



نگرشی نو بر معامله رهن نسبت به عین مرهونه (با مطالعه تطبیقی)

آزاد فلاحی^۱
فرزاد فلاحی^۲

تاریخ دریافت مقاله: ۹۷/۱۱/۰۹ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۸/۱۱/۲۳

چکیده

عقد رهن عقدی توثیقی است، بی آنکه سبب نقل مالکیت عین مرهونه به مرتهن گردد، مال مرهون را متعلق حق مرتهن می‌سازد و به همین دلیل با وجود آنکه مالکیت رهن بر مال مرهونه عینا و منفعتا باقی می‌ماند، اما قلمرو تصرفات مالکانه او بر مال مرهونه محدود می‌شود و این محدودیت برای حفظ حقوق مرتهن است. یکی از مسائل مهم پس از انعقاد عقد رهن، وضعیت حقوقی قراردادهای ناقل مال مرهونه که مصداق بارز آن عقد بیع، از سوی رهن می‌باشد. در این خصوص مابین فقها، حقوقدانان و محاکم دادگستری اختلاف نظر وجود دارد. عده‌ای نظر بر بطلان مطلق، عده‌ای نظر بر عدم نفوذ، برخی نظر بر صحت، برخی نظر بر عدم قابلیت استناد و برخی نیز اصطلاح آخر را بومی کرده و نظر بر استناد ناپذیری معامله مزبور دارند. نظر گروه دوم، یعنی عدم نفوذ، نظر مشهور و غالب فقها و حقوقدانان است، که با رای وحدت رویه سال ۱۳۷۶ نیز بیشتر قوت گرفته است. لیکن به نظر می‌رسد، با توجه به مبانی فقهی و حقوقی وضعیت بیع مال مرهونه هیچ کدام از وضعیت‌های مذکور صحیح نباشد. بلکه با توجه به سبقه حقوقی و مبانی فقهی می‌توان قائل به «وضعیت مراعی» بود. نظری که با توجه به مستندات فقهی، حقوقی و مبنای جمع حقیقین صائب تر به نظر می‌رسد. در این نوشتار سعی ما بر این خواهد بود با تتبع در منابع فقهی، قانونی و مدد جستن از اندیشه‌های حقوقی، به تحلیل بیع مال مرهونه توسط رهن بر اساس «وضعیت حقوق مراعی» بپردازیم.

کلید واژه‌ها

مال مرهونه، عدم نفوذ، غیرقابل استناد، مراعی، حق ثالث.

مقدمه

^۱ عضو هیات علمی گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سقز، کردستان، ایران. (نویسنده مسئول): Fallahi.azad@yahoo.com

^۲ عضو هیات علمی گروه حقوق، دانشگاه آزاد اسلامی واحد سقز، کردستان، ایران. Fallahi.farzad65@yahoo.com

یکی از عقودی که به تبع وجود دین و برای ایجاد وثیقه در خصوص باز پرداخت دین تشریح شده و مورد پذیرش قانونگذار واقع شده است، عقد رهن است. در این خصوص برخی از فقها عقد رهن را عقدی دانسته‌اند که برای "استیثاق دین" تشریح شده است. به عبارت دیگر در غالب موارد شخصیت مدیون و دارایی او پشتوانه‌ای برای دائن است، با این وجود در برخی موارد دائن به این تضمین عام یعنی اموال مدیون اکتفا ننموده و نظر وی بر این است که باید مالی خاص از دارایی مدیون وثیقه دین او قرار بگیرد. یعنی مال مزبور در رهن وی قرار گیرد، تا در صورت عدم اداء دین از سوی رهن دست وی نسبت به آن مال باز باشد و بتواند از آن احقاق حق نماید.

در همین راستا به موجب ماده ۷۷۱ ق.م: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.» این عقد با توجه به ماده ۷۸۷ نسبت به مرتهن جایز و نسبت رهن لازم است.

با انعقاد عقد رهن حقی متعلق به عین مرهونه تحت عنوان «حق عینی تبعی» برای مرتهن ایجاد می‌شود و از سوی دیگر، حق مالکیت مال در عین مرهونه برای رهن حفظ خواهد شد، چرا که وی دارای حق عینی اصلی است و با توجه به قاعده تسلیط رهن باید قادر بر تصرف در عین مزبور باشد. به بیان دیگر عقد رهن حقی حمایتی برای مرتهن ایجاد می‌نماید، در عین حال توجه به این نکته اهمیت بالایی دارد که، قبل از رسیدن، سر رسید دین و قبل از این که مرتهن بتواند با استفاده از حق خویش، مطالبه فروش عین مرهونه را بنماید، رهن حق مالکیت خویش را بر عین مرهونه حفظ می‌نماید. بنابراین در زمانی که مال در رهن مرتهن است از یک سو رهن مالک عین است و از سوی دیگر مرتهن نسبت به مال مرهونه حق وثیقه (حق عینی تبعی) دارد.

