

## بررسی مصادیق تصرفات مالک در دوران تزلزل مالکیت و وضعیت حقوقی آنها

حمیده ره انجام<sup>۱</sup> - شقایق جعفری<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۶/۲۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۷/۱

### چکیده:

طبق اصول حقوقی، در صورت اجتماع حق مالکیت با یک یا چند حق عینی در عین واحد و در زمان واحد و یا در صورت اجتماع حق مالکیت با حق خیار در عین واحد و در زمان واحد، دامنه تصرفات مالکانه محدود می شود و مالک حق انجام تصرفات مادی و حقوقی منافی با حقوق موجود در مال را ندارد، در چنین مواردی با مالکیت متزلزل مواجه می شویم.

هدف این مقاله شناسایی مصادیق تصرفات مالک در دوران تزلزل مالکیت و بررسی وضعیت حقوقی آنها می باشد. این مقاله با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی نگارش شده است. سوال اصلی تحقیق آن که تصرفات مالک در دوران تزلزل مالکیت صحیح است یا باطل و فرضیه مقاله آن که تصرفات حقوقی منافی حقوق عینی و حق خیار موجود در مال، غیرنافذ بوده و تصرفات مادی منافی این حقوق، ممنوع می باشند. **واژگان کلیدی:** مالکیت متزلزل، حق عینی، حق خیار، تصرفات مادی، تصرفات حقوقی

---

<sup>۱</sup> - استادیار و عضو هیئت علمی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد تاکستان، دانشگاه آزاد اسلامی، قزوین، ایران: نویسنده مسئول

hamide\_rahamjam@yahoo.com

<sup>۲</sup> - فارغ التحصیل کارشناسی حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد تاکستان، دانشگاه آزاد اسلامی، قزوین، ایران  
shaghayegh\_jafari\_73@yahoo.com

## مقدمه

مالکیت متزلزل حق مالکیتی است که در زمان به وجود آمدنش، برای آن جهت تزلزلی وجود داشته باشد، هر جا اجتماع حقوق عینی متعدد، در یک مال دیده شود، دامنه تصرفات مالک محدود می‌شود. در صورت اجتماع حق مالکیت با یک یا چند حق عینی در عین واحد و در زمان واحد؛ و یا در صورت اجتماع حق مالکیت با حق خیار، در عین واحد و در زمان واحد، «مالکیت متزلزل» به وجود می‌آید. (ره انجام، ۱۳۹:۱۹)

از ویژگی‌های مالکیت متزلزل این است که مالک در این دوران حق انجام تصرفات مادی و حقوقی منافی با سایر حقوق موجود در مال را ندارد، یعنی تا اندازه‌ای از خصیصه اطلاق حق مالکیت او کاسته می‌شود. تصرفات حقوقی منافی با حقوق صاحب حق عینی یا ذوالخیار، غیرنافذ هستند. تصرفات مادی منافی، ممنوع و ضمان آورند. (عابدیان، جزوه حقوق مدنی ۲) در موارد ذیل، مالکیت مالک، حالت مستقر ندارد، بلکه وضعیت آن متزلزل است:

- (۱) در عقد بیع با شرط تعلیقی، مالکیت بایع بر مبیع تا قبل از حصول معلق علیه، متزلزل است.
- (۲) در معاملات با حق استرداد، مالکیت انتقال دهنده نسبت به عین، متزلزل است.
- (۳) در بیع شرط، مالکیت مشتری بر مبیع، در زمان خیار بایع، متزلزل است.
- (۴) با انعقاد عقد رهن، مالکیت راهن بر عین مرهونه از وضعیت مستقر به وضعیت متزلزل تبدیل می‌شود.

البته مالکیت متزلزل در مالکیت ورثه نسبت به ماترک متوفی تا پرداخت دیون و بدهی‌های متوفی و در مرحله دادن اموال غایب به تصرف موقت ورثه و همچنین در جایی که به جنین حقی تعلق می‌گیرد مصداق می‌آید (صفایی، ۱۳۹۰:۴۵)، اما مجال بحث تنها در چهار عنوان ذکر شده وجود دارد به منظور روشن شدن ویژگی فوق، ابتدا تصرفات حقوقی ناقله و سپس تصرفات حقوقی غیرناقله و در نهایت تصرفات مادی مالک را مطالعه می‌کنیم.

### (۱) تصرفات حقوقی

در بررسی تصرفات حقوقی در دوران تزلزل مالکیت، ابتدا به تصرفات حقوقی ناقل عین و منفعت و سپس به تصرفات حقوقی غیر ناقله اعم از تصرفات موجد حق و غیر موجد حق می‌پردازیم.

#### (۱-۱) تصرفات حقوقی ناقله

در این بند، مطالعه می‌کنیم که آیا تصرفات حقوقی ناقله از تصرفاتی هستند که به زیان

ذوالخيار و صاحب حق عینی تلقی می‌شوند یا خیر. شایان ذکر است که این نوع تصرف، فرد شایع تصرف است و شامل تصرفاتی است که گاه موجب از بین رفتن مالکیت و قطع استیلاي من له الحق از عین می‌شود مثل بیع، هبه و صلح. اما گاهی این تصرفات، ناقل منفعت عین هستند مانند اجاره (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۹۷). بنابراین در بند حاضر، ابتدا تصرفات حقوقی ناقل عین و سپس تصرفات حقوقی ناقل منفعت را بررسی می‌کنیم.

#### ۱-۱-۱) تصرفات حقوقی ناقل عین

تصرفات حقوقی چون «بیع»، «صلح»، «هبه» از جمله تصرفاتی هستند که موجب انتقال مالکیت عین می‌شوند. در مورد تصرفات رهن در عین مرهونه، با ماده ۷۹۳ و ۷۹۴ ق.م.مواجه هستیم. ماده ۷۹۳ ق.م.ملاک جواز تصرفات رهن را عدم منافات تصرفات مزبور با حق مرتهن، اعلام داشته است، اما ماده ۷۹۴ ق.م.ملاک نافع بودن و منافات نداشتن با حقوق مرتهن را مطرح کرده است.

برای جمع میان دو ماده می‌توان گفت که ماده ۷۹۴ مربوط به تصرفات مادی است، یعنی برای جواز تصرفات مادی، وجود دو خصیصه (نافع بودن و مضر نبودن) لازم است. اما در جواز تصرفات حقوقی، صرف منافای نبودن با حقوق مرتهن، کافی است و یا می‌توان گفت که ماده ۷۹۳ ق.م.مفهوم مخالف ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۷۹)، ولی راه حل مناسبتر آن است که بگوییم این مسامحه قانونگذار است که مبحثی با دو مبنا را در دو ماده آورده، اما چون دو مبنای متعارض، ذکر شده باید یکی را انتخاب و دیگری را بر آن حمل کنیم. مفهوم ماده ۷۹۴ ق.م.م.مقابل با منطوق ماده ۷۹۳ را ندارد. در فقه هم هر کدام از فقها یک مبنا را برگزیده است. منطق حقوق هم غیر آن را اقتضا نمی‌کند؛ رهن، مالک است و محدود کردن او مبنا می‌خواهد و تا حدی باید او را محدود کرد که منافات با حق من له الحق نداشته باشد. به این جهت، حقوقدانان و آراء قضایی عمدتاً از ماده ۷۹۳ صحبت می‌کنند، گویی که ماده ۷۹۴ اصلاً وجود ندارد و با این تفسیر بود و نبود آن یکسان است. (عابدیان، جزوه حقوق مدنی ۲)

