

اعمال وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون

عباس کریمی | استاد گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران
داوود ابراهیمی* | دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه عدالت، تهران، ایران

چکیده

آیا می‌توان وضعیت حقوقی مراعی را بر معامله نسبت به مال مرهون اعمال کرد؟ مراعی در فقه در معانی معلق، غیرنافذ و غیرنافذ فضولی به‌کار رفته و مفهومی اعم از عدم نفوذ است. وضعیت حقوقی مراعی، دارای دو رکن اساسی است؛ به این معنا که عمل حقوقی از جهت ارکان اشاره شده در ماده ۱۹۰ قانون مدنی کامل بوده، لیکن مال مورد معامله غیرطلق است. در این وضعیت حقوقی، سرنوشت عقد رأساً به ثالث (مرتهن) داده نشده است، زیرا در عقد مراعی، اجازه ثالث نه به‌عنوان شرط و نه جزیی از معامله است. رضایت مرتهن سبب سقوط حق مرتهن بوده و به‌منزله فک رهن، یعنی رفع حقوق مانع است. رد معامله مال مرهون توسط مرتهن نیز به‌معنای اصرار مرتهن بر بقای حق خویش و به‌منزله بطلان نیست. قبول رضایت مرتهن به‌معنای فروش مال مرهون از راهن به ثالث نیز نمی‌باشد. ادله فقهی پیش‌گفته و تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵، رأی وحدت رویه ۶۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور را مورد تخصیص قرار داده است. زیرا ماده مذکور، معامله عادی مال مرهون را در رابطه فی مابین راهن و خریدار صحیح دانسته و در برابر مرتهن غیرقابل استناد در نظر گرفته است. موارد مذکور نشانه‌های آشکاری بر مناسب دانستن وضعیت حقوقی مراعی (جمع میان وضعیت حقوقی صحت و غیرقابل استناد) است. واژگان کلیدی: طلق، عدم نفوذ، مراعی، مال مرهون.

مقدمه

باب تجارت و معاملات از نگاه فقه شیعه، اهل سنت و حقوق موضوعه ایران، دارای مباحث فراوانی است.

براساس ماده ۷۷۱ قانون مدنی، عقد رهن، رابطه بین راهن و مرتهن براساس یک دین است؛ و مال مرهون، وثیقه دین می‌باشد. لیکن در سیستم مدرن حقوق فعلی، وضعیتی که ممکن است رابطه بین مرتهن و راهن نیست، بلکه رابطه بین مرتهن و مال مرهون است. به این نحو که برخی اوقات شخص ثالث در عقد رهنی که بین متعهد و مرتهن تنظیم می‌شود، مال یا ملک خود را به‌عنوان وثیقه برای متعهد در رهن مرتهن قرار می‌دهد.

در وضعیت اخیر، هرچند شخص ثالث مدیون نبوده و با وجود مدیون نبودن، مال خود را به رهن می‌گذارد و با تعریف عقد رهن موضوع ماده ۷۷۱ قانون مدنی، مغایرت دارد، لیکن به تجویز تبصره یک ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک کشور مصوب ۱۳۸۶، شخص ثالث غیرمدیون نیز می‌تواند مال خود را در رهن قرار دهد که در این حالت رابطه بین مرتهن و مال مرهون ایجاد می‌شود.

هیچ‌یک اعم از راهن و مرتهن، استقلال در تصرف ندارند. دلیل این موضوع نیز اخبار و روایت‌هایی است که شیخ انصاری (ره) از کتاب خلاف شیخ طوسی نقل می‌کند که این امر مورد اجماع فقیهان شیعه است (طوسی، بی‌تا: ۲/ ۲۵۳-۲۵۲؛ نوری، ۱۴۰۷: ۱۳/ ۴۲۶).

حکم معامله نسبت به این‌گونه اموال، میان فقها، حقوقدانان و محاکم دادگستری، معرکه آراء و منشأ اختلافات فراوان بوده است. برخی فقها و حقوقدانان سنتی و نوین، وضعیت حقوقی مراعی را جمع میان وضعیت حقوقی صحت و بطلان بر معامله نسبت به مال مرهون دانسته‌اند (خویی، بی‌تا ۵/ ۲۶۳؛ کریمی و شعبانی کندسری؛ ۱۳۹۱: ۱۶۶-۱۷۰)؛ به همین جهت چون پژوهشی در این خصوص تاکنون به‌شرح پیش‌گفته به‌عمل نیامده است، نگارنده این پژوهش به‌دنبال پرسش‌های بنیادین زیر است:

- الف- آیا وضعیت حقوقی مراعی، جمع وضعیت‌های حقوقی صحت و بطلان بر معامله نسبت به مال مرهون است یا جمع میان وضعیت حقوقی صحت و غیرقابل استناد؟
- ب- آیا ماده ۶۲ قانون برنامه احکام دائمی توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵، رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۰۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور را مورد تخصیص قراردادده است یا خیر؟. به‌همین لحاظ در ابتدا به بررسی اعمال مفهوم و ارکان وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون می‌پردازیم. در ادامه نیز به تبیین احکام این وضعیت حقوقی و مقایسه آن با سایر وضعیت‌های حقوقی خواهیم پرداخت.

۱- اعمال مفهوم و ارکان وضعیت حقوقی مراعی نسبت به مال مرهون

منظور از وضعیت حقوقی معاملات یا قراردادها، حکم تکلیفی نیست، بلکه مراد از وضعیت‌های حقوقی، حکم وضعی است که براساس قانون، اصول و قواعد حقوقی یا فتاوی معتبر برای عقد ثابت می‌شود؛ مانند صحت، نفوذ، عدم قابلیت استناد، بطلان.

وضعیت حقوقی دیگری که عده معدودی از فقها به آن اشاره کرده‌اند، وضعیت حقوقی مراعی است. بنابراین شناخت مفهوم و ارکان این وضعیت بر مال مرهون، در درک و اعمال احکام این وضعیت حقوقی نسبت به مال مرهون کمک خواهد کرد. در این مبحث به تبیین مفهوم و ارکان وضعیت حقوقی مراعی خواهیم پرداخت.

۱-۱- اعمال مفهوم وضعیت حقوقی مراعی نسبت به مال مرهون

مراعی از نظر لغوی به معنی مراقبت و حفظ است (ابن فارس، ۱۴۰۴: ۲/ ۴۰۸). اینکه در زبان عربی بیان می‌شود که امر فلانی را مراعات کنیم، به این معناست که مراقبت و ملاحظه نمائیم که پایان کار چه خواهد شد (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۳۲۷). این واژه در نگاه فقها در معانی مختلف به کار رفته است. مراعی در فقه در معانی نزدیک به تعلیق، (فاضل لنگرانی، ۱۴۲۴: ۱۱۱) عقد غیرنافذ (مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۴/ ۱۱۶) به کار رفته است. برای روشن شدن بیشتر موضوع به ذکر مواردی از به‌کارگیری این واژه را در نصوص قانونی و فقهی خواهیم پرداخت.

