

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# بررسی معاملات معارض با اسناد رهنی بانکی در رویه قضایی

مولفان:

دکتر علیرضا مشهدی زاده - عضو هیات علمی دانشگاه

غلامرضا عباسی - وکیل پایه یک دادگستری

انتشارات چتر دانش

۱۳۹۶

سرشناسه	: مشهدی زاده، علیرضا، ۱۳۵۹ -
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: بررسی معاملات معارض با اسناد رهنی بانکی در رویه قضایی/ مولفان علیرضا مشهدی زاده، غلامرضا عباسی.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۳۹۶.
مشخصات ظاهری	: ۱۷۹ ص؛ ۱۴/۵×۲۱/۵ س.م.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۱۴۲-۴:
وضعیت فهرست نویسی	: فیپا
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۱۷۴ - ۱۷۹؛ همچنین به صورت زیرنویس.
موضوع	: معاملات معارض -- قوانین و مقررات -- ایران
موضوع	:
	Conflicting transactions – Law and legislation – Iran*
موضوع	: معاملات -- قوانین و مقررات -- ایران
موضوع	: Transactions -- Law and legislation -- Iran*
موضوع	: رویه قضایی -- ایران
موضوع	: Jurisprudence -- Iran
شناسه افزوده	: عباسی، غلامرضا، ۱۳۵۶ -
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۶ ب۴/م۵/۸۵۸ KMH
رده بندی دیویی	: ۳۴۶/۵۵۰۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۴۷۷۶۷۱۸

نام کتاب	: بررسی معاملات معارض با اسناد رهنی بانکی در رویه قضایی
ناشر	: چتر دانش
مولفان	: دکتر علیرضا مشهدی زاده- غلامرضا عباسی
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۳۹۶
شمارگان	: ۱۰۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۱۴۲-۴
قیمت	: ۹۵۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خمینیری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸  
تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳  
پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com  
کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

## سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند. منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آن‌ها از یک سو و تناسب آن‌ها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

**مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش،** در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثار ی همت گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منصّه‌ی ظهور برساند.

**فرزاد دانشور**

**مدیر مسئول انتشارات چتر دانش**

## فهرست

مقدمه.....	۸
بخش اول: کلیات و ماهیت حقوقی وثیقه.....	۱۰
فصل اول: مفاهیم و اقسام سند.....	۱۰
مبحث اول: مفاهیم.....	۱۰
گفتار اول: تعاریف.....	۱۰
بند ۱: مبیعه نامه.....	۱۰
بند ۲: وثایق.....	۱۱
بند ۳: رهن.....	۱۳
بند ۴: تمییز عقد رهن و وثیقه در عقود بانکی.....	۱۴
بند ۵: اسناد تضمینی.....	۱۶
گفتار دوم: مفاهیم مرتبط.....	۱۷
بند ۱: معامله معارض.....	۱۷
بند ۲: املاک توثیقی (رهنی).....	۱۸
مبحث دوم: اقسام سند (از منظر اجراء).....	۱۹
گفتار اول: سند رسمی.....	۱۹
بند ۱: سند رسمی «رهنی».....	۲۱
بند ۲: سند رسمی «تخصیص تسهیلات».....	۲۲
بند ۳: سند رسمی «ذمه‌ای».....	۲۳
گفتار دوم: سند عادی.....	۲۳
بند ۱: سند عادی در حکم لازم الاجرا.....	۲۴
بند ۲: اسناد تجاری.....	۲۶
فصل دوم: انواع وثایق بانکی و ماهیت آنها.....	۲۸
مبحث اول: انواع وثائق و تضمینات بانکی.....	۲۸
گفتار اول: وثائق منقول.....	۳۰

گفتار دوم: وثائق غیرمنقول.....	۳۱
گفتار سوم: اسناد تضمینی .....	۳۶
مبحث دوم: ماهیت حقوقی وثایق بانکی .....	۳۷
گفتار اول: وثیقه بودن «اسناد تخصیص تسهیلات» .....	۳۸
بند ۱: تفاوت وثایق بانکی از بیع شرط .....	۴۰
بند ۲: تفاوت وثایق بانکی از وکالت در تملک.....	۴۳
گفتار دوم: لزوم ثبت معاملات وثیقه‌ای مربوط به اموال غیرمنقول .....	۴۳
<b>بخش دوم: انواع معامله معارض با اسناد رهنی و ضمانت</b>	
<b>اجرای آنها در رویه قضایی.....</b>	<b>۴۷</b>
<b>فصل اول: انواع معامله معارض و آثار آن.....</b>	<b>۴۷</b>
مبحث اول: انواع معامله معارض.....	۴۷
گفتار اول: انواع معامله معارض به اعتبار اسناد.....	۴۷
بند ۱: تعارض مفاد دو سند عادی .....	۴۷
بند ۲: تعارض مفاد دو سند رسمی .....	۵۰
بند ۳: تعارض مفاد سند رسمی با سند عادی (از حیث تقدم و تاخر	
زمانی).....	۵۴
گفتار دوم: انواع معامله معارض به اعتبار سایر ادله .....	۵۷
بند ۱: تعارض مفاد سند با شهادت شهود .....	۵۸
بند ۲: تعارض مفاد سند بر مبنای اقرار .....	۶۲
بند ۳: تعارض مفاد سند بر مبنای اماره .....	۶۳
بند ۴: تعارض مفاد سند بر مبنای سوگند .....	۶۴
مبحث دوم: آثار معامله معارض با اسناد رهنی بانکی.....	۶۵
گفتار اول: آثار معامله معارض نسبت به انتقال گیرنده .....	۶۵
گفتار دوم: آثار معامله معارض نسبت به انتقال دهنده.....	۶۷
گفتار سوم: آثار معامله معارض نسبت به بانک.....	۶۸

فصل دوم: ضمانت اجرای معامله معارض و رویه قضایی	۷۰
مبحث اول: ضمانت اجرای معامله معارض	۷۰
گفتار اول: ضمانت اجرای حقوقی	۷۰
بند ۱: عدم نفوذ	۷۰
بند ۲: بطلان	۷۴
بند ۳: غیر قابل استناد بودن	۷۵
گفتار دوم: ضمانت اجرای کیفری	۷۷
بند ۱: ماده ۱۱۷ قانون ثبت اسناد و املاک	۷۸
بند ۲: کلاهبرداری	۸۱
مبحث دوم: رویه قضایی	۸۴
گفتار اول: اولویت حق بانک مرتهن یا منتقل الیه	۸۴
بند ۱: ارجح دانستن حق منتقل الیه دارای بیع نامه مقدم (حکم به بطلان قرارداد رهنی بانک)	۸۴
بند ۲: ارجح دانستن سند رهنی بانک	۹۵
گفتار دوم: نقد و بررسی رویه قضایی	۱۰۱
ضمایم: رویه قضایی	۱۱۰
فهرست منابع و مآخذ	۱۷۴

## علائم اختصاری

آ.د. م	آیین دادرسی مدنی
ق.ث	قانون ثبت
ق.ت	قانون تجارت
ق.م.ا	قانون مجازات اسلامی
ق.ا	قانون اساسی
ق.ا.ا. م	قانون اجرای احکام مدنی
ق.ا.ح	قانون امور حسبی
ق.آ.د. م	قانون آیین دادرسی مدنی
ق.ا.م.ح	قانون اصول محاکمات حقوقی
ق.م	قانون مدنی
هـ ش	هجری شمسی
هـ ق	هجری قمری

## مقدمه

بانک‌ها بر اساس قوانین در مقام اعطای تسهیلات و به منظور اطمینان از بازپرداخت وجوه واریزی غالباً اموال (منقول یا غیر منقول) مشتریان و یا اشخاص ثالث (راهنین) را به موجب سند رسمی در وثیقه (رهن) می‌گیرند. منتها در برخی موارد در هنگام وصول مال مرهونه به دلیل عدم پرداخت اقساط، ملاحظه می‌گردد وثیقه گذار قبل از تنظیم سند رهنی، مورد وثیقه را به بیع عادی به خریدار منتقل نموده و سپس بدون اعلام موضوع، همان مال را در رهن بانک قرار داده است که این امر منجر به تعارض حقوق مالکانه خریدار از یک سو و حق عینی تبعی بانک نسبت به عین مرهونه از سوی دیگر می‌گردد. هرچند در بسیاری از موارد معاملات عادی مقدم صوری و مزورانه می‌باشند.

