

بررسی فقهی تصرف حقوقی ناقل در مال مورد رهن^۱

دکتر محسن صفری *

صمد یوسفزاده **

چکیده:

تصرف حقوقی در مال مورد رهن یکی از موارد بحث‌برانگیز در فقه (امامیه و عامه) و حقوق مدنی و رویه قضایی می‌باشد؛ در این خصوص نظریات متفاوتی از سوی فقها و حقوقدانان ارائه گردیده که هر کدام از این نظریات دارای موافقان و مخالفانی است. یکی از تصرفات بارز حقوقی در عین مرهونه، بیع آن می‌باشد که بررسی این مورد راهگشای یافتن پاسخ در سایر تصرفات حقوقی است. سه نظریه صحت، عدم نفوذ و بطلان در خصوص این موضوع طرح گردیده که در این نوشتار ضمن بیان تفصیل نظریات فوق، تلاش می‌گردد نظریه‌ای که مطابق با ماهیت موضوع و حقیقت امر بوده و در مقام عمل از نظر قضایی و حقوقی قابل توجیه است استخراج گردد؛ به نحوی که تشتت در صدور آراء قضایی مرتفع شود. در این مقال در صدد آن هستیم که روشن سازیم چنانچه بعد از تحقق عقد رهن، رهن را عین مرهونه را به شخص ثالثی بفروشد عقد بیع چه وضعیتی خواهد داشت؟ صحیح است یا غیر نافذ یا باطل؟ در این بررسی، از عبارتهای متون قانونی چنین استظهار خواهد شد که قانونگذار در مانحن فیه از نظریه بطلان تصرفات حقوقی ناقل در خصوص عین مرهونه پیروی کرده و این دقیقاً برخلاف نظر مشهور فقهاست. اما در همین فرض نیز اثر این بطلان صرفاً ناظر به مرتبه‌ای می‌باشد نه متعاملین. نهایتاً اینکه با رفع مانع (حق عینی تبعی مرتهن) از مال مرهون، معامله واقع شده فی مابین مالک و خریدار اثر خود را به نحو کامل خواهد گذاشت.

کلید واژه‌ها: عقد رهن، تصرف حقوقی، بیع مال مرهون، عدم نفوذ، بطلان، اذن، رویه قضایی.

۱- تاریخ وصول: ۸۹/۷/۲۵ تاریخ پذیرش: ۹۱/۲/۲۵

* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تهران safarimohsen@ut.ac.ir-1

** دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران- پردیس بین المللی کیش

۱- درآمدی بر بحث

به موجب ماده ۷۷۱ ق.م. رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌نامند. از قید (وثیقه) در صدر ماده به خوبی بر می‌آید که:

اولاً عقد رهن به منظور تضمین پرداخت طلب داین از مدیون واقع می‌شود. ثانیاً با وقوع این عقد، مال مورد رهن در صورت اعسار مدیون از شمول قاعده «المفلس فی أمان الله» خارج گردیده و در صورت تاجر بودن و ورشکسته شدن به موجب مواد مربوط به فصل هشتم از قانون تجارت، دائن جزء طلبکاران ممتاز با وثیقه محسوب شده و برخلاف سایر طلبکاران که در قالب هیأت‌های بایستی در صدد وصول طلب خود باشند، وی از طریق فروش مال مورد وثیقه، طلب خود را وصول می‌نماید. فروش مال موضوع عقد رهن در دو حالت قابل تصور است:

نخست - فروش قبل از قبض: از آنجایی که به موجب ماده ۷۷۲ قانون مدنی در عقد رهن به عنوان یک عقد عینی، قبض شرط صحت می‌باشد، لذا فروش مال موضوع رهن قبل از قبض به دلیل آن که هنوز عقد رهن به وجود نیامده تحقق نمی‌یابد و از این نظر اختلافی متصور نیست.

دوم - فروش بعد از قبض: بعد از وقوع عقد رهن و قبض عین مرهونه توسط مرتهن، این عقد به طور کامل تحقق پیدا کرده و از یک طرف، مالکیت رهن در آن مال باقی بوده و از جهت دیگر، مرتهن به تبع وثیقه، حق عینی تبعی نسبت به آن مال پیدا می‌کند تا در صورت امتناع رهن از پرداخت دین خود از طریق فروش مال مرهون، طلب خود را از رهن (مدیون) وصول نماید. همین صورت محل نزاع و موضوع این تحقیق می‌باشد.

۲- سه نظریه فقهی - حقوقی

در باب تصرف حقوقی ناقل در مال مورد رهن در فقه سه نظریه مطرح شده است که عبارتند از: نخست- نظریه صحت بیع عین مرهونه دوم- نظریه عدم نفوذ سوم- نظریه بطلان.

۲-۱- نظریه صحت بیع عین مرهونه

در نظر فقهای که قائل به نظریه صحت بیع عین مرهونه هستند، ضرر مرتهن، ملاک اعتبار و یا عدم اعتبار بیع عین مرهونه تلقی می‌شود. از این روی، چنانچه بیع مرهونه ضرری برای مرتهن نداشته باشد،

صحیح خواهد بود (غروی، مصباح الفقیه فی الزکوه و الخمس و الصوم، ۲۲۸ و ۲۲۷). براساس دیدگاه این گروه از فقها چنانچه حقیقت رهن، منحصرأ ایجاد وثیقه و تضمین طلب مرتهن باشد و همچنین مراد از حبس عین ممنوعیت مالک از تصرفاتی باشد که منافی حق مرتهن است و نیز از طرف دیگر، در شعاع سلطنت و تصرف مالک بر عین مرهونه، محدودیتی به غیر از میزان تراحم با حق غیر، ایجاد نگردد- اگر چنانچه اجماعی بر خلاف تصرف راهن و حتی بیع عین مرهونه احراز و اثبات نشود- این نظریه اقوی به نظر می‌رسد.

طبق دیدگاه یاد شده، تصرفات در عین مرهونه را می‌توان در سه دسته تقسیم کرد:

الف- تصرفاتی که منافی حق رهن و وثیقه بوده و موجب تلف یا نقص قیمت آن شود؛ همچون ذبح گوسفند و تخریب خانه.

ب - تصرفاتی که هیچ گونه تنافی با مفهوم رهن نداشته، بلکه حتی بقای عین مرهونه متوقف بر آن تصرف است، مانند اصلاح و تعمیر عین مرهونه.

ج - تصرفاتی که بین دو دسته تصرفات فوق قرار دارند، نظیر بیع که با حقیقت رهن تنافی ندارد. در خصوص تصرفات نوع اول، هیچ گونه تردیدی در عدم جواز آن وجود ندارد. در مورد تصرفات نوع دوم هم می‌توان چنین اظهار نظر کرد که به دلیل وابستگی و تلازم بقای عین مرهونه با این گونه تصرفات، این قسم از تصرفات لازم است (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۲، ۴۹۷) که علی الظاهر مقنن در ماده ۷۹۴ قانون مدنی از نظر فوق تبعیت کرده است، اما در خصوص تصرفات نوع سوم- همچون بیع عین مرهونه- که باعث نقص قیمت مال مرهون نمی‌شود، ظاهراً آنچه موجب عدم جواز از نظر این گروه فقهاست، در مرحله اول اجماع و در مرحله بعدی حدیث منقول از پیامبر بزرگوار اسلام (ص): «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» است (خویی، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ۵، ۲۳۸).