حال سوال اساسی که مطرح می‌شود این است که، در مدتی که مال در رهن است آیا رهن که مالک عین است، می‌تواند تصرفات ناقله که مصداق بارز آن بیع است، نسبت به عین مرهونه انجام دهد یا خیر؟ آیا تصرفات مزبور نیازمند اذن مرتهن می‌باشد یا خیر؟ به بیان دیگر بحث بر سر این است که حق عینی اصلی رهن و حق عینی تبعی مرتهن چگونه با انتقال عین مرهونه قابل جمع است؟

به‌عنوان فروض نوشتار حاضر باید بیان داشت، در میان فقها، حقوقدانان و محاکم دادگستری راجع به بیع مال مرهونه اختلاف نظر شدید وجود دارد، برخی نظر بر بطلان مطلق، برخی بر عدم نفوذ، برخی نظر بر صحت و جدیداً برخی نظر بر عدم قابلیت استناد دارند (البته برخی از نویسندگان از اصطلاح استناد ناپذیر به جای غیرقابل استناد استفاده کرده‌اند). نظر ما که در طول مقاله سعی در اثبات آن خواهیم داشت بر این است که وضعیت مزبور هیچ کدام از

وضعیت‌های فوق نیست، بلکه وضعیت مزبور «مراعی» است. یعنی قرارداد شکل گرفته صحیح است، لیکن تمام آثار عقد صحیح بر آن بار نمی‌شود. با این توضیح که، عقد مزبور هر چند شرایط مقتضی آن کامل است، لیکن برای این که تاثیر مقتضی برجای بگذارد باید مانعی که با آن مواجه گشته بر طرف شود، مانع مزبور در بیع مال مرهونه حق مرتهن نسبت به عین موضوع معامله است. پس باید به انتظار نشست تا وضعیت پرداخت یا عدم پرداخت حق مرتهن مشخص شود. در صورت پرداخت به هر شکلی عقد شکل گرفته صحیح و در حالت عکس باطل است. مبنای نظریه مراعی نیز جمع حقیقین است.

۱-۱. وضعیت حقوقی معامله راهن نسبت به عین مرهونه (در فقه، اندیشه‌های حقوقی و قضایی)

شاید بتوان گفت یکی از موضوعات مورد اختلاف در تمام ادوار در معاملات، معامله راهن نسبت به عین مرهونه بوده است. اختلاف نظری که هم در بین فقها، هم در بین حقوقدانان و هم در بین محاکم دادگستری دیده می‌شود. سوالی که پاسخ بدان سبب ایجاد این همه اختلاف شده، این است که: آیا فروش مال مرهونه از سوی راهن منافاتی با حق مرتهن دارد یا خیر منافاتی ندارد؟ حال برای نیل به پاسخ سوال مزبور به بیان نظرات مختلف در این زمینه خواهیم پرداخت.

۱-۱-۱. نظریه وضعیت باطل بودن معامله راهن نسبت به عین مرهونه

در جواب این سوال گروهی از فقهای امامیه (شهید ثانی، بی‌تا، ۸۳؛ انصاری، ۱۴۱۱، ۱۸۴؛ نائینی، ۱۴۲۱، ۳۲۷، محقق حلی، ۱۴۰۹، ۳۳۶؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ۴۵۰، موسوی خمینی، ۱۳۸۶، ۳۸۶) و حقوقدانان (عبده بروجردی، ۱۳۸۰، ۳۶۳، محمدی و صفیان، ۱۳۸۶، ۲۸۷؛ حائری شاه باغ، ۱۳۸۲، ۶۹۵) همچنین برخی محاکم (رای شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور که در تعارض با رای شعبه ۲۱ دیوانعالی کشور طی رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ به تاریخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ مورد تایید و ابرام هیات عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفته است) معتقدند که فروش مال مرهونه منافاتی حق مرتهن بوده و راهن بدون اجازه مرتهن حق انجام این گونه تصرفات را ندارد که باعث زوال مالکیت می‌شود. (میرزا نژاد جویباری، ۱۳۹۰، ۲۸۲)

البته باید بیان داشت گروه فوق خود به دو دسته تقسیم می‌شوند، برخی نظر بر بطلان دارند و برخی نظر به عدم نفوذ. شیخ طوسی در کتاب الخلاف و کتاب النهایه خود معتقدند که بیع عین مرهونه باطل است (الخلاف، ۱۴۱۱، ۲۲۷/۳؛ النهایه، ۱۴۳۴، ۴۴۱/۲؛ همچنین برای دیدن نظر موافق ر. ک به: ابن قدامه، ۱۴۰۴، ۴۰۱/۴) دلیل این گروه در وهله نخست، اجماع تبعدی

مبنی بر بطلان بیع عین معین مرهونه توسط رهن می‌باشد. دلیل دوم این دسته از فقها حدیث معروف «الراهن و المرتهن ممنوعا من التصرف» است. (نوری طبرسی، ۱۴۰۸، ۴۲۶/۱۳) در توضیح دلایل این دسته از فقها باید بیان داشت که، ابتدأً منع فروش مال رهنی به وسیله رهن مورد اجماع علمای فقه امامیه است، سپس روایت «الراهن و المرتهن ممنوعا من التصرف» مخصوص عموماتی چون «احل الله البيع» و «اوفوا بالعقود» به شمار می‌رود.

راجع به نقد استلال فوق برخی از فقها این چنین بیان داشته‌اند که، حدیث مزبور از نظر سند ضعیف بوده و قابل اطمینان نیست، با این توضیح که ظاهراً حدیث مزبور از نوع مرسل است. (انصاری، پیشین، ۱۸۱) همچنین شهرت حدیث ضعف سند را جبران نمی‌کند. (توحیدی تبریزی، ۱۳۷۴، ۲۳۹/۵) از سوی دیگر فرض حدیث ناظر به حالتی است که رهن بدون اجازه و رضای مرتهن اقدام به فروش عین مرهونه می‌نماید. (علامه حلی، ۱۴۱۱، ۱۱۶) کما اینکه اجماع مورد استناد شیخ طوسی و سایر پیروان این نظریه از سوی برخی از فقها مورد تردید واقع شده و به نظر ایشان اجماع مزبور ثابت نیست. (توحیدی تبریزی، پیشین، ۲۳۹)