در خصوص وضعیت حقوقی تعارض فی مابین سند رسمی رهنی و بیع عادی، رویه قضایی مشخصی با توجه به سکوت قانونگذار دیده نمی‌شود. بعضی از محاکم با احراز بیع عادی مقدم، حکم به بطلان اسناد رهنی بانک و بالتبع فک رهن از مورد وثیقه می‌نمایند که همین امر موجب تزلزل و بی‌اعتباری اسناد رسمی که نزد قانون گذار دارای اعتبار بالایی است می‌گردد و نتیجتاً باعث ضرر بانک‌ها و سو استفاده تسهیلات گیرندگان شده است. از طرفی دیگر برخی از محاکم - به حق - با ارجح دانستن اسناد رسمی مؤخر الصدور نسبت به اسناد عادی تنظیمی مقدم، حکم به بقاء و اعتبار سند رسمی (رهنی) می‌نماید که این امر منجر به ورود ضرر و زیان جبران ناپذیر به خریدار مقدم با حسن نیت می‌شود که بدون اذن و اطلاع او، نسبت ترهین مبیع اقدام شده و مورد معامله مشمول حق عینی شخص ثالث (بانک) قرار گرفته است.

این تفاوت رویه‌ها در محاکم قضایی موجب عدم قابلیت مشخص برای احقاق حق بانک‌ها در مقام پاسخگویی به این دادخواست‌ها می‌باشد چه این‌که بانک‌ها در زمان انعقاد قرارداد رهنی تمامی استعلامات قانونی را اخذ می‌نمایند ولی با توجه به عدم ثبت معاملات عادی اطلاعی از آن ندارند که از این حیث نیز حرجی بر بانک‌ها (با توجه به عدم ثبت معاملات عادی) وجود ندارد، لذا کتاب حاضر با توجه به معضلات ناشی از تشتت آرا و با توجه به تصویب ماده ۶۲ قانون

احکام دائمی برنامه‌های توسعه ای کشور مصوب ۱۳۹۵ و با تحلیلی جدید جهت حل تعارضات در احکام محاکم و با هدف بیان راه حل حقوقی عادلانه و منصفانه جهت اعتبار بخشیدن به اسناد رسمی در این قبیل دعاوی نگاشته شده است. با توجه به جمیع مطالب ابرازی، بررسی حقوقی تعارض این معاملات در رویه قضایی یک ضرورت به نظر می‌رسید زیرا عدم وجود رویه ای واحد در خصوص این موضوع یکی از معضلات دعاوی بانکی و محملی برای سوء استفاده ی افراد سود جو در عدم پرداخت دیون بانکی است، لذا این عدم شفافیت انگیزه نگارش کتاب فعلی شده است. لازم است از زحمات آقای فرزاد دانشور مدیریت محترم انتشارات چتر دانش که در راستای غنای ادبیات حقوقی ایران تلاش شایانی را می‌نمایند و اقدام به انتشار کتب فاخر در عرصه جامعه حقوقی می‌نماید، کمال تشکر و قدردانی شود.

## بخش اول: کلیات و ماهیت حقوقی وثیقه

در این بخش ابتدا به بیان کلیات، «مفاهیم و اقسام سند» پرداخته و سپس «انواع وثایق بانکی و ماهیت آن‌ها» مورد بررسی قرار می‌گیرد. لذا بخش حاضر را به دو فصل جداگانه تقسیم نموده که در هر یک از آنها و در گفتارهای مجزا به بیان هر یک از موضوعات فوق پرداخته می‌شود.

### فصل اول: مفاهیم و اقسام سند

به منظور آشنایی بیشتر با اصطلاحات حقوقی و بانکی به کار رفته در معاملات معارض وثیقه‌گذاران بر روی املاک رهنی، ابتدا به بیان مفاهیم می‌پردازیم. لذا با هدف درک بهتر این مطالب، مفاهیم را در دو گفتار «تعاریف» و «مفاهیم مرتبط» و بندهای مربوطه به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### مبحث اول: مفاهیم

##### گفتار اول: تعاریف

در این گفتار اصطلاحات مبیعه نامه، وثیقه، رهن، تمیز عقد رهن و وثیقه در عقود بانکی و نیز اسناد تضمینی مورد بررسی و توضیح قرار می‌گیرند.

##### بند ۱: مبیعه نامه

در فرهنگ لغت حقوقی واژه مرکبی به نام «مبیعنامه» وجود ندارد لیکن مبیعنامه در دفاتر اسناد رسمی، مشاورین املاک و در میان عامه مردم مورد استفاده است.

مبیعنامه از دو کلمه «مبیعه» و «نامه» ترکیب شده است. «بیع» در اصطلاح فارسی به قراردادی اطلاق می‌شود که طبق آن مالی به دیگری فروخته می‌شود و «نامه» در اصطلاح فارسی به ورقه‌ای که بر روی آن مطلبی، خطاب به کسی

به صورت مکتوب نوشته شود، گفته می‌شود. مبیاعنامه در فرهنگ لغت دهخدا به معنی خرید و فروش کردن آمده است.

قانون مدنی در ماده ۲۳۸ در تعریف بیع مقرر می‌دارد: «بیع عبارت است از تملیک عین به عوض معلوم». در مبحث خرید و فروش نیز موضوع معامله می‌تواند مال منقول یا غیر منقول باشد که خریدار و فروشنده در پرتوی اصل «حاکمیت اراده» و «آزادی قراردادها» به عنوان متعاملین مبادرت به انعقاد عقد بیع می‌کنند؛ بدین شرح که فروشنده مال معینی را با اوصاف مشخصی معلوم می‌کند و پس از تعیین ثمن (قیمت قراردادی) و توافق کامل خریدار بر آن و سایر شرایط از قبیل نحوه پرداخت ثمن، زمان تحویل مبیع و حسب مورد انتقال سند رسمی و ... مبادرت به بیع می‌کند.

متعاملین برای اثبات معامله و جلوگیری از بروز اختلافات احتمالی آینده، عمدتاً بیع را بصورت مکتوب در می‌آورند که به آن بیع‌نامه و یا مبیاعنامه می‌گویند و با قولنامه<sup>۱</sup> که در آن طرفین قصد انعقاد معامله را داشته، لیکن به دلیل فراهم نبودن مقدمات انجام امر صرفاً تعهد به انجام معامله با شرایط مشخص، در مهلت معین می‌نمایند (وعده انجام بیع در آینده) متفاوت می‌باشد؛ هر چند که در برخی از محاکم قولنامه را در حکم مبیاعنامه تلقی و همچون مبیاعنامه حکم مقتضی پیرامون آن صادر می‌نمایند.

## بند ۲: وثایق

وثایق جمع مکسر وثیقه بوده و اموالی (منقول و یا غیر منقول) هستند که مشتری یا وثیقه‌گذار به منظور تضمین و تأمین تعهدات خود یا دیگری در قبال بانک، آن اموال را درگرو بانک قرار می‌دهد و شامل اموال غیر منقول، منقول، سپرده‌های سرمایه گذاری بلند مدت و کوتاه مدت و هر گونه مال دیگری می‌شود.

وثیقه در لغت به معنای محکم و استوار آمده است<sup>۲</sup> و در معنای اصطلاحی

۱- «قولنامه نوشته‌ای است که به موجب آن یک طرف تعهد میکند که در آینده عمل حقوقی معینی را انجام دهد و یا عقدی را در آینده منعقد کند. آن عقد ممکن است بیع یا اجاره یا ازدواج باشد» رک: محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، جلد ۵، انتشارات امیر کبیر، چاپ سوم، ۱۳۷۵، ص ۱۰۱.

۲- محمد بن یعقوب فیروز آبادی، القانوس المحیط، ج ۴ بیروت، دار احیاء التراث تاریخی، ۱۹۹۱ میلادی ص ۴۱۶

علی‌رغم استعمال فراوان کلمه وثیقه در قوانین و مقررات، قانونگذار تعریفی از آن بیان نکرده است. دکترین حقوقی در خصوص وثیقه بیان می‌دارد:

«وثیقه اصطلاحاً در معانی ذیل به کار رفته است:

الف- در اصطلاح، مالی است (منقول یا غیر منقول) که وام‌گیرنده، تحت یکی از صور قانونی (از قبیل رهن یا معامله با حق استرداد) آن را نزد وام‌دهنده می‌گذارد و وام می‌ستاند که اگر در موعد مقرر آن را پس ندهد، وام‌گیرنده بتواند از محل فروش آن، طلب خود را کلاً و یا بعضاً وصول کند.