استدلال فوق از پاره‌ای جهات قابل بررسی و نقد است: نخست آن که بیان حصول اجماع به طور شرطی آن را بی اعتبار می‌سازد. دوم آن که توثیق تمام راویان حدیث نبوی مذکور، محرز نبوده و به اعتقاد گروهی از فقها شهرت عملی نیز جبران کننده ضعف آن نیست. سوم آن که در صورت صحت سند آن، احتمال دارد باتوجه به تناسب حکم و موضوع، ناظر بر تصرفات منافی رهن (تصرفات دسته اول) باشد که با این احتمال، قابل استناد نخواهد بود. چهارم آن که بیع عین مرهونه- که صرفاً وثیقه عینی است- با این نوع برداشت منافاتی ندارد؛ از این رو، رهن عاریه در فقه پذیرفته شده است. پنجم آن که باتوجه به

طلق نبودن مبیع، در صورت تذکر نسبت به آن و شرط شدن فک رهن و عدم تحقق شرط، مشتری خیار تخلف شرط خواهد داشت. هرچند برخی ادعا کرده‌اند که از جهت این که مبیع طلق نیست معیوب محسوب شده و مشتری خیار عیب خواهد داشت (یزدانیان، بیع عین مرهونه...، ۸۵، ۱۲۰). لیکن اطلاق عیب بر عین مرهونه نوعی تسامح است؛ زیرا به تعبیر برخی از فقها، مراد از عیب آن است که شیء از حالت طبیعی که همان خلقت اولیه و اصلی آن است، خارج گردیده باشد (شیخ انصاری، مکاسب، ۲۶۵).

مطلب قابل توجه این است که در حقوق مدنی برخی از کشورهای اسلامی - مانند ماده ۱۰۶۰ قانون مدنی مصر - از نظریه فوق‌الذکر پیروی شده و با توجه به «حق تعقیب»، به مرتهن حق داده است که با فرا رسیدن مهلت پرداخت دین، به خریدار عین مرهونه مراجعه کند (سنهوری، الوسیط، ۱۰، ۵۲۱). متن قانون پیش گفته به این صورت است که: مرتهن می‌تواند پس از سررسید دین، خلع ید متصرف را بخواهد، مگر اینکه متصرف، دین یا بدهی رهن را پرداخت یا ملک مرهون را تخلیه کند.

فروش مال مرهون در نظر حقوقدانان نیز محل اختلاف است.

گروهی، با استفاده از ملاک قاعده لاضرر، معتقد شده‌اند که حدود تصرفات راهن در عین مرهونه - آن هم به عنوان مالکیت - محدود به رعایت حق مرتهن است و بیع عین مرهونه منافی حق مرتهن بوده و منوط به اذن اولیه مرتهن می‌باشد (عدل، حقوق مدنی، ۸۲۱؛ جعفری لنگرودی، همان، ۹۸ و ۹۹). به نظر بعضی دیگر از حقوقدانان، بیع عین مرهونه در صورتی منافی حق مرتهن است که راهن عین مرهونه را بدون قید حق مرتهن به نحوی از انحاء مختلف به غیرانتقال دهد (امامی، حقوق مدنی، ۲، ۳۶۹). لذا واگذاری عین مرهونه به شخص ثالث با قید در رهن شخص دیگر بودن، ضرری متوجه حق مرتهن نمی‌نماید و مثل آن است ملک شخص ثالث (انتقال گیرنده) نزد دائن (مرتهن) در رهن باشد.

بعضی از حقوقدانان فرانسوی معتقدند که راهن و خریدار نمی‌توانند با تراضی، حق عینی تبعی مرتهن را نسبت به عین مرهونه از بین ببرند و حق مرتهن بر مال مورد رهن استقرار می‌یابد و در دست هرکسی که باشد این حق عینی برای وی محفوظ است (کولن و کاپیتان، حقوق مدنی فرانسه، ۲، ۵). به نظر آنان برای نفوذ بیع مال مرهون، ذکر حقوق مرتهن هم نیاز نیست، چون حق او قانوناً مقدم بر خریدار است. مال با قید رهن و حق عینی مرتهن به خریدار منتقل می‌شود و تصریح به این قید فقط در آگاه-ساختن خریدار و احتراز از به وجود آمدن حق فسخ برای وی در آینده مؤثر است. پس نباید انتقال مورد رهن را در هر حال مضر به حال مرتهن دانست (کاتوزیان، عقود معین، ۴، ۵۸۳).

با وجود نقادی‌های فوق‌الذکر، به نظر می‌رسد که فروش مال مرهون منافی حق مرتهن است؛ چرا که اولاً با توجه به حق عینی تبعی مرتهن بر عین مرهونه و نیز با توجه به تعریف، ویژگی‌ها و آثار اذن، می‌بایست قبل از هرگونه تصرف ناقل در مال موضوع رهن، اذن لازم از مرتهن اخذ گردد. ثانیاً با توجه به همان حق عینی تبعی مرتهن، هرگونه تصرف ناقل در مال موضوع رهن بدون اذن او تصرف آشکار در حقوق غیر تلقی می‌گردد و بی‌تردید حداقل نیازمند تنفیذ و اجازه مرتهن است. بر این اساس، حتی اگر بطلان تصرف ناقل در مال مورد رهن محرز نباشد صحت آن نیز - پیش از اخذ اذن یا اجازه از مرتهن - به هیچ وجه ثابت نمی‌باشد.

۲-۲- نظریه بطلان

طرفداران نظریه بطلان فروش مال مرهونه در راستای اثبات نظر خود مدعی وجود اجماع تبعیدی بر بطلان می‌باشند. استدلال دیگر آنها استناد به حدیث نبوی «الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ مَمْنُوعَانِ مِنَ التَّصْرِيفِ» (نوری طبرسی، مستدرک الوسایل و مستنبط المسائل، ۱۳، ۴۲۶) می‌باشد. به عبارت ساده‌تر، آنها معتقدند که:

اولاً- علمای شیعه بر منع فروش مال مورد رهن توسط راهن اجماع نموده‌اند.

ثانیاً - حدیث «الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ مَمْنُوعَانِ مِنَ التَّصْرِيفِ» دلایل عام مانند آیات شریفه «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ» و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» را تخصیص زده است (توحیدی تبریزی، همان، ۵، ۲۳۹).

