

بازپژوهی نظریه صحت فروش مال مرهونه

علی ساعتچی*

فرزاد جاویدی آلسعدی**

مقدمه

فروش مال مرهونه توسط راهن پیش از موعد دین، منجر به طرح مباحث مفصل و اختلافات عمیقی در متون فقهی شده است به نحوی که این اختلاف نظرات به طور گسترده‌ای در رویه قضایی وارد گشته، مشکلات عدیده‌ای برای دادگاه‌ها به وجود آورده است. حال سؤال قابل طرح آن است که: وضعیت حقوقی فروش مال مرهونه چگونه است؟ آیا فروش مال مرهونه از اساس باطل است یا آنکه اختیار معامله به دست مرتهن بوده، قرارداد به صورت عدم نفوذ می‌باشد؟

برخی از حقوقدانان، قائل به این دیدگاه هستند که معاملات مزبور به طور صحیح میان طرفین منعقد می‌شود اما چنین قراردادی در مقابل مرتهن به صورت غیرقابل استناد بوده، و او می‌تواند توافق موجود میان راهن و شخص ثالث را نادیده بگیرد و طلب خود را در موعد دین، برداشت نماید. درمقابل، عده‌ای دیگر بر این عقیده‌اند که معاملات مذکور نه تنها باطل نبوده بلکه چنین معاملاتی باید صحیح تلقی گردد. به عبارت واضح‌تر هرگاه راهن اقدام به فروش مال مرهونه نماید قرارداد، صحیح تلقی شده و مرتهن، حق رد و یا نادیده گرفتن توافق را نخواهد داشت چراکه چنین قراردادی، منافی با حقوق او قلمداد نخواهد شد، اما مرتهن (به دلیل حق عینی تبعی که نسبت به مال مرهونه در نتیجه عقد رهن به دست آورده است) قادر خواهد بود در صورت عدم پرداخت دین، طلب خود را از مال موجود برداشت کند اگرچه در آن زمان، مال، متعلق به راهن نباشد زیرا مرتهن

* دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی تهران و مدرس دانشگاه؛ نویسنده مسئول
alisaatchi68@yahoo.com

** دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه شیراز و مدرس دانشگاه



دارای حق عینی تبعی بوده، حق خود را نسبت به عین مرهونه خواهد داشت و انتقال مالکیت عین، تأثیری در این حق نخواهد داشت.

دیدگاه صحت فروش مال مرهونه که در اندیشه فقهای متأخر تقویت شده است نتیجه یک سیر طولانی و متحول نظریات فقهی درخصوص این دست از معاملات است چراکه در آغاز و سده‌های نخست نوشته‌های فقهی، این نظر عموماً مورد پذیرش بود که تصرفات ناقله راهن نسبت به عین مرهونه باطل می‌باشد و اساساً چنین تصرفاتی هیچ‌گونه اثر شرعی بار نمی‌شود.

اما چندی بعد با نقد اساسی نظریه بطلان، نظریه عدم نفوذ از سوی فقهاء برگزیده شد با تقویت این عقیده که سرنوشت قراردادهای مزبور می‌باید به دست شخص مرتهن داده شود. با این همه، نظریه عدم نفوذ نیز توسط برخی فقهای سرشناس متأخر و معاصر مورد انتقاد قرار گرفت. و دیدگاه صحت چنین تصرفاتی ارائه شد.

در حقوق ایران نیز عمده حقوقدانان به تبعیت از نظر مشهور فقهاء، نظریه عدم نفوذ را مورد قبول قرار داده‌اند اما در سال‌های اخیر نظریه صحت و حتی نظریه عدم قابلیت استناد، افرادی را به خود جلب نموده است.

تحقیق پیش رو نیز درصدد است با بیان جنبه‌های مختلف دیدگاه صحت، به شناسایی هرچه دقیق‌تر این نظر بپردازد. بنابراین در نوشته حاضر، ابتدا به شبهات مطرح شده درخصوص بیع مرهونه پرداخته که این موضوع در قالب بررسی ادله نظریه صحت قابل مطالعه می‌باشد (گفتار نخست) هم‌چنین در قسمت دیگر بحث، بازخورد نظریه صحت در رویه قضایی به‌طور مختصر مورد مطالعه قرار می‌گیرد (گفتار دوم).

گفتار نخست: بررسی ادله نظریه صحت

اصولاً روشن شدن ابعاد مختلف یک نظر، در سایه بررسی دیگر دیدگاه‌های رقیب مشخص می‌شود به همین علت در گفتار حاضر، ادله سایر نظریات را درخصوص فروش مال مرهونه مورد بررسی قرار می‌دهیم. در این باره باید بیان داشت که دیدگاه بطلان معاملات راهن در مقایسه با سایر ادله از ضعف بیشتری برخوردار است و پاسخ‌های قاطعی از سوی اندیشمندان فقهی

به آن داده شده است.^۱ با این وجود، از میان سایر نظریات، دیدگاه عدم نفوذ، از شهرت خاصی در میان نویسندگان فقهی و حقوقی برخوردار می‌باشد که ذیلاً به نقد این دیدگاه می‌پردازیم.

اما نظریه عدم قابلیت استناد نیز اخیراً از سوی برخی حقوقدانان مطرح شده است که در ادامه مباحث به بررسی آن نیز خواهیم پرداخت.

الف) نقد نظریه عدم نفوذ

در این خصوص دلایل فقهی و حقوقی نظریه عدم نفوذ مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد.

دلایل فقهی

سه دلیل عمده فقهی مبنی بر عدم نفوذ معاملات راهن نسبت به عین مرهونه بیان شده است که ذیلاً به مطالعه و نقد این نظریات می‌پردازیم:

۱) تعارض فروش مال مرهونه با حدیث نبوی «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف»

یکی از ادله عمده مورد استناد دیدگاه عدم نفوذ، حدیث مرسله‌ای است از پیامبر اکرم(ص)؛ مطابق این حدیث، راهن و مرتهن از تصرف در مال مرهونه ممنوع شده‌اند، به همین دلیل تصرفات ناقله راهن در عین مرهونه، مخالف نهی وارده در حدیث می‌باشد که از این حیث نافذ نیست. با این حال، عده‌ای از فقهاء چنین روایتی را فاقد سند معتبر می‌دانند لذا تمسک به سند مزبور را جایز نمی‌دانند، زیرا حدیث یادشده، مرسله و فاقد اعتبار کافی است و عمل مشهور فقهاء نیز جبران‌کننده ضعف سند نمی‌باشد.^۲

۱. مباحث مفصلی پیرامون ادله بطلان بیع عین مرهونه توسط راهن، در متون فقهی بیان گشته است و از آنجا که امروزه کمتر کسی قائل به چنین دیدگاهی است از بیان مجدد این نظر پرهیز می‌گردد، اما برای اطلاع بیشتر درباره نقدهای - نکته قابل ذکر اینکه درمورد نقدها رفرنس داده شده اما درخصوص قائلین به این نظریه ارجاعی صورت نگرفته است کما اینکه چنین رفرنسی در این مورد هم ضروری است - وارده به نظریه مزبور نک: محمدحسین اصفهانی، حاشیه کتاب المکاسب (قم: انوارالمهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ هـ. ق)، ج ۳، ص ۲۶۴.

۲. و اما النبوی المشهور النقل كما عن بعض و المعتمد عليه كما عن آخر: الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف.