ب- مالی که برای تضمین حسن اجرای تعهد داده می‌شود. در این صورت دین بالفعل و محقق وجود ندارد.<sup>۱</sup> همچنین در جای دیگر آمده است: «در زمان ما وثیقه مالی است که وام‌گیرنده زیر عنوان رهن و یا معامله با حق استرداد به وام‌دهنده می‌سپارد (به اقباض و یا به صرف تنظیم سند رسمی) تا اگر در موعد مقرر بدهی را ندهد وام‌دهنده بتواند از محل فروش آن مال برابر مقررات طلب خود را وصول کند. نیز وثیقه مالی است که برای تضمین حسن اجرای تعهدی معین سپرده می‌شود. در این مورد زمان سپردن وثیقه، دین وجود ندارد به عکس مورد مذکور فوق. مانند کسی که شغل انبار داری را می‌پذیرد و وثیقه می‌سپارد تا اگر کسری انبار مشاهده شود از محل وثیقه خسارت وصول گردد. وثائق در حقوق مدنی شامل رهن و معاملات با حق استرداد، ضمان عقدی و کفالت است.»

در اصطلاح بازرگانی و عرف بانکداری امروز نیز وثیقه به معنای اسناد و مدارک و اموال و حقوقی که برای حصول اطمینان از استحکام معامله و حسن ایفای تعهدات و نتیجتاً کاهش خطر ناشی از عدم استرداد تسهیلات اعطایی، از متعهد اخذ می‌شود، تعبیر شده است. بنابراین از دیدگاه حقوق بانکی، وثیقه هر آن چیزی است که بانک پرداخت کننده تسهیلات را، به انجام معامله و اجرای تعهد و استرداد اصل، سود مورد انتظار و خسارات احتمالی از جانب تسهیلات‌گیرنده مطمئن و امیدوار می‌سازد.

بنابراین می‌توان جوهر اصلی و معنای واقعی وثیقه را که همانا وسیله‌ای برای

۱- محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۶)، ص ۲۳۵.

ایجاد اطمینان و استحکام تعهدات می‌باشد، در آنها به وضوح مشاهده کرد. همچنین شایان ذکر است معاملات وثیقه‌ای از سوی طرفین لازم است؛ «زیرا در قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی سال ۱۳۸۶ معاملات شرطی و رهنی در یک سیاق ذکر شده و همه تابع یک حکمند و عبارت ماده طوری است که نمی‌توان گفت: رهن طبق دستور ماده ۷۸۷ قانون مدنی از طرف مرتهن جایز است ولی معاملات شرطی طبق ماده ۲۱۹ قانون مدنی نسبت به طرفین لازم است. بنابراین کلمه «می‌تواند» در ماه ۳۴ قانون ثبت به معنی این است که بستانکار حق دارد صدور اجراییه را بخواهد نه این که حق دارد با چشم‌پوشی از مورد وثیقه (که همان به هم زدن معامله با حق استرداد به تعبیر ماده ۷۸۷ قانون مدنی می‌باشد) طلب خود را بر ذمه مدیون تحمیل و در نتیجه سند طلب خود را به صورت یک سند ذمه‌ای درآورد و مال و دارایی و آزادی مدیون را تهدید کند (در مورد سند ذمه‌ای توقیف مدیون جایز است) زیرا این همان وضعی بود که برای اجتناب از آن، ماده ۳۳ و قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت وضع شده است. به این ترتیب مواد قانون ثبت در حد خود ناسخ ماده ۷۸۷ قانون مدنی است.»

### بند ۳: رهن

رهن از نظر لغوی به معنای ثبات و دوام می‌باشد و در اصطلاح عقدی است که به موجب آن، مدیون مالی را برای وثیقه نزد دائن (طلبکار) می‌گذارد تا در صورت عدم ایفای تعهدات طلبکار بتواند از آن، دین خود را وصول کند. رهن از جمله عقود معین است که مقررات آن در قانون مدنی بیان شده است. مطابق ماده ۷۷۱ قانون مدنی: «رهن عقدی است که به موجب آن، مدیون، مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند». مواد ۷۷۳ و ۷۷۴ هم می‌گوید: مال مرهون باید عین معین و قابل نقل و انتقال قانونی باشد. بنابراین رهن دین و منفعت یا مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست مانند عین موقوفه، باطل است. همچنین مستفاد از ماده ۷۷۲ قانون مذکور، مال مرهون باید قابل قبض و اقباض باشد.

رهن از جمله عقودی است که اثر آن از حیث لزوم یا جواز نسبت به متعاقدين تفاوت دارد بدین توضیح که مدیون مادام که دین خود را تأدیه نکرده یا بنحوی از انحاء براءت ذمه حاصل ننموده نمی‌تواند عقد را بر هم زند و مورد رهن را مسترد دارد و از این لحاظ عقد رهن نسبت به او لازم است ولی مرتهن که نسبت به مال مورد رهن حق عینی دارد می‌تواند از حق رجحان خود در عین مرهونه صرف نظر نموده و یا به اصطلاح حقوقی از این حق اعراض کند و با اعراض از رهن، استیفاء طلب خود را مانند اسناد ذمه از اموال مدیون بخواهد و عقد رهن نسبت به او جایز است.

همچنین عقد رهن از عقود مملک نیست و در عداد معاملات قطعی هم محسوب نمی‌شود و برابر تعریف قانون مدنی که در سطور بالایی بدان اشاره شد، رهن عبارت از عقدی است که به موجب آن مدیون عین مال خود را نزد داین وثیقه می‌گذارد تا اگر دین خود را تأدیه ننماید بستانکار بتواند برای استیفاء طلب خود از عین مورد وثیقه استفاده کند و از این حیث در ردیف معاملات با حق استرداد و معاملات استقراضی محسوب می‌گردد.

#### بند ۴: تمییز عقد رهن و وثیقه در عقود بانکی

سؤالی که ابتدائاً به ذهن می‌رسد این است که آیا وثیقه، نهادی غیر از رهن است و یا هر دو کاملاً از هر جهت مشابه هستند؟ جایگاه قانونی وثیقه کجاست و اساساً چه تفاوتی بین این دو نهاد وجود دارد؟

علی‌رغم آنکه ماده ۷۷۱ قانون مدنی واژه وثیقه را به گونه‌ای به کار برده است که گویی وثیقه و رهن هر دو واژه‌های یکسان و مشابه است، اما باید ذکر کرد که وثیقه معنای عامی نسبت به رهن داشته و شامل رهن، معامله با حق استرداد، ضمان عقدی و کفالت نیز می‌شود.

به طور کلی وثیقه به دو گروه شخصی و عینی تقسیم می‌شود که در وثیقه شخصی، ذمه بیگانه‌ای به ذمه بدهکار اصلی ضمیمه شده و از این طریق آن را تضمین می‌کند. لذا طلبکار می‌تواند درکنار رجوع به بدهکار اصلی، به ضامن نیز رجوع کند. مانند ضمانت به شرط تضامن.

اما در وثیقه عینی، طلبکار بر مال معینی از اموال بدهکار حق عینی پیدا می‌کند؛ به طوری که به هنگام وصول طلب، بر دیگران حق تقدم دارد و از حاصل فروش مال، بدو او استفاده می‌کند.

از آنجایی که مدیون حق ندارد در وثیقه تصرفی کند که به زیان طلبکار باشد، محل وصول طلب همیشه محفوظ می‌ماند و طلبکار می‌تواند آن را در دست هرکس بیاورد توقیف کند.

همچنین با توجه به ماده ۷۷۱ قانون مدنی «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد.» و این مال به حکم ماده ۷۷۴ قانون مزبور می‌بایست عین باشد، لذا عقد رهن صرفاً می‌تواند یکی از اقسام وثیقه عینی باشد و هیچ ارتباطی با وثیقه شخصی ندارد.