شیخ مرتضی انصاری در پاسخ به طرفداران نظریه بطلان فروش مال مرهون و دلایل آنها استدلال می‌کند که: سند حدیث نبوی «الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ مَمْنُوعَانِ مِنَ التَّصْرِيفِ» ضعیف بوده و اطمینان‌آور نبوده و به ظاهر به صورت مرسل است (انصاری، رساله فی قاعده، ۱۸۱) و شهرت روایی آن ضعفش را برطرف نمی‌کند و نه تنها بر بطلان بیع مال مرهونه دلالت ندارد بلکه عدم نفوذ چنین بیعی را می‌رساند (توحیدی تبریزی، همان، ۵، ۲۳۹). مضافاً اینکه این حدیث در خصوص فروش مال مرهونه بدون جلب رضایت مرتهن (علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۱۱۶) دلالت دارد؛ زیرا صحت تصرفات مرتهن منوط به موافقت راهن بوده و این استدلال از عطف کردن «راهن» بر «مرتهن» در حدیث، به وضوح درک می‌شود و چون عطف، یکسانی معطوف و معطوف‌علیه را می‌رساند، لذا حکم به عدم بطلان بیع مال مرهون توسط مرتهن، در خصوص راهن نیز جاری است (شیخ انصاری، رساله فی قاعده، ۱۸۱). همچنین در صورتی که اجماع

ادعایی شیخ طوسی و سایر فقهای هم عقیده وی را مبنی بر بطلان فروش مال مرهونه بپذیریم، این اجماع به جهت داشتن مخالفانی از فقهای متأخر، اطمینان آور نمی‌باشد، همان طور که در ما نحن فیه صحت وجود اجماع تعبدی از نظر فقها محرز نمی‌باشد (همان؛ توحیدی تبریزی، همان، ۲۳۹) و نهایتاً از آنجایی که فلسفه وجودی و غرض از رهن در وثیقه دین قرار گرفتن یک مال است، فروش آن مال منافی رهن نمی‌باشد و بر همین اساس رهن مال مورد عاریه نیز جایز است؛ لذا به استناد اجماع تعبدی و روایت مذکور نمی‌توان بیع مال مرهونه را باطل دانست (همان).

هر چند از دیدگاه قوانین و مقررات حقوق موضوعه، ممکن است بتوان با توجه تفاوت مفهوم اذن و اجازه، از منطوق ماده ۷۹۳ ق.م و مفهوم مخالف ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک و ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی، تأیید این نظر را استفاده نمود.

۲-۳- نظریه عدم نفوذ فروش مال مورد رهن

نظریه عدم نفوذ فروش مال مورد رهن منسوب به مشهور فقها است. برطبق این نظریه بیع مال مرهون غیرنافذ بوده و با اجازه مرتهن صحیح می‌گردد. قائلین به این نظر هم خودشان دودسته‌اند: دسته اول، تصرفاتی را که ضرری به حق مرتهن نمی‌زنند نافذ دانسته‌اند (بحرانی، ۲۰، ۲۲۶). اما دسته دوم، کلیه تصرفات در مال رهنی را اعم از اینکه مضر یا غیرمضر باشد - مثل بیع و سکونت - به دلیل اطلاق دلایل عدم نفوذ فروش مال مرهون، غیر نافذ دانسته‌اند با وجود این، آنان تصرفات مفید برای مال مورد رهن را تجویز می‌کنند (موسوی سبزواری، مهذب الاحکام، ۲۱، ۱۰۶؛ امام خمینی، تحریر الوسیله، ۳، ۱۲).

مشهور فقها در دفاع از نظریه عدم نفوذ چنین استدلال کرده‌اند که:

اولاً، آیات شریفه (احل الله البیع) و (اوفوا بالعقود) و سایر ادله عام، صحت تمامی خرید و فروش‌ها - که فروش مال مرهون یکی از آنهاست - و لزوم پای‌بندی به آنها را توجیه می‌کنند و عقد رهن از شمول آن ادله خارج نیست.

ثانیاً، برخی از این فقها به روایتی اشاره کرده‌اند که مطابق آن اجازه بعدی ارباب، موجب صحت عقد نکاح عبد گردیده است (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۵، ۱۱۶)، بدین علت که «إنه لم یعص الله و انما عصی سیده»: یعنی او مرتکب معصیت الهی نگردیده و تنها از اطاعت اربابش استنکاف نموده است.

از مضمون این روایت به خوبی برمی آید که زمانی که عقدی به سبب تعلق حق دیگری، نهی می گردد، در صورت اعلام رضایت ذیحق و موافقت او آن نهی و ممنوعیت برداشته شده و عقد واجد اثر می گردد. در مقابل اگر ممنوعیت انعقاد آن عقد، جنبه حق الهی داشته باشد اصلاح پذیر نیست. با این توصیف فروش مال مورد رهن نیز معصیت الهی نبوده و صرفاً برای رعایت حق مرتهن منع شده است و لذا با رضایت بعدی مرتهن صحیح می گردد (خویی، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ۲۴۰).

ثالثاً با استفاده از قیاس اولویت نسبت به ادله اثبات عدم نفوذ معامله فضولی، عدم نفوذ فروش مال مرهون را نیز می توان اثبات کرد زیرا عقد فضولی فروش مال دیگری است، اما رهن مال خود را می فروشد و مرتهن بر مال مزبور فقط حق عینی تبعی دارد. لذا در جایی که عقد فضولی غیر نافذ باشد؛ بیع مال مورد رهن نیز به طریق اولی غیر نافذ خواهد بود (امام خمینی، البیع، ۳، ۱۹۳).

۳- دیدگاه‌ها درباره حکم معامله در صورت عدم رضایت خریدار

در ادامه بحث در این بخش، بدین نکته نیز باید پرداخت که اگر رهن مال مورد رهن را بفروشد و مرتهن بعد از اطلاع از این بیع اعلام رضایت ننماید، وضعیت خریدار چگونه می باشد؟ در پاسخ به این سؤال سه نظریه ارائه گردیده است:

۱- بعضی بر این نظر هستند که بدون رضایت مرتهن، بیع انجام شده غیر نافذ می ماند ولی خریدار می تواند تا زمان فک رهن منتظر بماند یا اینکه به حاکم مراجعه و تقاضای فسخ معامله را نماید؛ خواه هنگام انجام معامله نسبت به در رهن بودن مال عالم باشد یا جاهل (جزیری، الفقه علی المذاهب الاربعه، ۲، ۳۰۹)؛ چرا که با وجود عدم رضایت مرتهن وجهی برای بطلان نیست مگر اینکه به اجماع ثابت شود (حسینی شیرازی، الفقه، ۴۹، ۱۹۰).

۲- فقهای دیگری هستند که به نظر آنها، اختیار خریدار بین صبر تا فک رهن و یا فسخ معامله، فقط در صورتی است که به در رهن بودن مال مورد معامله جاهل باشد (ابن عابدین، رد المختار علی الدر المختار، ۱، ۱۲۶).

۳- عده ای دیگر چنین اعلام نظر نموده اند که عدم نفوذ در اینجا غالباً به معنی مراعی و متوقف بودن عقد است. بر همین اساس مرتهن می تواند عقد بیع را تنفیذ نکند ولی نمی تواند آن را رد کند؛ زیرا خودداری از تنفیذ، حق وی می باشد تا از خود دفع ضرر کند و متوقف بودن عقد از ورود ضرر به وی جلوگیری می کند

و در نتیجه حقیقتش با توقف عقد تأمین می‌شود؛ لذا بیش از این حقی ندارد و نمی‌تواند عقد بیع را فسخ نماید (سلیم رستم باز اللبنانی، شرح المجله، ۴۱۳؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ۱۳۶).

۴- اثر تنفیذ مرتهن در نظریه عدم نفوذ؛ نظریات کشف و نقل

با فرض پذیرش نظریه مشهور مبنی بر غیر نافذ بودن فروش مال مرهون توسط راهن و لزوم تنفیذ آن از سوی مرتهن، این پرسش مطرح می‌شود که اثر تنفیذ مرتهن چیست؟ آیا باید در این خصوص قائل به نظریه کشف بود یا نقل؟ طبق نظر مشهور در این باره، از احادیث و روایات رسیده از معصومین (ع) چنین بر می‌آید که انتقال مالکیت در بیع فضولی پس از اجازه مالک، از زمان انعقاد عقد می‌باشد و لذا اجازه اصیل کاشف از صحت انتقال مالکیت از زمان عقد است. اما آیا این نظریه دقیقاً در فروش مال مرهون نیز رعایت می‌گردد؟ برخی از فقها با تشبیه مورد بحث به بیع فضولی، اجازه مرتهن را کاشف از انتقال مالکیت به خریدار از زمان وقوع عقد بیع فی مابین مالک (راهن) و خریدار می‌دانند (امام خمینی، کتاب البیع، ۱، ۱۹۶؛ شیخ انصاری، المکاسب، ج آخر، ۱۸۲).