برخی دیگر از فقها با روشی دیگر سعی در تضعیف نظریه مزبور داشته‌اند، با این توضیح که در صورت پذیرش اجماع ادعایی شیخ طوسی و سایر افراد پیرو نظریه بطلان فروش مال مرهونه توسط رهن، با توجه به مخالفت اکثر علمای متاخر و معتقد بودن به صحت عقد در صورت اجازه مرتهن اجماع مورد استناد سست و غیرقابل اعتماد است. (انصاری، پیشین، ۱۸۱) از طرف دیگر ماهیت رهن نیز دلیلی است که با بطلان عین مرهونه مخالف است. چراکه هدف اصلی رهن توثیق و وثیقه گذاشتن است و به نظر می‌رسد به همین دلیل است که فقها و حقوقدانان رهن عاریه را نیز جایز می‌دانند.

عده‌ای از حقوقدانان با توجه به قاعده لاضرر معتقدند حدود تصرفاتی که رهن می‌تواند به عنوان مالکیت در عین مرهونه داشته باشد به حق مرتهن محدود است و نیز اعتقاد دارند بیع عین مرهونه منافی حق مرتهن بوده و منوط به اذن مرتهن است. (جعفری لنگرودی، پیشین، ۹۸؛ عدل، ۱۳۲۴، ۸۲۱) برخی دیگر از حقوقدانان معتقدند در هر حال تصرف رهن ممنوع است، ولو این که ضرری برای مرتهن نداشته باشد. (بروجردی عبده، پیشین، ۴۰۵) عده‌ای دیگر از حقوقدانان معتقدند که بیع عین مرهونه در صورتی منافی حق مرتهن است که رهن عین مرهونه را بدون قید حق مرتهن به نحوی از انحاء به غیر انتقال دهد. (امامی، پیشین، ۳۶۹/۳)

در رویه قضایی نیز در این زمینه اختلاف نظر وجود، که گاهی ناشی از خلط مفهوم بطلان و قابل ابطال بوده است؛ با این توضیح که در برخ آراء محاکم نظر بر باطل بودن معامله رهن نسبت

عین مرهونه داشته‌اند (دادنامه شماره ۲۵۶ مورخ ۸۱/۱۲/۳۰ دادگاه تجدید نظر استان تهران)^۱ اما در برخی آراء نظر بر ابطال این معامله داشته‌اند. (دادنامه شماره ۸۲۳ مورخ ۴/۱۹/۲)

۱-۲. نظریه غیرنافذ بودن معامله راهن نسبت به عین مرهونه

در مقابل نظریه بطلان بیع عین مرهونه، نظریه مشهور میان فقهای امامیه بر این است که بیع عین مرهونه غیرنافذ بوده و با اذن مرتهن صحیح می‌شود. البته در میان این دسته نیز برخی قائل به تفکیک تصرفات غیرمضر و مضر شده‌اند و تصرفات غیر مضر را نافذ دانسته‌اند. (بحرانی، ۱۴۱۴، ۲۶۶/۲۰) اما عده‌ای دیگر از فقها تمام تصرفات را (خواه مضر و خواه غیر مضر) غیرنافذ می‌دانند، دلیل این عده اطلاق ادله غیرنافذ بودن بیع عین مرهونه است. البته لازم به ذکر است

^۱ «در خصوص تجدید نظر خواهی نسبت به دادنامه شماره ۱۸۵۵ مورخ ۱۳۸۰/۸/۱۳ صادره از شعبه محترم ... دادگاه عمومی تهران با التفات به قرارداد مورد استناد، معلوم می‌شود که در زمان معامله یعنی مورخ ۷۴/۱۰/۱۹، ملک مورد معامله در رهن بانک تجدیدنظر خواه بوده است و خواهان بدوی یعنی تجدید نظر خوانده صراحتاً، این مورد را در دادخواست خود بیان کرده است و سند رهنی مربوط به ملک مورد دعوی نیز حاکی بر این است که قبل از انجام معامله در تاریخ ۷۴/۴/۱۸ ملک در رهن بانک قرار گرفته است. و همانطور که تجدید نظر خواه دفاع نموده است و ماده ۷۹۲ تصریحاً بیان کرده است راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد که مصداق بارز این تصرف انتقال ملک است. به عبارت دیگر تصرفات مورد نظر قانون اعم از فیزیکی و حقوقی است و یکی از تصرفات حقوقی انتقال مال است که منافی حق مرتهن می‌باشد لذا همانطور که رای وحدت رویه شماره ۶۲۰-۱۳۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی محترم دیوان عالی کشور، این استدلال را تأیید می‌نماید. نتیجه این می‌شود که انتقال ملک مرهونه از مصادیق معاملات فضولی است و با رد آن توسط مرتهن، این انتقال وفق ماده ۲۴۷ ق.م باطل می‌شود. بنابراین مستنداً به ماده ۳۵۸ قانون آئین دادرسی مدنی و موارد مذکور، تجدید نظر خواهی وارد و با نقض دادنامه معترض عنه، دعوی فاقد وجهت قانونی و مردود اعلام می‌گردد. این رای حضوری و قطعی است.