بنابراین نظری که به موجب آن رهن می‌تواند هر تصرفی را که مایل است در ملک خود بکند و تنها مانع او ضرر مرتهن است با ساختمان حقوقی رهن و احکام آن سازگارتر به نظر می‌رسد و برای رعایت حق مرتهن، رهن باید از تصرفات مضر به حال مرتهن، منع شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۷۹) در ضمن، مال مرهونه با قید حفظ حق مرتهن منتقل می‌شود و تصریح مالک، صرفاً موجب آگاه ساختن خریدار و جلوگیری از فسخ آینده بیع می‌شود. (پیشین: ۵۸۳)

در مورد فروش مال مرهونه، دادگاه‌ها نظر داده‌اند که بیع واقع شده، بین دو طرف صحیح است و آنها نمی‌توانند به عدم نفوذ استناد کنند و فقط مرتهن می‌تواند تقاضای ابطال آن بیع را بنماید. هیچ دادگاهی از «بطلان نسبی» سخنی به میان نیاورده اما فحواً صحبت آنها همین است. (عابدیان، جزوه حقوق مدنی ۲)

ایرادی که به این نظر وارد می‌شود این است که بطلان نسبی در فقه، سابقه ندارد و به علاوه ما با نص قانون مدنی مبنی بر عدم نفوذ به طور مطلق، مواجه هستیم و همچنین در فقه امامیه، افرادی که بیع را مصداق تصرف منافی حق مرتهن می‌دانند، صحبتی از عدم قابلیت استناد نمی‌کنند. اگر بیع مصداق تصرف منافی است، غیر نافذ بوده و صحت آن موقوف به اجازه می‌باشد (پیشین)، لذا این نظر مردود است.

در خصوص تصرفات راهن درعین مرهونه، رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ به تاریخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ را مورد مطالعه قرار می‌دهیم: «مطابق مواد قانون مدنی گرچه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت راهن نمی‌شود، لکن برای مرتهن نسبت به مال مرهونه، حق عینی و حق تقدم ایجاد می‌نماید که می‌تواند از محل فروش مال مرهونه طلب خود را استیفاء کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن باشد، نافذ نخواهد بود، اعم از اینکه معامله راهن بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه، بنا به مراتب مذکور در جایی که بعد از تحقق رهن، مرتهن مال مرهونه را به تصرف راهن داده، اقدام راهن در زمینه حق مرتهن منافات داشته و نافذ نیست، در نتیجه رأی شعبه چهاردهم دیوان عالی کشور که با این نظر موافقت دارد به اکثریت آراء صحیح و قانونی تشخیص می‌شود. این رأی وفق ماده واحده قانون مربوط به وحدت رویه قضایی مصوب تیر ماه ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است». (بازگیر، ۱۳۸۴: ۱۰۴ و ۱۰۵)

بحث این است که مال مرهونه، مغازه‌ای بدون مستأجر بوده و مالک، سرقفلی مغازه را به دیگری فروخته (قانون ۱۳۵۶ حاکم بوده)، - یعنی ملک را اجاره داده و در قانون ۵۶، مفهوم سرقفلی و منافع، دو مفهوم لاینفک‌اند-. در این پرونده رهن مغازه و فروش سرقفلی رخ داده است. دو دادگاه نظر منافی داده‌اند، مسئله در هیأت عمومی دیوان عالی کشور، مطرح می‌شود و تصرف مزبور، تصرف منافی شناخته می‌شود. اما باید توجه داشت که این فروش، یعنی اجاره محل با اخذ سرقفلی و وجود مستأجر ۵۶، به شدت رغبت خریداران را کم می‌کند. رأی

وحدت رویه درست است، ولی قیاس آن به بحث ما صحیح نیست و باید گفت رأی، منصرف از این مورد است. (عابدیان، جزوه حقوق مدنی ۲)

بنابراین براساس ماده ۷۹۳ ق.م که می‌گوید: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن او»، اولاً تصرفات راهن در عین مرهونه در صورتی که منافی حق مرتهن نباشد جایز است و نافع بودن تصرفات مزبور، شرط نمی‌باشد. ثانیاً در صورتی که راهن در عین مرهونه تصرفی حقوقی کند که منافی حق مرتهن باشد، آن تصرف از اساس باطل بوده و منوط به اجازه مرتهن و در اصطلاح حقوقی، غیرنافذ است.

بنابراین بیع اصلاً منافی حق مرتهن نیست، حق او به عین تعلق دارد، حق مرتهن حق عینی است و فرقی نمی‌کند که مالک این عین چه کسی باشد. پس در صورت انتقال مال هم، حق سر جای خودش باقی است و مرتهن در صورت عدم دریافت طلب به عین مراجعه می‌کند.

برای تعدیل این نظر بهتر است بین اموال منقول و غیرمنقول قائل به تفکیک شویم و بگوییم در اموال غیرمنقول، امکان جابجایی مال نیست، اما در اموال منقول امکان جابجا شدن به صورت بالقوه وجود دارد و ممکن است مال منقولی که عقد رهن بر آن واقع شده در اثر جابجایی تا کشوری خارجی برود و این امکان بالقوه جابجایی، منافی حق مرتهن است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۸۲ و ۵۸۳ و عابدیان، جزوه حقوق مدنی ۲)

پس انتقال رهن غیر منقول، توسط راهن، بدون اذن مرتهن، صحیح و نافذ است ولی انتقال رهن منقول، بدون اذن مرتهن، از مصادیق تصرفات منافی حقوق مرتهن محسوب شده و غیر نافذ می‌باشد. این حکم در انتقال مال مورد معامله با حق استرداد توسط انتقال دهنده نیز جریان دارد.

در مورد انتقال عین توسط بایع در عقد معلق تا پیش از حصول معلق علیه نیز باید بررسی نمود که آیا تصرف حقوقی مزبور، با حق عینی موجود در مال، منافات دارد یا خیر.

شاید بتوان گفت در این مصداق هم، حق عینی همراه با مال است و جابجایی مالک، مشکلی ایجاد نمی‌کند و منافاتی با حقوق صاحب حق عینی ندارد، بنابراین در این مورد هم تصرفات حقوقی ناقل عین، توسط بایع در عقد بیع معلق را نافذ و صحیح بدانیم و فقط بین اموال منقول و غیرمنقول تفکیک قائل شده و انتقال اموال منقول را به علت جابجایی، منافی حقوق صاحبان حق عینی بدانیم. اما می‌توان به این راه حل خدشه وارد کرد و گفت قیاس تصرفات راهن در عین مرهونه با تصرفات بایع در عقد بیع معلق، صحیح نمی‌باشد، چون در عقد رهن، حق عینی

مرتهن، حق عینی تبعی بوده و به تبع دین راهن به وجود آمده است و غرض مرتهن از انعقاد این عقد آن است که در صورت عدم پرداخت دین توسط راهن، مرتهن بتواند از محل رهن، طلب خود را برداشت کند؛ اما در عقد بیع معلق، هدف مشتری، به دست آوردن مالکیت خود عین است و مال مزبور برای مشتری موضوعیت دارد و جنبه رهنی و وثیقه‌ای ندارد. در واقع در عقد رهن، راهن می‌تواند با پرداخت دین، ذمه خود را بری نموده و حق عینی مرتهن بر عین مرهونه را از بین ببرد، اما بیع معلق، عقدی تملیکی بوده و عین در صورت وقوع معلق علیه، به مالکیت مشتری در خواهد آمد. لذا به نظر می‌رسد انتقال عین در عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه، توسط بایع که مالکیتش متزلزل است، از مصادیق تصرفات منافی حق عینی مشتری محسوب شده و تفکیک میان اموال منقول و غیرمنقول در این مورد، وجهی ندارد.