البته شیخ انصاری در استدلال پا را از این فراتر گذاشته می‌گوید که اجازه مرتهن در کاشفیت، اولی از اجازه مالک در بیع فضولی می‌باشد، چرا که در بیع فضولی اجازه کننده، مالک مورد معامله می‌باشد ولی در بیع مال مرهون، مرتهن مالک نمی‌باشد بلکه صرفاً دارای حقی عینی نسبت به مال مورد رهن می‌باشد. به تعبیر بهتر، در اجازه بیع مال مرهون، مرتهن جایگاهی به مراتب ضعیفتر از مالک در بیع فضولی را دارد. لذا زمانی که در بیع فضولی به کاشفیت اجازه معتقد شدیم به طریق اولی در بیع مال مرهون نیز می‌توانیم قائل به نظریه کشف شویم (شیخ انصاری، رساله فی قاعده، ۱۸۳).

۵- برخی ایرادات بر نظریه کشف

بعضی از فقها معتقدند که عقود مستلزم اجازه، دو قسم هستند؛ عقد مراعی و عقد موقوف. در عقد مراعی تحقق رضایت بر کشف انتقال از زمان عقد دلالت می‌نماید؛ اما در عقد موقوف، صحت عقد و تحقق مالکیت بر رضایت موقوف می‌باشد. بیع مال مرهون از نوع دوم می‌باشد و لذا تحقق صحت عقد بر اجازه متوقف بوده و اجازه جزئی از سبب عقد است و بر همین اساس تحقق اجازه بر نقل دلالت می‌نماید (نجفی، جواهر الکلام، ۲۵، ۱۹۹).

بعضی استدلال نموده‌اند که اجازه از طرف مرتهن که مالک عین نیست به معنی اسقاط حق رهن و فسخ رهن است و این امر یک عمل حقوقی نیازمند قصد بوده و انشاء عمل حقوقی صرفاً برای آینده است و در گذشته تأثیر ندارد (جعفری لنگرودی، رهن و صلح، ۱۰۴).

همچنین افزوده شده است که اگرچه اسقاط حقی که در زمان گذشته به وجود آمده از زمان اسقاط ممکن است، اما از بین بردن آثار حقوقی که در گذشته ایجاد شده از زمان ایجاد حق ممکن نیست (شهیدی، سقوط تعهدات، ۳۲). نتیجه اینکه چنانچه در بیع مال مرهون، اجازه مرتهن به معنای اسقاط حق رهن باشد، اسقاط حق از زمان گذشته امکان ندارد و این نکته وجه تمایز اجازه مرتهن با اجازه مالک در عقد فضولی است؛ زیرا رضایت مالک موجب تملیک مال از زمان سابق می‌شود و به گذشته سرایت می‌کند، ولی اسقاط حق مرتهن به گذشته سرایت نمی‌کند (نجفی، همان، ۲۵، ۱۹۹).

۶- بررسی چند پرسش دیگر درباره تنفیذ بیع مال مرهون

در همین رابطه سؤالات دیگری به ذهن متبادر می‌گردد در صورت تنفیذ بیع عین مرهونه توسط مرتهن، این امر در فسخ رهن ظهور دارد یا اینکه عقد رهن به قوت خود باقی است؟ و اگر باقی است آیا ثمن بیع، مورد رهن است یا اینکه حق مرتهن حقی عینی و تبعی بر مبیع و نزد مشتری است؟

در پاسخ به سؤالات فوق، بعضی از فقها همچون مقدس اردبیلی و شهید ثانی بر این نظرند که وقتی مرتهن بیع را اجازه نمود، رهن باطل می‌شود و وجه حاصل از آن معامله نیز مورد رهن واقع نمی‌شود (مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، ۹، ۱۶۶؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ۱، ۳۵۶). هنگامی که مرتهن عقد غیر معوض موجب زوال مالکیت را (چون هبه) اذن دهد، دیگر برای راهن تکلیفی برای ارائه بدل و رهن متصور نمی‌باشد، زیرا عین معینی که مورد رهن بوده با اذن مرتهن از بین می‌رود و در این مقام فرقی نمی‌کند که طلب مرتهن حال باشد یا موجد؛ اگر معامله انجام شده توسط راهن نسبت به عین مرهونه عقد غیر معوض مانند بیع باشد، پاسخ نظر مشهور در این خصوص نیز همان پاسخ سابق است: راهن تکلیفی به ارائه بدل رهن ندارد و ثمن معامله نیز مورد رهن واقع نمی‌شود (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۴، ۵۰). با این حال اگر در ضمن عقد بیع شرط شود که ثمن حاصل از فروش مال مرهون، رهن واقع شود، این شرط صحیح است (شهید اول، الدروس، ۴۰۵؛ علامه حلی، تذکره الفقها، ۳۰).

نظر فقهای دیگر این است که اگر مرتهن بعد از حال شدن طلبش بیع مال مرهون را اجاره کند، ثمن حال، رهن واقع می‌شود؛ زیرا مال مرهون نهایتاً بعد از حال شدن دین فروخته می‌شود و اجازه مرتهن نسبت به معامله عین مرهونه به منزله انصراف از رهن عین است (طوسی، المبسوط، ۲، ۲۱۰؛ سلیم رستم بازالبنانی، شرح‌المجله، ۴۱۳).

برخی حقوقدانان معتقدند که اجازه مرتهن در معامله معوض در صورت پول بودن ثمن، مانع از رهن قرار گرفتن ثمن است چراکه انتقال مال مرهون با عقد معوض در قبال پول صورت گرفته که راهن بدان نیازمند بوده و برای استفاده از آن مبادرت به معامله نموده است. اما اگر خلاف آن مقرر شده باشد و یا اینکه ثمن معامله پول نباشد اصولاً مورد رهن واقع می‌شود مگر اینکه خلاف آن فی مابین مقرر شده باشد (امامی، حقوق مدنی، ۲، ۳۷۰).

در این باره بعضی دیگر از حقوقدانان بر این نظر هستند که تعارضی بین نفوذ معامله و باقی ماندن وثیقه (رهن) وجود ندارد و لذا اجازه مرتهن نسبت به عقد واقع شده نباید به معنای انصراف وی از رهن پنداشته شود (کاتوزیان، عقود معین، ۴، ۵۸۴).

به نظر می‌رسد که در صورت اعتقاد به نظریه عدم نفوذ، دور از ذهن نباشد که تنفیذ معامله نسبت به عین مرهونه توسط مرتهن، فسخ رهن تلقی شود زیرا که ظاهر حاکی از انصراف از رهن است و در مقام تعارض بدوی بین ظاهر و اصل استصحاب بقای رهن، ظهور انصراف از رهن حاکم است و فی‌الواقع تعارضی وجود ندارد؛ بنابراین تقدم استصحاب بر ظاهر، دلیلی کافی برای توجیه در رهن قرار گرفتن عوض نمی‌باشد.