اما از باب سندیت روایت که بگذریم درخصوص دلالت حدیث نیز بحث و اختلاف نظر هست چراکه عده‌ای معتقد هستند دلالت حدیث مزبور خالی از اشکال نیست زیرا ظهوری درخصوص تصرفات اعتباری همچون بیع وجود ندارد،^۱ و حداقل حدیث نبوی در این باره با اجمال مواجه است. بنابراین، تصرفات اعتباری را نباید شامل نهی وارده در حدیث دانست و فروش مال مرهونه، منافاتی با حدیث ذکر شده ندارد؛ چراکه بیع مال مرهونه از جمله تصرفات منافی تلقی نمی‌شود. حتی برخی فقهاء قائل به این نکته هستند که اگر خواسته شود مطابق حدیث مزبور عمل نماییم می‌باید کلیه تصرفات استقلالی را هن و یا مرتهن براساس روایت وارد شده باطل بدانیم و در نتیجه، برخلاف وضعیت عدم نفوذ، هیچ‌گونه راه تصحیح در آن وجود نخواهد داشت.^۲

۲) مخالفت بیع عین مرهونه با حق سلطنت مرتهن

برخی اندیشمندان فقهی بر این اعتقادند که به دلیل وجود رهن، مرتهن نسبت به قرارداد رهن حق سلطنت دارد. بنابراین، مرتهن به جهت سلطنتی که شارع برای او قائل شده است حق رد معامله رهن را خواهد داشت، اما در صورتی که چنین حقی را برای او قائل نباشیم برابر با عدم سلطنت مرتهن خواهد بود.^۳ در پاسخ به نقد گفته شده باید بیان کرد که سلطنت شخص مرتهن

فدالته لاتخلو من اشکال عدم ظهور التصرف فيه فيما يعم التصرف بالبيع ونحوه من التصرفات الاعتبارية». ۱. «أن الاحكام الشرعية خارجة عن باب المقتضى و المانع بل القيودات و الشرائط فيها معتبرة فى الموضوع فيدور الحكم مدار وجود الموضوع، و واجديته تمام الشرائط فإذا لم يتم شيء من شرائطه فلا يترتب الحكم عليه فصحة بيع الرهن انما هي مرتبة على اجتماع كل من الراهن و المرتهن على البيع فان اجتماعاً فى ذلك فيصح و إذا استقل كل منهما فى التصرف فيبطل كما هو مقتضى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و على هذا فلو باع الراهن العين المرهونة و قبل اجازة المرتهن فك الرهن بإسقاط الدين أو بأدائه فلا يمكن الحكم بصحته لشمول إطلاق الخبر له ما قبل فك و ما بعده فيكون باطلاً». سيدمحسن حكيم، نهج الفقاهه (قم: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، بی تا)، ص ۳۸۷.

۲. سيدابوالقاسم خويى، مصباح الفقاهة (المكاسب) (بی تا، بی تا)، ص ۲۵۲.

۳. «و دعوى أن اجازة المرتهن ليست للعقد، لعدم كونه مالکاً، و إنما له إسقاط حق رهنائه، فيؤثر العقد حينئذ أثره لارتفاع المانع و المقتضى تام الاقتضاء. يدفعها ظهور كلمات الأصحاب بل هو صريح بعضهم كالفاضل فى التحرير و ثانى الشهيدین و غيرهم، فى أن للمرتهن اجازة العقد، و له فسخه، و أن الشارع قد جعل له

در قرارداد راهن نسبت به عین مرهونه وجود دارد، ولیکن این سلطنت اولاً و بالذات نیست بلکه سلطنت مذکور جهت وصول دین از مال مرهونه است نه آنکه به طور مطلق (همچون عقد فضولی) چنین سلطنتی را برای مرتهن قائل شویم. همچنین پاسخ داده شده است لزومی ندارد که مالکیت راهن تا پایان عقد رهن برای راهن موجود باشد چراکه این امر منافاتی با حق مرتهن نخواهد داشت.^۱ عده‌ای دیگر از فقهاء با این استدلال که عین مرهونه می‌تواند مال دیگری نیز باشد اذعان داشته‌اند که هرگاه استفاده از عین مرهونه ابتدا صحیح باشد به طریق اولی، بیع آن نیز می‌باید صحیح تلقی شود.^۲ با این وجود، امام خمینی (ره) احتمال داده‌اند دلیل عدم نفوذ فروش مال مرهونه، منافات آن با حق مرتهن نباشد بلکه دلیل منع فروش ممکن است در متعلق حق مرتهن باشد مع الوصف همان‌گونه که تصرف در اموال مردم جایز نیست تصرف در متعلق حقوق آنان نیز جایز نخواهد بود. و از طرفی فروش مال مرهونه، تصرف در متعلق حق مرتهن است به همین جهت، فروش مزبور غیرنافذ خواهد بود، اما درمقابل این استدلال بیان شده که در تصرف حقوقی شرکاء در اموال مشاعی علی‌رغم آنکه حقوق همه شرکاء به عین اموال تعلق گرفته است و عین اموال متعلق حقوق همه آنان است تصرفات حقوقی هر شریک، نسبت به سهم خویش بدون نیاز به إذن یا اجازه سایر شرکاء صحیح خواهد بود.^۳

← هذه السلطنة بارتھانه، لا أن المنع من التصرف فيه شرعی بحيث لامدخلیة للمرتھن فی ذلک، و إنما له إسقاط حقه من الرھانة خاصة، و إلا لاقتضى ذلک عدم فسخ العقد له، ضرورة عدم السلطنة له علی ذلک». محمدحسن نجفی، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام** (بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ هـ.ق.)، ۲۵۶، ص ۲۰۰.

۱. سیدصادق حسینی روحانی، **فقه الصادق (ع)** (قم: دارالکتاب، چاپ اول، ۱۴۱۲ هـ.ق.)، ج ۱۶، ص ۲۶۵.
۲. «لا وجه للبطلان و لا التوقف علی إجازة المرتھن بل الوجه هو الصّحة و اللزوم و انتقال العین إلى المشتري مستحقة للمرتھن فیکون حق المرتھن محفوظاً و العین ملکاً للمشتري إذ لا يعتبر فی العین المرهونة أن تكون ملکاً للرّهن فإذا جاز استفاده عین للرّهن ابتداء جاز بالأولی بیع العین المرهونة فیکون هذا بحسب الاستدامة مثل ذلک بحسب الإبتداء». علی بن عبدالحسین نجفی ایروانی، **حاشیة المکاسب** (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ هـ.ق.)، ج ۱، ص ۱۹۰.
۳. سیدمحمدتقی قبولی درافشان، «وضعیت تصرفات ناقله عین مرهونه از سوی راهن»، **مجله آموزه‌های**

۳) تنافی عرفی فروش مال مرهونه با حق مرتهن

در یکی دیگر از ادله‌ای که طرفداران نظریه عدم نفوذ، به آن استناد می‌نمایند این است که فروش مال مرهونه عرفاً با حقوق مرتهن منافات دارد چراکه با فروش مال و خارج شدن آن از دست راهن، ما را به این احتمال سوق می‌دهد که منتقل‌الیه در نگهداری مال دقت لازم را مبذول نداشته و مال موجود، ناقص و تلف شود لذا در این حالت باید سرنوشت قرارداد راهن با اشخاص ثالث را در اختیار مرتهن قرار دهیم تا در پرتو آن بتوان از حقوق مرتهن حمایت کرد.

درمقابل، دیدگاه صحت بیان می‌دارد که جواز بیع عین مرهونه، منافی حقیقت رهن و حقوق مرتهن نمی‌باشد، زیرا آنچه از نصوص وارده درخصوص تعریف رهن برمی‌آید این است که مال موجود، وثیقه دین جهت استیفای طلب از آن قرار گیرد.^۱ و این موضوع و حقیقت با فروش مال مرهونه باقی خواهد بود. و شخص مرتهن می‌تواند در زمان سررسید، در صورت عدم پرداخت دین، طلب خود را از عین موجود برداشت نماید.^۲

با این حال، پذیرش این موضوع که فروش مال مرهونه از تصرفات منافی تلقی می‌شود یا خیر، نیاز به یک معیار مناسب و قابل اعتماد دارد و بهترین معیار در این خصوص، نظر عرف است. به این ترتیب، اینکه برخی معتقد هستند وجه ممانعت بیع عین مرهونه، وجود یک نوع ارتکاز ذهنی است^۳ دلّ بر این مطلب

← فقه مدنی، ش ۴ (بایبوز و زمستان ۱۳۹۰): صص ۵۳-۵۴.