بنابراین انجام تصرفات حقوقی ناقل عین توسط بایع، غیر نافذ است و اگر مشتری عقد را اجازه کند، نافذ و صحیح می‌شود. البته رد کردن عقد از جانب صاحب حق عینی، موجب بطلان آن نمی‌شود، چرا که منظور از وضعیت عدم نفوذ در عقودی که توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت صورت می‌گیرد، «موقوف بودن» است. پس اگر حق عینی موجود در مال به طریقی از بین برود، مثلاً معلق علیه حاصل نشود، تصرف حقوقی انجام شده توسط بایع، نافذ و اثرگذار می‌شود.

اما در مورد انجام تصرفات ناقل عین توسط مشتری در بیع شرط، در ایام خیار، با ماده ۴۶۰ ق.م.مواجه هستیم. طبق این ماده: «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار بایع باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید».

بر اساس متون فقهی، منظور از تصرفاتی که منافی خیار بایع هستند، تصرفاتی است که استرداد عین در صورت اعمال فسخ توسط ذوالخیار را غیرممکن می‌سازند. (فخارطوسی، ۱۳۸۵: ۱۲۵)

در مورد ماده ۴۶۰ ق.م. گفته شده: «واگذاری عین ملک از طرف مشتری بدون قید خیاری که به نفع بایع در عقد قرار داده شده، صحیح نیست و مانند معامله فضولی محسوب می‌گردد، زیرا حق مشتری نسبت به مبیع بطور مطلق نمی‌باشد، بلکه مقید به خیار و تا انقضاء مدت متزلزل است و واگذاری آن به طور مطلق، تجاوز به حق بایع خواهد بود. ولی مشتری می‌تواند حق خود را که مالکیت متزلزل بر مبیع است به هر طریق که بخواهد به دیگری انتقال دهد و آن با حق فسخ بایع خیاری است. منظور ماده از نقل و انتقال، واگذاری بدون قید خیار و به طور مطلق می‌باشد». (امامی، ۱۳۹۵: ۶۳۹)

راه حل فوق صحیح می‌باشد و ایرادی به آن وارد نمی‌شود. ممکن است گفته شود همانطور که در فروش مال مرهونه نیازی به قید حفظ حق مرتهن نبود، در این بحث هم از قید حفظ حق خیار بایع بی‌نیازیم. اما این اشکال وارد نیست، چون در عقد رهن با حق عینی مرتهن نسبت به عین مرهونه مواجه بودیم و گفتیم حق عینی همراه با مال است، اما در مورد حق خیار، با حق عینی مواجه نیستیم؛ حق خیار از حقوق مالی غیرعینی است و اگر مشتری بخواهد عین مبیع را به دیگری انتقال دهد باید با حفظ حق خیار بایع این عمل حقوقی را انجام دهد و آلاً تصرف وی، غیر نافذ بوده و طبق بحث‌های پیش، موقوف می‌باشد.

#### ۱-۱-۲) تصرفات حقوقی ناقل منفعت

در خصوص تصرفات حقوقی ناقل منفعت، ابتدا در مورد انعقاد عقد اجاره توسط راهن بر عین مرهونه، تحقیق می‌کنیم. به عقیده برخی حقوقدانان، اجاره رهن به مدت دین یا کمتر از آن درست است و منافات با حقوق مرتهن ندارد، ولی اجاره به خود مرتهن ولو به مدت بیش از دین اشکال ندارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۱۰۰) اما به نظر می‌رسد اجاره به غیر از مرتهن بیش از مدت دین غیرنافذ است. اما عده‌ای می‌گویند راهن می‌تواند از عین مرهونه به طور متعارف استیفاء کند، زیرا منافع داخل در رهن نمی‌باشد و مالک می‌تواند هرگونه تصرفی در آن بنماید، مثلاً خانه را برای چند ماه به اجاره واگذار کند یا خود در آن سکونت کند، ولی نمی‌تواند آن را به اجاره طولانی که از ارزش عین می‌کاهد واگذار کند. (امامی، ۱۳۸۴: ۴۵۸)

طبق نظر اول، اجاره عین مرهونه به مدت بیش از مدت دین، منع شده است اما در نظر دوم به مدت دین اشاره‌ای نشده و اجاره طولانی مدتی که از ارزش عین می‌کاهد، ممنوع شده است. در قانون مدنی ایران، تصریحی در این مورد به چشم نمی‌خورد، اما از قاعده ماده ۷۹۳ ق.م. مبنی بر عدم جواز تصرفات منافی حقوق مرتهن می‌توان استنباط کرد که اجاره عین مرهونه به کمتر از سر رسید دین یا به مدت حلول دین، اشکال ندارد، مگر اینکه در اثر این تصرف نقص یا عیبی در عین عارض شود که موجب نقصان قیمت عین شود، اما تصرفات مازاد بر حلول دین، منافی با حق مرتهن است. البته با وضعی که قانون موجر و مستأجر ۵۶ به ویژه در محل کسب به وجود آورده بود، در مواردی که اجاره مطابق قانون مذکور است، چون موجب کاهش رغبت خریداران می‌شود، منافی و به زیان حقوق مرتهن است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۸۴)

عده‌ای از حقوقدانان بر این عقیده هستند که انتقال منافع عین مرهونه، هیچ منافاتی با حقوق مرتهن ندارد و مطلقاً صحیح است و نیاز به اذن مرتهن ندارد، اعم از اینکه انتقال منافع برای

مدت رهن یا مدت بیشتری از آن باشد. زیرا مرتهن در عین مرهونه حق عینی تبعی دارد و به تبع آن دارای حق تبعیت و تقدم است و در هر حال می‌تواند حتی بدون قید حفظ حقوق او در عین مرهونه، طلبش را از محل وثیقه استیفا کند. فقط به علت عدم آگاهی مستأجر به وجود چنین حقی می‌تواند برای او حق فسخ ایجاد کند تا مستأجر نیز بتواند از ورود ضرر به خویش جلوگیری کند. (صادقی گلدار، ۱۳۶۵: ۷۴)

نظر اخیر موجه به نظر می‌رسد، زیرا نظیر این استدلال را در بحث از انتقال عین، مطرح کرده و پذیرفتیم و قبول آن در مورد انتقال منافع، به طریق اولی، صحیح و قابل توجیه می‌باشد. بنابراین اجاره عین مرهونه توسط رهن، مطلقاً صحیح می‌باشد و مدت اجاره، تأثیری در نفوذ یا عدم نفوذ آن ندارد و تنها موردی که در آن، نفوذ و صحت عقد اجاره موقوف به اجازه مرتهن است، عقد اجاره‌ای است که بر طبق قانون روابط موجر و مستأجر ۵۶ منعقد شده باشد. در مورد انتقال منافع توسط انتقال دهنده در معاملات با حق استرداد، باید گفت که منافع عین در این معاملات به انتقال گیرنده تعلق دارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۵۶)، بنابراین منافع ملک، متعلق به انتقال دهنده نیست تا بتواند آن را به دیگری منتقل کند. اما در مورد انتقال منافع مبیع توسط بایع در عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه باید گفت که بایع در عقد بیع معلق، موظف است مبیع را در وضعیت زمان انعقاد عقد حفظ کند. (شهیدی، ۱۳۸۶: ۷۶) بنابراین اگر منافع عین توسط بایع به دیگری منتقل شود، در صورت تحقق معلق علیه مشتری مبیع را به صورت مسلوب المنفعه دریافت می‌نماید، لذا به نظر می‌رسد اجاره دادن مبیع در عقد بیع معلق به مدت حصول معلق علیه یا کمتر از آن صحیح و نافذ باشد و واگذاری منافع به مدتی بیش از مدت زمان حصول معلق علیه غیر نافذ می‌باشد.