شایان ذکر است وثیقه عینی را می‌توان علاوه بر رهن، از طریق دیگر قراردادهای نیز بر قرار نمود و ایجاد وثیقه عینی منحصر به عقد رهن نمی‌باشد. لذا اشخاص می‌توانند عین مال منقول یا غیر منقول خود را طی هر عقد دیگری، وثیقه انجام عملی قرار دهند؛ عنصر مشخص این قبیل معاملات (که در قانون ما به آن‌ها معاملات شرطی و رهنی و معاملات با حق استرداد نام داده‌اند) این است که مالک مالی که به وثیقه داده می‌شود:

الف- آنرا ضمن عقدی به وثیقه می‌دهد، خواه آن عقد بیع شرط باشد یا رهن باشد یا عقد دیگر مانند صلح یا عقد مذکور در ماده ۱۰ قانون مدنی؛

ب- مال مورد وثیقه به موجب این عقد از مالکیت مالک پیش از عقد خارج نمی‌شود و به مالکیت او باقی می‌ماند به همین جهت باید مالیات آن مال را خود او بدهد و اگر فوت کند مال مورد وثیقه به وراث خود او منتقل می‌شود. از نظر شرعی هم جز اموال او محسوب می‌شود مگر در بیع شرط که از نظر قوانین فعلی کشور مملک نیست و همچنان در مالکیت بایع شرطی باقی می‌ماند و در فقه، از مالکیت او خارج می‌شود. معاملات وثیقه‌ای غیر از رهن دو صورت عمده دیگر نیز دارد:

**اول:** معاملات مذکور در ماده ۳۳ و قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ که عناصر آن‌ها عبارتند از:

الف- وجود دین که وثیقه برای آن‌ها داده می‌شود. منشا دین هر چه باشد فرق نمی‌کند؛

ب- قراردادی که به موجب آن مالی برای دین مزبور به وثیقه دائن داده می‌شود خواه بیع شرط باشد خواه رهن، خواه قرارداد دیگر؛

ج- دین مزبور وجه باشد و نه کالا.

د- برای پرداخت دین موعود و سررسیدی معین شده باشد.

**دوم-** وثیقه حسن انجام تعهد؛ در این نوع از معاملات وثیقه‌ای که امروز صور مختلف آن رو به ازدیاد است:

اولاً- در حین معامله اساساً دینی وجود ندارد؛

ثانیاً - شخصی بر اثر قبول خدمتی در یک بنگاه رسمی یا غیر رسمی تعهد می‌کند که طبق شرایط معین کار کند یا اگر تخلفی کرد و خسارت به بار آمد از محل آن وثیقه جبران شود.

شک نیست که ماده ۳۳ و قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ بر نوع دوم از معاملات وثیقه‌ای کاملاً مطابق نیست ولی با اندک عنایت معلوم می‌شود که روح مواد مذکور شامل این مورد نیز هست.

بنا بر مراتب فوق، با توجه به تفاوت ماهیتی این دو نهاد وثیقه‌ای، در اغلب موارد نمی‌توان آن‌ها را جای یکدیگر استفاده کرد. بلکه در مواردی که مال مورد وثیقه عین معین و با رعایت شرایط عقد رهن به وثیقه داده شود، ماهیت وثیقه همان رهن خواهد بود. در غیر این صورت استعمال رهن و وثیقه به جای یکدیگر صحیح نیست. مثلاً در مواردی که مال مورد وثیقه غیرازعین باشد، نمی‌توان آن را رهن مذکور در قانون مدنی دانست.

### **بند ۵: اسناد تضمینی**

اسناد تضمینی اسنادی هستند که بانک می‌تواند به اسناد آن‌ها، بدهکار و ضامن و یا ضامنین را ملزم به انجام تعهدات نموده و مطالبات و حقوق خود را از بدهکار و ضامن یا ضامنین وی مطالبه و وصول نماید. اسناد مذکور عبارتند از:

- ۱- ضمانت نامہ بانک‌های داخلی و خارجی
- ۲- سهام شرکت‌هایی که به عنوان تضمین به بانک سپرده می‌شود.
- ۳- قبوض انبارهای عمومی
- ۴- سفته به تعهد مشتری و تعهد تضامنی اشخاص ثالث
- ۵- قراردادهای ثبتی یا عادی بدون وثیقہ یا تعهد یا ضمانت شخص یا اشخاص ثالث

اخذ هرگونه اسناد از مشتری اعم از اسناد تجاری یا قراردادهای عادی و ثبتی که صرفاً متضمن تعهد مشتری بوده و در آن وثیقہ یا تضمین یا تعهد شخص یا اشخاص ثالث پیش بینی نشده باشد، تضمین تلقی نمی‌شود و اقدام به استناد چنین اسنادی مستلزم معرفی اموال قابل توقیف مشتری است که در صورت فقدان مال قابل توقیف، اسناد مذکور برای استیفای حقوق بانک کفایت نمی‌نماید. در خصوص تعهد شخص یا اشخاص ثالث نیز بانک پرداخت کننده تسهیلات بایستی به تمکن مالی متعهد یا متعهدین توجه داشته باشد.

### گفتار دوم: مفاهیم مرتبط

در قسمت مفاهیم اصلی دو اصطلاح معامله معارض و املاک توثیقی توضیح داده می‌شود.

### بند ۱: معامله معارض

منظور از معامله معارض آن است که کسی مالی را اعم از منقول و غیر منقول، عیناً یا منفعتاً به دیگری انتقال و یا حقی در آن برای دیگری ایجاد کند و بعد نسبت به همان مال، معامله یا تعهدی معارض با حق واگذار شده بنماید. مثلاً اگر شخصی منزلش را به زید بفروشد و بعداً همان منزل را کلاً یا بعضاً به دیگری انتقال دهد و یا منافع آن را به عمرو واگذار کند این عمل معامله معارض است. قانونگذار در ماده ۱۱۷ قانون ثبت نیز آن را این گونه تعریف کرده است: «هر کس به موجب سند رسمی یا عادی نسبت به عین یا منفعت مالی (اعم از منقول یا غیر منقول) حقی به شخص یا اشخاص داده و بدنسبت به همان عین یا منفعت به موجب سند رسمی معامله یا تعهدی معارض با حق مزبور بنماید به

حسب با اعمال شاقه از سه تا ده سال محکوم خواهد شد.»  
 در حقوق کیفری اختصاصی ایران از جرم مندرج در ماده ۱۱۷ قانون ثبت به عنوان جرم معامله معارض یاد می‌شود لیکن با نگرش به سیاق عبارات ماده مذکور می‌توان گفت که جرم موضوع ماده یاد شده «تعهد یا معامله معارض» است که مراد و منظور از آن این است که کسی مالی را اعم از منقول و غیر منقول عیناً یا منفعتاً و یا حتی حقی در آن به دیگری بدهد و بعد نسبت به همان مال، معامله یا تعهد معارض با حق واگذار شده بنماید و این جرم نیز از جمله جرایم مربوط به ثبت اسناد است. البته در ماده ۱۱ قانون ثبت<sup>۱</sup> عنوان «معامله معارض» مطرح نشده است بلکه رویه قضایی نقض مقررات ماده ۱۱۷ قانون ثبت را اصطلاحاً معامله معارض نامگذاری کرده است.<sup>۲</sup>

#### بند ۲: املاک توثیقی (رهنی)

همانگونه که سابق بر آن اشاره شد، وثایق در معاملات و تسهیلات اعتباری عبارت از اخذ تأمین و تضمین کافی به منظور حصول اطمینان از حسن ایفای تعهدات مشتری در بازپرداخت تسهیلات اعطایی است.  
 املاک توثیقی نیز املاکی هستند که مشتری یا وثیقه‌گذار به منظور تضمین و یا تأمین تعهدات خود یا دیگری در قبال بانک، آن املاک را طی قراردادی در رهن بانک قرار می‌دهد.  
 لازم به ذکر است بانک‌ها به منظور بهره‌مندی از کلیه ویژگی‌ها و امتیازات

۱- از تاریخ انتشار اولین آگهی مذکور در ماده ده؛ تا شصت روز باید متصرفین به عنوان مالکیت و اشخاص مذکور در دو ماده ۲۷ و ۳۲ نسبت به املاک واقع در آن ناحیه به وسیله اظهارنامه درخواست ثبت نمایند. اداره ثبت مکلف است تا نود روز پس از انتشار اولین آگهی مذکور، صورت کلیه اشخاصی را که اظهارنامه داده‌اند با نوع ملک و شماره‌ای که از طرف اداره ثبت برای هر ملک معین شده در روزنامه‌ها آگهی نماید و این آگهی تا شصت روز فقط در دو نوبت به فاصله سی روز منتشر خواهد شد. مأمور انتشار آگهی‌ها پس از انتشار و الصاق آگهی‌ها باید گواهی انتشار از کدخدای محل یا ژاندارمری یا پاسبان اخذ و تسلیم اداره ثبت نماید و در این موارد کدخدا و سایر مأمورین دولتی باید به مأمورین ثبت مساعدت نموده و گواهی لازم راه مأمور ثبت بدهند. (اصلاحی مصوب ۱۳۱۷) تبصره: در مورد اراضی و املاکی که آثار تصرف مالکانه فعلی کسی نسبت به آن‌ها موجود نباشد درخواست ثبت از کسی پذیرفته می‌شود که بر مالکیت یا بر تصرف سابق خود به عنوان مالکیت یا بر تصرف خود به عنوان تلقی از مالک یا قائم‌مقام قانونی مدارکی داشته باشد. چنان چه تقاضای ثبت نسبت به این قبیل املاک به یکی از عناوین مذکور در دو ماده ۲۷ و ۳۲ باشد در صورتی تقاضای ثبت پذیرفته می‌شود که تقاضاکننده مدارکی بر عنوان مذکور یا بر تصرف سابق خود به آن عنوان یا بر تصرف کسی که تقاضاکننده، قائم‌مقام قانونی او محسوب می‌شود داشته باشد. (الحاقی مصوب ۱۳۱۷)

۲- امیرخان سپهوند، تقریرات حقوق کیفری اختصاصی ۲، دوره کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق شهید بهشتی، سال ۷۳، ۷۴.