^۲ «در خصوص دعوی خواهان آقای (ع.ک) به طرفیت خانمها: ۱- «ط.ض.»، ۲- «ف.ک.» ۳- آقای «س.ع.» ورثه مرحوم، «م.ع.» ۴- آقای «ع.ک» و ۵- بانک مسکن شعبه ... به خواسته الزام به تنظیم سند رسمی پلاک ثبتی شماره ۴۳۴۱ ذیل ثبت شماره ۲۳۸۴۰۰ واقع در بخش ۷ تهران، موضوع میابعه نامه عادی مورخ ۸۴/۱۰/۱۹ مشتمل بر یک دستگاه آپارتمان مسکونی در طبقه همکف واحد جنوبی با کلیه مشاعات و متعلقات آن و ابطال عملیات اجرایی بانک مرتهن، نظر به اینکه حسب پاسخ استعلام ثبتی، خوانندگان ردیف اول الی چهارم، اصالتاً و وراثتاً مالک مشاعی پلاک ثبتی موضوع دعوی می‌باشند و نظر به اینکه خوانندگان اشعاری اقرار به وقوع بیع و نقل و انتقال پلاک ثبتی موضوع دعوی دارند و حتی مبیع را به تحویل خریدار (خواهان) داده‌اند و نظر به اینکه فک رهن و تنظیم سند و انتقال رسمی مبیع در دفتر اسناد رسمی از تعهدات قانونی و قراردادی خوانندگان موصوف می‌باشد و النهایه این که پس از حصول مالکیت خواهان بر آپارتمان موضوع دعوی و تصرف وی و متعاقباً پس از اخذ دیون بانک مرتهن از متعهد آن (خوانندگان اشعاری)، عملیات اجرایی بانک جهت وصول مطالبات برخلاف قانون می‌باشد. علی‌هذا مستنداً به مواد ۱۰ و ۲۱۹ الی ۲۲۳ ق.م و ماده ۱۹۸ قانون آئین دادرسی مدنی، خوانندگان را به فک رهن باپرداخت دیون مرتهن و تنظیم سند رسمی در حق خواهان علیه خوانندگان ردیف اول الی چهارم محکوم و نیز ابطال عملیات اجرایی بانک مرتهن محکوم می‌نماید. رای صادره راجع به خوانندگان ردیف اول الی سوم و خواننده ردیف پنجم حضوری و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ در محاکم تجدید نظر استان تهران قابل اعتراض می‌باشد و راجع به خواننده چهارم غیابی و ظرف ۲۰ روز پس از ابلاغ در همین دادگاه قابل واخواهی می‌باشد.»

که این دسته از فقها تصرفات مفید به حال مال مرهونه را جایز می‌دانند. (موسوی سبزواری، ۱۴۰۳، ۱۰۶/۲۱؛ موسوی خمینی، ۱۳۷۳، ۱۲۰/۳)

دلایل و مستندات نظر اخیر که نظر مشهور میان فقها نیز می‌باشد از قرار ذیل است: ایشان به عموماً از جمله «وفوا بالعقود» و «احل الله البيع» و ... که مبتنی بر صحت عقد و لزوم پایبندی به مفاد آن را مدلل می‌سازند را استناد کرده و معتقدند که این ادله همه خریدها و فروش‌ها را شامل می‌شود و فروش عین مرهونه نیز یکی از موارد این شمول است. دلیل دوم این گروه مضمون روایت «انه لم یعص الله و انما عصی سیده» است که در زمینه ازدواج عبد بدون اذن مولی وارد شده است. (حسینی عاملی، ۱۳۳۳، ۱۱۶/۵) مفهوم روایت مذکور این است که عبد مرتکب معصیت الهی نشده است، بلکه از فرمان ارباب سرپیچیده است. به همین دلیل اجازه بعدی مولی موجب صحت عقد می‌شود. از این قاعده کلی استنباط می‌شود که هرگاه عقدی به خاطر حق یک انسان مورد نهی باشد در صورت رضایت آن شخص مانع بر طرف خواهد شد. (توحیدی تبریزی، پیشین، ۲۴۰)

دلیل دیگر که شاید به نوعی مهمترین دلیل استنادی گروه اخیر باشد ادله‌ای است که صحت عقد فضولی را ثابت می‌کند. چراکه زمانی فروش مال غیر از سوی فضول با رضایت و تنفیذ مالک صحیح شود، پس به طریق اولی فروش مال خود بایع هرچند در رهن باشد صحیح است، ولیکن چون متعلق حق شخص ثالث است، غیر نافذ خواهد بود که با رضای ثالث یا بر طرف شدن حق مزبور نافذ می‌شود. (موسوی خمینی، پیشین، ۱۹۳/۳)

۱-۱-۳. نظریه صحیح بودن معامله رهن نسبت به عین مرهونه

در مقابل نظرات فوق الذکر عده‌ای دیگر از فقها (حکیم، ۱۳۷۱، ۳۸۷؛ خوئی، ۱۴۱۲، ۲۱۱) و حقوقدانان (امامی، ۱۳۶۶، ۳۶۹؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴، ۵۸۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۴۰۴) همچنین برخی دیگر از محاکم (رای شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور که در تعارض با رای شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور مورد ابرام قضات هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ به تاریخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ قرار نگرفته است؛ همچنین رای اصراری شماره ۲۱ به تاریخ ۷۶/۱۲/۱۲ شعب حقوقی دیوان عالی کشور) معتقدند که چون حق مرتهن بر عین مرهونه یک حق عینی بوده و در برابر همه قابل استناد است و هیچ قرارداد بعدی میان رهن و شخص ثالث این توان را ندارد که حقوق مکتسبه و مقدم مرتهن بر مال مرهونه را از بین ببرد، لذا فروش مرهونه اساساً منافاتی با حق مرتهن ندارد.