شایان ذکر است که استدلال به اینکه عقد اجاره، به هر مدتی صحیح و نافذ است و قیاس محل با محل رهن، صحیح نمی‌باشد، چون گفتیم که در رهن، هدف مرتهن، دستیابی به طلبش است و چه بسا خود عین برای او موضوعیتی نداشته و مسلوب المنفعت بودن یا نبودن آن فرقی برای مرتهن نداشته باشد، اما در عقد بیع معلق، هدف مشتری دستیابی به خود مبیع است و او عقدی تملیکی منعقد نموده است و در واقع بدست آوردن مالکیت عین و منفعت برای او موضوعیت دارد.

در خصوص واگذاری منافع مبیع توسط مشتری در بیع شرط گفته شده است:

«مشتری نمی‌تواند خانه‌ای را که برای بایع سر شش ماه حق خیار برقرار شده است، به مدت



یکسال به اجاره واگذار نماید و یا حق انتفاع از آن را به طور رقبی برای یکسال یا بیشتر به دیگری بدهد. این است که ماده ۵۰۰ ق.م. می‌گوید: «در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که با بیع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار با بیع باشد به وسیله جعل خیار یا نحو آن حق با بیع را محفوظ دارد و الاً اجاره تا حدی که منافی با حق با بیع باشد، باطل خواهد بود.» زیرا اجاره نسبت به مدت زائد فضولی و صحت آن با فسخ بیع منوط به اجازه با بیع است و هرگاه رد کند باطل می‌شود».

ماده ۴۵۴ ق.م. ناظر به موردی است که عقد بیع، مطلق باشد و به وسیله یکی از اختیارات (غیر از خیار شرط) مانند خیار غبن، عیب، تدلیس و امثال آنها فسخ شود و از مورد خیار شرط منصرف شده است.

### ۱-۲) تصرفات حقوقی غیر ناقله

تصرفات حقوقی غیر ناقله، تصرفاتی هستند که موجب انتقال عین و یا منفعت از طرف مالک به دیگران نمی‌شود. تصرفات حقوقی غیر ناقله به دو دسته تقسیم می‌شوند گروهی از این تصرفات همچون عقد رهن، برقراری حق انتفاع و حق ارتفاق برای دیگری از تصرفات موجد حق می‌باشند و گروهی همچون وکالت و ودیعه موجد حق نمی‌باشند.

با توجه به تفکیک فوق، در این قسمت، ابتدا تصرفات حقوقی موجد حق و سپس تصرفات حقوقی غیر موجد حق که توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت انجام می‌شوند را بررسی می‌نماییم.

### ۱-۲-۱) تصرفات حقوقی موجد حق

تصرفات حقوقی موجد حق، ناقل عین یا منفعت نیستند، اما حقی را به نفع شخصی نسبت به مال به وجود می‌آورند. از جمله این تصرفات می‌توان به برقراری حق انتفاع، برقراری حق ارتفاق و انعقاد عقد رهن اشاره نمود. ابتدا به بحث حق انتفاع می‌پردازیم.

به موجب ماده ۴۱ ق.م: «عمری حق انتفاعی است که به موجب عقدی از طرف مالک برای شخص به مدت عمر خود یا منتفع یا شخص ثالثی برقرار شده است». عمری از عقود لازم است و تا انقضاء مدت نمی‌توان آن را فسخ نمود. (امامی، ۱۳۸۴: ۶۱)

با عنایت به اینکه در صورت عدم پرداخت دین، مرتهن می‌تواند با رعایت تشریفات قانونی عین مرهونه را بفروشد، حق انتفاع به صورت عمری معمولاً بیش از موعده رهن است و در دید

عرف از ارزش عین مرهونه می‌کاهد و به نظر می‌رسد از جمله تصرفاتی است که منافی با حق مرتهن می‌باشد؛ این استدلال در مورد معاملات با حق استرداد نیز استفاده می‌شود.

برقراری حق انتفاع به صورت عمری توسط بایع در عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه نیز از مصادیق تصرفات منافی حق مشتری می‌باشد؛ چرا که با وقوع معلق علیه، مالکیت مبیع باید به صورتی که در زمان انعقاد عقد موجود بوده به مشتری انتقال یابد، در حالی که در بحث ما در حین انعقاد عقد بیع معلق، حق عمری نسبت به ملک وجود نداشته است. همچنین برقراری حق انتفاع به مدت بیش از مدت خیار، از مصادیق تصرفات منافی حقوق بایع در بیع شرط است. به نظر می‌رسد اگر حق انتفاع به صورت عمری برقرار شود، مدت برقراری حق انتفاع بیش از مدت خیار باشد، لذا تصرف مزبور از تصرفات منافی خیار بایع، محسوب می‌شود. طبق ماده ۴۲ ق.م: «رقبی حق انتفاعی است که از طرف مالک برای مدت معینی برقرار می‌گردد» انعقاد رقبی به نحوی که کمتر از مدت عقد رهن باشد، صحیح است چون موجب نقصان قیمت در دید عرف نمی‌شود و خلاف حقوق مرتهن نمی‌باشد. این حکم در مورد معاملات با حق استرداد، بیع معلق و بیع شرط نیز جاری است. اما به موجب ماده ۹۳ ق.م: «ارتفاق، حقی است برای شخص در ملک دیگری» حق ارتفاق، حقی است که به موجب آن صاحب ملکی به اعتبار مالکیت خود می‌تواند از ملک دیگری استفاده کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۲۳۳) به نظر می‌رسد برقراری حق ارتفاق از مصادیق تصرفات منافی حقوق مرتهن، انتقال گیرنده، مشتری در عقد بیع معلق و بایع در بیع شرط نباشد.

عمل حقوقی دیگری که موجد حق می‌باشد، انعقاد عقد رهن است. با انعقاد عقد رهن توسط راهن، مرتهن نسبت به عین مرهونه، «حق عینی تبعی» خواهد یافت. بررسی نفوذ یا عدم نفوذ انعقاد عقد رهن روی مالی که موضوع مالکیت متزلزل می‌باشد نیز لازم به نظر می‌رسد. این موضوع در مباحث مربوط به عقد رهن، تحت عنوان «رهن مکرر عین» مطرح شده است.

در حقوق ایران، ماده ۳۴ مکرر ق.ث. مصوب ۱۳۲۰/۵/۲۶ رهن مکرر را نسبت به اموال غیر منقول ثبت شده، صراحتاً پذیرفته بود. مطابق ماده مذکور: «در معاملات رهنی یا با حق استرداد نسبت به اموال غیر منقول که به ثبت رسیده و یا مدت اعتراض آن گذشته باشد، معامله کننده می‌تواند با قید حق بستانکار مقدم، مورد معامله را برای وام‌های دیگر وثیقه و تأمین قرار دهد، در صورت عدم فک معامله مقدم و فروش مال، بستانکار مقدم برای استیفای طلب و اجور و خسارات قانونی بر بستانکارهای بعدی مقدم خواهد بود، تمام بستانکارهای

مزبور در این ماده نسبت به مورد معامله بر بستانکاران دیگر، حق رجحان خاص خواهند داشت.»