۷- اثر سقوط حق عینی تبعی مرتهن نسبت به مال مورد رهن در بیع

در صورتی که فروش عین مرهونه را فضولی محسوب نماییم، چنانچه حق مرتهن نسبت به عین مرهونه به نحوی از انحاء مختلف ساقط گردد آیا این امر موجب صحت و نفوذ عقد بیع می‌گردد یا خیر؟ قبل از هر چیز در این خصوص باید متذکر شد که طرفداران نظریه عدم نفوذ، حق عینی تبعی مرتهن نسبت به مال مرهونه را صرفاً مانع نفوذ کامل بیع تلقی نموده‌اند، با وجود این معتقدند آنچه مقتضی صحت بیع- همراه با شروط دیگر- است در این بیع وجود دارد.

گروهی از فقها بر اساس اصل استصحاب اعتقاد به غیر نافذ بودن عقد بیع پس از فک رهن دارند (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۵، ۷۴). به عبارت دیگر، آزاد شدن مال از وثیقه و فک شدن آن، تغییر وضعیت عقد از عدم نفوذ به صحت را به دنبال ندارد (انصاری، رساله فی قاعده، ۱۸۳)؛ همان طور که در معامله فضولی چنانچه فضول - پس از عقد - مال مورد معامله را مثلاً از طریق ارث مالک شود، این امر موجب تنفیذ عقد نمی‌گردد در اینجا نیز فک رهن و ساقط شدن حق مرتهن لزوم و تنفیذ عقد را در پی ندارد (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۷۵). البته می‌بایست متذکر شد که در معامله فضولی اختلاف نظرهای جدی در مورد موضوع اخیرالذکر وجود دارد (آل بحر العلوم، بلغه الفقیه، ۲، ۲۸۲ به بعد).

گروه دیگری از فقها اظهار نظر نموده‌اند که بیع منعقد، بعد از فک رهن لازم می‌شود (حسینی عاملی، مفتاح الکرامه، ۱۱۸؛ میرزای قمی، جامع الشتات، ۲، ۴۵۰ سؤال ۱۹۰)، زیرا که مانع عدم نفوذ، حق عینی تبعی مرتهن نسبت به مال مرهونه می‌باشد که با زوال این حق مانعی برای عدم نفوذ باقی نمی‌ماند (محقق کرکی، جامع المقاصد، ۷۵).

در خصوص نظریه عدم نفوذ پس از فک رهن نیز می‌بایست دوباره بر تفاوت اذن و اجازه تأکید نمود. این نظر بدون عنایت بدان مطرح گردیده است که خالی از بحث و نقد نمی‌باشد.

۸- مطالعه برخی آرای دادگاهها و شعب دیوان عالی کشور درخصوص بیع مال

مرهون

اکنون پیش از ادامه بررسی و نقد نظریات، مناسب است که بر آرای صادره نیز نگاهی داشته باشیم. آرای صادره از مراجع قضایی صالح در خصوص تصرفات انتقالی در عین مرهونه، نشانگر وجود اختلاف و تشتت در ما نحن فیه می‌باشد، به نحوی که سه نظریه فقهی و حقوقی صحت، بطلان و فضولی بودن فروش مال مرهون در آنها مجال ظهور یافته‌اند.

ذیلاً به چند نمونه از این آراء به اختصار اشاره می‌گردد:

۸-۱- آرای شعب دیوان عالی کشور

۸-۱-۱- رأی نخست

در رأی شماره ۱۲۹۳-۱۳۲۶/۷/۲۹ صادره از شعبه ۶ دیوان عالی کشور چنین آمده است که: «...در صورتی که راهن ملک خود را به دیگری بفروشد و مرتهن طلب خود را از خریدار مطالبه نماید، در حقیقت

مرتین امضای معامله‌ای را که قبل از انقضای مدت رهن به عمل آمده، نموده است و بنابراین معامله رهن نسبت به ملک مرهون تصرفی نبوده که منافی حق مرتین باشد و استناد دادگاه به ماده ۷۹۳ قانون مدنی در بی‌اثر بودن معامله (به عنوان این که رهن حق انتقال عین مرهونه را نداشته) صحیح نخواهد بود...».

۸-۱-۲- رأی دوم

در رأی شماره ۴۸۲ سال ۷۲ شعبه ۱۲ دیوان عالی کشور می‌خوانیم: (...دادگاه به صرف تقبل خواهان نسبت به پرداخت بدهی بانک، حکم به تنظیم سند رسمی علیه خواننده با حفظ حقوق مرتین صادر نموده است و حال آن که بانک طی شماره ... در صورتی انتقال را از نظر بانک بلامانع اعلام کرده که بدهی آپارتمان مورد بحث کلاً و تماماً پرداخت شود که دلیلی بر پرداخت اقامه نشده است؛ لذا با توجه به ماده ۷۹۳ قانون مدنی دادنامه تجدیدنظر خواسته مخدوش به نظر می‌رسد...).

۸-۱-۳- رأی سوم

رأی شماره ۱۳۷-۶۶/۳/۷- شعبه ۲۶ دیوان عالی کشور مقرر می‌دارد (... به موجب ماده ۷۹۳ قانون مدنی، رهن نمی‌تواند تصرفی در رهن کند که منافی حق مرتین باشد مگر با اذن مرتین، که فروش عین مرهونه قبل از فک رهن بدون اذن مرتین و تحویل آن به متعهد له یا خریدار از مصادیق تصرف در رهن و منافی حق مرتین و خلاف ماده ۷۹۳ قانون مدنی و موجب عدم نفوذ بیع است. ماده ۱۰ قانون مزبور قرارداد خصوصی را در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ دانسته است و ماده ۲۱۹ همان قانون اشاره به لازم‌الاتباع بودن عقد واقع بر طبق قانون دارد که معامله مال مرهون بدون اذن مرتین با لحاظ مخالفت با ماده ۷۹۳ قانون مدنی، مستفاد از مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانون یاد شده نیز نافذ و لازم‌الاتباع نمی‌باشد ... (بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، عقود و تعهدات، ۱۴۱).

۸-۱-۴- رأی چهارم

رأی شماره ۱۱۹-۷۱/۳/۱۰- شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور بیان می‌دارد:

«... ایراد وکیل تجدید نظرخواه مبنی بر این که (پلاک مورد معامله به دلالت نامه‌های اداره ثبت در رهن بانک کشاورزی و وثیقه می‌باشد و چون رهن و مرتین ممنوع از تصرف هستند لذا طرفین معامله با آگاهی کامل از ابتداء قصد بیع نداشته و ورقه مدرکیه فقط حاکی از قول و قرار آنان برای بیع می‌باشد) بلاوجه است، زیرا ادعای در رهن یا وثیقه بودن موضوع معامله و ممنوع بودن طرفین از تصرف در عین مرهونه و استنتاج بیع نبودن قرارداد یا شرعی نبودن آن، با توجه به این که مستفاد از ماده ۷۹۳ قانون مدنی،

صرفاً عدم نفوذ معامله می‌باشد نه بطلان آن و با توجه به این که تجدیدنظرخواه با علم و اطلاع از مرهونه بودن مورد معامله اقدام به انعقاد قرارداد و امضای آن نموده و نتیجتاً به لوازم آن (انتقال رسمی مورد معامله) نیز ملتزم گردیده است و اساساً باعنایت به مندرجات سطر دهم الی دوازدهم قرارداد به این شرح (فروشنده تعهد نمود ضمن انجام تشریفات رسمی و تهیه کلیه مدارک موردنیاز از قبیل: نوسازی، پایان ساختمان و غیره، در تاریخ ... سال ۶۸ در محضر اسناد رسمی شماره ... حضور یافته نسبت به انتقال سند رسمی مورد معامله به خریدار اقدام نماید) و با توجه به کلمه « و غیره»، فک رهن هم از مقدمات انجام قرارداد و انتقال رسمی پلاک موضوع بحث و به عهده تجدیدنظرخواه بوده...).