۱. سیدتقی طباطبایی قمی، **مبانی منهاج الصالحین** (قم: منشورات قلم الشرق، چاپ اول، ۱۴۲۶ هـ.ق.)، ج ۹، ص ۲۱.

۲. «و الكلام في أن بيع الراهن الرهن بلاذن المرتهن تصرف ينافي عقد الرهن أم لا والأظهر عدم منافاته للرهن فيلتزم بصحة بيعه وعدم وقوفه على شيء من اجازة المرتهن أو غيرها و تعلق حق المرتهن بالعين لاينافي نفوذ البيع حيث يبقى حقه في العين المنتقلة إلى المشتري غاية الأمر لو كان المشتري عالماً بحال المبيع و أنه رهن و مع ذلك أقدم على شرائها فلايثبت له خيار الفسخ و يثبت مع جهله لأن تعلق الرهن بالمبيع نقض فيه». جواد بن علی تبریزی، **إرشاد الطالب إلى التعلیق علی المكاسب**، ج ۳، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چ سوم، ص ۱۶۵. همچنین برای مشاهده نظر مشابه نک: سیدصادق روحانی، پیشین، ص ۲۶۶.

۳. آقاضیاءالدین عراقی و علی کزازی، **شرح تبصرة المتعلمین (للأغاضیاء)** (قم: دفتر انتشارات اسلامی

است که یک معیار نوعی مرتبط با قضاوت درخصوص وجود تصرفات منافی راهن وجود دارد که ناشی از یک نوع ارتکاز ذهنی و عرفی در این زمینه می‌باشد. به طوری که حتی برخی طرفداران دیدگاه صحت فروش مال مرهونه، به این امر اقرار داشته و وجود ارتکاز عرفی مبنی بر تنافی فروش مال مرهونه را دور از انتظار ندانسته‌اند،^۱ به همین جهت باید درخصوص داوری این موضوع که بیع عین مرهونه، خلاف حقوق مرتهن است یا خیر به عرف معاملات توجیه نماییم.

به نظر می‌رسد در این زمینه باید میان رهن اموال منقول و غیرمنقول قائل به تفکیک بود با این توضیح که رهن اموال منقول به دلیل آنکه به سرعت می‌تواند در دست اشخاص مختلف به گردش درآید فروش مال مرهونه با حقوق مرتهن در تضاد است و چنین عمل حقوقی را نمی‌توان صحیح دانست اما در برابر، وضعیت فروش اموال غیرمنقول به‌ویژه املاک به جهت ثبت سراسری که درخصوص این اموال وجود دارد و همچنین به دلیل آنکه امکان تلف شدن این اموال در اثر خرید و فروش ممکن نیست می‌بایست داوری عرف در این زمینه را در عدم تنافی فروش مال مرهونه با حق مرتهن مورد پذیرش قرار داد.^۲ البته با این استدلال احتمالی که تزییع حقوق مرتهن حتی در بیع مال غیرمنقول نیز ممکن است - زیرا در برخی موارد شخص ثالث می‌تواند اقدام به تخریب خانه و یا نقصان آن مال نماید که در این صورت، موجب کاهش قیمت ملک می‌شود - ، بدیهی است در وضعیت اخیر (کاهش قیمت ملک)، فروش مال مرهونه، با حقوق مرتهن منافات خواهد داشت.

اینکه برخی فقهای معاصر قائل به این نظر هستند که اصولاً تنافی در فروش مال مرهونه و حق مرتهن مشاهده نمی‌شود^۳ و همان‌طور که بیع عین مستاجر،

وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه.ق.)، ج ۵، ص ۷۹.

۱. «... لامانع من أن يكون حق الرهانة قائماً بالعین و لو انتقلت من الراهن إلى غيره و الاستيفاء كما يكون من مال المدیون یكون من مال غيره و لذا جازت الاستعارة للرهن. اللهم إلا أن يكون ذلك خلاف المرتکزات العرفیة كما هو غير بعيد» سیدمحسن حکیم، پیشین.

۲. با این حال عده‌ای از حقوقدانان با وجود پذیرش چنین تفکیکی در فروش مال مرهونه، سرانجام با ادله دیگر نظریه عدم نفوذ را مورد پذیرش قرار داده‌اند. برای اطلاع از این ادله نک: ناصر کاتوزیان، عقود معین (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۹)، ج ۴، ص ۵۸۳؛ برای پاسخ به نقد وارد شده نک: قسمت بعدی نوشتار حاضر.

۳. محمداسحاق فیاض، منهاج الصالحین (بی‌جا، بی‌تا)، ج ۲، ص ۱۳۹؛ جوادین علی تبریزی،

صحیح است و استیجاری بودن ملک، مانع بیع نخواهد بود و عین مزبور با سلب منافع دوران اجاره به مشتری منتقل می‌شود، درخصوص بیع رهن نسبت به عین مرهونه نیز باید قائل به این نظر بود؛ چراکه در این حالت نیز مال با ویژگی مرهونه بودن، به مشتری منتقل می‌شود،^۱ باید این‌گونه تأویل گردد که میان امر اعتباری انشای قرارداد و آثار عقد بیع - که همانا تسلیم مال است - قائل به تفکیک شد و بیان داشت که از حیث اعتباری هیچ‌گونه تنافی‌ای میان فروش بیع و حق مرتهن دیده نمی‌شود و تنها از حیث آثار بیع چنین تعارضی رخ می‌دهد و در این حالت، تسلیم عین مرهون را باید منوط به إذن مرتهن بدانیم.^۲ به عبارت دیگر، قرارداد رهن همچون معاملات شریک در مال مشاع است که می‌بایست تصرفات حقوقی را صحیح تلقی نمود و تصرفات مادی را منوط به إذن سایر شرکاء دانست. البته باید به این نکته توجه داشت که هدف از بیان قیاس مذکور تنها از باب تقریب به ذهن خواننده است، زیرا میان معاملات رهن و معاملات شریک در مال‌الشرکه تفاوت بنیادینی وجود دارد به این صورت که در معاملات رهن، حق شخص ثالث (مرتهن) در قرارداد دخیل است درحالی‌که در معاملات دوم، شخص شریک همان حقی را که داشته (مالکیت در ذرات منافع) انتقال می‌دهد و به حقوق اشخاص ثالث (شرکاء) تعرضی نمی‌نماید لذا قرارداد او صحیح بوده، برای تسلیم مال باید سهم خود را افزاز کند درواقع، شریک همان مالی را فروخته است که بعداً به افزاز می‌رسد، اما در معاملات رهن، با فروش مال مرهون چون تضييع احتمالی حقوق مرتهن در هنگام استیفای دین ممکن است روی دهد به همین سبب تسلیم مال نیز می‌باید با اجازه مرتهن صورت بگیرد.

به عبارت دیگر، اجتماع حقوق عینی متعدد در شیء واحد، محتمل است. فرض کنید خانه متعلق به «الف»، در اجاره «ب» است. «ج» نسبت به آن حق

← منهج‌الصالحین (قم: مجمع الإمام‌المهدی (عج)، چاپ اول، ۱۴۲۶ هـ ق.)، ج ۲، ص ۱۶۵؛ حسین وحیدخراسانی، منهج‌الصالحین (قم: مدرسه امام باقر(ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ هـ ق.)، ج ۳۳، ص ۳۳.

۱. محمدعلی اراکی، کتاب‌البیع (قم: مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۵ هـ ق.)، ج ۲، ص ۲۰۵.

۲. علیرضا یزدانپان، «بیع عین مرهونه توسط رهن از منظر فقه و حقوق ایران»، مجله مقالات و

بررسی‌ها، دفتر پنجم (پاییز ۱۳۸۶)، ص ۱۲۵.