۱-۱-۱- ماده ۹۵۷ قانون مدنی مقرر داشته: «حمل از حقوق مدنی متمتع می‌شود، مشروط بر اینکه زنده متولد شود» به این معنا که چنانچه به نفع جنین وصیت شده باشد، مالکیت موصی له (جنین) منوط و مراعی در منشأ به زنده متولد شدن حمل دارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱/ ۱۱۸۶۱).
 ۱-۱-۲- زن نسبت به هر روز خود، مستحق نفقه است. لیکن استحقاق مزبور، مشروط به عدم نشوز است، در صورتی که زن در اواسط روز، ناشزه شناخته شود، مالی که بابت نفقه به تملیک او پرداخت شده است، کاشف از آن بوده که زن مستحق نفقه نبوده و در صورتی که نفقه را دریافت کرده و نزد وی تلف شده باشد، می‌بایستی مثل آن مال را بازگرداند. زیرا استحقاق تمام نفقه منوط به تملیک بوده و حصول مالکیت زوجه نسبت به نفقه آنی است نه تدریجی (حکیم، ۱۴۱۶: ۱۳/ ۳۳۴).
 در نتیجه مالکیت زوجه نسبت به نفقه روزانه، مراعی در منشأ به عدم نشوز است. زیرا نشوز به‌عنوان مانع اثرگذار در تملیک مالکیت زوجه نسبت به نفقه روزانه است. به عبارت دیگر، ناشزه بودن (عدم تمکین) دلالت بر عدم استحقاق زوجه نسبت به نفقه دارد. از این رو می‌بایست تا مشخص شدن وضعیت تمکین یا عدم تمکین به انتظار نشست.

بنابراین با دقت در ادبیات فقهی و حقوقی به کار رفته، مراعی را انتظار برای رفع مانع در نظر گرفته‌اند. از عبارت مرحوم میرزای نائینی در مورد اثر اجازه مرتهن چنین معنایی برداشت می‌شود که می‌گوید: «لان اجازه المرتهن توجب رفع المنع عن تأثیر بیع الراهن فالبیع الصادر عنه صادر عن اهله... الا ان تعلق حق المرتهن بمتعلقه کان او قفه عن النفوذ فکان بیعه کان معلقاً فی الهواء منتظراً فی تأثیره لرفع المانع عن تأثیر و هو حق المرتهن و الاجازه توجب ارتفاع المانع عن تأثیره و بعد ارتفاعه یؤثر اثره لا محاله ان الوقوف عن تأثیره کان لاجل وجود المانع و لا محاله منتظره فی التأثیر بعد ارتفاعه» (نائینی، ۱۴۱۳: ۲/۴۶۱-۴۶۲).

این وضعیت ناظر به زمانی است که در آن با حقوق مانع مواجه هستیم و این حقوق سبب ایجاد وضعیتی کرده که آن را مراعی می‌گویند. بنابراین از توجه به مفهوم لغوی مراعی که به معنای مراقبت و ملاحظه که پایان کار چه خواهد شد و دقت در ادبیات فقهی به کار رفته، در مورد این واژه که وضعیت حقوقی یک عمل حقوقی از حیث مقتضی قرارداد (قصد، رضا و...) کامل بوده را به لحاظ وجود حقوق مانع از تصرف یا قصور در سلطنت مالک، منوط به مشخص شدن امر دیگر دانسته‌اند، مناسب‌ترین مفهوم و تعریفی که از وضعیت حقوقی مراعی می‌توان بیان کرد، آن است که وضعیت حقوقی مراعی عبارت است از وضعیت حقوقی عقدی که به لحاظ وجود حقوق مانع از تصرف یا قصور در سلطنت مالک تا مشخص شدن وضعیت امر دیگر، بین وضعیت حقوقی صحت و غیرقابل استناد، مراعی است. به این معنی که با مشخص شدن وضعیت امر دیگر و رفع مانع، کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست صحیح بوده است. اما در صورت ثبوت مانع و وجود وضعیت غیر طلق بوده، کشف می‌شود که قرارداد از روز نخست بین طرفین معتبر است، لیکن این قرارداد در برابر اشخاص ثالث که حقوق آنان در معرض پایمال شدن قرار دارد، غیر قابل استناد است.

در نتیجه در جهت اعمال مفهوم وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون، چون در لحظه انعقاد قرارداد راهن با خریدار بر ما روشن نیست که آیا دین پرداخت خواهد شد یا خیر، می‌بایستی تا زمان پرداخت دین در انتظار برای رفع مانع بمانیم که آیا در عقد رهنی بین راهن و مرتهن، در موعد مقرر، راهن دین خود را به مرتهن پرداخت خواهد کرد یا خیر؟

۱-۲- اعمال ارکان وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون

به دنبال اعمال مفهوم وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون، در ادامه ارکان این وضعیت حقوقی را بیان و سپس به بررسی اعمال ارکان وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون خواهیم پرداخت.

۱-۲-۱- ارکان وضعیت حقوقی مراعی

۱-۲-۱-۱- احراز شرایط اساسی صحت معاملات موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی

از توجه به مواردی که در مطالب پیش گفته بیان شد، به این نکته دست می‌یابیم که در وضعیت حقوقی مراعی، عمل حقوقی از جهت مقتضی عقد شامل قصد، رضا، اهلیت طرفین و معین بودن موضوع و مشروعیت جهت معامله و دیگر ارکان اشاره شده در ماده ۱۹۰ قانون مدنی دچار هیچ نقصانی نبوده و کامل است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۰۱/۱).

در قرارداد بیعی که در لحظه انعقاد عقد، مال مورد معامله قابل تسلیم نباشد، لیکن امید آن وجود داشته باشد که در آینده عمل تسلیم انجام شود، این قرارداد اجمالاً صحیح بوده، اما به لحاظ احتمال پایمال شدن حقوق شخص ثالث این امکان وجود دارد که عقد از روز نخست با وضعیت جدید دیگری روبرو شود که در ادامه این مقاله به آن پرداخته می‌شود. این وضعیت اجمالی به وجود آمده را مراعی تلقی کرده‌اند (خویی، بی تا: ۲۶۳؛ نائینی، ۱۴۱۳: ۱/۴۲۷).

۱-۲-۱-۲- وجود اموال غیر طلق

واژه طلق به کسر (ط) به معنی آزاد، بی‌بند و رها و ویژگی ملک یا مالی که مالکیت آن برای یک نفر مسلم شده و کسی در آن شریک نباشد (دهخدا، ۱۳۷۳: ۱۳۶۸۲؛ معین، ۱۳۸۶: ۶۹۹؛ انوری، ۱۳۸۲: ۱۱۷۷).

تفسیر طلقت میان فقهای شیعه معرکه آراء و نظرات متفاوت بوده است. مرحوم محقق حلی برای اولین بار در شرایع مبحث طلق بودن عوضین ذکر کرده است. لیکن تعریف مشخصی از این واژه ارائه نکرده است. برخی طلقت را از اوصاف مال دانسته و به معنی تمامیت و تمام و کامل بودن ملک می‌دانند (حلی، ۱۴۲۰: ۴۱/۱۰؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۹۷/۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۲: ۱۴۱۲-۷۲/۲-۶۹).

مراد از طلق، سلطنت تام بر ملک است؛ به گونه‌ای که مالک بتواند هر کاری را که می‌خواهد با ملک خود انجام دهد و برای تصرف در ملک خویش، مطلق‌العنان و آزاد باشد. به این معنا که مالک در نقل ملک خود مطلق‌العنان و آزاد باشد و مال به دلیل وجود یکی از حقوقی که مانعیت آن از تصرف مالک در ملکش مسلم است، به ضرر مالک محبوس و بازداشت نباشد. (انصاری، ۱۴۲۴: ۱۴۲۴-۳۰/۴-۲۹).