مصرّح در قوانین «مدنی»، «ثبت» و «آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی» جهت باز پرداخت وجوه واریزی، اموال غیر منقول مشتریان و یا اشخاص ثالث (راهنین) را طی سند رسمی تنظیمی در دفاتر اسناد رسمی در رهن خود قرار می‌دهند.

### مبحث دوم: اقسام سند (از منظر اجراء)

قانون مدنی اسناد را به دو دسته رسمی و عادی تقسیم کرده است. ما نیز جهت بررسی دقیق موضوع، تقسیم بندی مشابهی انجام می‌دهیم.

### گفتار اول: سند رسمی

ماده ۱۲۸۷ قانون مدنی در مورد اسناد رسمی چنین بیان می‌کند: «اسنادی که در اداره ثبت اسناد و املاک و یا دفاتر اسناد رسمی یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها بر طبق مقررات قانونی تنظیم شده باشند رسمی است.» بنابراین منظور از سند رسمی، سندی است که در اداره ثبت اسناد و املاک یا دفاتر اسناد رسمی، یا در نزد سایر مأمورین رسمی در حدود صلاحیت آن‌ها بر طبق مقررات قانون تنظیم شده باشد.

اسناد رسمی را به چهار دسته تقسیم نموده‌اند:<sup>۱</sup>

- ۱- اسناد قانونی مانند قانون‌ها و فرمان‌ها.
- ۲- اسناد اداری مانند دستورهای صادره از ادارات لشگری و کشوری.
- ۳- اسناد قضایی مانند احکام و قرارهای دادگاه و صورت مجلس‌ها و غیره.
- ۴- اسناد تنظیمی در دفاتر ثبت.

نکته‌ی مهمی که در مورد سند رسمی، لازم به توجه دقیق است این است که سند رسمی وقتی چنان اعتباری را دارد که به وسیله‌ی مأمورین رسمی در حدود صلاحیتشان تنظیم شده باشد و گرنه در حکم سند عادی می‌باشد. بنابراین اگر سر دفتر ازدواج و طلاق، به تنظیم سند انتقال ملک مبادرت ورزد و یا سر دفتر اسناد رسمی، به تنظیم سند وقوع طلاق اقدام نماید، هیچ کدام از این دو سند، عنوان سند رسمی را ندارند و در حکم سند عادی هستند، آن هم به شرطی که

۱- عبدالله شمس، آیین دادرسی مدنی، جلد سوم، انتشارات دراک، چاپ یازدهم، ص ۱۴۰.

امضاء یا مهر طرف را داشته باشد.<sup>۱</sup>

منظور از مامور رسمی نیز شخصی است که ماموریت او در قانون پیش بینی شده باشد، ولو آن که مستخدم رسمی دولت نباشد. بنابراین نه تنها مامورین وزارتخانه‌ها، بلکه برای مثال اعضای هیئت مدیره کانون وکلای دادگستری و کلیه مؤسسات و سازمان‌هایی که با اجازه قانون تاسیس شده‌اند را می‌توان مامور رسمی دانست.<sup>۲</sup>

در مقابل سند رسمی، انکار و تردید مسموع نیست و طرف می‌تواند نسبت به آن فقط ادعای جعلیت کند وگرنه سند رسمی مورد بحث در تمام مراجع و سازمان‌ها به دستور مواد ۷۰، ۷۱ و ۷۳ قانون ثبت معتبر بوده و هر صاحب منصب دولتی از اعتبار دادن به چنین سندی خودداری کند به مجازات‌های مقرر در قانون محکوم خواهد شد.<sup>۳</sup>

از جمله ویژگی‌های اسناد رسمی این است که دارای قدرت اجرایی می‌باشند و این امتیاز، اسناد رسمی را از اسناد عادی متمایز می‌نماید به نحوی که می‌توان برای اجرای مفاد آن متوسل به صدور اجراییه از طریق ثبت و بدون حکم دادگاه گردید.<sup>۴</sup> به موجب ماده ۹۲ قانون ثبت «مدلول کلیه اسناد رسمی راجع به دیون و سایر اموال منقول بدون احتیاج حکمی از محاکم عدلیه لازم الاجرا است مگر در مورد تسلیم عین منقولی که شخص ثالثی متصرف و مدعی مالکیت آن باشد.» به بیان دیگر، صدور اجراییه نسبت به سند لازم الاجرا نیاز به صدور حکم از طرف دادگاه ندارد.<sup>۵</sup> بلکه مستقیماً با مراجعه به ادارات ثبت یا دوایر اجرای ثبت می‌توان برای اجرای مدلول سند لازم‌الاجرا و تقاضای صدور اجراییه اقدام نمود. بنابر این لازم‌الاجرا بودن سند، امتیاز قابل توجهی است. زیرا دارنده را از مراجعه به دادگستری معاف می‌نماید و تنها اسنادی از این امتیاز برخوردارند که در قانون پیش بینی شده باشند. ماده ۹۳ قانون ثبت نیز مقرر می‌دارد «کلیه اسناد رسمی

۱- قدرت‌الله واحدی، بایسته‌های آیین دادرسی مدنی، نشر میزان، چاپ دوم، ۱۳۸۰، صص ۱۵۴ و ۱۵۵.

۲- عبدالله شمس، همان، ص ۱۳۸.

۳- قدرت‌الله واحدی، همان، ص ۱۵۳

۴- حمیدرضا آدابی، حقوق ثبت تخصصی، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، چاپ اول، ص ۲۴۷

۵- محمودرضا خاوری، حقوق بانکی - نشر مؤسسه بانکداری ایران، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، چاپ سوم، پاییز ۱۳۷۵ تهران، ص ۲۱۵.

راجع به معاملات املاک ثبت شده مستقلاً و بدون مراجعه به محاکم لازم الاجرا است.» البته باید توجه داشت تنها اسنادی از امتیاز لازم الاجرا بودن برخوردارند که در قانون پیش بینی شده باشد. دسته‌ای از این اسناد را اسناد رسمی پیش بینی شده در مواد ۹۲ و ۹۳ قانون ثبت تشکیل می‌دهد. پس تمام اسناد رسمی از چنین امتیازی برخوردار نیستند. مثلاً سند مالکیت که یک سند رسمی است در هیچ قانونی به لازم الاجرا بودن آن اشاره نشده است. در نتیجه اگر ملکی دارای سند رسمی باشد و شخصی آن را غصب نماید، مالک راهی جز مراجعه به دادگستری و گرفتن حکم لازم الاجرای خلع ید ندارد.<sup>۱</sup> بانک‌ها نیز به منظور بهره مند شدن از امتیازات ویژه اسناد رسمی، در مقطع اعطای تسهیلات مبادرت به تنظیم این قبیل اسناد (رسمی) با مشتریان خود می‌نمایند تا عنداللزوم بدون مراجعه به محاکم و صدور حکم و قطعیت آن، بتوانند از طریق دوایر و ادارات ثبت، اجرای مدلول سند لازم الاجرا را تقاضا نمایند که به شرح بندهای آتی به آن اشاره می‌گردد:

#### بند ۱: سند رسمی «رهنی»

نظر به این که هرگونه معامله نسبت به املاک ثبت شده بایستی در دفتر اسناد رسمی به ثبت برسد و معاملات رهنی اموال غیر منقول نیز باید در دفاتر اسناد رسمی باید ثبت گردند؛ در واقع با وقوع عقد رهن نسبت به ملک مرهونه برای مرتهن حق ایجاد می‌شود. لذا مقررات ثبت اسناد و املاک در مواد ۴۶، ۴۷ و ۴۸ اولین محدودیت را نسبت به رهن مدنی به وجود آورده است. به این صورت که رهن عادی املاک غیر منقول ثبت شده در دادگاه‌ها قابل استناد نمی‌باشد مگر آن که عقد رهن در دفاتر اسناد رسمی به ثبت رسیده باشد. به علاوه عقد رهن از جمله معاملات موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا نبوده، لذا هرگونه سند رهنی راجع به املاک غیر منقول که به منظور تأمین وثیقه تسهیلات اعطایی بانک‌ها تنظیم می‌شود می‌بایست طبق مقررات قانون ثبت اسناد و املاک در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد. طبق قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت

مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲۹، اگر بدهکار ظرف مدت مقرر، بدهی خود را ادا ننماید بستانکار می‌تواند به منظور وصول مطالبات خود از دفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند، صدور اجرائیه را درخواست نماید که جزئیات آن به تفصیل در مباحث مربوط بیان خواهد شد.

