موعد مقرر صحیح است مگر در مواردی که ارزش مورد رهن تفاوت فاحشی که عرف به‌راحتی از آن چشم نمی‌پوشد با دین مورد نظر داشته باشد که در این صورت شرط مذکور باطل است ولی در عقد رهن تأثیری ندارد و استیفای دین وفق ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت و تشریفات مقرر در آن به عمل می‌آید. و از آنجا که در وضعیت کنونی معمولاً مورد رهن تفاوت فاحش با دین مورد نظر ندارد، باید اصل را بر صحت این‌گونه شروط نهاد مگر خلاف آن ثابت شود.

۴- اثر شرط

با توجه به اینکه ماهیت این شرط در واقع همان شرط نتیجه معلق است به محض تحقق معلق علیه شرط تحقق پیدا می‌کند و تأثیر خود را می‌گذارد. در موضوع بحث نیز به محض تخلف راهن از پرداخت دین در سررسید، شرط محقق شده و تأثیر خود را می‌گذارد. نکته دیگر اینکه در این مورد به نظر می‌رسد باید راهن دین را پرداخت کند و رسیدی مبنی بر پرداخت بگیرد که در غیر این صورت شرط محقق فرض می‌شود. به عبارت بهتر در اینجا مدعی راهن است و او باید ثابت کند که برای پرداخت اقدام کرده است.

نتیجه‌گیری

به‌عنوان نتیجه و به دلایل ذیل، می‌توان گفت که اصولاً شرط تعلق مورد رهن به مرتهن در صورت عدم ایفای دین در موعد صحیح می‌باشد مگر اینکه مغایره در آن رعایت نشده باشد:

۱- تعریف عقد رهن که در ماده ۷۷۱ آمده است بر عقد رهنی که طرفین بر آن توافق و شرط مذکور را در ضمن آن مندرج نموده‌اند صدق می‌کند.

۲- با توجه به اصل حاکمیت اراده و نفوذ قراردادهای خصوصی بین طرفین و اینکه نص صریحی در مقررات موضوعه مبنی بر بطلان چنین شرطی دیده نمی‌شود باید بر آن بود که این شرط محکوم به صحت است.

۳- دلیل مهمی که می‌توان به آن استناد نمود این است که عموم وفای به عهد که از آیه شریفه «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود» (سوره مائده آیه ۱) و همچنین حدیث نبوی «المومنون عند شروطهم» که مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی هم از آن گرفته شده است، این دیدگاه را تقویت و اثبات می‌نماید که چنین شرطی دارای اثر و موجد حق و تکلیف برای طرفین قرارداد باشد.

۴- در صورت عدم رعایت مغایرت به نظر می‌رسد اساساً طرفین، به‌ویژه راهن، قصد جدی برای انتقال ندارند.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. حقوق مدنی رهن و صلح، ویرایش نخست. تهران: انتشارات ابن سینا، ۱۳۴۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. مجموعه محشی قانون مدنی، ویرایش نخست. تهران: گنج دانش، ۱۳۷۹.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. تأثیر اراده در حقوق مدنی، ویرایش سوم. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲.
- خمینی، سیدروح‌الله موسوی. توضیح المسائل (محشی - امام خمینی)، جلد ۲، ویرایش هشتم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۴.ه.ق.
- شهری، غلامرضا. مجموعه تنقیح شده قوانین و مقررات حقوقی، جلد ۲، ویرایش سوم. تهران: نشر روزنامه رسمی، ۱۳۸۸.
- شهیدی، مهدی. تشکیل قراردادها و تعهدات. تهران: مجد، ۱۳۹۳.
- صفایی، سیدحسین و هادی جواهر کلام، حقوق مدنی پیشرفته: تضمین‌های دین (رهن و ضمان)، جلد ۱، ویرایش دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۴۰۰.
- عابدیان، میرحسین. «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها». الهیات و حقوق، ۱۹(۱۳۸۵)، ۳-۴۴.
- عسکری، حکمت‌الله. «معاملات با حق استرداد در حقوق ایران»، تحقیقات حقوقی، ۹، ۴۴(۱۳۸۵)، ۲۱۹-۲۷۴.
- https://lawresearchmagazine.sbu.ac.ir/article_56372.html
- قاسمی حامد، عباس. حقوق مدنی: شرایط اساسی شکل‌گیری قرارداد، ویرایش دوم. تهران: دراک، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، ویرایش پانزدهم. تهران: گنج دانش، ۱۴۰۰.
- کاتوزیان، ناصر. عقود معین: عقود اذنی و وثیقه‌ای، جلد ۴، ویرایش ششم. تهران: سهامی انتشار، ۱۳۸۹.
- کاتوزیان، ناصر. قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، ویرایش چهارم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر. عقود معین: معاملات معوض، جلد ۱، ویرایش هفتم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۸.
- محقق داماد، سید مصطفی. نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، ویرایش نخست. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه، جلد ۲. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶.ق.
- مهر پور، حسین. مجموعه نظریات شورای نگهبان، جلد ۲، ویرایش نخست. تهران: نشر دادگستر، ۱۳۸۷.
- میرشکاری، عباس. رساله عملی در حقوق قراردادها، جلد ۱، ویرایش دوم. تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.