در نتیجه مفهوم طلق بودن، تمام و کامل بودن سلطنت است که خود ناشی از آزاد بودن بیع از حق دیگران و مطلق‌العنان بودن آن برای مالک خواهد بود. همین معنا مبنای جواز و نفوذ تصرف مالک در ملک خویش است (نائینی، ۱۴۲۱: ۳۳۷/۲-۳۳۴؛ حسینی شیرازی، بی تا: ۳۶۰-۳۵۸؛ مروج جزایری، ۱۴۱۶: ۱۴۱۶/۶-۴۸۴).

فقها و حقوقدانان مذکور طلقت را همان گونه که بیان شد از اوصاف مالک در نظر گرفته‌اند.

قانون مدنی ایران از طلق بودن مورد معامله نه در مبحث شرایط عمومی صحت قرارداد و نه در بحث شروط عوضین، نامی نبرده است. لیکن قانون اخیر در ماده ۳۴۵ مقرر داشته: «هریک از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اهلیت برای تصرف در مبیع یا ثمن را نیز داشته باشد». در نتیجه با مذاقه در مواد ۳۴۵ قانون مدنی و ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ و دقت نظر در ماده ۱۹۰ قانون مدنی و آراء وحدت رویه ۶۲۰ و آراء اصراری دیوان عالی کشور و ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ و رویه قضایی و نظرات حقوقدانان و دکترین و برخلاف نظر برخی نویسندگان که در مقالات منتشره به این نتیجه رسیده‌اند که طلقیت اصل بوده و شرط عمومی و مستقل است که مخالفت با آن به بطلان و عدم نفوذ منجر و با عدم بودنش موجب عدم صحت عقد می‌شود (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۲). پژوهش در این حوزه به نتیجه رسیده است که در نظام حقوقی ایران بنا به ادله پیش‌گفته و موافق با نظر برخی حقوقدانان معاصر (دیلمی، ۱۳۹۴). نظام حقوق موضوعه فعلی ایران بر نظر فقهی مرحوم امام خمینی (ره) منطبق بوده و از نظر اخیر تبعیت و پیروی کرده و طلق بودن جزء شرایط اساسی صحت معاملات موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی تحت عنوان شرط مستقل برای عوضین یا طرفین بیان نشده و اصل نبوده و وجود حقوق مانع عام و خاص در مال مورد معامله و قصور در سلطنت مالک بر مال خود که تأویل‌پذیر به شرطیت نبوده و صرفاً بیانگر موانعی هستند که مانع تأثیرگذاری بر عقد هستند. در نتیجه بنا به ادله پیش‌گفته، مناسب‌ترین تعریف از مال غیر طلق عبارت است از: «اموالی که واجد حقوقی، مانع از تصرف مالک بوده یا قصور در سلطنت مالک بر مال باشد، غیر طلق نامیده می‌شود».

بنابراین رکن اساسی دیگر وضعیت حقوقی معاملات است که مراعی است، آن است که مال مورد معامله، غیر طلق است که تعریف آن به شرح پیش‌گفته بیان شد.

۱-۲-۲- اعمال ارکان وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون

در مطالب پیشین بیان شد که وضعیت حقوقی مراعی دارای دو رکن اساسی شامل شرایط اساسی صحت معاملات و وجود مال غیر طلق بوده که وجود مال غیر طلق احتمال پایمال شدن حقوق شخص یا اشخاص ثالث را تقویت می‌کند.

بنابراین اجازه ثالث در معاملات مال مرهون از ارکان وضعیت حقوقی مراعی نیست، زیرا اثر معامله مال مرهون، منوط به مشخص شدن وضعیت پرداخت یا عدم پرداخت دین است. مراعی به‌طور اساسی ناظر به وجود مانع است و با زوال مانع، اجمال به وجود آمده مرتفع می‌شود و کشف می‌شود که وضعیت حقوقی از ابتدا به چه نحو بوده است (کرکی، ۱۴۱۴: ۵/۱۴۵).

در نتیجه برای اعمال ارکان وضعیت حقوقی مراعی، نخست می‌بایست تمامی شرایط اساسی صحت معامله در قرارداد احراز شود. دواماً مال مورد معامله غیر طلق باشد. به این معنا که در ابتدا مال مورد معامله به موجب سند رهنی در رهن مرتهن قرار گیرد و سپس مالک یا راهن همان مالی که در رهن قرار گرفته را به موجب سند عادی به شخص ثالث به فروش می‌رساند که در صورت احراز این شرایط، ارکان وضعیت حقوقی مراعی بر مال مرهون اعمال شده است.

۲- اعمال احکام وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون

در این مبحث، به تبیین اینکه وضعیت حقوقی مراعی از چه حکم یا احکامی تبعیت می‌کند، خواهیم پرداخت. پرسش‌های اصلی این مبحث آن است که معامله مال مرهون که معارض با حق شخص ثالث (مرتهن) بوده در حالت مراعی صحیح است یا معلق؟
مراعی جمع میان وضعیت حقوقی صحت و بطلان است یا جمع میان وضعیت حقوقی صحت و غیرقابل استناد؟

۲-۱- تبیین احکام وضعیت حقوقی مراعی بر معامله نسبت به مال مرهون

پرسش اصلی آن است که وضعیت حقوقی معامله نسبت به مال مرهون قبل و بعد از اعمال حق شخص ثالث و در زمان پرداخت دین، چنانچه راهن یا شخص ثالث، دین را در موعد مقرر پرداخت نکرد و ثالث حق خود را اعمال کرد، وضعیت حقوقی این‌گونه معاملات چیست؟
۲-۱-۱- وضعیت قرارداد فروش مال مرهون قبل از موعد پرداخت دین و اعمال شخص ثالث
این وضعیت ناظر به زمانی است که با یک یا چند حقوق مانع بر اموال غیر طلق که واجد حقوقی، مانع از تصرف یا قصور در سلطنت مالک بر مال خود، وجود داشته باشد. این حقوق مانع سبب ایجاد وضعیتی را می‌کند که آن را مراعی می‌نامند. چنانچه این مانع مرتفع شود، اجمال به وجود آمده بر طرف شده و معلوم خواهد شد که وضعیت حقوقی از ابتدا به چه نحو بوده است (کرکی، ۱۴۱۴: ۵/۱۴۵).
بنابراین مراعی انتظار برای رفع مانع و ناظر به گذشته است. لیکن تعلیق، انتظار برای رفع مانع و ناظر به آینده است (فقحانی، بی تا: ۳۰۴).

عبارت مرحوم میرزای نائینی که می‌گوید: «... ان تعلق حق المرتهن بمتعله کان اوقفه عن النفوذ فکان بیعه کان معلقاً فی الهوا منتظراً فی تاثیره لرفع المانع عن تاثیر و هو حق المرتهن و الاجازه توجب ارتفاع المانع عن تاثیر و بعد ارتفاعه یوثر اثره لا محاله ان الوقوف عن تاثیره کان لاجل وجود المانع و لا محاله منتظره فی التأثير بعد ارتفاعه».