در هر حال طبق ماده مذکور، هرگاه راهن ملک خود را در رهن مرتهن قرار دهد، می‌تواند با پرداخت بدهی، حقوق خود را نسبت به مرهونه مسترد دارد، یعنی مورد رهن را آزاد نماید. همچنین در رهن ثبتي املاک غیر منقول و یا اموال منقول، چنانچه راهن بخواهد با اجازه مرتهن اول مال خود را در رهن شخص دیگر قرار دهد، رهن بعدی نسبت به رهن ما قبل، رهن مازاد تلقی شده و مرتهن اول نسبت به مرتهن دوم برای استفاده از رهن، حق تقدم خواهد داشت. در این نوع سند که بر اساس مقررات ثبت اسناد و املاک و عقد رهن قانون مدنی (مواد ۷۷۱ تا ۷۹۵) تنظیم می‌شود دین محقق می‌شود. بدهکار برای وثیقه، مال منقول یا غیر منقول متعلق به خود یا شخص ثالث را به رهن بانک (و یا هر مرتهن دیگری) می‌دهد و خود و راهن (در صورتی که مال متعلق به شخص ثالث باشد) قبول می‌کنند، چنانچه بدهی در موعد مقرر بازپرداخت نگردد بانک حق دارد برابر مقررات قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن و آیین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجراء و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب ۱۳۸۷/۶/۱۱ نسبت به تقاضای صدور اجرائیه و پیگیری اقدامات اجرایی تا مرحله مزایده مورد رهن اقدام و از این طریق مطالبات خود را وصول کند. در واقع در طی این سند، مالی اعم از منقول یا غیر منقول در قبال دینی به رهن گرفته می‌شود تا در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین خود و یا خودداری از انجام تعهداتش، طلبکار با تقاضای صدور اجرائیه و تعقیب عملیات اجرایی از طریق اجراء ثبت مطالباتش را از محل مورد وثیقه و مطابق تشریفات و مقررات قانون استیفا نماید.

#### بند ۴: سند رسمی «تخصیص تسهیلات»

سندی است که به منظور استفاده مشتری از تسهیلات مالی بانک بین وی و

بانک مربوطه تنظیم می‌شود که به موجب آن مشتری اجازه می‌یابد تا از مبلغ مشخصی از تسهیلات مالی بانک در قالب عقود اسلامی مندرج در قانون عملیات بانکی بدون ربا و براساس ضوابط بانک استفاده نماید مثل قرارداد فروش اقساطی مسکن. از سوی دیگر نیز بانک مزبور این اختیار را حاصل می‌کند تا در صورت عدم پرداخت اقساط تسهیلات و یا به طور کلی عدم ایفای تعهدات قراردادی توسط مشتری، از طریق صدور اجرائیه یا هر طریق قانونی دیگر که صلاح بداند، مبالغ مزبور را مطالبه و از محل مال مورد وثیقه، وصول نماید. اظهار و اعلام بانک در وقوع تخلف از تعهدات یا تأخیر در پرداخت اقساط یا میزان طلب (اعم از اصل یا فرع) مورد قبول مشتری بوده و برای ادارات ثبت و عنداللزوم مراجع قضایی کافی و معتبر خواهد بود. مشتری حق هرگونه اعتراض در این خصوص (تشخیص تخلف و اقدامات اجرایی بانک) را در قرارداد از خود سلب و اسقاط می‌نماید. این سند چون در دفتر اسناد رسمی به ثبت می‌رسد همانند سند رهنی، رسمی و لازم‌الاجرا است.

### بند ۳: سند رسمی «ذمه‌ای»

سندی است که تعهداتش به طور رسمی منعقد می‌گردد و مدیون طی آن تعهد پرداخت وجهی یا جنسی را می‌نماید و در صورتی که به تعهدش وفا نکند، پس از صدور اجرائیه می‌توان اموالش را برای استیفای طلب بازداشت نمود.

### گفتار دوم: سند عادی

سند عادی هر نوشته‌ی معمولی است که به نحوی می‌تواند بر وقوع امری دلالت کند که با اثبات آن حقانیت کسی که به آن استناد نموده ثابت می‌گردد.<sup>۱</sup> به بیان دیگر هر سندی که براساس مقررات مربوط به سند رسمی تنظیم نشده باشد؛ سند عادی محسوب می‌شود.<sup>۲</sup> سند عادی بر چهار قسم است: اسنادی که افراد امضاء نموده‌اند، دفاتر تجاری، اسناد تنظیمی در خارج از کشور و نامه‌های خصوصی.<sup>۳</sup>

۱- قدرت‌الله واحدی، همان.

۲- ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر میزان، چاپ سی و یکم، زمستان ۱۳۹۰، ص ۷۵۸.

۳- سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد ششم، اسلامیة، چاپ دهم، ۱۳۸۲، ص ۱۸۵.

بعضی از اسناد عادی هستند که دارای تمبر وزارت دارائی می‌باشند مانند سفته که در اوراق بهادار مخصوصی باید نوشته شود. این تشریفات آنرا از عادی بودن خارج نمی‌نماید اگر چه قانون از نظر سرعت جریان امور تجاری آثار مخصوصی برای آن مقرر داشته باشد.<sup>۱</sup> اسناد عادی در دو مورد اعتبار اسناد رسمی را پیدا می‌کنند:

۱- در صورتی که شخصی که سند بر علیه او اقامه شده صدور آن را تصدیق نماید.

۲- هر گاه در محکمه ثابت شود که سند مذکور که طرف آن را تکذیب یا تردید کرده در واقع امضا و مهر او را دارد.<sup>۲</sup>

سند رسمی بر سند عادی مرجح است زیرا قابل انکار و تردید نیست.<sup>۳</sup> ولی در مورد سند عادی طرف مقابل می‌تواند هر نوع ایرادی را بنماید، مثلاً شخص نسبت خط یا مهر یا امضای منتسب به خودش را انکار کند، و اگر سند منتسب به او نباشد اظهار تردید و انکار کند.<sup>۴</sup> لذا وجه افتراق بین این دو آن است که سند رسمی، احتیاج به اثبات ندارد، ولی مندرجات سند عادی باید به نحوی در محکمه اثبات گردد.<sup>۵</sup>

برخی از اسناد عادی این ویژگی را دارند که دارنده آن، (همچون سند رسمی) بدون نیاز به مراجعه به محاکم و صدور حکم از سوی آنان، می‌تواند از طریق دوایر و ادارات ثبت، اجرای تعهدات مندرج در آن سند (عادی) را از طرف مقابل خود خواستار شود که در بانک‌ها دارای کاربرد بسیاری می‌باشد.

### بند ۱: سند عادی در حکم لازم الاجرا

قراردادهایی که در اجرای قانون عملیات بانکی بدون ربا بین بانک‌ها و اشخاص در ارتباط با دادن تسهیلات مقرر منعقد می‌شود، که در واقع عادی هستند اما به موجب قانون در حکم اسناد رسمی لازم الاجرا می‌باشند.<sup>۶</sup> این نوع قراردادهارا

۱- همان، ص ۱۸۴.

۲- ماده ۱۲۹۱ قانون مدنی.

۳- قدرت‌الله واحدی، همان.

۴- همان، ص ۱۵۵.

۵- همان، ص ۱۵۴.