ارتفاقی دارد و در «رهن» نیز می‌باشد. بنابراین، چنانکه در مثال مزبور ملاحظه می‌گردد ممکن است چند حق عینی در یک مال وجود داشته باشد.^۱ در واقع، در رهن، رابطه افراد با شیء است نه با فرد، لذا این شیء در اختیار هرکسی که باشد حقوق متعلق به آن نیز وجود خواهد داشت. به عبارت دیگر، در حق عینی، محوریت با شیء است درحالی‌که در حقوق دینی، محوریت با شخص می‌باشد. با این وصف مهم نیست مال در دست چه کسی باشد بلکه آنچه در عقد رهن اتفاق می‌افتد ایجاد یک حق عینی برای مرتهن در عین مرهونه است و اگر در مالی، حق عینی، جدای از مالکیت عین برای کسی موجود باشد (برای مثال، مالکیت منفعت، حق ارتفاق و ...) و نیز اگر کسی به واسطه عقد رهن، حق عینی در مالی به دست آورد این حق عینی، مانع از انتقال عین یا منفعت مال نخواهد بود.

دلایل حقوقی

درخصوص عدم نفوذ بیع عین مرهونه در حقوق ایران عمدتاً به دلایل فقهی استناد می‌شود با این حال برخی از حقوقدانان در این زمینه به سه دلیل دیگر تمسک نموده‌اند که ذیلاً به بررسی این موارد می‌پردازیم:

نخست آنکه مفاد ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی در رهن قضایی حاکی از این مطلب است که بیع عین مرهونه، غیرنافذ است؛ دلیل دوم ناظر به لحن ماده ۳۴ مکرر اصلاحی قانون ثبت (مصوب ۱۳۵۱)^۲ می‌باشد و سه دیگر اینکه، ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی،^۳ تصرفات ناقل ورثه را بدون اجازه بستانکاران در ترکه نافذ نمی‌دانند.

۱. میرحسین عابدیان، تقریرات درس حقوق مدنی ۲ (تهران: زیراکس دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۹۱-۹۲)، ص ۱۶۶.

۲. ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت مقرر می‌دارد: «در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون، بدهکار می‌تواند با تودیع کلیه بدهی خود اعم از اصل و اجور و خسارات قانونی و حقوقی اجرایی نزد سردفتر اسناد رسمی تنظیم‌کننده سند مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید».

ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی: «تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا ادای دیون».

۳. ماده ۷۹۳ قانون مدنی: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفاتی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به إذن مرتهن».

درخصوص نقدهای وارد شده باید بیان داشت که حکم فروش مال مرهونه، در ماده ۷۹۳ قانون مدنی آمده است و در آنجا تصرفات منافی با حقوق مرتهن نفی شده. به عبارت بهتر، در ماده مزبور (۷۹۳)، حکم کلی تصرفات اعتباری راهن ذکر شده، بدون آنکه مصداق خاصی (همچون انتقال عین مرهونه) را در این خصوص بیان نماید. به همین جهت برای شناخت تصرفات منافی بایستی یک معیار نوعی ارائه داد و در هر مورد به قضاوت آن پرداخت. سابقاً گفته آمد که بیع عین مرهونه در انشاء و اعتبار اصولاً تعارضی دیده نمی‌شود اما در آثار بیع - که همانا تسلیم مال است - ممکن است چنین منافاتی با حقوق مرتهن ملاحظه شود.

حال با توجه به مطلب فوق این سؤال مطرح می‌شود بر فرض آنکه دلالت ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت^۱ مبنی بر عدم نفوذ بیع عین مرهونه مورد پذیرش قرار گیرد و این موارد نیز حکایت از عدم نفوذ بیع عین مرهونه دارد، آیا باز هم ایرادی به نظر پذیرفته‌شده (نظریه صحت فروش مال مرهونه) در نظام حقوقی ایران وارد می‌شود یا خیر؟ در پاسخ بدین پرسش می‌توان گفت ماده ۲۶۴ قانون یادشده و ماده ۳۴ مکرر قانون مزبور، حکم خاص تلقی گشته و در مقام تعارض میان حکم عام و حکم خاص، قاعده کلی تنها در مصداق خاص خود مقید می‌شود و حکم عام همچنان در سایر مصادیق خود جریان دارد.

اما در مورد ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی باید توجه داشت که مبنای موجود در ماده ۷۹۳ قانون مدنی درخصوص فروش مال مرهونه همانا تنافی یا عدم تنافی تصرفات است نه آنکه بیع عین مرهونه، غیرنافذ قلمداد گردد. به عبارت دیگر نمی‌توان برای اثبات حکم، یک مصداق از حکم موضوع دیگر استفاده کرد زیرا در ماده ۲۲۹ علت عدم نفوذ معاملات ورثه همانا تعرض به حقوق طلبکاران است که این موضوع درمورد تصرفات راهن نیز مصداق دارد به شرط آنکه تعرض به حقوق مرتهن تلقی شود. حال آنکه درباره بیع عین مرهونه با توجه به توضیحات فوق‌الاشاره چنین تنافی‌ای ملاحظه نمی‌شود. و در پایان بیان شده که اگر بیع عین

۱. برخی از حقوقدانان در لحن ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت درخصوص عدم نفوذ فروش مال مرهون خدشه وارد آورده‌اند و معتقد هستند ماده مزبور در مقام بیان وضعیت اعتباری عقد بیع نبوده و تنها یکی از طرق فک رهن را مطرح کرده است. نک: علیرضا یزدانیان، پیشین، ص ۱۲۳.

مرهونه از جمله تصرفات منافی محسوب نشود با این تالی فاسد مواجه خواهیم بود که ماده ۷۹۳ قانون مدنی بدون مصداق خواهد بود. و این امر موجب می‌گردد حکم قانون‌گذار لغو و بیهوده تلقی شود، اما با توضیح ارائه‌شده روشن می‌شود که نقد مزبور نیز خالی از قوت لازم است زیرا از جمله تصرفات منافی می‌توان به تسلیم مادی مال بدون إذن مرتهن یاد کرد که در این وضعیت، کلیه تصرفات، منوط به إذن مرتهن می‌باشد ولیکن در خصوص نقل و انتقالات اعتباری به چنین‌ذنی نیاز نبوده و با توافق راهن و شخص ثالث، این امر میسر خواهد بود. از سوی دیگر اگر تمامی استدلالات حقوقی با عدم پذیرش مواجه گردد باز هم هیچ‌گونه ایرادی بر نظریه صحت وارد نیست زیرا دلایل ارائه‌شده مبنی بر عدم نفوذ بیع مرهونه، نشان از تبعیت قانون‌گذار از نظریه مشهور دارد (چنانکه در اکثر مواد قانون مدنی این چنین است). البته این موضوع مانع از آن نخواهد شد که با قانون‌گذاری جدید، این موضع تغییر یابد.