اما در اصلاحات سال ۱۳۵۱ ماده ۳۴ مکرر تغییر کرده است و صراحت لازم را ندارد. لیکن نباید پنداشت که قانونگذار تأسیس رهن مکرر را حذف نموده است، زیرا اولاً رهن مکرر امری استثنایی و خلاف اصول کلی حقوق نبود که با نسخ آن ماده، جواز رهن مکرر هم از بین برود، از طرفی نسخ ماده ۳۴ مکرر ق.ث تنها تأکید بر رهن مکرر را که امری زائد بوده از بین برده، نه اینکه اصل حکم را مطرود اعلام کند، ثانیاً با توجه به مواد آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا مصوب ۱۳۵۵ که صراحتاً رهن مکرر را پذیرفته و مواد ۱۳۱ و ۱۳۲ همین قانون که در آن بازداشت مازاد عین مرهونه به نفع غیر، پیش بینی شده و نیز شیوه اجرای اسناد رسمی که درباره چنین نهادی معین گردیده به نظر میرسد که قانونگذار از امکان رهن مکرر عدول نکرده و با وجود این مواد، تردیدی در امکان رهن مکرر مازاد وثیقه وجود ندارد و این امر نیازمند اذن مرتهن نیست. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۱۹ و ۵۲۰) حتی برخی از اساتید، رهن مکرر را در مورد اموال منقول و ثبت نشده پذیرفته اند، زیرا دلیلی بر منع آن در صورت حفظ حقوق مرتهن اول وجود ندارد. (امامی، ۱۳۹۴: ۳۴۱) شعبه چهار دیوان عالی کشور در رأی شماره ۱۱۸۰ مورخ ۱۳۱۸/۵/۳۰ اینگونه اظهار نظر نموده است: «استدلال دادگاه پژوهشی راجع به بطلان رهن خانه‌ای که از طرف مالک نزد مشتری به رهن گذاشته شده (به این که خانه مذکور در تاریخ معامله با مدعی نزد اداره ثبت اسناد وثیقه بوده و در آن تاریخ، راهن مالک خانه نبوده تا بتواند آن را نزد مدعی رهن بگذارد) صحیح نخواهد بود و همچنین استناد دادگاه بدوی در این خصوص به ماده ۷۳۳ ق.م.بی وجه است زیرا مقصود از ماده مزبور مالی است که اساساً قابل نقل و انتقال نباشد و رهن گذاردن مال آن را از قابلیت نقل و انتقال خارج نمی‌کند». (متین دفتری، ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰: ۸۵)

این حکم در معاملات با حق استرداد هم جریان دارد. بند ۴۰ بخشنامه‌های اصلاحی سال ۱۳۶۵ اعلام می‌دارد: «در مورد اسناد شرطی و رهنی و به طور کلی کلیه معاملات با حق استرداد و قراردادهای حسن انجام خدمت، بدهکار می‌تواند به موجب سند جدید مورد معامله، سند اولی را با حفظ جمع حقوق بستانکار مقدم جهت أخذ وام جدید نزد همان بستانکار یا شخص دیگری به وثیقه گذارد». (جعفری، ۱۳۸۴: ۱۱۶)

در بیع معلق مشتری قصد دارد در صورت حصول معلق علیه، مبیع را با وضعیت زمان عقد

دریافت کند و ایجاد یک حق عینی تبعی نسبت به مبیع، منافای حق مشتری است. در بیع شرط نیز هدف بایع، استرداد مبیع به همان شکلی است که در هنگام عقد داشته و برقراری حق عینی نسبت به مبیع با این هدف در تعارض است. البته در صورتی که تا قبل از حصول معلق علیه و یا اعمال خیار توسط بایع در بیع شرط، حق عینی مرتهن از بین رفته و به طریقی فک رهن صورت گیرد، این امر منافاتی با حقوق مشتری در بیع معلق و بایع در بیع شرط ندارد.

#### ۱-۲-۲) تصرفات حقوقی غیرناقله غیر موجد حق

برای بررسی نفوذ و یا عدم نفوذ تصرفات حقوقی غیر موجد حق، «ودیعه»، «عاریه» و «وکالت نامه‌هایی که متضمن نقل و انتقال نیستند» را مطرح می‌کنیم.

به موجب ماده ۶۰۷ ق.م. «ودیعه عقدی است که به موجب آن یک نفر مال خود را به دیگری می‌سپارد برای آنکه آن را مجاناً نگاه دارد. ودیعه گذار را مودع و ودیعه گیر را مستودع یا امین می‌گویند».

به نظر می‌رسد انعقاد عقد ودیعه توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت هیچ تعارضی با حق طرف مقابل که صاحب حق عینی یا ذوالخیار است، ندارد. سپردن مال به دیگری برای نگهداری مجانی، معارض حق عینی مرتهن، حق انتقال گیرنده در معاملات با حق استرداد، حق عینی مشتری در بیع معلق و حق بایع ذوالخیار در بیع شرطی نمی‌باشد. به خصوص برخلاف ظاهر ماده ۶۰۷ ق.م. عقد ودیعه با تراضی واقع می‌شود و قبض در آن شرط صحت نمی‌باشد؛ چون جوهر ودیعه نیابت گرفتن برای نگاهداری است. (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۱۹) چنانچه قبض شرط صحت ودیعه بود، ممکن بود به قبض دادن مال موضوع مالکیت متزلزل توسط مالک (مودع) به مستودع، مخالف حق عینی یا حق خیار طرف مقابل باشد و دسترسی به مال را برای آنان دشوار گرداند؛ اما از آنجا که قبض، شرط صحت ودیعه نیست، این مشکل به وجود نمی‌آید. به علاوه سپردن مال به امین، نه تنها منافای حقوق سایرین نیست، بلکه از تصرفات نافع، محسوب می‌شود و در آن شکی وجود ندارد.

بر اساس ماده ۶۳۵ ق.م. «عاریه عقدی است که به موجب آن احد طرفین به طرف دیگر اجازه می‌دهد که از عین مال او مجاناً منتفع شود. عاریه دهنده را معیر و عاریه گیرنده را مستعیر گویند».

لازم به ذکر است که در عاریه بر خلاف حق انتفاع، به سود مستعیر، حق ایجاد نمی‌شود

و انتفاع بر مبنای اباحه و اذن است.

در مورد نفوذ و یا عدم نفوذ انعقاد عقد عاریه توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، به سادگی ودیعه نمی‌توان اظهارنظر کرد، چرا که در عقد ودیعه، هدف، سپردن برای نگاهداری است اما در عاریه، معیر به مستعیر اجازه می‌دهد که از عین مال، مجاناً منتفع گردد. معهداً به نظر می‌رسد عقد عاریه‌ای که توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت منعقد می‌شود نافذ و صحیح باشد، چون بر اساس ماده ۶۳۸ ق.م.، عاریه عقدی جایز است و هرگاه مالکیت متزلزل کاملاً منتفی شود و به دیگری انتقال یابد، معیر می‌تواند عقد را بر هم زند و مال را پس بگیرد، لذا انعقاد این عقد، منافاتی با حق خیار ذوالخیار و یا حق عینی موجود در مال ندارد. بر طبق ماده ۶۵۶ ق.م. «وکالت عقدی است که به موجب آن یکی از طرفین طرف دیگر را برای انجام امری نایب خود می‌نماید».