۸-۱-۵- رأی پنجم

در رأی شماره ۵۶۹-۷۱/۹/۲۳ شعبه ۳ دیوان عالی کشور آمده است که: (... با لحاظ ماده ۷۹۳ قانون مدنی دعوی الزام به تنظیم سند رسمی انتقال، مادام که فک رهن نشود و یا مرتبه‌ن اذن ندهد مسموع نیست ...).

۸-۱-۶- رأی ششم

حکم شماره ۳۲۸۸ مورخ ۱۳۰۸/۸/۲۷ مقرر می‌دارد: (اگر مرتبه‌ن بدون اجازه راهن عین مرهونه را به معرض بیع درآورد، معامله باطل خواهد بود و حکم محکمه در چنین صورتی به این که عین مرهونه با اینکه رهن فک نشده است به عنوان رهن در ید شخص خریدار بماند با قانون وفق نمی‌دهد).

۸-۲- آرای اصراری صادره از هیأت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور

۸-۲-۱- رأی نخست

در رأی شماره ۳۱-۷۷/۱۲/۱۱-۲۷/۷۷ هیأت عمومی دیوان عالی کشور می‌خوانیم: (...نظر به اینکه وقوع عقد بیع بین طرفین دعوی، با توجه به قبض مبیع و پرداخت ثمن مورد معامله و احراز مالکیت خوانده محقق می‌باشد و با توجه به اینکه به موجب سند رسمی رهنی، حق استفاده از مورد رهن به راهن داده شده و ملک در اختیار وی قرار داشته و به علاوه به او اجازه داده شده که از منافع ملک بهره‌مند گردد و تلویحاً- به منظور استهلاک بدهی به بانک- اجازه فروش آپارتمان‌ها نیز به راهن داده شده است بنابراین عقد بیع نسبت به آن صحیح است ...).

۸-۲-۲- رأی دوم

رأی اصراری شماره ۲۱-۱۲/۱۲/۷۶ دیوان عالی کشور متذکر این امر گردیده که: (.... با وجود شرط ضمن عقد مبنی بر پرداخت کلیه دیون قبلی مورد معامله الزام فروشنده به فک رهن و تنظیم سند رسمی به انتقال با رعایت حقوق مرتهن و مقررات ماده ۷۹۳ قانون مدنی منافات ندارد (...)).

۸-۳- رأی وحدت رویه

در سال ۱۳۷۶ هیأت عمومی دیوانعالی کشور رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰-۷۶/۸/۲۰ را صادر نمود. این رأی مقرر می‌دارد:

«...معاملات مالک نسبت به مال مرهونه، در صورتی که منافی حق مرتهن باشد نافذ نخواهد بود اعم از اینکه معامله رهن بالفعل منافی حق مرتهن باشد یا بالقوه؛ بنا به مراتب مذکور در جائی که بعد از تحقق رهن، مرتهن مال مرهونه را به تصرف رهن داده، اقدام رهن در زمینه فروش و انتقال سرقفلی مغازه مرهونه به شخص ثالث بدون اذن مرتهن از جمله تصرفاتی است که با حق مرتهن منافات داشته و نافذ نیست».

به نظر می‌رسد، عبارت «نافذ نیست» در رأی وحدت رویه فوق، به معنی بی‌اعتباری است نه تأییدی بر نظریه عدم نفوذ بیع عین مرهونه به عنوان یکی از مصادیق معامله فضولی.

۸-۴- تبیین نظریه برگزیده

برای ارائه نظریه برگزیده، می‌بایست چند موضوع را بررسی کرد:

نخست - منافات یا عدم منافات بیع مال مرهون با حق مرتهن

دوم - بررسی اثر رضایت مرتهن

سوم - توجه به تمایز اذن و اجاره و تأثیر آن بر فضولی بودن یا نبودن بیع مال مرهون

چهارم - بررسی اثر فروش مال مرهون در قوانین موضوعه دیگر

۸-۴-۱- منافات یا عدم منافات بیع عین مرهون با حق مرتهن

در پاسخ به این پرسش که انتقال مال مرهون خصوصاً با عقد بیع به دیگری چه منافاتی با حق عینی مرتهن می‌تواند داشته باشد، اولین نکته‌ای که باید بدان توجه شود این است که با فروش مال مرهون به شخص ثالث توسط رهن، شخص ثالث مدیون می‌گردد؛ به عبارت دیگر تبدیل تعهد به اعتبار

تغییر مدیون تحقق پیدا می‌کند؛ اما باید دید که آیا تبدیل تعهد به اعتبار تغییر مدیون بدون رضایت متعهدله صحیح است؟ در این خصوص بند ۳ ماده ۲۹۲ قانون مدنی درباره تبدیل تعهد مقرر می‌دارد: «وقتی که شخص ثالثی با رضایت متعهدله قبول کند که دین متعهد را اداء نماید». با توجه به این بند از ماده مرقوم، آشکار می‌گردد که رضایت مرتهن به عنوان متعهدله ضرورت دارد و مرتهن قانوناً هیچ اجباری برای رضایت دادن به تغییر مدیون ندارد، چرا که در دادن وام به مدیون شخصیت وی را از نظر امکانات بالقوه و بالفعل و خوش حسابی و غیره مدنظر داشته و بر همین اساس مبادرت به دادن وام به وی نموده است.

۸-۴-۲- اثر رضایت مرتهن و مفهوم مخالف ماده ۷۹۳

دومین پرسشی که متعاقباً به ذهن متبادر می‌گردد این است که آیا رضایت مرتهن به عنوان داین و متعهدله موجب نفوذ و اعتبار بیع مال مرهون می‌گردد یا خیر؟ به عبارت دیگر فروش مال مرهون از نظر ماده ۷۹۳ قانون مدنی، معامله فضولی محسوب می‌گردد یا خیر؟ ماده مذکور مقرر می‌دارد: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن».

لذا ماده ۷۹۳ قانون مدنی، تصرف در مال مرهون را منوط به (اذن) مرتهن نموده نه (اجازه) او. بر همین اساس معقول است که قائل شویم اگر راهن بخواهد در عین مرهونه تصرفی نماید می‌بایست ابتدا اذن راهن را نسبت به تصرف مورد نظرش کسب نماید و الاً ممنوع از تصرف است و تصرف وی فاقد اعتبار و هرگونه آثار حقوقی بوده و باطل می‌باشد نه فضولی؛ لذا فروش مال مرهون توسط راهن هم به دلیل فوق‌الذکر و هم به دلیل اینکه مرتهن در این رابطه تنها یک حق عینی تبعی داشته و مالک نبوده تا اصیل واقع شود، معامله فضولی محسوب نمی‌شود. در راستای اثبات این دو نتیجه لازم است که دو مفهوم اذن و اجازه مقایسه شوند تا تفاوت‌های آثار آن دو مشخص گردد.