۶- قانون اصلاح ماده ۱۵ قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۲۸ و الحاق دوتبصره به آن و الحاق دو تبصره

دربانک، قرارداد داخلی یا ذمه‌ی می‌نامند. لازم به ذکر است عنوان لازم‌الاجرا در مقررات قانون ثبت، برای اسنادی در نظر گرفته شده است که متضمن تعهدی می‌باشند و چنانچه متعهدین از ایفای تعهدات خود امتناع کنند، درخواست اجرای تعهدات موضوع آن اسناد توسط بستانکار، نیازمند مراجعه به محاکم دادگستری نبوده و بدون مراجعه به محاکم مذکور به وسیله ادارات ثبت قابل اجرا می‌باشد. در مورد قراردادهای موضوع ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا نیز ذینفع (بانک) برای استیفای حقوق و مطالبات خود الزامی به مراجعه به مراجع قضایی نداشته و می‌تواند مستقیماً اجرای مفاد قراردادهای داخلی را به استناد ماده مذکور طبق آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی از اجرای ثبت تقاضا نماید. زیرا با عنایت به ماده اصلاحی مذکور قراردادهای معاملات موضوع قانون عملیات بانکی بدون ربا که در بانک تنظیم و منعقد می‌گردد، در صورتی که طرفین در مفاد آن اختلافی نداشته و در قراردادها به لازم‌الاجرا بودن آن‌ها تصریح شده باشد، در حکم اسناد رسمی لازم‌الاجرا محسوب می‌گردند، مگر قراردادهای معاملات مربوط به اموال غیر منقول و آن دسته از اموال منقول که طبق قوانین

---

دیگرد تاریخ ۱۳۷۶/۱۱/۲۹ ماده ۱۵- (اصلاحی) ۲۸ اسفندماه ۱۳۶۵- روزنامه رسمی شماره ۱۲۲۷۹ مورخ ۱۳۶۶/۲/۸) کلیه قراردادهایی که در اجرای این قانون مبادله می‌گردد به موجب قراردادی که بین طرفین منعقد می‌شود در حکم اسناد رسمی بوده و در صورتی که در مفاد آن طرفین اختلافی نداشته باشند لازم‌الاجرا بوده و تابع مفاد آیین نامه اجرایی اسناد رسمی می‌باشد. آن دسته از معاملات مربوط به اموال غیر منقول و اموال منقول که طبق قوانین و مقررات موضوعه باید در دفاتر اسناد رسمی انجام شوند کماکان طبق تشریفات مربوط انجام خواهد شد. تبصره ۱- (الحاقی) ۲۹ بهمن ۱۳۷۶- روزنامه رسمی شماره ۱۵۴۵۹ مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۲۸) کلیه وجوه و تسهیلات اعطایی که بانک در اجرای این قانون به اشخاص حقیقی و حقوقی پرداخت نموده و یا می‌نمایند و برابر قرارداد تنظیمی مقرر شده باشد که اشخاص مذکور در سررسید معینی وجوه و تسهیلات دریافتی به انضمام سود و خسارت و هزینه‌های ثبتی و اجرایی، دادرسی و حق الوکاله را بپردازند، در صورت عدم پرداخت و اعلام بانک بستانکار قابل مطالبه و وصول است و کلیه مراجع قضایی و دوایر اجرای ثبت و دفاتر اسناد رسمی مکلفند براساس مفاد اسناد و قراردادهای تنظیمی نسبت به صدور حکم و اجرائیه وصول مطالبات بانک، طبق مقررات این قانون اقدام نمایند. تبصره ۲- (الحاقی) ۲۹ بهمن ۱۳۷۶) اشخاصی که در قالب استفاده از خدمات بانکی از وجوه و منافع مالی بانک‌ها به نحو غیر مجاز بهره‌مند می‌شوند مکلفند علاوه بر استرداد وجوه مذکور خسارت مربوطه را به ترتیبی که در قراردادهای تنظیمی مقرر شده باشد پرداخت نمایند. تبصره ۳- چنانچه در هر یک از موارد اعطای تسهیلات بانکی بیش از یک قرارداد بین بانک یا مشتریان خود در دفتر اسناد رسمی تنظیم گردد حقوق متعلق اعم از هر نوع عوارض، حق الثبت و نظایر آن نسبت به سند اول محاسبه و دریافت خواهد شد و در مورد قرارداد بعدی تعلق حقوق مزبور منوط به افزایش رقم مندرج در قراردادهای بعدی نسبت به رقم مذکور در قراردادها ما قبل آنست در این صورت حقوق متعلق اعم از هر نوع عوارض، حق الثبت و نظایر آن به استثنای حق التحریر باید به نسبت مابه تفاوت دو رقم فوق‌الذکر محاسبه و دریافت گردد. ملاک تشخیص ارتباط قراردادهای اعلام بانک ذریبث باشد. تبصره ۴- در مواردی که وسایل نقلیه موتوری (ساخت کارخانجات داخلی و یا وارداتی) مع الاصله بانک‌ها از طریق اعطای تسهیلات بانکی به اشخاص منتقل می‌گردد بانک انتقال‌دهنده از لحاظ مقررات مالیات نقل و انتقال در حکم انتقال‌دهنده دست اول تلقی خواهد شد.

و مقررات جاری، نقل و انتقال آن‌ها باید در دفاتر اسناد رسمی به ثبت برسد.<sup>۱</sup> این دسته قراردادهای عبارتند از:

الف- قرارداد مشارکت مدنی ساختمان

ب- قرارداد فروش اقساطی سهم شرکت بانکی در مشارکت مدنی ساختمان

پ- قرارداد فروش اقساطی غیرمنقول

ت- قرارداد مربوط به رهن اموال غیر منقول

ث- معاملات راجع به وسایط نقلیه موتوری اعم از انواع خودرو، کشتی و هواپیما بنابراین لازم الاجرا بودن سند ویژه اسناد رسمی نیست و قانونگذار برای برخی از اسناد عادی نیز خصیصه لازم الاجرا بودن را مقرر نموده است. برای مثال چک در عین حالی که یک سند عادی است، اما به موجب ماده ۱ قانون صدور چک، سندی در حکم سند لازم الاجرا می‌باشد.

#### بند ۲: اسناد تجاری

به طور کلی می‌توان گفت اسناد تجاری، اسنادی هستند که بین تجار ردّ و بدل می‌شوند و در روابط تجاری سندیت دارند. در این تعریف کلی، حتی دفاتر تجاری موضوع ماده ۶ قانون تجارت و همچنین سهام شرکت‌های سهامی و اوراق قرضه نیز می‌گنجد. ولی معمولاً آنچه که به عنوان اسناد تجاری در مفهوم خاص آن، معروف است؛ اسنادی هستند که از گردونه روابط بین تجار فراتر رفته و در روابط زندگی افراد غیرتاجر نیز مورد استفاده قرار می‌گیرند. مهم‌ترین این اسناد؛ برات<sup>۲</sup>

۱- ماده ۱۵ اصلاحی قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب ۱۳۶۵/۱۲/۲۸.

۲- برات نوشته‌ای است که به موجب آن شخصی به دیگری دستور می‌دهد، مبلغی وجه را در موعد معین به شخص ثالثی بپردازد. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت (برات، سفته، چک...)، انتشارات سمت، چاپ چهارم، ۱۳۷۷، تهران، ص ۱۱ - حسین خزاعی، حقوق تجارت (اسناد تجاری)، جلد سوم، مؤسسه نشر قانون، ۱۳۸۵، چاپ اول، ص ۳۶ - حسن ستوده‌تهرانی، حقوق تجارت، جلد سوم، نشر دادگستر، ۱۳۸۷، چاپ دوازدهم، ص ۲۱ - محمود عرفانی، حقوق تجارت، جلد سوم، انتشارات جنگل، ۱۳۸۸، ص ۱۱.

سفته<sup>۱</sup>، چک<sup>۲</sup> و قبض انبار<sup>۳</sup> می‌باشند.<sup>۴</sup>

بنابراین اسناد تجاری، اسنادی هستند که با شرایط خاص تنظیم می‌شوند و امتیازات و ویژگی‌های مخصوص به آن‌ها وابسته به رعایت همین شکل و تشریفات در تنظیم و صدور آن‌ها است.<sup>۵</sup> هرگاه این تشریفات در تنظیم و صدور اسناد تجاری رعایت نشود، نتیجه‌ی آن بطلان و بلا اثر بودن کلی سند نیست، بلکه تنها این سند دیگر از آن امتیازات ویژه‌ای که قانونگذار برای اسناد تجاری مقرر فرموده است، بهره‌مند نمی‌باشد.<sup>۶</sup>

اسناد تجاری از اسناد رسمی معرفی شده در قانون مدنی هم، شکلی تر و تشریفاتی تر هستند. فرق عمده‌ی اسناد تجاری با اسناد عادی و رسمی در این است که؛ می‌توان در دادگاه خلاف آنچه را که در اسناد رسمی و عادی آمده است با دلایل محکمه پسند ثابت نمود ولی خلاف آنچه که در متن یک سند تجاری آمده است راه، نمی‌توان اثبات کرد. چرا که در اینگونه اسناد قانون گذار به شکل سند توجه دارد و نه ماهیت آن.<sup>۷</sup> از آنجایی که اسناد تجاری ویژگی‌های خاص برای اسناد رسمی را ندارند جزء اسناد عادی محسوب می‌شوند پس طبیعتاً از فواید اسناد رسمی که در مواد ۱۲۸۴ و به بعد قانون مدنی مقرر شده است بی‌بهره خواهند ماند.