بر مبنای این نظر در جایی که بیع ضرری برای مرتهن نداشته باشد، صحیح خواهد بود. (غروی، بی تا، ۲۲۶) ایشان بیان می‌دارند که، حقیقت رهن وثیقه و ایجاد تضمین جهت استیفای طلب مرتهن است. به اعتقاد این دسته تصرفات رهن در عین مرهونه در سه گروه جای می‌گیرد: الف) تصرفاتی که با حقیقت رهن و وثیقه مخالف است و موجب تلف یا نقص قیمت آن می‌شود؛ مانند تخریب خانه و ذبح حیوان. راجع به این دسته از تصرفات به اتفاق آراء فقها و حقوقدانان عدم جواز رهن است.

ب) تصرفاتی که برای حفظ و بقای عین مرهونه بر آن متوقف است؛ مانند اصلاح و تعمیر عین مرهونه و در عین حال منافاتی با مفهوم رهن و حق مرتهن ندارد. راجع به این دسته از تصرفات بر عکس حالت «الف» کاملاً جایز است و حتی در برخی موارد نیاز به کسب اجازه از مرتهن نیست.

ج) تصرفاتی که مابین دو دسته دیگر تصرفات است؛ مانند بیع که منافاتی با حقیقت رهن ندارد. اختلاف نظر فقها در این قسمت سبب اتخاذ نظریات مختلف شده است. نظر گروه اخیر جواز این اعمال است.

برخی از حقوقدانان با توجه به حق عینی مرتهن، معتقدند که مالک و خریدار نمی‌توانند با تراضی آن را از بین ببرند. حق مرتهن با ملک است و در دست هر که باشد تفاوت نمی‌کند، پس برای نفوذ عقد به قید حفظ حقوق مرتهن نیازی نیست، زیرا به حکم قانون حق او بر خریدار مقدم است. مالک بیش از آنچه دارد نمی‌تواند به خریدار منتقل کند و مال با قید حق عینی مرتهن به خریدار منتقل می‌شود و تصریح مالک، جز آگاه ساختن خریدار و جلوگیری از فسخ آینده بیع، اثری ندارد. پس چرا باید انتقال مورد رهن در هر حال مضر به حال مرتهن تلقی شود. (کاتوزیان، منبع پیشین، ۵۸۳/۴)

با توجه به توضیحات فوق مشخص شد که هر کدام از نظریات بطلان، عدم نفوذ و صحت معامله مال مرهونه میان حقوقدانان، فقها و محاکم طرفدارانی دارد. البته همان گونه که شرح آن گذشت نظریه مشهور و غالب فقها، حقوقدانان و محاکم بر عدم نفوذ استوار است. لازم به ذکر است این گروه خود به دو دسته تقسیم می‌شوند عده‌ای بدون هیچ تقسیم بندی به عدم نفوذ اشاره داشته و غالباً احکام معامله فضولی را بر معامله رهن بر مال مرهونه تسری داده‌اند و با توجه همان احکام بیان داشته‌اند معامله رهن نسبت به عین مرهونه غیرنافذ است. ولی عده‌ای دیگر قائل به تقسیم عدم نفوذ شده و معامله رهن را در فرض فوق عدم نفوذ از نوع عدم نفوذ به معنی خاص دانسته‌اند، نه غیرنافذ موقوف که شامل تمام صور غیرنافذ می‌شود. البته در این

حالت نیز اختلاف نظر میان حقوقدان مشاهده می‌شود. عده‌ای سعی در تبیین موضوع از منظر حقوق سنتی و به نوعی بومی داشته و از اصطلاح عدم نفوذ مراعی بهره‌جسته‌اند (کریمی، پیشین، ۱۷۲) در مقابل عده‌ای دیگر از اصطلاح غیرقابل استناد که اصطلاحی مستخرج از حقوق فرانسه است استفاده کرده‌اند. (میرزا نژاد جویباری، پیشین، ۲۹۱ به بعد؛ همچنین: ایزانلو، شریعت نصب، ۱۳۹۱، ۵۲-۵۱ با این توضیح که به جای اصطلاح غیرقابل استناد پیشنهاد نموده‌اند که از اصطلاح بومی و فارسی «استناد ناپذیر» استفاده شود.)

حال با توجه به بیان نظرات مشهور و غیر مشهور در فقه و حقوق ایران (دکترین حقوقی و آراء محاکم دادگستری) در ادامه سعی ما بر این است از دریچه‌ای دیگر به موضوع نگریسته و تلاش نماییم با توجه به مبانی حقوق اسلامی و بر اساس مستندات فقهی و حقوقی به ابراز نظر پردازیم. نظر مختار هر چند سابقه فقهی و سابقه حقوقی دارد، ولیکن به هر دلیلی مهجور مانده و برای غالب حقوقدانان ناشناخته و یا حداقل مبهم و مجهول است. تلاش ما در ادامه بر این خواهد بود که با توجه به «وضعیت حقوق مراعی» سعی در پاسخ به وضعیت حقوقی معامله رهن نسبت به عین مرهونه داشته باشیم.