معامله مال مرهون را قبل از رفع مانع معلق در هوا و مراعی دانسته و موارد پیش‌گفته را نیز تأیید می‌کند (نائینی، ۱۴۱۳: ۲/۴۶۲-۴۶۱).

در نتیجه چنانچه راهن، پیش از موعد پرداخت دین، اقدام به فروش مال مرهون نماید، قرارداد مزبور تا زمان فرارسیدن دین، مراعی است؛ به این معنی که وضعیت حقوقی عقد در مفهوم اعم خود (صحت یا بطلان یا سایر موارد) در لحظه فروش مال مرهون مشخص نیست و می‌بایست تا زمان ادای دین در انتظار نشست. این معامله از سوی مالک از همان ابتدا به صورت مراعی و متزلزل و منوط به رفع حقوق مانع منعقد می‌شود.

۲-۱-۲- وضعیت قرارداد فروش مال مرهون بعد از موعد پرداخت دین

چنانچه شخص ثالث حقی را که بر مورد معامله دارد، اجرا کند و در مقام اعمال حق رهنی خود بر مال مرهون برآید، وضعیت حقوقی معامله مال مرهون اهمیت پیدا می‌کند. حکم معامله نسبت به مال مرهون در میان فقها و حقوقدانان معرکه آراء و نظرات متفاوت بوده است.

معدودی از فقها معاملاتی مانند بیع را با تمسک به قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» منافی حق مرتهن ندانسته و هر نوع تصرف اعم از مادی و حقوقی را صحیح می‌دانند (حسینی روحانی، بی تا: ۴۵؛ تبریزی، ۱۴۱۶: ۳/۱۶۵).

پایه اساسی نظر مذکور بر این موضوع مبتنی است که انتقال مال مرهون، تصرف منافی تلقی نمی‌شود. زیرا حق مرتهن به همراه عین به خریدار منتقل می‌شود. در حقوق انگلیس، در هنگام انعقاد قرارداد رهن، مالکیت مال مرهونه، به بستانکار منتقل می‌شود. اما با این شرط که در حین پرداخت دوباره بدهی، مالکیت به بدهکار بازگردد. این وضعیت در حقوق ایران مشابه بیع شرط است. در این نظام حقوقی، راهن حق فروش مال مرهونه را دارد. اما انتقال هنگامی مؤثر است که راهن دوباره، مالکیت مال را به دست آورد (peter, oxford, 2000:417).

دلیل بطلان را محقق تستری این گونه بیان می‌کند که: اگر چه معامله در جایی باطل نیست که فروشنده مالک نباشد، اما مالکی که نهی شرعی بر فروش آن دارد، نافرمانی خداوند را نموده است. زیرا خداوند دست راهن را به خاطر حق مردم، بسته است. از این رو راهن با فروش مال مرهون نه تنها مرتهن را، که خداوند را نافرمانی کرده است. بنابراین بیع مال مرهون به دلیل منع شرعی آن باطل است (طوسی، ۱۳۸۷: ۲/۲۲۷؛ حلی، ۱۴۱۰: ۲/۴۱۷؛ تستری، بی تا: ۱۹۰-۱۸۹).

مشهور فقها و حقوقدانان قائل به غیرنافذ بودن این گونه معاملات هستند (شهیدثانی، بی تا: ۸۳/۴؛ انصاری، ۱۴۱۱: ۲/۸۴؛ نائینی، ۱۴۲۱: ۲/۳۲۷؛ عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۱/۳۶۳؛ حائری شاهباغ، ۱۳۸۶: ۶۹۵). مرحوم شیخ (ره)، رضایت مرتهن را به منزله فک رهن می‌داند و به معنای قبول مرتهن به فروش مال مرهون از راهن به ثالث نیست؛ و اجازه مرتهن بعد از رد وی را مؤثر می‌داند. (انصاری، ۱۴۱۱: ۲/۱۸۹).

مرحوم میرزای نائینی در دفاع از نظریه مرحوم شیخ (ره) می‌گوید: اجازه بعد از رد از سوی مرتهن تأثیر ندارد. زیرا که رد موجب بطلان عقد می‌شود (نائینی، ۱۴۲۱: ۲/۳۳۱-۳۳۰).

در سال ۱۳۷۶ در نتیجه اختلافاتی که به شرح پیش‌گفته میان محاکم ایجاد شده بود، رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ از سوی هیئت عمومی دیوان عالی کشور صادر شد و حکم این‌گونه معاملات را غیرنافذ دانست. متعاقب آن آرای اصراری شماره ۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۱۲ و ۳۱ مورخ ۱۳۷۷/۱۲/۱ هیئت عمومی اصراری دیوان عالی کشور، حکم معاملات مال مرهون را صحیح دانست.

برخی دیگر از حقوقدانان نیز قائل به غیرقابل استناد بودن این‌گونه معاملات هستند. به این معنا که قرارداد فروش مال مرهون بین راهن و خریدار، همان‌طور که از مفاد و ظاهر آرای اصراری مذکور برمی‌آید، قراردادی صحیح بوده، لیکن در برابر مرتهن غیرقابل استناد است. براساس این قرارداد می‌توان راهن را به پرداخت طلب مرتهن، فک رهن و پس از آن تنظیم سند رسمی به نام خریدار محکوم کرد. دعوی ابطال قرارداد از سوی مرتهن پذیرفته نیست، زیرا عدم قابلیت استناد قرارداد، حقوق مرتهن را از تعرض مصون می‌دارد (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۷-۲۹۲). در حقوق فرانسه، وضعیت حقوقی غیرقابل استناد، ویژه اشخاص ثالث است (lexique de termes juridiques, N.35). بنابراین قرارداد غیرقابل استناد، قراردادی معتبر و دارای آثار حقوقی بین طرفین آن بوده، اما به دلایلی که به تشکیل عقد ارتباط ندارد، نمی‌تواند در برابر اشخاص ثالث دارای اثر باشد. این بی‌اعتباری به این معنا است که موقعیت ناشی از عمل مذکور، «بر ضد» آنان تأثیری ندارد. اما اگر منافع اشخاص ثالث ایجاد کند، آنان همواره می‌توانند به عمل مذکور استناد کنند؛ زیرا غیرقابل استناد بودن این وضعیت حقوقی در برابر اشخاص ثالث، برای حمایت از شخص یا اشخاص ثالث است (juris classeur. Civil, fase.2006.N.36). از این رو عدم قابلیت استناد، وضعیت عمل حقوقی است که ارکان داخلی آن کامل است. به همین دلیل هم میان طرفین خود اعتبار دارد. اما چون قواعد حامی اشخاص ثالث را نقض کرده، در برابر آنان بی‌اعتبار است (lexique de termes juridiques, N.323).

برخی نویسندگان حقوقی عصر حاضر، بیان داشته‌اند که وضعیت مراعی بیانگر وضعیتی است که قرارداد شرایط صحت را داراست. اما برای رعایت حقوق اشخاص ثالث، قرارداد مزبور تا بازه زمانی خاصی مراعی (منتظر) می‌ماند. بعد از گذشت زمان مذکور اگر حق ثالث به هر نحو ادا شود، صحیح و در غیر این صورت باطل است (روشن، خوئینی و فلاحی، ۱۳۹۴: صفحات چکیده و نتیجه). برخی دیگر نیز عنوان کرده‌اند که در نظریه عدم قابلیت استناد، عقد، همواره بین طرفین صحیح است و به عقد باطل تبدیل نمی‌شود (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰: ۳۹۸)، اما در نهاد مراعی

بعد از مشخص شدن واقع و استفاده ثالث از حق خود، معاملات واقع شده باطل یا منفسخ می‌شوند (کریمی و شعبانی‌کنندسری، ۱۳۹۱: ۱۶۶-۱۷۰؛ شعبانی‌کنندسری، ۱۳۹۵: ۱۲۳؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۸-۱۴).