ب) نقد نظریه عدم قابلیت استناد

طرفداران دیدگاه مزبور، بر این باورند که فروش مال مرهونه توسط راهن با وضعیت عدم قابلیت استناد مواجه است. با این استدلال که: اولاً، گردش صحیح ثروت و اجتناب از حبس و معطل ماندن بیهوده سرمایه به عنوان یکی از اصول اقتصادی هر نظام حقوقی توسعه یافته، حکم به صحت قرارداد میان راهن و خریدار و غیرقابل استناد بودن آن در برابر مرتهن می‌نماید. به‌ویژه هنگامی که ارزش اقتصادی مال مرهونه بیشتر از میزان دینی باشد که این مال، جهت پرداخت آن به وثیقه نهاده شده است؛ ثانیاً، یکی از قواعد حقوقی مهم حقوق اسلام و به تبع حقوق موضوعه ایران، قاعده لاضرر می‌باشد. و وضعیت حقوقی قرارداد فروش راهن نسبت به عین مرهونه باید حتی‌الامکان به‌گونه‌ای تفسیر شود که هر سه طرف راهن، خریدار و مرتهن را مورد حمایت قرار دهد. بنابراین، عدم نفوذ قرارداد راهن، موجب ضرر بیهوده راهن و خریدار خواهد شد اما با صحیح دانستن قرارداد میان طرفین و عدم قابلیت استناد آن نسبت به مرتهن، حقوق سه طرف درگیر در عقد تأمین خواهد شد؛ ثالثاً، مطالعه نوشته فقهاء به‌وضوح حاکی از آن است که اتفاق نسبی مبنی بر ضمانت‌اجرای عدم نفوذ قرارداد مزبور است. البته پذیرش این نظر،

دلیل بر مخالفت با راهکار عدم قابلیت استناد که بسیار نزدیک به نظریه عدم نفوذ است نمی‌باشد؛ چراکه تمامی اهداف فقهاء را در این خصوص برآورده می‌سازد. از طرفی دیگر، برخی قائل به این نظر هستند که رد مرتهن، سبب بطلان قرارداد فروش مال مرهونه نمی‌شود و عقد مزبور همچنان به حیات خود ادامه می‌دهد و در معنای تلویحی این نظر، چیزی جز صحت قرارداد فروش میان راهن و خریدار و در عین حال غیرقابل استناد بودن آن در برابر مرتهن نیست.^۱

با این حال نظریه عدم قابلیت استناد که از سوی برخی حقوقدانان مطرح شده است، قابل تأمل و بررسی به نظر می‌رسد، زیرا وضعیت عدم قابلیت استناد در مواردی، کاربردی و مستعمل است که قانون‌گذار قصد حمایت از اشخاص ثالثی را دارد که بی‌اطلاع از قرارداد واقعه میان طرفین هستند و از این رهگذر، شخص ثالث متحمل ضرر خواهد شد نه آنکه به‌طور کلی و در هر مورد جهت حمایت از اشخاص ثالث (مرتهن) از ضمانت‌اجرای مذکور استفاده شود. همچنین توجیهاات و مبانی‌ای که از این مفهوم در متون فقهی ارائه شده، مبتنی بر این نکته است که اصولاً وضعیت عدم قابلیت استناد در مواردی جاری می‌شود که از اشخاص ثالث بی‌اطلاع از توافق واقع‌شده حمایت گردد و این عدم اطلاع شخص ثالث می‌تواند ناشی از عدم انتشار و یا ثبت واقعه مورد نظر باشد (همچون محدودیت اختیارات مدیران، فروش مال غیرمنقول و...) یا آنکه ناشی از حيله و فریب شخص انتقال‌دهنده و یا دریافت‌کننده باشد (معاملات به قصد فرار از دین).^۲

۱. اکبر میرزائزاد جویباری، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه؛ بطلان، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۲ (تابستان ۱۳۹۰): صص ۲۹۲-۲۹۳.

۲. مثالی که ارائه کرده‌اند ناظر به حالتی است که موکل اقرار نماید عقد منعقدشده توسط وکیل، برای او واقع گشته است و باید به وی رجوع شود. از آنجا که وکیل در این خصوص مسئولیتی ندارد نمی‌توان در مقابل فروشنده به آن استناد کرد؛ چراکه ممکن است برای سلب امکان رجوع به وکیل، میان وکیل و موکل تبانی شده باشد زیرا در برخی موارد رجوع به وکیل مناسب‌تر از رجوع به موکل است. به عبارت دیگر، عقد مورد اقرار وکیل و موکل میان خود آن‌ها قابل استناد است اما در مقابل ثلث اعتباری ندارد. درحقیقت این مثال بیان می‌دارد پنهان‌کاری دو طرف در برابر ثالثی که از آن مطلع نیست قابل استناد نمی‌باشد. عبدالله خدابخشی، «تحلیل دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۷۱ (۱۳۸۹): صص ۲۳.

گذشته از این موضوع، برخی دلایل استنادی طرفداران دیدگاه مزبور، قابل تأمل است؛ به خصوص در آنجا که آنان سخن برخی فقهاء در مورد عدم تأثیر رد قرارداد، توسط مرتهن را مورد تمسک قرار می‌دهند و بیان می‌دارند چنین موضوعی نشان از صحت عقد میان طرفین قرارداد و در عین حال، عدم قابل استناد نسبت به شخص ثالث (مرتهن) دارد. حال اگر معنای گفته اخیر این موضوع باشد که شخص مرتهن تا قبل از فرا رسیدن موعد دین، حق نادیده گرفتن قرارداد میان طرفین را نداشته باشد اما پس از موعد مقرر و عدم پرداخت دین بتواند از محل عین، طلب خود را وصول نماید چنین نظری برابر با نظر دیدگاه افرادی است که قائل به صحت قرارداد فروش مال مرهونه به‌طور مطلق هستند و نظر ذکرشده چندان تفاوتی با آن ندارد زیرا اگر قائل به وضعیت عدم قابلیت استناد در مفهوم اخص کلمه باشیم بایستی شخص ثالث در هر زمان این اختیار را داشته باشد که قرارداد میان راهن و شخص ثالث را نادیده انگاشته، طلب خود را وصول نماید؛ درحالی‌که از حیث مبانی فقهی بحث، چنین نظری ارائه نشده است. و افرادی که معتقد به عدم تأثیر رد شخص مرتهن می‌باشند بیان می‌دارند که مرتهن، حق رد عقد بیع را نداشته و می‌بایست تا فرا رسیدن موعد دین به انتظار بنشیند^۱ نه آنکه همچون وضعیت عدم قابلیت استناد، در هر زمان این حق را داشته باشد که قرارداد میان طرفین را نادیده بگیرد و دین خود را وصول نماید. مضافاً آنکه وضعیت عدم قابلیت استناد اصولاً هنگامی مطرح می‌شود که تنافی بیع عین مرهونه و حقوق مرتهن ثابت شود که با توجه به توضیحات گذشته، نظر ارائه‌شده از این حیث نیز قابل خدشه است.

گفتار دوم: بررسی انعکاس نظریه صحت در رویه قضایی

بازتاب نظریه صحت در رویه قضایی نیز به تبع اختلافاتی که در میان فقهاء حاکم است موجب تشتت آراء در این زمینه شده است. در واقعیت امر، اختلافات

۱. این موضوع سابقاً بیان شد که مرتهن هیچ‌گونه سلطنتی نسبت به قرارداد راهن ندارد و به گفته برخی فقهاء (سیدروح‌الله موسوی خمینی، کتاب البیع (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ هـ. ق.)، ج ۳، ص ۲۸۱) طرف قرارداد نیز نمی‌باشد که بخواهد همچون معاملات فضولی درخصوص سرنوشت قرارداد تصمیم‌گیری نماید، لذا قرارداد به صورت معلق (قائل شدن به تعلیق عقد و درواقع تلقی آن به عنوان عقد معلق، بلاوجه و خارج از تعریف این‌گونه عقود است).