وکالت نامه‌هایی که متضمن نقل و انتقال نیستند بر اساس ماده ۶۵۶ ق.م. تنظیم می‌شوند و انعقاد آنها توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، منافی حقوق صاحبان حق عینی یا ذوالخیار نمی‌باشد، چرا که به موجب این عقد، وکیل اموری را بر عهده می‌گیرد که خود موکل یا مالک می‌تواند انجام دهد. به علاوه بر طبق ماده ۶۷۹ ق.م. «موکل می‌تواند هر وقت که بخواهد وکیل را عزل کند ...». لذا مالک در دوران تزلزل مالکیت می‌تواند وکالتی که متضمن نقل و انتقال عین نیست، منعقد نماید و هر وقت بخواهد وکیل را عزل کند. در ضمن در صورتی که مالک حق مالکیت متزلزل خود نسبت به عین را از دست بدهد، عقد وکالت، منفسخ می‌شود. (ماده ۶۸۳ ق.م.)

## ۲) تصرفات مادی مالک در دوران تزلزل مالکیت

در این قسمت، تصرفات مادی مالک در دوران تزلزل مالکیت را بررسی می‌نماییم. طبق مبنایی که پیشتر ارائه دادیم، مالک در دوران تزلزل مالکیت، حق انجام تصرفات مادی و حقوقی منافی با حق عینی یا حق خیار موجود در مال را ندارد، بنابراین تصرفات مادی منافی سایر حقوق موجود در مال، ممنوع و ضمان آورند.

مبحث حاضر را به دو بند، تقسیم می‌کنیم؛ در بند اول، تغییر وضعیت مال موضوع مالکیت متزلزل را بررسی نموده و بند دوم را به تصرفات استیفائی از مال اختصاص می‌دهیم.

## ۲-۱) تغییر وضعیت مال موضوع مالکیت متزلزل

منظور از تغییر وضعیت مال موضوع مالکیت متزلزل، انجام تصرفاتی است که عرفاً موجب تغییر وضعیت آن می‌شود (امامی، ۱۳۸۵: ۶۳۹). تصرفات مزبور ممکن است به صورت اصلاحی یا غیر اصلاحی، صورت گیرد؛ لذا ابتدا تصرفات اصلاحی و سپس تصرفات غیراصلاحی را بررسی می‌کنیم.

### ۲-۱-۱) تصرفات اصلاحی

در بین حقوقدانان در مورد تصرفات مادی راهن اختلاف نظر وجود دارد. گروهی به پیروی از نظر مشهور در فقه هر نوع تصرف مادی را ممنوع می‌شمارند، مگر تصرفاتی که ضمن اینکه منافی حق مرتهن نیستند، نافع حقوق او نیز باشند، زیرا معتقدند که ماده ۷۹۳ ق.م.مجله بوده و ماده ۷۹۴ از این ماده رفع اجمال می‌کند. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۸۴) برای اینکه راهن بتواند در مال مورد رهن تصرفی اصلاحی مانند تعمیر کردن خانه بنماید باید این تصرفات هم به نفع مرتهن باشد و هم منافی حقوق او نباشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۹۹)

باید گفت تصرفات اصلاحی، همان تصرفاتی هستند که موجب افزایش قیمت مال مرهونه می‌شوند و برای راهن و مرتهن، نافع بوده و اصولاً تعارضی با منافع آنها ندارند. صاحب جواهر، فقط این نوع تصرفات راهن در عین مرهونه را جایز می‌داند و باقی تصرفات را مخل حقوق و منافی منافع مرتهن می‌شناسد. این تصرفات برای اصلاح و بهبود مال مورد رهن است و جنبه ارفاقی دارد، مثل تعمیر بنا. (نجفی اصفهانی، ۱۳۹۴: ۱۹۵)

به عقیده برخی حقوقدانان، تصرف اصلاحی که برای رهن مفید و نافع باشد، با توجه به اوضاع و احوال به کیفیات مختلف متصور است. (حائری شهاباغ، ۱۳۸۲: ۶۹۶)

در مجموع باید گفت تصرفات اصلاحی، موجب افزایش قیمت عین می‌شوند و نه تنها با حق عینی یا حق خیار موجود در مال منافات ندارند، بلکه نافع نیز تلقی می‌شوند و حتی با پذیرفتن مبنای ماده ۷۹۴ ق.م. که برای صحت تصرفات راهن، دو شرط مضر نبودن و نافع بودن را در نظر می‌گیرد، انجام تصرفات اصلاحی توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، مجاز شمرده می‌شود.

بنابراین انجام تصرفات اصلاحی در عین توسط بایع در عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه، راهن در عین مرهونه، انتقال دهنده در معاملات با حق استرداد و مشتری در بیع شرط در ایام خیار، صحیح بوده و انجام آنها هیچ مسئولیتی را برای مالک در پی ندارد.

## ۲-۱-۲) تصرفات غیر اصلاحی

منظور از تصرفات غیر اصلاحی، آن دسته از تصرفات مادی است که اگر چه موجب تغییر وضعیت مال می‌شوند، اما جنبه اصلاحی نداشته و موجب افزایش قیمت عین نمی‌گردند. به عنوان مثال قطع اشجار باغ و تبدیل آن به زمین زراعتی از مصادیق تصرفات غیر اصلاحی محسوب می‌شوند.

با پذیرش مبنای منافی نبودن تصرفات مالک با سایر حقوق موجود در مال، باید گفت که در مواردی که تصرفات مذکور، موجب کاهش قیمت عین می‌شوند، مسلماً مضر بوده و ممنوع می‌باشند. اما در مواردی که تصرفات مادی صورت گرفته، جنبه اصلاحی نداشته باشد و موجب کاهش قیمت مال هم نشود، این تصرفات مجازند یا ممنوع؟

به نظر می‌رسد انجام تصرفات غیر اصلاحی، توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، بلامانع است، زیرا اگرچه این تصرفات نفعی برای عین ندارند، ضرری هم برای حق خیار یا حق عینی موجود در مال ندارند و بنا بر معیاری که ما پذیرفتیم، در صورت منافی نبودن تصرفات با حقوق موردنظر، تصرف صحیح تلقی می‌شود. اما این استدلال در برخی مصادیق، مخدوش به نظر می‌رسد؛ به عنوان مثال در بیع خیاری، مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفاتی بنماید که عرفاً موجب تغییر وضعیت مبیع شود، زیرا منظور بایع از قرار دادن حق خیار برای خود استدراک ملکیت مبیع است به نحوی که به مشتری واگذار نموده است و تصرفات مزبور، منافات با مقصود بایع دارد، به علاوه ملکیت مشتری نسبت به مبیع، متزلزل است و این گونه تصرفات از لوازم ملکیت مطلق می‌باشد، بنابراین اگر مبیع خیاری باغ باشد، مشتری نمی‌تواند اشجار آن را قطع کند و تبدیل به زمین زراعتی نماید. (امامی، ۱۳۹۵: ۶۳۹) به علاوه در عقد بیع، مقصود مشتری، خریداری عین با اوصاف مشخص است و لذا بایع مجاز به انجام تصرفات مادی در آن عین نمی‌باشد. به عنوان مثال اگر عقد بیع معلق بر زمین زراعتی منعقد شده است، بایع اجازه ندارد تا قبل از حصول معلق علیه، زمین را به باغ تبدیل کند، چون مقصود از انعقاد عقد بیع، بیع زمین زراعتی بوده است. پس تبدیل این زمین به باغ با مقصود مشتری منافی بوده و در نتیجه مضر به حقوق وی می‌باشد.