برخی فقها می‌گویند: مانعی نیست از التزام وقوع بیع هر چیزی که از تسلیم آن عاجز هستیم، اما امید به تسلیم آن هست. در این صورت مراعی به تمکن به تسلیم مال در زمانی که انتفاع از آن مال از بین نرفته باشد یا مانعی نیست از حکم کردن به صحت بیع که مراعی به تسلیم مانند بیع سلم است. از این رو اگر بایع قادر به تسلیم در زمان مقرر باشد، پس حکم به صحت می‌کنیم و ضرری نیست. اگر بایع قادر به تسلیم نباشد، ضرری و غرری نیست تا بگوئیم باطل است (خویی، بی تا: ۳۰۲/۵؛ نایینی، ۱۴۱۳: ۱/۴۷۲).

پذیرش وضعیت حقوقی عقدی که از حیث مقتضی کامل بوده و دارای تمامی شرایط اساسی صحت معامله است را مراعی به مشخص شدن امر دیگری نمائیم و با مشخص شدن وضعیت امر دیگر بگوئیم که کاشف به عمل می‌آید که چنین عقد صحیحی از روز نخست باطل بوده است، با موازین و اصول حقوقی مندرج در قوانین موضوعه نظام حقوقی ایران، منطبق نبوده و ابطال قراردادی که در یک زمان صحیح و نافذ بوده، در حقوق ما موجب شگفتی است، مرحوم دکتر کاتوزیان نیز در باب اخذ به شفعه می‌گوید: «ابطال قراردادی که تا زمان اخذ به شفعه صحیح بوده، در حقوق ما سبب شگفتی است؛ زیرا به طور معمول قرارداد از آغاز وقوع خود یا درست و نافذ است یا باطل و غیرنافذ.»

حالتی که عقد در حال وقوع مباح و نافذ باشد، ولی حادثه یا عمل حقوقی دیگر بتواند آن را از آغاز باطل کند، رویداد نامتعارف است.

به همین جهت در توجیه آن گفته می‌شود که مراعی است. این اصطلاح که گاه در مورد تنفیذ اعمال حقوقی ناقص و غیرنافذ به کار می‌رود، در فرضی که قرارداد کامل و نافذی ابطال می‌شود به سختی قابل فهم است و ساختار حقوقی آن را بیان نمی‌کند. چگونه می‌توان عملی را که در حدود مفاد خود نافذ است و از نظر کمال هیچ‌گونه کاستی ندارد، مراعی نامید و در حکم معامله فضولی شمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱/۲۸۸).

پذیرش دیدگاه بطلان قرارداد فروش مال مرهون در صورت عدم پرداخت دین و اعمال حقوق شخص ثالث، در حقوق ما با این ایراد اساسی مواجه است که چگونه می‌توانیم قراردادی که تمامی شرایط اساسی صحت معامله در آن وجود داشته، با وقوع یک امر دیگر مانند عدم پرداخت دین به مرتهن با بطلان مواجه شود. این قضیه در حقوق ما موجب شگفتی است و با موازین نظام حقوقی

ایران انطباقی ندارد. قانون‌گذار ایران با تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵، وضعیت حقوقی غیرقابل استناد را در نظام حقوقی ایران احیا کرده است. برخلاف نظر برخی فقها که عقد مراعی را جمع میان وضعیت حقوقی صحت و بطلان دانسته‌اند (خویی، بی تا: ۵/۲۶۳؛ نائینی، ۱۴۱۳: ۱/۴۷۲؛ خویی، بی تا: ۵/۳۰۳-۳۰۲). عقد مراعی را باید جمع میان وضعیت حقوقی صحت و غیرقابل استناد در نظر گرفت، نه جمع میان صحت و بطلان. در صورت عدم پرداخت دین، اعتقاد به نظریه عدم نفوذ و اعلان رد معامله مال مرهون، موجب بطلان کامل قرارداد مال مرهون می‌شود. در صورتی که ممکن است راهن یا خریدار یا شخص ثالث، پس از اعلام رد توسط مرتهن یا پس از صدور حکم، اقدام به پرداخت و تسویه دین راهن نمایند. در این صورت به لحاظ عقلایی و منطقی حکم به بطلان بیع مرهون قابل پذیرش نیست و با بطلان قرارداد نیز مرتهن نفعی نخواهد برد. آنچه برای مرتهن دارای اهمیت است، غیرقابل استناد بودن قرارداد مدیون با خریدار و مصونیت حقوق مرتهن از تعرض است.

پذیرش نظریه عدم قابلیت استناد در نظریه مراعی دارای این اثر است که دائن فقط تا میزان طلب خود حق استیفا از مال مرهون را با اعمال حق خود دارد. عقد میان مدیون و خریدار در برابر مرتهن غیرقابل استناد و در برابر دیگران قابلیت استناد را دارد.

دلیل عدم استناد فقها به نظریه غیرقابل استناد در نظریه مراعی، ناآشنایی آنان با این نهاد حقوقی است. دلیل استناد آنان به نظریه عدم نفوذ نیز حفظ حقوق مرتهن که دارای حق عینی بر مال مرهون است، می‌باشد. تمام نگرانی فقها و حقوقدانان و قانون‌گذار این بوده که حقوق مرتهن حفظ شود. ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ که از اوایل سال ۱۳۹۶ لازم‌الاجرا شده است، نیز قرارداد عادی میان راهن و خریدار را صحیح دانسته است. لیکن قرارداد مزبور در مقابل ثالث غیرقابل استناد در نظر گرفته، که تأییدی بر نظریه مراعی است. به این معنا که اگر دین در زمان مقرر خود پرداخت شود، معامله بین راهن و خریدار صحیح و در غیر این صورت چنین معامله عادی در برابر مرتهن غیرقابل استناد است. مفهوم مخالف ماده ۶۲ قانون مذکور آن است که اگر اعتبار شرعی سند عادی بیع، میان راهن و خریدار به تشخیص دادگاه به اثبات رسید، در این صورت سند عادی اخیر علیه ثالث نیز قابل استناد بوده و دلالت بر آن دارد که حق مرتهن به وسیله سند عادی مزبور که اعتبار شرعی آن توسط دادگاه به اثبات رسیده، مورد تضییع قرار گرفته و پایمال شود. از سوی دیگر تصویب ماده ۶۲ قانون مذکور، رأی وحدت رویه ۶۲۰ سال ۱۳۷۶ هیئت عمومی دیوان عالی کشور را تخصیص نسخ البعض کرده است.