۲-۱. مفهوم‌شناسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه و نزدیک

۱-۲-۱. مراعی در لغت و اصطلاح

«مراعی» اسم مفعول از باب مفاعله است که مصدر آن مراعات (مراعه) است. مراعه در لغت به معنی نیک نگریستن، حفظ کردن و رعایت کردن حق کسی، دیدن پایان کار، مراقبت کردن در کاری و نگریستن به این که چگونه می‌گذرد و چه خواهد شد آمده است. (دهخدا، ۱۳۷۷، ۱۳؛ معین، ۱۳۷۱، ۳) بر همین رویکرد برخی بیان داشته‌اند مراعی به معنی منتظر و مراعات به معنی انتظار است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ۱۰۱) صاحب کتاب معجم مقائیس اللغه در این زمینه بیان داشته است که، این واژه در دو معنای به کار رفته است، نخست به معنی مراقبت و حفظ، و دوم به معنای رجوع. (ابوالحسن، ۱۴۰۴، ۴۰۸) صاحب کتاب العین نیز بیان داشته‌اند که «راعیته اراعی» یعنی بنگریم که سرانجام امور به کجا می‌رود. (فراهیدی، ۱۴۱۰، ۲۴۱) در فرهنگ نفیسی راجع به این اصطلاح بیان شده است، مراعی به معنی بیننده و ناظر، حارس و نگهبان و یا حافظ و دست گیر و مددکار است. (نفیسی، ۱۳۴۳، ۴۲۱) در فرهنگ دهخدا ذیل اصطلاح «مراعه الحقوق» بیان شده است: به معنی مراعات کردن، نگهداری کردن، مراقبت کردن و ملاحظه کردن، در حق کسی و توجه و عنایت داشتن. (دهخدا، پیشین، ۸۸)

برخی از اساتید عدم نفوذ مراعی را این گونه تعریف کرده اند: «مراعی وضع حقوقی عقدی است که موجود شده، ولی مجمل است. پس از رفع جهل و کشف واقع عنوان مراعی (یا مراعات) را از دست می‌دهد. در مورد هر وضع حقوقی که مراعی است، سبب آن وضع حقوقی کاملاً محقق شده است و حالت انتظاری جز رفع جهل وجود ندارد.» (همان، ۱۰۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۲۳۰/۱۵)

همان گونه که برخی از اساتید بیان داشته اند، معنی اصطلاحی مراعی نیز از معنی لغوی آن دور نیفتاده است و می‌توان آن را انتظار برای رفع مانع دانست. در واقع حقوق اشخاص ثالث که به مورد معامله تعلق گرفته است، مانع از نفوذ و جریان آثار عقد یا مانع از تداوم آن است. بنابراین در حالت انتظار برای رفع مانع به سر می‌برد. (کریمی، ۱۳۹۱، ۱۶۰)

با توجه به توضیحات فوق مشخص می‌شود که مراعی ناظر به زمانی است که در آن عمل حقوقی با یک مانع مواجه شود، و این مانع وضعیتی حقوقی ایجاد کرده که آن را مراعی می‌نامند. حال در چنین وضعیتی اگر مانع مرتفع شود، اجمال موجود بر طرف شده و مشخص می‌شود که عمل حقوقی مزبور از همان هنگام شکل‌گیری چه وضعیتی داشته است. یکی از فقهای برجسته در این زمینه این چنین بیان داشته است: «... مراعی، بمعنی انکشاف حاله یظهر بعد بزوال المانع من بقاءه...» (کرکی، ۱۴۱۴، ۱۴۵) با نگاهی به ماده ۸۷۸ قانون مدنی نیز می‌توان همین معنای را استنباط نمود آنجا که ماده فوق‌الذکر بیان می‌دارد: «هرگاه در حین موت مورث حملی باشد که اگر قابل وراثت متولد شود مانع از ارث تمام یا بعضی از وراثت دیگر می‌گردد، تقسیم ارث به عمل نمی‌آید تا حال او معلوم شود و اگر حمل مانع از ارث هیچ یک از سایر وراثت نباشد و آنها بخواهند ترکه را تقسیم کنند، باید برای حمل حصه‌ای که مساوی حصه دو پسر از همان طبقه باشد کنار گذارند و حصه هر یک از سایر وراثت مراعی است تا حال حمل معلوم شود.» ماده بیان می‌دارد در هر موردی که مانعی در سر راه تصمیم‌گیری قاطع وجود داشته باشد، می‌بایست تا وضعیت مانع مشخص شود صبر کرد و به بیان ماده وضعیت مراعی دانست.

بنابراین می‌توان بیان داشت وضعیت مراعی ناظر به هنگامی است که سرنوشت عمل حقوقی، منوط به مشخص شدن وضعیت دیگر (مانع) است. (ساعت چی، ۱۳۹۲، ۱۲) می‌توان نتیجه گرفت که این موضوع خود دال بر تعلیق می‌باشد. با این تفاوت که غالباً تعلیق ناظر به آینده است در حالی که در مراعی بر عکس ناظر به گذشته است، با این توضیح که با مشخص شدن وضعیت مانع مشخص می‌شود که عمل حقوقی از روز نخست صحیح بوده یا آن که از ابتدا باطل بوده است. به عنوان نمونه همچنان که شهید اول در رابطه با بیع حیوان ضاله بیان می‌کنند که عقد

مزبور مراعی است، زیرا قرارداد مزبور از حیث مقتضی نقضی ندارد، چرا که هم طرفین قصد و رضا دارند، هم اهلیت، و هم معین بودن موضوع معامله مشخص است. اما نقص یا مانعی تحت عنوان این که آیا مال مزبور (حیوان ضاله) در مدت مشخص تسلیم می‌شود یا خیر، قرارداد مزبور را در وضعیت مراعی قرار می‌دهد. با این شرح که عقد حیوان ضاله منوط به مشخص شدن تسلیم یا عدم تسلیم موضوع معامله می‌شود. پس هرگاه وضعیت مانع یعنی همان موضوع معامله مشخص شود، معلوم می‌شود که عقد از روز اول صحیح بوده یا باطل و به عبارت دیگر عقد از وضعیت مراعی خارج خواهد شد. همین نظر مورد تایید برخی از متاخرین از جمله محقق خویی واقع شده آنجا که ایشان می‌فرمایند: «فحینئذ لا مانع عن التزام وقوع بیع کل ما یعجز عن تسلیم مع رجاء التمكن منه مراعی بالتمكن منه فی زمان لا یفوت الانتفاع المعتمد.» (خویی، بی تا، ۲۶۳)