۸-۴-۳- تفاوت اذن و اجازه و تأثیر آن بر فضولی بودن یا نبودن بیع مال مورد رهن

واژه اجازه در دو مورد به کار می‌رود: گاهی به معنای تنفیذ قراردادی است که به صورت غیرنافذ واقع گردیده؛ مانند عقدی که به صورت فضولی یا از روی اکراه و یا توسط صغیر مجنون یا غیر رشید منعقد گردد. گاه دیگر، واژه اجازه در مواد اسقاط خیار و لازم کردن عقد به کار می‌رود؛ مثلاً در بیعی که برای خریدار خیار شرط شده است و او آن را ساقط کرده، می‌گویند خریدار بیع را اجازه نمود؛ یعنی با اسقاط خیار خویش عقد را امضاء و لازم کرد (فصیحی‌زاده، اذن و آثار حقوقی آن، ۴۳-۴۱). با وجود این، درباره تفاوت اذن و اجازه می‌توان به موارد زیر اشاره نمود.

۱- تفاوت اساسی اذن و اجازه در آن است که اذن دو جنبه دارد: رخصت دادن و رفع مانع کردن و نیز اعلام رضایت، ولی اجازه تنها جنبه اخیر، یعنی اظهار رضایت به تصرف را داراست؛ چرا که رخصت دادن نسبت به تصرف و عملی که قبلاً تحقق یافته نامعقول می‌باشد. از نظر اصطلاحی، بکار بردن واژه اجازه در مورد انشاء رضایت، پیش از واقع شدن عمل، استعمالی نابجاست. از جمله امام خمینی می‌نویسد: «الاجازة و الاذن بیشتر كان الآ في التقدّم و التأخّر» (امام خمینی، تحریر الوسیله، ۲، ۱۰۴) و در حاشیه ابن عابدین آمده است: «ان الاذن انما یکون لما سيقع و الاجازة انما تكون لما وقع».

۲- کسی که به اذن دیگری عمل حقوقی انجام دهد در حقیقت از سمتی شبیه نمایندگی برخوردار است، ولی شخصی که بدون اذن دیگری به انجام عمل حقوقی اقدام می‌کند، نماینده او محسوب نمی‌گردد؛ هر چند اصیل بعداً عمل او را اجازه کند.

۳- اذن دهنده می‌تواند پیش از انجام تصرف توسط مأذون، از اذن خویش رجوع کرده از تحقق آثار اذن جلوگیری نماید. از این رو اگر پس از رجوع اذن دهنده، مأذون به عمل حقوقی اقدام کند، عمل او نافذ نمی‌باشد و چنانچه تصرفی خارجی نماید، تصرف او خلاف شرع و قانون محسوب می‌شود، اما از آنجایی که اجازه به محض وقوع، آثاری را به دنبال خواهد داشت، رجوع از آن ممکن نیست؛ مثلاً پس از دادن اجازه به بیعی که به صورت فضولی منعقد گردیده؛ بیع نافذ بوده و اجازه کننده نسبت به آن ملزم می‌باشد و عقد نافذ را نمی‌توان به طور ارادی بار دیگر به صورت غیرنافذ درآورد.

۸-۴-۴- بررسی اثر فروش مال مرهون در قوانین موضوعه دیگر

ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت اسناد و املاک مقرر می‌دارد که: «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 حقوق اجرایی نزد سردفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند، مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله نماید...». ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی که در خصوص رهن قضایی است مقرر می‌دارد: «هرگونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلااثر است».

هر کدام از مواد مذکور از قانون ثبت اسناد و املاک و قانون اجرای احکام مدنی به نوعی متضمن وثیقه و رهن می‌باشد و هر دو هم راستا با ماده ۷۹۳ قانون مدنی به نظر می‌رسند؛ چرا که:

اولاً — با تمیز اذن و اجازه و آثار آن دو از همدیگر، مشخص گردید که فروش و کلاً تصرف حقوقی در مال مرهون بدو نیازمند اعطای اذن از سوی مرتهن می‌باشد و بدون اذن، نسبت به مرتهن باطل بوده و نفوذ حقوقی ندارد.

ثانیاً — در رهن قضایی نیز به نوعی حکم عقد رهن تحقق پیدا می‌کند؛ بدین توضیح که حاکم براساس قاعده (الحاکم ولی الممتنع) به استناد ولایت خود با توقیف مال مدیون، آن را وثیقه طلب داین قرار می‌دهد تا در صورت عدم پرداخت دین از محل فروش مال توقیف شده، طلب داین را از مدیون که محکوم علیه واقع گردیده، پرداخت نماید؛ لذا ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی تردید مذکور در ماده ۷۹۳ قانون مدنی در خصوص بطلان فروش بدون اذن مال مرهونه را از طرف رهن مرتفع می‌سازد.

در اینجا شاید این اشکال شود که بطلان معامله در ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی صرفاً ناظر به موردی است که توقیف مال توسط مرجع قضایی صورت می‌گیرد، لذا معاملات مورد نظر در ماده ۷۹۳ قانون مدنی را شامل نمی‌گردد. در پاسخ به این اشکال باید گفت: همان طوری که سابقاً اشاره شد ماهیت و حقیقت رهن، وثیقه طلب واقع شدن یک مال است و احراز عنصر وثیقه در هر دو مورد مذکور در باب رهن از قانون مدنی و رهن قضایی موضوع ماده ۵۶ اجرای احکام مدنی، حق عینی تبعی طلبکار و محکوم له را به دنبال دارد؛ چرا که ملاک در هر دو یکی بوده که آن هم وثیقه است؛ لذا آثار آن نیز همسان می‌باشد و نهایتاً اینکه ماده ۵۶ اجرای احکام مدنی از باب رفع مانع از سر راه اجرای حکم دادگاه و رعایت حال محکوم له در راستای رفع تکلیف از وی برای طرح دعوی بطلان معامله محکوم علیه نسبت به معامله توقیف شده، تکلیف موضوع را که عدم نیازه طرح دعوی می‌باشد، بیان داشته است و الاً تفاوتی در اصل قضیه وجود ندارد. در عقد رهن، مرتهن باید در رهن خود بودن مال مرهون و در نتیجه حق عینی تبعی خود را ثابت کند و براساس آن ابطال معامله موضوع را دعوی قرار دهد ولی در رهن قضایی وثیقه بودن مال نزد مرجع قضایی، محرز می‌باشد و نیازی به اثبات مجدد ندارد در نتیجه تکلیف اثبات وجود حق عینی تبعی نسبت به مال از محکوم له برداشته شده است.

ثالثاً — مفهوم مخالف ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت اسناد و املاک نیز با اعلام ممنوعیت آزاد شدن مورد معامله در بیع شرط و منع انتقال آن به دیگری — قبل از تودیع شدن کلیه بدهی‌های بدهکار به انضمام اجور و خسارات قانونی و حقوق اجرایی — بی‌اعتباری و بطلان انتقال را متذکر می‌گردد.