به عبارت دیگر با تصویب این ماده، معامله عادی مال مرهون را که به موجب رأی وحدت رویه ۶۲۰ غیرنافذ بوده، صحیح شناخته شده است. لیکن این معامله عادی در برابر مرتهن غیرقابل استناد است. به نظر می‌رسد که مناسب‌ترین وضعیت حقوقی چنین معاملاتی که حقوق هر سه طرف درگیر را در امنیت معاملات بهم نریزد و موجب ثبات و استحکام معاملات شود، آن است که معامله نسبت به مال مرهون را مراعی بدانیم. چنانچه دین در زمان فرا رسیدن دین پرداخت شود، کاشف به عمل می‌آید که عقد میان راهن و خریدار از روز نخست صحیح بوده است. لیکن در صورت عدم پرداخت دین، معامله عادی بین راهن و خریدار بنا بر مطالب پیش گفته و نص ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵، در رابطه میان طرفین آن صحیح بوده، لیکن در برابر ثالث غیرقابل استناد؛ و همین غیرقابل استناد بودن برای حفظ حقوق مرتهن کافی است. مرتهن نیز چون بیگانه از عقد بوده و اجازه مرتهن در عقد مراعی نیز نه جزء شرط و نه سبب معامله است، از این رو رد قرارداد میان راهن و خریدار توسط مرتهن بی‌تأثیر است. در حقوق فرانسه نیز، هبه مال مرهون را صحیح می‌دانند. زیرا از حق مرتهن نمی‌کاهد و او حق تعقیب دارد (3: Gautier, 2006).

بنابراین اگر مرتهن عقد بیع را رد کند، ولی در مقام استیفای طلب خود نباشد، بیع صحیح است (نائینی، ۱۴۱۳: ۲/۴۶۲). اما اگر مرتهن در مقام استیفای حق خود برآید، چون حق عینی و تقدم بر مال مرهون دارد، معامله عادی بین راهن و خریدار صرفاً میان آنان معتبر بوده و در برابر مرتهن غیرقابل استناد است.

زیرا رضایت و اجازه مرتهن سبب سقوط حق مرتهن بوده و به منزله فک رهن یعنی رفع مانع است. رد معامله مال مرهون توسط مرتهن نیز به معنای اصرار مرتهن بر بقای حق خویش و به منزله بطلان نیست. به طور اساسی اجازه در عقد مراعی نه جزء شرط و نه جزء معامله است. قبول و رضایت مرتهن به معنای فروش مال مرهون از راهن به خریدار به همان وضعی که رهن بوده، نیست.

اما به معنای برطرف و تأمین شدن حق مرتهن و به منزله فک رهن است (خویی، بی تا: ۵/۲۴۹؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۳/۳۰۱؛ نائینی، ۱۴۱۳: ۲/۴۶۲؛ انصاری، ۱۴۲۴: ۴/۱۸۹)، زیرا رضایت یعنی عدم تعلق حق به مال است. بنا به همین جهات، بازداشت یا در رهن و وثیقه بودن مال، مانع برای رسیدگی قضایی به دعوای الزام به انجام مقدمات به منظور تنظیم سند رسمی انتقال مال در بازداشت (اخذ پایان کار و مفاصاحساب دارائی و صورت مجلس تفکیکی و عوارض نوسازی و شهرداری) نیست. زیرا ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ انتقال مال را مادامی که در توقیف قرار دارد، ممنوع دانسته است. همچنان که اگر مالی در رهن، وثیقه دادگاه کیفری، وثیقه بانکی، قرار داشته باشد، انتقال رسمی آن، امکان‌پذیر نیست. لیکن ذی‌نفع (خریدار) می‌تواند دادخواست الزام فروشنده به

رفع حقوق مانع را به دادگاه حقوق عمومی تقدیم کند. از جمله موانعی که باید رفع شود، رفع بازداشت از مالی است که به هر دلیلی ممکن است صورت گرفته باشد. در جهت شفافیت موارد مذکور نمونه رأی بدوی و تجدیدنظر در پی می‌آید.

رأی دادگاه بدوی به شماره دادنامه ۹۰۰۹۰۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۹ صادره از شعبه ۲۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران

در خصوص دادخواست خواهان خانم (ل.ب) فرزند ... با وکالت آقای ... و خانم ... به طرفیت خواندگان آقایان و خانم‌ها ۱...۲...۳...۴...۵...۶... مبنی بر اخذ پایان کار و اخذ مفصاحساب و صورت مجلس تفکیکی و عوارض نوسازی و تهیه کلیه مقدمات تنظیم سند رسمی و الزام به سند رسمی انتقال مالکیت یک واحد آپارتمان، به همراه یک واحد پارکینگ پلاک ثبتی ۸۵۱/۱۱۶ بخش ۱۱ تهران و خسارت‌های دادرسی و هزینه دادرسی و حق الوکاله و کارشناسی، با توجه به محتویات اوراق پرونده و توجهاً به پاسخ استعلام ثبتی واصله به شماره ۳۴۱۴۴ مورخ ۱۳۹۰/۰۹/۰۸ که حاکی از بازداشت بودن سهمی احدی از مالکان به نام آقای ... است، از این رو با توجه به مراتب و عنایت به عدم امکان انتقال سند پیش از بازداشت ملک متنازع‌فیه، دادگاه دعوی خواهان را به کیفیت حاضر قابل استماع ندانسته و قرار رد قرار خواهان را صادر و اعلان می‌نماید. رأی صادره حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران می‌باشند. رئیس شعبه ۲۱۸ دادگاه عمومی حقوقی تهران.

رأی دادگاه تجدیدنظر

تجدیدنظرخواهی خانم ... با وکالت آقای ... به طرفیت خانم ۱...۲...۳...۴...۵...۶... نسبت به آن قسمت از دادنامه شماره ۹۰۰۹۰۸ مورخ ۱۳۹۰/۱۱/۲۹ شعبه ۲۱۸ دادگاه عمومی تهران که طی آن درباره دعوی اخذ پایان کار، مفصاحساب، صورت مجلس تفکیکی، پرداخت عوارض نوسازی و تهیه مقدمات و الزام به تنظیم سند رسمی، به دلیل بازداشت سهم تجدیدنظر خوانده ردیف سوم از پلاک ثبتی ۱۱۶/۸۵۱ قرار رد دعوی صادر شده است، وارد است؛ زیرا از آنجایی که رسیدگی به دعوی مذکور به دلیل بازداشت پلاک ثبتی مانعی ندارد، از این رو این قسمت از دادنامه به استناد ماده ۳۵۳ از قانون آئین دادرسی مدنی، نقض و مراتب به منظور رسیدگی به دادگاه بدوی اعاده می‌شود. این رأی قطعی است. مستشاران شعبه ۱۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران

در نتیجه در صورت عدم پرداخت ادای دین در زمان ادای دین، چون قرارداد بین مدیون و خریدار صحیح بوده و در برابر ثالث غیر قابل استناد است، می‌توان فروشنده را به رفع حقوق مانع و فک رهن و وثیقه ملزم کرده و پس از فراهم شدن مقدمات تنظیم سند فروشنده را به الزام به تنظیم سند رسمی

انتقال به نام خریدار پس از رفع حقوق مانع، محکوم کرد. هیچ‌یک از طرفین عقد، حق تقاضای ابطال قرارداد را ندارند. دعوی ابطال از ناحیه ثالث نیز مورد پذیرش نیست. زیرا در عقد مراعی اجازه ورد ثالث نقشی در صحت یا بطلان فعلی عقد نداشته و اجازه ثالث در عقد مراعی برخلاف عقد غیرنافذ، شرط نیست.