۱-۲-۲. مقایسه وضعیت حقوقی مراعی با نهادهای مشابه و نزدیک

همان گونه که برخی از نویسندگان بیان داشته اند: «مفهوم یک نهاد حقوقی هنگامی به طور کامل معین می‌شود که بتوان مرزهای آن را با سایر مفاهیم مشابه معین کرد. و این امر سبب شناسایی دقیق مفهومی موضوع خواهد شد.» (ساعت چی، پیشین، ۲۳) به همین جهت ما نیز در این قسمت سعی در بررسی وضعیت حقوقی مراعی با نهادهای مشابه (هرچند به طور مختصر) خواهیم پرداخت:

۱-۲-۲-۱. حالت‌های سه گانه صحت، بطلان و عدم نفوذ

قرارداد ممکن است مشمول یکی از سه حکم صحت، بطلان و عدم نفوذ باشد، هر چند بعضی حقوقدان ها قرارداد غیر نافذ را از اقسام قراردادهای صحیح شمرده، حکم وضعی قراردادها را به دو قسم صحیح و باطل تقسیم کرده اند. (شهیدی، پیشین ۲/۲۱) تقسیم بندی اخیر برگرفته از عبارات فقیهان است که عقد غیر نافذ را جزء معاملات صحیح می‌شناسند. (نجفی، پیشین، ۲۲/۲۷۳)

قرارداد صحیح یا نافذ به قراردادی گفته می‌شود که دارای تمام شرایط اساسی صحت معاملات باشد. (ماده ۱۹۰ قانون مدنی) در مورد عقود معین، علاوه برداشتن شرایط عمومی، باید شرایط اختصاصی عقد نیز موجود باشد. البته برای صحیح دانستن قرارداد لازم نیست که آثار آن نیز در پی انشاء ایجاد شود، چنان که در عقود معلق، تأثیر عقد منوط به حصول معلق علیه است. (ماده ۱۸۹ قانون مدنی) قرارداد باطل به قراردادی گفته می‌شود که وجود و عدم آن یکسان بوده، هیچ اثری نداشته باشد و در آینده نیز تأثیری ندارد علت آوردن قید اخیر بدان جهت است که مثلاً

قرارداد غیر نافذ تا زمان تنفیذ اثری ندارد، ولی پس از آن مؤثر است و لذا قرارداد غیر نافذ علی رغم نداشتن اثر، باطل تلقی نمی شود. عقد باطل، فاسد هم گفته می شود. مثلاً ماده ۳۶۵ قانون مدنی از عقد باطل به فاسد تعبیر کرده و مقرر داشته: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد.»

به بیان دیگر بطلان مربوط به نقص ارکان داخلی عمل است. منتها بسته به اینکه این ارکان دارای چه درجه‌ای از اهمیت باشند و هدف از آنها چه باشد، نوع بطلان فرق می کند، با این توضیح که بطلان مطلق، وضعیت عملی است که دارای شرایط ضروری انعقاد نیست. بنابراین بطلان زمانی مطلق است که این شرایط، اساسی و ناظر به حمایت از منفعت عمومی، نظم عمومی و یا اخلاق حسنه باشند. (Flour, Auber et Savaux, 2000, 328)

اما نوعی دیگر از بطلان وجود دارد که بر خلاف بطلان مطلق که اثر آن در برابر همگان است (Juris Classeur Civil, Face, 2006, 35) نسبی است. به بیان دیگر بطلان نسبی وضع عملی است که با داشتن شرایط اساسی صحت معامله، فاقد شرایط حافظ منافع طرفین یا یکی از دو طرف است. (Flour, Auber et Savaux, op.cit, 328) از این رو دامنه این بطلان طرفینی و به عبارت دیگر «نسبی» است و تنها شخص مورد حمایت حق ابطال عمل حقوقی را دارد.

عدم نفوذ دارای دو معنای عام و خاص است. (کاتوزیان، پیشین، ۱۷۴/۲؛ همچنین: شهیدی، پیشین، ۱۷۴/۱) در معنای عام، عدم نفوذ حالت قراردادی است که دارای اثر حقوقی نباشد. در این معنا، عدم نفوذ اعم از بطلان است و در مقررات گاهی به معنای بطلان به کار رفته است؛ مانند ماده ۲۰۰ قانون مدنی که مقرر می دارد: «اشتباه وقتی موجب عدم نفوذ معامله است که مربوط به خود موضوع معامله باشد.» عدم نفوذ به معنای خاص، وضعیت قراردادی است که دارای نقص است، به گونه‌ای که در صورت رفع نقص، کامل گشته، حیات حقوقی می یابد و اگر رد شود باطل و بلا اثر می گردد. فقها از عقد غیر نافذ «به عقد موقوف» هم تعبیر کرده اند. (محقق داماد، قنواتی، شبیری، عبدی پور، ۱۳۷۹، ۱۰۹/۱) گاهی نیز قانونگذار از عدم نفوذ معامله به بطلان آن تعبیر کرده‌اند، که نباید با بطلان به معنای خاص خلط شود. مثلاً ماده ۵۰۰ قانون مدنی مقرر داشته: «در بیع شرط، مشتری می تواند مبیع را برای مدتی که با بیع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بیع باشد به وسیله جعل خیار یا نحو آن، حق بیع را محفوظ دارد و آلا اجاره تا حدی که منافی با حق بیع باشد باطل خواهد بود.»