ب) منابع عربی

- ابن‌ادریس، محمدبن منصوربن احمد حلّی، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، جلد ۲، ویرایش دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰.ه.ق
- اردبیلی، احمدبن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، جلد ۹، ویرایش نخست. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳.ه.ق.
- بهجت، محمدتقی، جامع المسائل، جلد ۳. قم: البهجه، ۱۳۹۲.
- ترحینی عاملی، سیدمحمدحسین. الزبده الفقهیه فی شرح الروضه البهیة، جلد ۵، ویرایش چهارم. قم: دارالفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷.ه.ق.

- حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی. ریاض المسائل، جلد ۹، ویرایش نخست. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۸ ه.ق.
- حائری، سیدعلی بن محمد طباطبایی. الشرح الصغير في شرح مختصر النافع، جلد ۲، ویرایش نخست. قم: انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ه.ق.
- حسینی شیرازی، سیدصادق. التعليقات على شرائع الاسلام، جلد ۱، چاپ ۶. قم: انتشارات استقلال، ۱۴۲۵ ه.ق.
- حلی، شمس‌الدین محمدبن شجاع القطان. معالم الدين في فقه آل ياسين، جلد ۱، ویرایش نخست. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۴ ه.ق.
- حلی، یحیی بن سعید. الجامع للشرائع، ویرایش نخست. قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ه.ق.
- خمینی، سیدروح‌الله موسوی. استفتائات (امام خمینی)، جلد ۲، ویرایش پنجم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ه.ق.
- شوشتری، محمدتقی. النجعه في شرح اللمعه، جلد ۸، ویرایش نخست. تهران: کتابفروشی صدوق، ۱۴۰۶ ه.ق.
- شهید اول، محمدبن مکی عاملی. الدروس الشرعيه في فقه الإماميه، جلد ۳، ویرایش دوم. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ ه.ق.
- شهید اول، محمدبن مکی عاملی. اللمعه دمشقيه في فقه الإماميه. بيروت: دار التراث: الدارالإسلاميه، ۱۴۱۰ ه.ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. حاشیه المختصرالنافع، ویرایش نخست. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ه.ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. حاشیه شرائع الاسلام، ویرایش نخست. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ ه.ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. حاشیه الإرشاد، جلد ۲، ویرایش نخست. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ ه.ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. مسالك الألفهام إلى تنقيح شرائع الاسلام، جلد ۴، ویرایش نخست. قم: مؤسسه المعارف الإسلاميه، ۱۴۱۳ ه.ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی عاملی. الروضه البهيه في شرح اللمعه دمشقيه (المحشى - كلانتر)، جلد ۴، ویرایش نخست. قم: کتابفروشی داورى، ۱۴۱۰ ه.ق.
- طرابلسی، ابن براج، قاضی عبدالعزیز. المهذب، جلد ۲، ویرایش نخست. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۶ ه.ق.
- طوسی، ابوجعفر محمدبن حسن. المبسوط في فقه الإماميه، جلد ۲، ویرایش سوم. تهران: المكتبه المرتضويه لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ه.ق.
- عاملی، سید جوادبن محمدحسینی. مفتاح الكرامه في شرح قواعد العالمة، جلد ۱۵، ویرایش نخست. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ ه.ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، جلد ۲، ویرایش نخست. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
- علامه حلی، حسن بن یوسف. إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، جلد ۱، ویرایش نخست. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
- فخرالمحققین، محمدبن حسن بن یوسف حلی. إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد، جلد ۲، ویرایش

- نخست. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ه.ق.
- محقق حلی، جعفر بن حسن. المختصر النافع فی فقه الإمامیه. جلد ۱، ویرایش نخست. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
 - محقق حلی، جعفر بن حسن. شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. جلد ۲، ویرایش نخست. قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
 - محقق کرکی، علی بن حسین. رسائل المحقق کرکی، جلد ۱. قم: کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی: دفتر نشر اسلامی، ۱۴۰۹ ق.
 - نجفی، شیخ محمدحسن. جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۵، ویرایش هفتم. بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
 - وجدانی فخر، قدرت‌الله. الجواهر الفخریه فی شرح الروضه البهیّه، جلد ۸، ویرایش دوم. قم: انتشارات سماء قلم، ۱۴۲۶ ق.