از این رو، ماحصل این تحقیق علمی - پژوهشی در حوزه حقوق و فقه سنتی و نوین عصر حاضر و بنا به ادله فقهی مذکور و همچنین تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ و برخلاف نظر برخی فقها و حقوقدانان که عقد مراعی را جمع میان وضعیت حقوقی صحت و بطلان دانسته‌اند (خویی، بی تا: ۵/ ۲۶۳؛ نائینی ۱۴۱۳: ۱/ ۴۷۲؛ خویی، بی تا: ۵/ ۳۰۳-۳۰۲؛ کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۱: ۱۶۶-۱۷۰؛ شعبانی کندسری، ۱۳۹۵: ۱۲۳؛ محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۸-۱۴، روشن، خوئینی و فلاحی، ۱۳۹۴: ص چکیده و نتیجه)، عقد مراعی را باید جمع میان وضعیت حقوقی صحت و غیرقابل استناد در نظر گرفت، نه جمع میان صحت و بطلان.

تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ نیز رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور را مورد تخصیص قرار داده و معامله عادی مال مرهون را در رابطه میان راهن و خریدار صحیح دانسته و در برابر مرتبه غیرقابل استناد در نظر گرفته که موارد مذکور، نشانه‌های آشکار و دلایل محکمی بر پذیرش وضعیت حقوقی مراعی (جمع میان وضعیت حقوقی صحت و غیرقابل استناد) بر معامله نسبت به مال مرهون است.

نتیجه‌گیری

۱- چون مفهوم مراعی در فقه در معانی مقارن به تعلیق، غیرنافذ به کار رفته، در نتیجه مفهومی اعم از عدم نفوذ است. این اصطلاح هنگامی به کار می‌رود که مشخص شدن وضعیت یک عمل حقوقی اعم از عقد و ایقاع، منوط به تعیین تکلیف وضعیت امر دیگری بوده و تا زمان تعیین وضعیت دیگر، قرارداد به صورت مراعی در منشأ می‌ماند. وضعیت حقوقی مراعی ناظر به زمانی است که با یک یا چند حقوق مانع بر اموال غیر مطلق که واجد حقوقی، مانع از تصرف یا قصور در سلطنت مالک بر مال خود، وجود داشته باشد و این حقوق مانع سبب ایجاد وضعیتی را می‌نماید که آن را مراعی می‌نامند. بنابراین وضعیت مراعی دارای دو رکن اساسی است که عبارت‌اند از مال مورد معامله غیر مطلق باشد و شرایط اساسی صحت معامله نیز کامل باشد.

۲- معامله مال مرهون، پیش از رفع حق یا حقوق مانع، معلق در هوا بوده و تا زمان فرارسیدن دین، به صورت مراعی و متزلزل و منوط به رفع حقوق مانع منعقد می‌شود. تعیین تکلیف و مشخص

شدن وضعیت پرداخت دین راهن به ثالث (مرتهن)، به عنوان یک مانع اثرگذار در تملیک مال به مشتری است.

برخی فقها در تبیین این وضعیت حقوقی بیان داشته‌اند که چنانچه وضعیت حقوق مانع، مرتفع شود، اجمال به وجود آمده، برطرف شده و معلوم خواهد شد که وضعیت حقوقی از ابتدا صحیح یا باطل بوده است.

به این معنا که عدم تأمین یا عدم پرداخت حقوق ثالث، در زمان ادای دین، کاشف از آن است که قرارداد فروش مال مرهون میان مدیون و خریدار باطل است.

این برداشت با موازین حقوقی نظام حقوقی ایران منطبق نیست. زیرا چگونه می‌توانیم عقدی را که شرایط اساسی صحت معامله در آن کامل است و با پرداخت دین راهن به ثالث، صحیح دانسته شده، با وقوع یک امر دیگر مانند عدم پرداخت دین به مرتهن، با بطلان مواجه شود. پژوهش در موضوع به این نتیجه دست یافته که تأمین یا پرداخت حقوق اشخاص ثالث، در زمان ادای دین، کاشف از آن است که قرارداد فروش مال مرهون، منافاتی با حقوق مرتهن نداشته و از روز نخست صحیح خواهد بود. لیکن در صورت عدم پرداخت حقوق مرتهن، قرارداد میان مدیون و خریدار، چون با حقوق مرتهن منافات پیدا می‌کند و مانع اثرگذار در تملیک مال از راهن به خریدار همچنان وجود دارد، از این رو عقد میان مدیون و خریدار به صورت مراعی در منشأ و اجمالاً صحیح بوده، اما در برابر مرتهن غیرقابل استناد است. بر این اساس دادگاه‌ها می‌توانند بنا به تقاضای خریدار، راهن را به پرداخت طلب مرتهن، فک رهن و سپس الزام راهن (مدیون) را به تنظیم سند رسمی به نام خریدار محکوم کنند. تصویب ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ تأییدی بر مناسب دانستن نظریه مراعی است.

۳- در معامله مال مرهون که وضعیت حقوقی مراعی را مناسب دانستیم، سرنوشت عقد در اختیار ثالث (مرتهن) نیست.

زیرا در وضعیت حقوقی مراعی، اجازه ثالث نه به عنوان شرط و نه جزئی از معامله است. لیکن در عقد موقوف اجازه هم شرط و هم جزئی از معامله است. از این رو رضایت و اجازه مرتهن سبب سقوط حق مرتهن و به منزله فک رهن یعنی رفع حقوق مانع بوده و به معنای فروش مال مرهون از راهن به ثالث نیست. زیرا رضایت به معنی عدم تعلق حق به مال است.

رد معامله مال مرهون توسط مرتهن نیز به معنای اصرار مرتهن بر بقای حق خویش و به منزله بطلان نیست.

بنابراین موجبی جهت تقاضای ابطال قرارداد از طریق ارائه دادخواست ابطال قرارداد از دادگاه از سوی مرتهن وجود نداشته و مرتهن چون بیگانه از عقد و اجازه وی فاقد اثر بوده و دلیلی بر ابطال معامله مال مرهون وجود ندارد، از این رو اجازه وی صرفاً به منزله فک رهن بوده و رد مرتهن نیز به منزله بطلان نبوده و دعوی ابطال قرارداد از سوی مرتهن نیز پذیرفته نیست. زیرا رد مرتهن به معنای اصرار مرتهن بر حق رهنی خود بر مال مرهون است و به منزله بطلان معامله مال مرهون نیست. در نتیجه در عقد مراعی سرنوشت عقد در اختیار مرتهن نیست، لیکن در عقد غیرقابل استناد سرنوشت عقد در اختیار مرتهن است.

۴- پذیرش نظریه عدم نفوذ مال مرهون و اعلام رد مرتهن که بر مبنای نظر مشهور فقها و نظریه حضرت امام خمینی (ره) و رأی وحدت رویه ۶۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور استوار است، موجب بطلان قرارداد مال مرهون شده و چه بسا، پس از بطلان قرارداد، اشخاص ثالث یا مدیون، دین را به مرتهن یا بستانکار بپردازند که در این صورت اخیر، بطلان معامله مال مرهون، به لحاظ روابط حقوقی و عقلایی مالی با منطبق حقوق و اصل لزوم و استحکام روابط معاملاتی افراد نامعقول خواهد بود و با اعلان بطلان معامله میان مدیون و خریدار، نفعی به مرتهن نخواهد رسید. از این رو بنا بر موارد مذکور، نظریه عدم نفوذ با ایراداتی که بیان شد، مواجه است.