اما در معاملات با حق استرداد و عقد رهن که از معاملات وثیقه‌ای محسوب می‌شوند، هدف رسیدن به طلب در صورت عدم ایفاء دین از طرف مدیون است و مقصود، دستیابی به ملکیت مال با اوصاف مورد نظر نیست، بنابراین تصرفات رهن و انتقال دهنده در صورتی که جنبه اصلاحی

نداشته باشد، منافی حقوق مرتهن و انتقال گیرنده نیست و صحیح می‌باشد.

## ۲-۲) تصرفات استیفائی در مال موضوع مالکیت متزلزل

تصرفات استیفائی، تصرفاتی هستند که به منظور استیفاء منافع صورت می‌گیرد و هدف آن جلب منفعت است، مانند سکونت در خانه و زراعت در زمین. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۹۷)

تصرفات استیفائی، گاه منجر به اتلاف عین می‌شوند، مثل ذبح گوسفند و استفاده از گوشت آن و گاهی منجر به اتلاف مال نمی‌شوند، مانند سکونت در خانه. بنابراین ابتدا به تصرفاتی که منجر به اتلاف مال می‌شوند و سپس به تصرفاتی که منجر به اتلاف مال نمی‌شوند، می‌پردازیم.

### ۲-۲-۱) تصرفات استیفائی منجر به اتلاف

به نظر، انجام تصرفاتی که منجر به اتلاف مال می‌شوند، توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، غیر مجاز می‌باشد. بنابر معیار مورد نظر، تصرفات مالک در دوران تزلزل مالکیت در صورتی که منافی حقوق عینی یا حق خیار موجود در مال نباشد، جایز و صحیح می‌باشد؛ اما تصرفاتی که منجر به اتلاف عین می‌شوند، قطعاً با حقوق عینی و حق خیار، منافات دارند و غیر مجاز می‌باشند.

در مورد تصرفات مشتری که منافی با خیار بایع است، گفته شده که مشتری نمی‌تواند مبیع را تلف کند یا سبب تلف آن گردد، چنانکه گوسفند مورد معامله خیاری را بکشد، زیرا با اتلاف مورد معامله، بایع در صورت فسخ از بدست آوردن مبیع، محروم می‌گردد و به عبارت دیگر اتلاف مورد معامله، موجب تفویت محل حق می‌باشد و این امر، منافات با مفاد عقد خیاری دارد که هرگاه بایع بخواهد، بتواند عقد را فسخ کند. به نظر می‌رسد تخریب مبیع به نحوی که ارزش خود را از دست بدهد، در حکم اتلاف است. (امامی، ۱۳۹۵: ۶۳۸) البته اشکالی به این حکم وارد شده و گفته شده است که می‌دانیم اگر عین در دست شخص فاقد حق فسخ تلف گردد، پس از فسخ عقد، وی ملزم به پرداخت بدل عین می‌باشد. آیا نمی‌توان در محل بحث نیز چنین حکمی داد و تحویل بدل را جایگزین استرداد عین به شماره آورد؟

در پاسخ باید گفت، تلف با اتلاف تفاوت دارد، اگر چه در هر دو مورد خصوصیت عین زایل گردیده اما تلف مستند به شخص فاقد حق فسخ نیست، در حالی که اتلاف به او مستند بوده و مسئولیت را متوجه ایشان می‌سازد، لذا انجام اتلاف ممنوع است. (فخارطوسی، ۱۳۸۵: ۱۳۸)

بنابراین اتلاف مسلماً منافی حق خیار و یا حق عینی طرف مقابل محسوب می‌گردد و انجام



تصرفاتی که منجر به اتلاف می‌شوند، توسط راهن، انتقال دهنده، بایع در عقد بیع معلق و مشتری در بیع شرط ممنوع می‌باشد.

حال باید به بررسی وضعیت حقوقی عقود مورد نظر در صورت اتلاف عین پردازیم. در مورد عقد رهن به موجب ماده ۷۹۱ ق.م: « اگر عین مرهونه به واسطه عمل خود راهن یا شخص دیگری تلف شود باید تلف کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود».

اتلاف مبیع توسط بایع در بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه نیز، عین را از بین می‌برد و موجب انفساخ عقد می‌گردد و به علت از بین رفتن مبیع، عقد خود به خود منحل می‌شود. حکم ماده ۷۹۱ ق.م در مورد اتلاف عین مرهونه برای معاملات با حق استرداد، قابل استفاده است و می‌توان گفت در صورت اتلاف عین مورد معامله توسط انتقال دهنده، انتقال گیرنده، مستحق دریافت بدل می‌باشد.

در بیع شرط، بایع دارای حق خیار می‌باشد و هدف بایع از قرار دادن خیار برای خود، امکان استرداد مبیع است. اگر مبیع به واسطه عمل مشتری تلف گردد، بایع با بر هم زدن عقد به مبیع دست نمی‌یابد و به مقصود خود نائل نمی‌گردد. اتلاف مبیع توسط مشتری، موجب اتلاف حق بایع می‌شود. بنابراین دو راه حل پیش روی داریم:

۱- با قیاس این مورد با مورد رهن، مشتری را مکلف به پرداخت بدل بدانیم. به نظر می‌رسد این قیاس صحیح نمی‌باشد، چرا که هدف بایع از قرار دادن خیار، استرداد عین می‌باشد نه دستیابی به بدل. در عقد رهن، هدف مرتهن گرفتن وثیقه است و می‌توان بدل را جایگزین عین مرهونه نمود، اما در بیع شرط، هدف بایع استرداد خود مبیع است.

۲- می‌توان گفت در بیع شرط نوعی شرط فعل منفی ضمنی در عقد درج شده است که بر طبق این شرط، مشتری نباید در مبیع تصرفی که مانع از استرداد آن توسط بایع باشد، از جمله اتلاف، به عمل آورد.

طبق ماده ۲۳۷ ق.م: « ..... کسی که ملزم به انجام شرط شده است، باید آن را به جا بیاورد و در صورت تخلف، طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع بنماید».

در شرط ضمنی موجود در بیع شرط، اجبار معنایی ندارد و با اتلاف، مال دفعتاً از بین می‌رود. در این مورد می‌توان به مبحث «خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات» مراجعه نمود. در صورتی که در اثر عدم انجام تعهد یا تأخیر آن، خسارتی به متعهده متوجه شود، او می‌تواند آن را از متعهد بخواهد و طبق قاعده عقلی، هر کس به دیگری ضرری وارد آورد باید آن را جبران

نماید، لذا متعهد باید خسارت را به متعهدله بپردازد. (امامی، ۱۳۹۵: ۲۸۹)

طبق ماده ۲۲۱ ق.م: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد، عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.»

در بحث ما، شرط فعل منفی به صورت شرط ضمنی در عقد بیع شرط وجود دارد که مضمون آن چنین است که مشتری اگرچه مالک شده، نمی‌تواند مبیع را از بین ببرد، بنابراین در صورت اتلاف مبیع، چنانچه بایع بیع را فسخ نکند، ضمانی بر عهده مشتری نیست، اما اگر بایع ذوالخیار بخواهد از خیار خود استفاده کند، مشتری ملزم به پرداخت خسارات وارد شده به بایع می‌باشد و این مورد از مواردی است که تعهد عرفاً به منزله تصریح در عقد، تلقی می‌شود.