موجود در متون فقهی به حیثه عمل نیز وارد گشته. با این حال، استدلالاتی که قضات عموماً در خصوص عدم نفوذ بیع عین مرهونه ارائه می‌دهند عمدتاً به دو دلیل منتهی می‌شود: اولاً، فروش مال مرهونه، خلاف ماده ۷۹۳ قانون مدنی بوده است؛ ثانیاً، رأی وحدت‌رویه سال ۷۶ در خصوص فروش مال مرهونه، حکم به عدم نفوذ بیع مرهونه داده است. با این وجود، برخی از دادگاه‌ها با چنین استدلالی ضمن اظهار مخالفت خویش بیان می‌دارند ممنوعیت رهن در تصرفات خود در عین مرهونه به‌طور مطلق نبوده، بلکه صرفاً شامل آن دسته از تصرفات مادی و اعتباری است که موجب نقصان عین یا ارزش آن و در نتیجه، منافی استیفای حقوق مرتهن از عین مرهونه (در فرض امتناع رهن از پرداخت وجه‌الرئانه) باشد و اساساً همین تعلیل است که وجه شناسایی حق تقدم و عینی مرتهن بر عین یاد شده است. بدین ترتیب، سایر تصرفات اعتباری مالکیت (در فرض بقای مالکیت رهن) در صورت امکان استیفای حقوق مرتهن از عین موجود بلاشکال می‌باشد. در نتیجه، امر مشروعی بوده، محتاج به إذن شخص اخیر نیست. همچنین رأی وحدت‌رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز به‌طور کلی بر این مفهوم دلالت دارد^۱ مضافاً اینکه موضوع رأی هیأت عمومی ناظر به انتقال سرقفلی

۱. تاریخ: ۸۶/۱/۱۸ شماره دادنامه: ۶ کلاسه پرونده: ۱۹۱۵/۱۲/۸۵ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران آقای... به طرفیت آقای... با وکالت آقای... نسبت به دادنامه شماره ۱۰۹۷ مورخ ۸۵/۸/۳ صادره از شعبه ۱۸۱ دادگاه عمومی حقوقی تهران تجدیدنظرخواهی کرده است. به‌موجب دادنامه تجدیدنظرخواسته، دعوا اولیه تجدیدنظرخواه دائر بر ابطال (فروش) شش‌دانگ یک قطعه زمین به مساحت ۱۲۰ متر مربع قطعه ۶ تفکیکی به شماره ۳۰۱۰ فرعی از دعوا صادر و اعلام گردیده است. اینکه با ملاحظه مجموع اوراق و محتویات پرونده و مطالعه لوائح ابزازی طرفین در این مرحله از دادرسی چون ایراد و اعتراض موثری که موجب فسخ و بی‌اعتباری دادنامه معترض‌عنه باشد از سوی تجدیدنظرخواه به‌عمل نیامده است به‌ویژه آنکه ماده ۷۹۳ قانون مدنی که عمدتاً مورد استناد تجدیدنظرخواه قرار گرفته است مشعر بر ممنوعیت رهن در تصرفات خود در عین مرهونه به‌طور مطلق نبوده بلکه صرفاً شامل آن دسته از تصرفات مادی و اعتباری است که موجب نقصان عین یا ارزش آن و در نتیجه، منافی استیفای حقوق مرتهن از عین مرهونه (در فرض امتناع رهن از پرداخت وجه‌الرئانه) شود و اساساً همین تعلیل است که وجه شناسایی حق تقدم و عینی مرتهن بر عین یاد شده می‌باشد و بدین ترتیب، سایر تصرفات انتقال اعتباری مالکیت (در فرض بقای مالکیت رهن) در فرض امکان استیفای حقوق مرتهن از عین بلاشکال است و امر مشروعی بوده و محتاج اذن شخص اخیر نیست و رأی وحدت‌رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور نیز به‌طور کلی بر این مفهوم دلالت دارد و چون در قضیه حاضر نیز فروش زمین موضوع دعوا به

است و اساساً انتقال ملک را دربرنمی‌گیرد. همچنین یکی از شعب تشخیص دیوان عالی کشور در آذرماه سال ۱۳۸۵ در یکی از آراء خود تأکید کرده است فروش مالی که در رهن می‌باشد با رعایت حقوق مرتهن، بلااشکال خواهد بود.^۱ و نظر اخیر، این استدلال را تقویت می‌کند که در فروش مال مرهونه، ملاک، تزییع حقوق مرتهن است که اگر این موضوع وجود نداشته باشد معامله مذکور صحیح خواهد بود. شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر تهران نیز در دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۶۹۴۰۰۵۱۱ ضمن نقض رأی دادگاه بدوی بیان می‌دارد: «در رهن بودن مبیع، منافاتی با انتقال نداشته خریدار نیز با علم و اطلاع از مرهونه بودن مبیع اقدام به خریداری نموده و بدیهی است که حقوق مرتهن با انتقال محفوظ می‌ماند...»^۲.

← تجدیدنظرخوانده با توجه به میزان وجه‌الرهانه از یک‌سو و ازدیاد فوق‌العاده ارزش ملک موصوف از سوی ۱۱۴ اصلی موضوع مبیاعه‌نامه عادی مورخ ۱۳۵۷/۱/۱۲ به دلیل مرهونه بودن مبیع در حین معامله، به‌طور خلاصه و با این استدلال که رهن بودن مال، آن را به‌طورکلی از مالکیت رهن خارج نموده و مالکیت موصوف ولو به نحو متزلزل کماکان باقی است و اینکه ابطال عقد بیع اساساً ناظر بر فقدان ارکان اساسی صحت معامله بوده است و مادام که مرتهن قادر به استیفای حقوق خود از عین مرهونه باشد بیع آن بلااشکال است و منافای حقوق مرتهن نمی‌باشد نهایتاً با استناد به اصل صحت و لزوم عقود، وقوع بیع را در عالم خارج مسلم و محقق دانسته و حکم بر بطلان دیگر به نحوی نیست که استیفای حقوق مرتهن از آن را در فرض عدم پرداخت دین از سوی رهن (تجدیدنظرخواه) و حتی منتقل‌الیه (تجدیدنظرخوانده) ناممکن سازد و در هر صورت، مرتهن قادر به استیفای حقوق خود از عین مرهونه خواهد بود. بنابراین، مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آ.د.م. ضمن رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته را که مطابق موازین حقوقی قانونی صادر گردیده از جهت رعایت تشریفات دادرسی نیز خدشهای بر آن وارد نیست عیناً تایید و استوار می‌نماید.

۱. دادنامه به شماره ۵/۱۴۵۲ در تاریخ ۸۵/۹/۲۰ همچنین در نظریه مشورتی ۷/۸۵۴۸-۱۳۸۳/۱۱/۱۳
۲. شرح این پرونده از این قرار بوده است که آقای س.غ. بطرفیت خانم م. خالویی دعوایی به خواسته صدور حکم به ابطال مبیاعه‌نامه شماره ۰۱۰۱۱ مورخ ۹۰/۱۰/۱۰ و الزام خواننده به پرداخت ثمن معامله به مبلغ یکصد و هفتاد و پنج میلیون ریال به‌انضمام خسارت دادرسی و تاخیر تادیه در شعبه ۱۱۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران مطرح می‌نماید. دادگاه بدوی در قسمتی از رای خود بیان می‌دارد: «... با توجه به در رهن بودن و غیرقابل انتقال بودن خودرو به جهت منافات با حق مرتهن دادگاه دعوی خواهان را ثابت تشخیص و مستنداً به ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی و ۷۹۳ قانون مدنی و بند ۲ ماده ۳۶۲ قانون مذکور و مواد ۵۱۵ و ۵۱۹ و ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن صدور حکم به ابطال مبیع موضوع قرارداد شماره ۰۱۰۱۱ مورخ ۱۳۹۰/۱۰/۱۰ حکم به محکومیت خوانده به مبلغ یکصد و هفتاد و پنج میلیون ریال بابت

کمیسیون حقوقی دادگستری استان تهران نیز در پاسخ به سؤال زیر بیان می‌دارد:
«آیا دعوی الزام به تنظیم سند رسمی در خصوص ملک مرهونه به طرفیت بایع با توجه به رأی وحدت‌رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ و رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۷۶/۱۲/۱۲ قابل استماع است؟»

نظریه قریب‌به‌اتفاق اعضای کمیسیون حاضر در جلسه ۸۲/۹/۱۳:

در مورد قسمت اول سؤال:

هرچند لحن قانون‌گذار در مواد ۷۹۳ قانون مدنی و ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی سابق و ۳۴ مکرر اصلاحی ثبت و نیز ۲۹۹ قانون امور حسبی و مفاد رأی وحدت‌رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ که از نظریه مشهور فقهای امامیه مبنی بر منع و غیرنافذ بودن چنین معاملاتی پیروی کرده، و طرح دعوی مذکور از سوی هر فرد ذی‌نفع را به طرفیت بایع نسبت به ملک مرهونه به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی مسدود نموده، اما نظر دیگر این است که هدف، حفظ حقوق مرتهن می‌باشد لذا با حفظ این حقوق هرگونه تصرف در ملک مذکور جایز خواهد بود و می‌توان گفت این عقیده با منطبق قضایی و رویه محاکم که شاهد مثال آن، رأی اصراری شماره ۲۱ / مورخ ۷۶/۱۲/۱۲ می‌باشد و به فاصله کمی بعد از رأی وحدت‌رویه شماره ۶۲۰ صادر گردیده و نیز با نظر بسیاری از فقهاء (حضرت آیت‌الله خویی) و علمای حقوق (مرحوم امامی و کاتوزیان) سازگاری دارد. ضمن اینکه اعضای کمیسیون حاضر در جلسه هم در اظهارنظر خود همگی بر حفظ حقوق مرتهن تأکید داشته‌اند، لذا با توجه به فرض سؤال رسیدگی به این دعوا بلامانع است.