۹- نتیجه‌گیری

با تفصیلی که از سه نظریه صحت، عدم نفوذ و بطلان فروش مال مرهونه آورده شد و همچنین با بررسی عبارات ماده ۷۹۳ قانون مدنی و ماده ۵۶ اجرای احکام مدنی و مفهوم مخالف ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک، مشخص گردید که قانونگذار ایرانی با اطلاع کامل از تفاوت بین دو مفهوم (اذن) و (اجازه) و آثار آن دو و اینکه اذن مربوط به قبل از تصرف می‌باشد، تصرف ناقل در عین مرهونه را منوط به اذن مرتهن دانسته است که می‌بایست قبل از تصرف حقوقی ناقل خصوصاً بیع از مرتهن اخذ گردد؛ لذا فروش مال مرهون را بدون اذن مرتهن نه تنها صحیح و یا غیرنافذ تلقی ننموده بلکه آن را بی‌اعتبار دانسته و در ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی در خصوص مال توقیف شده که متضمن نوعی رهن و وثیقه می‌باشد، به صراحت از این بی‌اعتباری به بطلان یاد نموده، فلذا رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰-۷۶/۸/۲۰ نیز در راستای مقررات مذکور صادر گردیده و عبارت (نافذ نیست) در این رأی به معنای بی‌اعتباری ناشی از بطلان است نه به معنای غیرنافذبودن بمعنی الاخص؛ در غیر این صورت ظاهراً رأی مذکور در تعارض با حکم قانون می‌باشد.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. امامی، سیدحسن، ۱۳۷۰، حقوق مدنی، چاپخانه اسلامی، تهران، چاپ هشتم.
۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۷۰، حقوق مدنی، رهن و صلح، کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ دوم.
۳. شهیدی، مهدی، ۱۳۷۰، سقوط تعهدات دانشگاه شهید بهشتی، تهران، چاپ دوم.
۴. عدل، مصطفی، ۱۳۲۴، حقوق مدنی، امیرکبیر، تهران، چاپ دهم.
۵. فصیحی‌زاده، علیرضا، ۱۳۸۰، اذن و آثار حقوقی آن، بوستان کتاب، قم، چاپ دوم.
۶. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶، حقوق مدنی، عقود معین، شرکت انتشار، تهران.
۷. ناصرزاده، هوشنگ، ۱۳۷۶، آراء وحدت رویه هیأت عمومی دیوان عالی کشور، انتشارات خورشید بی‌جا، چاپ دوم.
۸. یزدانیان، علیرضا، ۱۳۸۶، بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و حقوق مدنی، مجله مقالات و بررسیها، دانشکده الهیات دانشگاه تهران، ش ۸۵.

ب) عربی

۹. آل بحر العلوم، سید محمدبن محقق، ۱۲۶۲، بلغه الفقيه، منشورات مکتبه الصادق، تهران، چاپ چهارم.
۱۰. ابن عابدین، محمدامین بن عمر، ۱۴۱۵، حاشیه رد المختار علی الدر المختار: شرح تنویر الابصار فی فقه ابی حنیفه النعمان، دارالکتب العلمیه، بیروت، چاپ اول.
۱۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد، ۱۴۰۴، المغنی، دارالکتب العلمیه بیروت.
۱۲. انصاری، مرتضی، ۱۲۷۵، رساله فی قاعده نفی الضرر (مطبوع در آخر مکاسب)، مطبع اطلاعات تبریز، چاپ دوم.
۱۳. بحرانی، یوسف، ۱۴۱۴، الحدائق الناظره، مؤسسه نظر اسلامی، قم، چاپ دوم.
۱۴. جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، ۱۳۷۰، الروضه البهیة فی شرح اللعنه دمشقیه (شرح لمعه)، مرکز نشر مکتب العلوم اسلامی، بی‌جا، چاپ هفتم.
۱۵. جبعی عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، ۱۴۱۲، مسالک الافهام، مؤسسه معارف اسلامی، بی‌جا، چاپ اول.
۱۶. جزیری، عبدالرحمن، ۱۴۱۴، الفقه علی المذاهب الاربعه، جلد ۲، دارالفکر، بیروت، چاپ اول.
۱۷. جیلانی، ابوالقاسم بن حسن قمی (میرزای قمی)، ۱۳۷۶، جامع الشتات، کیهان، بی‌جا، چاپ اول.
۱۸. حلی، ابوالقاسم، نجم الدین، ۱۴۱۵، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام، استقلال تهران، چاپ چهارم.
۱۹. حلی، حسن بن یوسف مطهر، بی‌تا، تذکره الفقهاء، المکتبه المرتضویه للأثار جعفریه، بی‌جا.
۲۰. حسینی عاملی، ۱۳۳۳، سید محمدجواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دارالاحیاء التراث العربی، چاپ اول.
۲۱. حسینی شیرازی، سیدمحمد، ۱۴۰۹، الفقه، دارالعلوم، بیروت، چاپ دوم.
۲۲. خویی، سید ابوالقاسم، ۱۳۷۴، مصباح الفقاهه فی المعاملات (تقریرات)، توسط: توحیدی تبریزی، محمدعلی، مطبعه حیدریه، نجف، چاپ اول.
۲۳. رستم بازالبنانی، سلیم، ۱۹۲۱، شرح المجله، مطبعه الادبیه، بیروت، چاپ سوم.
۲۴. زحیلی، وهبه، بی‌تا، الفقه الاسلامی و ادلته، دارالفکر، دمشق.
۲۵. سنهوری، عبدالرزاق، ۱۹۹۸، احمد، الوسیط، منشورات الحلبي الحقوقیه، بیروت، چاپ سوم.
۲۶. طباطبایی، سیدعلی، ۱۴۹۲، ریاض المسائل، دارالهدی، بیروت.
۲۷. طوسی، ابن جعفر محمد بن حسن (شیخ الطائفه)، ۱۴۱۱، الخلاف، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
۲۸. طوسی، ابن جعفر محمد بن حسن (شیخ الطائفه)، ۱۳۷۸، المبسوط، حیدریه، تهران، چاپ دوم.
۲۹. غروی، محمدحسین، بی‌تا، مصباح الفقیه فی الزکوه و الخمس و الصوم و الرهن، بی‌نا، بی‌جا.
۳۰. کرکی، علی بن الحسن (محقق ثانی)، ۱۴۹۱، جامع المقاصد فی شرح القواعد، مؤسسه آل بیت، الاحیاء التراث بیروت.

۳۱. مقدس اردبیلی، احمد، ۱۴۱۲، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الازدهان، مؤسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
۳۲. مکی عاملی، محمدبن جمال الدین (شهید اول)، بی‌تا، الدروس، نشر صدوقی، قم.
۳۳. موسوی خمینی، سیدروح الله (امام خمینی)، ۱۳۷۳، تحریر الوسيله، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌جا، چاپ دوازدهم.
۳۴. موسوی خمینی، سید روح الله (امام خمینی)، بی‌تا، کتاب البیع، بی‌نا، قم.
۳۵. موسوی سبزواری، عبدالعلی، ۱۴۰۳، مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، مطبعه الاداب، نجف، چاپ اول.
۳۶. نجفی، محمدحسن، ۱۳۹۴، جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامیه، چاپ ششم.
۳۷. نوری طبرسی، حسین محمدتقی، ۱۴۰۸، مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث، بیروت، چاپ دوم.

ج) فرانسه

38. Colin , Ambrosia , Capitan(H), Droit Civil Francais , Librairie Dalloz –Paris-1935- T-2 8e –ed.