۵- ماده ۶۲ قانون احکام دائمی برنامه‌های توسعه کشور مصوب ۱۳۹۵ و ادله فقهی که در متن پژوهش بیان شد، رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور را مورد تخصیص قرار داده و معامله عادی مال مرهون را در رابطه فی مابین راهن و خریدار، صحیح دانسته و در برابر مرتهن غیرقابل استناد در نظر گرفته، نشانه‌های آشکار و دلایل محکمی بر مناسب دانستن وضعیت حقوقی مراعی (جمع میان وضعیت حقوقی صحت و غیرقابل استناد) بر معامله نسبت به مال مرهون است.

منابع

الف) فارسی

- امامی، سیدحسن (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، شش جلد. تهران: انتشارات اسلامیه.
- انوری، حسن (۱۳۸۲)، فرهنگ بزرگ سخن، چاپ دوم، تهران: انتشارات سخن.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
- حائری شاهباغ، سیدعلی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات گنج دانش.
- خمینی، سیدروح‌الله (۱۳۶۸)، تحریر الوسیله، جلد دو، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- دهخدا، علی‌اکبر (۱۳۷۳)، لغت نامه، تهران: انتشارات روزنه.
- دیلمی، احمد (۱۳۹۴)، «شرط آزاد بودن ملک در بیع»، پژوهش‌های فقهی، دوره یازده، شماره دو.
- روشن، محمد و خویینی، غفور و فلاحی، آزاد (۱۳۹۶)، «بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتاد و یکم، شماره نود و هفت.
- شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۵)، رهن اموال آینده و دارایی در گردش، چاپ اول، تهران: سهامی انتشار.
- شهیدی، مهدی (۱۳۹۱)، اصول قراردادها و تعهدات، جلد دو، تهران: انتشارات مجد.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴)، عقود اذنی وثیقه‌های دین، دوره عقود معین ۳، تهران: انتشارات بهنشر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها. عقود معین، جلد یک، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، نظریه عمومی ابقاع معین، تهران: نشر میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادها، جلد یک و سه، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۱)، «تلاشی برای سامان دهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره پنجاه و هشت.
- کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۶)، «وضعیت حقوقی مراعی به منزله وضعیتی در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره چهل و هفتم، شماره چهار.
- محقق داماد، سیدمصطفی و قبولی، سیدمحمد مهدی و ساعتچی، علی (۱۳۹۴)، «تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه»، آموزه های فقه مدنی، شماره یک.
- مجموعه مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور. (۱۳۸۲)، تهران: اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور.
- مذاکرات و آراء هیات عمومی دیوان عالی کشور (۱۳۷۸)، تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور.
- مشروح مذاکرات و آراء دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷.
- معین، محمد (۱۳۸۶)، فرهنگ فارسی، تهران: انتشارات میلاد.
- میرزائاد جویباری، اکبر (۱۳۹۰)، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهون»، فصلنامه حق. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره دو.
- نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۲)، «طلق بودن مورد معامله از دیدگاه فقهی و حقوقی»، حقوق خصوصی، شماره دو.
- یوسفوند، محمود و هادی غلامرضاروی (۱۳۹۲)، «بررسی قاعده طلقیت»، مطالعات فقهی و فلسفی، شماره چهارده.

ب) منابع عربی

- ابن فارس، ابوالحسن احمد (۱۴۰۴)، معجم مقائیس اللغة. ج ۲. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.
- ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۴). لسان العرب. دارالفکر. دارصار.
- اصفهانی، محمد حسین (۱۴۱۲)، تحقیق شیخ عباس آل سباع. حاشیه مکاسب. ج ۲. قم: موسسه آل البيت.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۵)، مکاسب. ج ۴. قم: چاپ تراش.
- انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۴)، مکاسب. ج ۳ و ۴ و ۵. قم: مجمع فکر الاسلامی.
- تبریزی، جواد بن علی (۱۴۱۶)، ارشاد الطالب الی التعليق علی مکاسب. ج ۳. قم: موسسه اسماعیلیان.
- تستری، محمدتقی (بی تا)، مقابیس الانوار. قم: موسسه آل البيت.
- حسینی روحانی، سیدصادق (بی تا)، جلد ۲. منهاج الصالحین.
- حسینی شیرازی، سیدمحمد (بی تا)، ایصال الطالب الی مکاسب.
- حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶)، مستمسک عروه. ج ۱۳. موسسه دارالتفسیر.
- حلّی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلّی) (۱۴۲۰)، تذکره الفقهاء. ج ۱۰. قم: ستاره.
- حلّی، محمد بن منصور (ابن ادريس) (۱۴۱۰). اسرارالحاوی لتحریرالفتاوی. ج ۳. قم: انتشارات اسلامی.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی تا- بی جا)، مصباح الفقاهه. ج ۵. تقریر محمد علی توحیدی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی العاملی (۱۴۲۴). الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه. ج ۴. بیروت: دارالعالم الاسلامی.
- طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۰۰)، دراسا تمانن الفقه الجعفری، جلد سه، قم: مطبعه الخیام.
- طوسی، ابوجعفر محمد (بی تا)، الخلاف، تحقیق: سیدعلی خراسانی، جلد دو، قم: مؤسسه نشرالاثارالسلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷)، الخلاف، جلد سه و پنج، قم: دفتر انتشارات السلامی.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، المیسوط، جلد دو و سه، قم: المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثارالجعفریه.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۴)، تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله، قم: مرکز فقهی ائمه اطهار.
- فقعی، زین العابدین علی بن علی بن محمد بن طی. (بی تا)، المسائل الفقهیه.
- کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد، جلد چهار و پنج و شش، قم: مؤسسه آل البيت.
- مروج جزائری، سید محمدجعفر (۱۴۱۶)، هدی الطالب فی شرح مکاسب، جلد چهار و شش، قم: انتشارات مؤسسه دارالکتاب.
- نائینی، محمدحسین (۱۴۱۳)، مکاسب و البیع، جلد یک و دو، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نائینی، محمد حسین (۱۴۱۳)، مکاسب و البیع، تقریر: شیخ محمد تقی آملی، جلد دو، قم: نشر اسلامی.
- نائینی، محمدحسین (۱۴۲۱)، منیه الطالب، جلد دو، مؤسسه نشر اسلامی.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۹۸۱)، جواهر الکلام، جلد بیست و دو، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام، جلد بیست و شش و سی و هفت، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- نوری، حسین (۱۴۰۷)، مستدرک الوسائل، جلد سیزده، قم: مؤسسه آل البيت.

ج) انگلیسی

- Birks , peter (2000), English private law , volume 1, oxford university press,oxford.
- Gautier , pierre-yves et pasqualini, francois (2006) , action paulienne, rep.civ.da lloz
- Juris classeur civil, face . 10 (2006), contrats et obligations, nullite ou rescission des conventions.
- Lexique de terms juridiques (1981) , sous la direction de Raymond guillien et jean Vincent, cinquieme edition, dallo z.