در خصوص قسمت دوم سؤال (طرح دعوی فک رهن به‌همراه دعوی الزام به تنظیم سند رسمی ضرورت دارد؟)، دو نظر ابراز گردید اکثریت اعضای کمیسیون حاضر در جلسه معتقد بودند «چون فک رهن، خود نوعی دعواست و الزام به فک رهن

← ثمن مأخوذه از خواهان ... محکوم می‌نماید. پژوهشگاه قوه قضاییه، مجموعه آراء منتخب قوه قضاییه (دفتر فصلنامه مطالعات آراء قضایی، ۱۳۹۴)، ص ۷۲.

خواننده نسبت به حکم صادر از دادگاه بدوی به شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اعتراض می‌کند. دادگاه تجدیدنظر پس از بررسی پرونده تجدیدنظرخواهی را با این استدلال که در رهن بودن مبیع منافاتی با انتقال نداشته خریدار نیز با علم و اطلاع از مرهونه بودن مبیع اقدام به خریداری نموده و بدیهی است که حقوق مرتهن با انتقال محفوظ می‌ماند صحیح می‌داند، و ضمن نقض دادنامه بدوی، حکم رد دعوی خواهان بدوی را صادر می‌کند.

درواقع موجب انحلال عقد رهن و یک رابطه حقوقی است لذا ضرورت دارد که خواهان ضمن تقدیم دادخواست الزام به تنظیم سند، به عنوان دعوای دوم فک رهن را هم بخواهد، لیکن اقلیت عقیده داشتند با توجه به اینکه فک رهن همانند مفاصا حساب شهرداری مالیاتی از لوازم اجرای حکم تنظیم سند رسمی است و نیز فرض بر این است که دادگاه رسیدگی کننده استحضار دارد که ملک موضوع دعوا در رهن است لذا به هنگام صدور حکم، الزام به تنظیم سند رسمی با آوردن قید حفظ حقوق مرتهن در حکم مورد خاص است و نیاز به طرح دعوای جداگانه در این خصوص نمی‌باشد.^۱ بنابراین همان‌گونه که ملاحظه می‌شود نظریه صحت در میان آراء صادره از دستگاه قضاء دارای جایگاه بوده و براساس آن رأی صادر شده است.

انعکاس نظریه صحت بیع عین مرهونه در حقوق خارجی (مصر و انگلیس):

دیدگاه مزبور در حقوق مصر و به تبع حقوق برخی کشورهای عربی از جمله عراق نیز مورد پذیرش واقع شده و بیان داشته شده است که فروش مال مرهون توسط راهن با مانعی مواجه نبوده و شخص مرتهن می‌تواند با توجه به حق تعقیبی که نسبت به مال مرهون دارد، بدون استثنا حق خود را از هر کس که عین به او انتقال یافته، مطالبه نماید.^۲ همچنین در رابطه با وضعیت فروش مال مرهون در حقوق انگلیس باید توجه داشت که در هنگام انعقاد قرارداد رهن، مالکیت مال مرهون به بستانکار منتقل می‌شود اما با این شرط که در حین پرداخت مجدد بدهی، مالکیت به بدهکار باز می‌گردد. در این حالت، موضوع اخیر شبیه به بیع شرط می‌شود. بنابراین روشن است که راهن حق فروش مال مرهون را دارد. لیکن انتقال مزبور هنگامی موثر خواهد بود که راهن دوباره مالکیت مال را به دست آورد.^۳ در حقیقت، انتقال مال مرهون معلق بر به دست آوردن دوباره مالکیت است. با این حال در یکی از دعوای طرح شده در حقوق انگلیس، دادگاه حکم به صحت بیع مرهونه به صورت مطلق داده است و نهایت مطلبی که در این زمینه وجود دارد آن است که فروش مال مرهون خلاف توافقاتی قراردادی بوده و حکم به جبران خسارات وارده داده شده است. مطابق این نظر با وجود آن که فروش مال مرهون در حقوق انگلیس معلق بر

۱. غلامعلی صدقی، «فروش مال مورد رهن»، دو فصلنامه رویه قضایی، ش ۱ (۱۳۹۲): صص ۸۸-۸۹.

۲. سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، الطبعه

الاولی، ۱۹۵۴م، ج ۱، ص ۲۱۲

3. Birks, Peter, **English Private law**, volume 1, oxford university press, oxford, 2000, p417.

پرداخت بدهی است اما طبق ماده ۱ پروتکل الحاقی به کنوانسیون حقوق بشر که مقدم بر قوانین داخلی کشورهای اروپایی است.^۱ تلویحا این موضوع دانسته می‌شود که فروش مال مرهون در هر حال صحیح است. مطابق با ماده ۱ این پروتکل «هر شخص حقیقی یا حقوقی مجاز به بهره برداری صلح جویانه از کلیه تصرفات خود است و هیچ کس نمی‌تواند او را از این متصرفات محدود نماید جز در مورد منفعت عمومی و مطابق شرایط مقرر در قانون یا اصول کلی حقوق بین الملل».^۲

1. Protocol 1 on Enforcement of certain Rights and Freedoms not included in Section 1 of the -European Convention on Human Rights ROME 4 November 1950 Sales of Goods 1979

۲. در این رأی، خواهان که مرتهن است مدعی است که رهن بدون آن که از دادگاه اجازه فروش مال مرهون را گرفته باشد آن را فروخته است. رهن هم برای فروش مال مرهون به ماده ۱ پروتکل اول الحاقی به کنوانسیون حقوق بشر اروپایی استناد می‌کند. قاضی در این پرونده بعد از بررسی ماده ۱ پروتکل الحاقی به کنوانسیون حقوق بشر اروپایی و نیز بررسی قانون مالکیت بخش ۱۰۱، به این نتیجه می‌رسد که فروش مال مرهون به وسیله رهن بدون اجازه بر خلاف ماهیت قرارداد رهن است و به این دلیل رهن از انصاف خارج شده و بایست خسارات وارده به مرتهن را جبران نماید.

برای ملاحظه رأی مذکور در حقوق انگلیس ر.ک

Horsham Properties Group Ltd v Clark and another [2008] EWHC 2327 (Ch),
[2008] All ER (D) 58

نتیجه‌گیری

حاصل سخن آنکه بیع عین مرهونه از جمله مباحث چالش‌برانگیز در فقه شیعه و به تبع حقوق ایران بوده است. و علت عمده آن، فقدان نص صریح شرعی و قانونی در این زمینه بوده است.

عدم تشریح چنین نص صریحی شاید برخاسته از این علت باشد که فروش مال مرهونه از جمله مصادیق و موضوعات محسوب می‌شود. و همچنین شارع مقدس که اصولاً در موضوعات دخل و تصرف نمی‌کند و این مسئله را به مکلف و عرف واگذار می‌نماید.

در این باره نیز حکم کلی موضوع از سوی شارع و مواد قانونی و یا حتی مفهوم رهن بیان شده است و آن اینکه تصرفات منافی با حقوق مرتهن، ممنوع می‌باشد اما در اینکه چه تصرفاتی مشمول حکم کلی می‌شود اختلاف نظر هست.