۱- به موجب ماده ۳۰۷ قانون تجارت، سفته سندی است که به موجب آن امضا کننده تعهد می‌کند مبلغی را در موعد معین یا به هنگام مطالبه، به دارنده‌ی سند یا شخص معین بپردازد.

۲- به موجب ماده ۳۱۰ قانون تجارت، چک نوشته‌ای است که به موجب آن صادر کننده وجوهی را که نزد محال علیه دارد کلاً یا بعضاً مسترد یا به دیگری واگذار می‌کند.

۳- قبض انبار سندی است که به موجب آن، بازرگان تعهد می‌کند مبلغی را در سررسید معین به دارنده بپردازد. تفاوت آن با سفته در این است که تاجر با امضای قبض انبار به دارنده‌ی سند حق می‌دهد در صورت عدم پرداخت به موقع مبلغ مندرج در سند، کالاهای موضوع سند را که در انبار عمومی یا نزد خود تاجر هستند از طریق اداره ثبت محل به نفع خود بفروشد و از حاصل آن طلب خود را دریافت کند. ربیعا اسکینی، همان، ص ۱۷۱.

۴- حسن ستوده‌تهرانی، همان، ص ۱۵ - حسین خزاعی، همان، ص ۲۶.

۵- حسن ستوده‌تهرانی، همان، ص ۱۷ - حسین خزاعی، همان، ص ۲۲.

۶- همان.

۷- حسین خزاعی، همان، ص ۲۲.

## فصل دوم: انواع وثایق بانکی و ماهیت آنها

در این فصل ابتدا قصد داریم انواع وثائق مورد قبول نظام بانکی جهت اعطاء تسهیلات را معرفی، سپس ماهیت حقوقی وثائق مذکور که به اعتبار آن بانکها تسهیلات مالی به مشتریان خود اعطاء می‌نمایند را مورد بررسی قرار دهیم.

### مبحث اول: انواع وثائق و تضمینات بانکی

بانکها در مقام اعطای تسهیلات، به منظور حصول اطمینان از حسن ایفای تعهدات مشتری و باز پرداخت مطالبات خویش، وثائق و تضمیناتی را به شرح ذیل اخذ می‌نمایند:

وثایق و تضمینات برحسب انواع تسهیلات متفاوت است. برای مثال، در مشارکت حقوقی و سرمایه‌گذاری مستقیم، احتیاج به اخذ هیچ‌گونه وثیقه یا تضمینی نیست، زیرا حقوق بانک با دارا شدن سهام، محفوظ خواهد ماند. در مورد طرح‌های صنعتی و تولیدی، عین طرح مشتمل بر زمین و ماشین‌آلات و تأسیسات به رهن گرفته می‌شود.

اخذ تضمینات و وثائق در مورد هر متقاضی و یا طرح می‌تواند بسته به نوع طرح و اعتبار و صلاحیت متقاضی، متفاوت باشد و بیشتر در امور تجاری مانند اعطای تسهیلات در قالب مضاربه و یا مشارکت مدنی بازرگانی، وثائق مطمئن به صورت یک سند رسمی اتکایی اخذ می‌شود که بارها مورد استفاده واقع می‌شود.<sup>۱</sup> اما به طور کلی یک وثیقه خوب و مطمئن در نظام بانکی می‌بایست ارزشمند، بلا معارض، قابل خرید و فروش، قابل تملیک، سهل‌البیع، قابل اقباض، غیر انحصاری و قابل نگهداری در مدت نسبتاً طولانی باشد.<sup>۲</sup> بر اساس شاخصه‌های فوق و به ترتیب ارزشمندی مهم‌ترین و مطمئن‌ترین این وثایق، سپرده‌ها و ضمانت‌نامه‌های بانکی و در درجه بعد اموال غیرمنقول و بعد

۱- محمودرضا خاوری، همان، ص ۲۱۴.

۲- علی نجفی، همان؛ ص ۱۷.

از آن اسناد و بروات تجاری و همچنین اسناد لازم‌اجراء است<sup>۱</sup>.

<p>سپردہ سرمایہ‌گذاری بلند مدت سپردہ سرمایہ‌گذاری کوتاه مدت سپردہ سرمایہ‌گذاری مدت‌دار، قرض الحسنہ جاری و پس‌انداز «ارزی» اوراق مشارکت کہ پرداخت آن توسط دولت تضمین شدہ باشد انواع کالای رهن امانی انواع کالای زیرکلید بانکی</p>	<p><b>اموال منقول</b> وثایق</p>	
<p>ضمانت‌نامہ بانک‌های داخلی ضمانت‌نامہ بانک‌های معتبر خارجی سہام شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بہادار قبوض انبارهای عمومی سفته بہ تعہد مشتری و تعہد تضامنی شخص یا اشخاص ثالث سفته جنسی با تعہد تضامنی متقاضی قراردادہای ثبتي یا عادی متضمن تعہد یا ضمانت شخص یا اشخاص ثالث</p>	<p><b>اموال غیرمنقول</b> اسناد تضمینی</p>	<p><b>انواع وثایق و تضمینات بانکی</b></p>

البتہ ارزش، استحکام و کاربرد ہر یک از وثایق و تضمینات فوق‌الذکر، با توجہ بہ شرایط و ملاحظات اقتصادی، اجتماعی، قضایی و همچنین ماہیت معاملات متفاوت بودہ و بانک‌ها بہ ہنگام اخذ وثایق و تضمینات بہ این مہم توجہ کافی دارند و برای حفظ منافع بانک و حسن انجام تعہدات و اجرای قراردادهای

۱- محمودرضا خاوری، همان.

منعقده با مشتریان در امر اعطای تسهیلات اعتباری از یک یا ترکیبی از وثایق و تضمینات معتبر و مورد قبول استفاده می‌نمایند.

### گفتار اول: وثائق منقول

بهترین نوع وثایق منقول عبارتند از طلا و جواهر، سپرده‌ها و ضمانت نامه‌های بانکی. طبیعت و ماهیت این گونه اموال به صورتی است که نگهداری و حمل و نقل آن‌ها آسان است و با استفاده از اختیاراتی که بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی در قراردادهای بانکی از بدهکار اخذ می‌شود می‌توان آن‌ها را به راحتی تملیک و به وجه نقد تبدیل و مطالبات بانک را از محل فروش آن‌ها وصول کرد.

به طور کلی اوراق بهادار و اوراقی که موجد دارایی مالی است مانند اوراق و رسید انواع سپرده‌های بانکی در مؤسسات پولی و مالی، قبوض رسید کالا در انبارهای عمومی، اوراق مشارکت و سهام شرکت‌ها با تنظیم قرارداد رهنی، در اختیار بانک قرار می‌گیرد و بانک می‌تواند در صورت نیاز، مطالبات خود را از محل اموال آن اوراق تأمین کند.

بنا به مراتب مذکور انواع اموال منقول قابل توثیق در بانک‌ها به شرح ذیل می‌باشد:

«۱- انواع سپرده‌های سرمایه‌گذاری مدت‌دار

۲- کالا و محصولات تولید شده و مواد اولیه واحدهای تولیدی اعم از امانی وزیر کلید

۳- سپرده سرمایه‌گذاری مدت‌دار، قرض‌الحسنه جاری و پس‌انداز «ارزی»

۴- اوراق مشارکت<sup>۱</sup>»

لازم به ذکر است بانک‌ها معمولاً اموال منقول را به صورت عادی در رهن می‌گیرند که این امر می‌تواند مشکلاتی را برای آنان به همراه داشته باشد بدین نحو که در مواردی اشخاص ثالث جهت وصول مطالبات خود از مشتریان از طریق مراجع قانونی نسبت به بازداشت وثایق بانک که طی سند عادی در رهن بانک قرار گرفته است، اقدام می‌نمایند در چنین مواردی با توجه به این که دفاتر و

۱- دستورالعمل اجرایی معاملات و تسهیلات اعتباری بانک ملی ایران، همان، ص ۸۱