#### ۲-۲-۲) سایر تصرفات

به عقیده حقوقدانان، تصرفات استیفائی تا حدی که موجب اضرار به حقوق مرتهن نباشد، معتبر است. به عنوان مثال در مورد زراعت در زمین مورد رهن، گفته می‌شود، زراعتی که به زمین ضرر نزند و زمان دروی آن قبل از سررسید دین باشد با حق مرتهن منافات ندارد و گرنه تابع شرایط ذیل می‌باشد: هرگاه موعد دین فرا رسیده و دین پرداخت نشود و زمین با وجود زراعت قابل فروش و کافی برای اداء دین باشد، به همین ترتیب عمل می‌شود و اگر کافی برای اداء دین نباشد و یا مثلاً قابل فروش نباشد، مرتهن حق قلع زراعت را به هزینه رهن دارد. در هر حال قلع قبل از سررسید اجل، وجهی ندارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۱۰۰) در واقع با توجه به حق مالکیت رهن نسبت به عین و منافع، نباید مطلقاً قائل به عدم جواز تصرفات انتفاعی رهن گردید، بلکه در مواردی که این تصرفات منافی با حقوق مرتهن نیست و باعث نقصان قیمت و کاهش رغبت خریدار عین نمی‌گردد، قائل به جواز این انتفاعات هستیم.

در حقوق ایران با توجه به مناط و ملاک ماده ۷۹۳ ق.م هر نوع انتفاع از عین مرهونه در صورتی که منافی حقوق مرتهن و مضر به حال او نباشد و نیز در صورتی که باعث نقصان یا تلف عین و نیز در معرض خطر قرار دادن عین نباشد، جایز است و نیازمند اذن مرتهن نیست، زیرا منظور از رهن، استیثاق دین و ایفاء آن در سر رسید از ثمن عین است و این امر، منافی تصرفات استیفائی نمی‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۷۶ الی ۵۸۰)

رای شماره ۱۱۸۰ به تاریخ ۱۳۱۸/۵/۳۰ شعبه چهارم دیوان عالی کشور مبنی بر جواز انتفاع رهن از عین مؤید این مطلب است (متین دفتری، ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰: ۲۳۴)

اما در مورد تصرفات مادی انتقال دهنده در معاملات با حق استرداد، چون منافع عین از آن انتقال گیرنده است، بنابراین استیفاء منفعت توسط انتقال دهنده به عنوان مالکی که مالکیتش متزلزل است، وجهی ندارد. در واقع انتقال دهنده، مالک منافع نیست تا بتواند از آن استفاده کند. تصرفات مادی که منجر به اتلاف نمی‌شوند توسط بایع در عقد بیع معلق تا پیش از حصول معلق علیه و توسط مشتری در مبیع در بیع شرط، جایز بوده و انجام آنها مانعی ندارد. در واقع استفاده از مبیع با حقوق مشتری در عقد بیع معلق و بایع در بیع شرط منافاتی ندارد، چون هدف آنها به دست آوردن مبیع است به شکلی که در زمان عقد موجود بوده و تصرفات استیفائی مالک اگر چه مالکیتش متزلزل باشد با این هدف و حقی که برای طرف مقابل به وجود آمده، تعارضی ندارد.

### نتیجه گیری

در این مقاله، مصادیق تصرفات مالک در دوران تزلزل مالکیت را بررسی نمودیم. تصرفات مالکانه را به دو دسته تصرفات حقوقی و تصرفات مادی، تقسیم کردیم و در هر مورد، انجام تصرفات مزبور، توسط بایع در عقد بیع معلق، مشتری در مبیع شرطی، انتقال دهنده در عین مورد انتقال در معاملات با حق استرداد و راهن در عین مرهونه را مورد بررسی قرار دادیم.

بررسی اینکه تصرف انجام شده، منافی سایر حقوق موجود در مال است یا خیر، وضعیت حقوقی آن تصرف را معین می‌کند. طبق این معیار، انجام برخی تصرفات حقوقی مجاز و انجام برخی ممنوع است. نتیجه گرفتیم که به طور مطلق نمی‌توان گفت کدام تصرفات مالک در دوران تزلزل مالکیت، نافذ و صحیح است و کدام تصرفات، نافذ نمی‌باشد، لذا مصادیق تصرفات حقوقی را مورد مطالعه قرار دادیم تا در هر مورد وضعیت حقوقی تصرف انجام شده را تحلیل کنیم.

در مورد تصرفات مادی نیز، منافات نداشتن تصرف با سایر حقوق موجود در مال، معیار جواز تصرف شناخته می‌شود. در صورت احراز منافاتی بودن آن تصرف با حق عینی یا حق خیار، ضمانت اجراهای مختلفی، قابل ارائه بود. برخی تصرفات مادی ممنوع، موجب انفساخ عمل حقوقی که ایجاد کننده مالکیت متزلزل است، می‌شوند؛ برخی متخلف را به پرداخت خسارت ملزم می‌سازند و در برخی حکم به پرداخت بدل می‌شود. همچنین خاطر نشان کردیم که ممکن است وضعیت حقوقی تصرفی که به عنوان مثال توسط مشتری در مبیع شرطی صورت می‌گیرد، با وضعیت همان تصرف در صورتی که توسط راهن انجام شود. متفاوت باشد و لذا نمی‌توان به طور مطلق، حکم داد که انعقاد عقود مختلف، توسط مالک در دوران تزلزل مالکیت، مجاز است یا ممنوع.

## منابع فارسی

### کتب

- امامی، سید حسن، (۱۳۹۵)، حقوق مدنی، جلد اول، نشر اسلامیه، تهران، چاپ سی و هفتم
- ..... (۱۳۹۴)، حقوق مدنی، جلد دوم، نشر اسلامیه، تهران، چاپ بیست و ششم
- بازگیر، یدالله، (۱۳۸۴)، قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور (رهن، هبه، أخذ به شفعه و احکام راجع به آنها)، نشر فردوسی، تهران، چاپ دوم
- بروجردی عبده، محمد، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، نشر طه
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰)، حقوق مدنی، رهن و صلح، انتشارات گنج دانش، تهران، چاپ دوم
- حائری شهاباغ، محمد جعفر (۱۳۸۲)، شرح حقوق مدنی، جلد دوم، نشر گنج دانش، چاپ دوم با ویرایش جدید
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، جلد اول، تشکیل قراردادهای و تعهدات، نشر مجد، چاپ ششم، تهران
- صفایی، سیدحسین، (۱۳۹۰)، اشخاص و اموال، جلد اول، بنیاد حقوقی میزان، چاپ سیزدهم، زمستان
- فخار طوسی، جواد، (۱۳۸۵)، در محضر شیخ انصاری، جلد ۹، نشر مرتضی، چاپ پنجم، قم
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر میزان، چاپ چهل و ششم، تهران
- ..... (۱۳۸۵)، حقوق مدنی، عقود اذنی - وثیقه‌های دین، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم، تهران
- ..... (۱۳۹۵)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ پنجاه و یکم، تهران
- ..... (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد پنجم، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، تهران
- متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی (بخش حقوقی) از سال ۱۳۱۱ تا ۱۳۳۰، نشر کیهان، بی تا
- نجفی اصفهانی، شیخ محمد حسن، (۱۳۹۴)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۲۵، دارالکتب اسلامیه، تهران، بازار سلطانی

### مقالات

- ره انجام، حمیده (۱۳۹۷)، مالکیت متزلزل، فصلنامه پژوهش‌های سیاسی و بین‌المللی، شماره ۳۴، بهار
- صادقی گلدار، احمد (۱۳۶۵)، معاملات رهنی در قانون مدنی و قانون ثبت، فصلنامه حق، دفتر هشتم، نشر دانشکده علوم قضایی
- عابدیان، میر حسین، جزوه درسی حقوق مدنی ۲، دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۸۶-۸۷

### پایان نامه

- جعفری، جلال، (۱۳۸۴)، تصرفات رهن منافی با حقوق مرتهن، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران شمال