این اختلاف در بارزترین تصرف - که همانا انتقال مال مرهونه است - آشکار می‌شود. به گونه‌ای که موجب تعارض عقیده‌ای عده کثیری شده است. در همین راستا برخی، نظریه بطلان را برگزیده‌اند و بسیاری دیگر، از نظریه عدم نفوذ حمایت کرده‌اند و برخی از حقوقدانان نیز نظریه عدم قابلیت استناد را به عنوان راه حل مسئله، انتخاب و پیشنهاد نموده‌اند. با این حال، نظریه بطلان با بیشترین انتقاد روبرو بوده است. همچنین دلایل دیدگاه عدم نفوذ نیز مورد نقد قرار گرفته؛ چراکه حدیث استنادی طرفداران این دیدگاه و تعارض بیع عین مرهونه با حقوق مرتهن و تنافی عرفی فروش مال مرهونه، جملگی مورد نقد طرفداران نظریه صحت قرار گرفته است. حتی دلایل حقوقی و قانونی نظریه عدم نفوذ نیز مصون از انتقاد باقی نمانده است.

مع الوصف، اینکه بیع عین مرهونه جزء تصرفات منافی به حساب می‌آید یا خیر، باید به یک ملاک عینی دست یافت. و بهترین معیار در خصوص این موضوع، داوری و عقیده عرف خاص آن مال است که در هر حال، عرف معاملاتی فروش مال مرهونه در عالم اعتبار را منافی حق مرتهن نمی‌داند؛ چراکه موضوع مهم و اساسی، استیفای دیون مرتهن در زمان عدم پرداخت به‌موقع بدهی است، و اینکه راهن یا شخص ثالث، مالک مال تلقی شود مهم نمی‌باشد اما در خصوص تسلیم مال مرهونه

به نظر می‌رسد در برخی مصادیق و به‌ویژه اموال منقول، حقوق مرتهن نادیده انگاشته می‌شود، و باید تسلیم مال مزبور با اجازه مرتهن انجام شود ولیکن باید توجه داشت کماکان بیع انجام‌شده در عالم اعتبار و حقوق، صحیح تلقی می‌گردد. در نتیجه، فروش مال مرهونه به هیچ عنوان این اختیار را به مرتهن نمی‌دهد که قرارداد واقع‌شده را رد کند و تنها این حق را به او می‌دهد که از تصرفات مادی (برای مثال، تسلیم عین مرهونه) بدون اجازه مرتهن جلوگیری نماید.

البته پرواضح است در مواردی که ثابت شود تسلیم مال، منافاتی با حقوق او ندارد، می‌توان مال مزبور را در اختیار شخص ثالث قرار داد. لازم به ذکر است که قرارداد بیع مال مرهونه در مقابل مرتهن نیز قابلیت استناد دارد، اما با توجه به اینکه در نتیجه عقد رهن، حق عینی تبعی برای مرتهن ایجاد شده که به استناد همین حق، می‌تواند نسبت به احقاق حق خود از محل مال مرهونه اقدام نماید.

فهرست منابع:

۱. آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، حاشیة المکاسب (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه. ق.).
۲. اراکی، محمد علی، کتاب البیع (للأراکی)، ج ۲ (قم: مؤسسه در راه حق، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه. ق.).
۳. اصفهانی، محمد حسین، حاشیة کتاب المکاسب، ج ۳ (قم: أنوار الهدی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه. ق.).
۴. ایروانی، باقر، دروس تمهیدیة فی الفقه الاستدلالی علی المذهب الجعفری، ج ۲ (قم: ، چاپ دوم، ۱۴۲۷ ه. ق.).
۵. پژوهشگاه قوه قضاییه، «مجموعه آراء منتخب قوه قضاییه»، دفتر فصلنامه مطالعات آراء قضایی (۱۳۹۴).
۶. تبریزی، جواد بن علی، منهاج الصالحین (للتبریزی)، ج ۲ (قم: مجمع الإمام المهدی (عج)، چاپ اول، ۱۴۲۶ ه. ق.).
۷. حسینی روحانی، سید صادق، فقه الصادق (ع) (لروحانی)، ج ۱۶ (قم: دارالکتاب - مدرسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۱۲ ه. ق.).
۸. _____، منهاج الفقاهة (لروحانی)، ج ۴ (قم: انوار الهدی، چاپ پنجم، ۱۴۲۹ ه. ق.).
۹. _____، منهاج الصالحین، ج ۲ (بی جا، بی تا).
۱۰. حکیم، سید محسن، نهج الفقاهة (قم: انتشارات ۲۲ بهمن، چاپ اول، بی تا).
۱۱. خدابخشی، عبدالله، «تحلیل دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۷۱ (۱۳۸۹).
۱۲. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة (المکاسب) (بی جا، بی تا).
۱۳. سنهوری، عبدالرزاق، مصادر الحق فی الفقه الاسلامی (بیروت: دار احیاء التراث العربی، الطبعة الاولى، ۱۹۵۴ م.).

۱۴. صدقی، غلامعلی، فروش مال مورد رهن، دو فصلنامه رویه قضایی، ش ۱ (۱۳۹۲).
۱۵. طباطبایی قمی، سیدتقی، مبانی منهج الصالحین، ج ۹ (قم: منشورات قلم الشرق، چاپ اول، ۱۴۲۶ ه. ق.).
۱۶. عابدیان، میرحسن، تقریرات درس حقوق مدنی ۲ (تهران: زیراکس دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۹۱-۹۲).
۱۷. عراقی، آقاضیاءالدین و علی کزازی، شرح تبصرة المتعلمین (للاغاضیاء)، ج ۵ (قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۴ ه. ق.).
۱۸. غروی نائینی، میرزاحمدحسین، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۲ (تهران: المکتبه المحمدیه، چاپ اول، ۱۳۷۳ ه. ق.).
۱۹. فیاض، محمداسحاق، منهج الصالحین (للفیاض)، ج ۲ (بی‌چا، بی‌تا).
۲۰. قبولی درافشان، سیدمحمدتقی، «وضعیت تصرفات ناقله عین مرهونه از سوی راهن»، مجله آموزه‌های فقه مدنی، ش ۴ (پاییز و زمستان ۱۳۹۰).
۲۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۴ (تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ ششم، ۱۳۸۹).
۲۲. مامقانی، محمدحسن بن الملا عبدالله، غایه الآمال فی شرح کتاب المکاسب، ج ۳ (قم: مجمع الذخائر الإسلامیه، چاپ اول، ۱۳۱۶ ه. ق.).
۲۳. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، ج ۳ (تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، چاپ اول، ۱۴۲۱ ه. ق.).
۲۴. میرزائزاد جویباری، اکبر، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه؛ بطلان، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۲ (تابستان ۱۳۹۰).
۲۵. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۲۵ (بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ه. ق.).

۲۶. نجفی ایروانی، علی بن عبدالحسین، **حاشیة المکاسب**، ج ۱ (تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۶ ه. ق.).

۲۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، **مستند الشیعة فی أحكام الشریعة**، ج ۱۴ (قم: مؤسسه آل البيت(ع)، چاپ اول، ۱۴۱۵ ه. ق.).

۲۸. وحید خراسانی، حسین، **منهاج الصالحین (للوحید)**، ج ۳۳ (قم: مدرسه امام باقر(ع)، چاپ پنجم، ۱۴۲۸ ه. ق.).

۲۹. یزدانیان، علیرضا، «بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و حقوق ایران»، **مقالات و بررسی ها**، دفتر پنجم (پاییز ۱۳۸۶).

30. Birks, Peter, *English Private law, volume 1*, oxford university press, oxford, 2000

31. Protocol 1 on Enforcement of certain Rights and Freedoms not included in Section 1 of the - European Convention on Human Rights ROME 4 November 1950 Sales of Goods 1979