۲-۲-۱. سایر مفاهیم

۱-۲-۲-۱. قابلیت استناد

مفهوم اثر نسبی قرارداد این است که قرارداد فقط درباره طرفین موثر است و نمی‌تواند نسبت به اشخاص ثالث اثری داشته باشد. اراده متعاملین با رعایت مقررات می‌تواند حقوق و تکالیفی برای آنها به وجود آورد ولی اصولاً نمی‌تواند در وضع حقوقی افرادی که در بستن عقد دخالتی نداشته و به آن رضایت نداده اند، موثر باشد. (کاتوزیان، پیشین، ۱۷۱؛ صفایی، پیشین، ۱۶۶)^۱ در قانون مدنی در ماده ۲۳۱ چنین مقرر شده است: «معاملات و عقود فقط درباره ی طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است، مگر در مورد ماده ۱۹۶». به علاوه با توجه به ماده ۱۰ و ۲۱۹ قانون مدنی اصل نسبی بودن قرارداد قابل استنباط است.

با توجه به توضیحات فوق اصل نسبی بودن قرارداد بدین معنی است که اثر قرارداد نسبی است و به دیگران یا به بیانی دیگر شخص ثالث تسری پیدا نمی‌کند. بر همین اساس برخی حقوقدانان این اصل را، نتایج حاصل از حقوق ناشی از یک عمل حقوقی، یک جنبه، یک قانون و ... تعریف نموده‌اند. (Cornu, 1992, 301) لازم به ذکر است در نظام حقوق انگلستان نیز قاعده «privity of contract» بیانگر همین اصل است. (برای مطالعه در این زمینه ر.ک به: David, 1973, 346) حال با توجه به توضیحات فوق به بررسی قابلیت استناد خواهیم پرداخت.

برخی از حقوقدانان فرانسوی قابلیت استناد را راهکاری برای ورود عناصر حقوقی به فضای عمومی حقوق دانسته اند. (Duclos, 1984, 22) با این توضیح که از قابلیت استناد به عنوان ویژگی یاد کرده‌اند که اگر برای عناصر اجزاء یک نظام حقوقی مانند قرارداد، حق، رای و... بپذیریم، جزء و عنصر مزبور به خاطر آن ویژگی می‌تواند از خارج از چهارچوب و حوزه فعالیت مستقیم خود، به صورت غیر مستقیم آثاری را بر جای گذارد. (Ibid, 23)

در فرهنگ حقوقی کرنو در این زمینه این چنین آمده است: «صلاحیت یک حق، یک عمل، یک موقعیت حقوقی یا واقعه جهت اینکه اشخاص را متوجه آثار خود نسبت به اشخاص ثالث بنماید. البته نه از این طریق که اشخاص ثالث را تابع تعهدات مستقیم ناشی از خود گرداند بلکه از این راه که اشخاص مزبور را ملزم به شناسایی وجود وقایع، حقوق و اعمالی می‌کند که دارای وصف قابلیت استناد هستند و آنان را ملزم به رعایت احترام موارد مزبور به عنوان عناصر نظام حقوقی و تحمل آثار آنها می‌نماید. (Cornu, 1992, 577)

^۱ پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶ در قانون مدنی فرانسه ماده ۱۱۶۵ راجع به اصل نسبی بودن قراردادها چنین آورده بود: «قراردادها فقط میان طرفین آن دارای اثر می‌باشند؛ آنها به هیچ وجه زبانی به اشخاص ثالث نمی‌رساند و اشخاص ثالث فقط در مورد پیش بینی شده در ماده ۱۱۲۱ از قرارداد منتفع می‌گردند.» همچنین ماده ۱۱۳۴ همان قانون (پیش از اصلاحات سال ۲۰۱۶) اصل نسبی بودن قرارداد را به طور ضمنی تحت شعاع قرار داده است. در این ماده چنین آمده است: «قراردادهایی که به طور قانونی منعقد شده باشند جایگزین قانون نسب به اشخاصی است که آنها را منعقد نموده اند.»

با توضیحات فوق راجع به قابلیت استناد باید بیان داشت که، قابلیت استناد به سه صورت قابل تصور است: الف) قابلیت استناد توسط طرفین قرارداد در مقابل ثالث، ب) قابلیت استناد قرارداد از سوی شخص ثالث در مقابل طرفین قرارداد، ج) و حالت سوم قابلیت استناد توسط شخص ثالث در مقابل شخص ثالث دیگر. (برای مطالعه بیشتر ر.ک به: Ghestin, Jamin et al., 2001, 768) از میان حالت سه گانه قابلیت استناد حالت نخست یعنی، قابلیت استناد طرفین در برابر اشخاص ثالث بیشتر مورد توجه قرار گرفته و دلیل آن نیز اهمیت بیشتر این حالت نسبت به صور دیگر قابلیت استناد است.

۲-۲-۲-۲. غیر قابل استناد (عدم قابلیت استناد)

طبق اصل اثر نسبی بودن قرارداد که در ماده ۲۳۱ ق.ا.آ آمده است، هر عقدی فقط نسبت به طرفین و قائم مقام آنها موثر است و برای اشخاص ثالث حق و تکلیفی ایجاد نمی‌کند. اما قرارداد به عنوان یک رویداد اجتماعی در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳/۲۷۳؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ج ۳/۲۹۴) الزام آور نبودن قرارداد برای اشخاص ثالث، به این معنا نیست که ایشان می‌توانند آن را نادیده بگیرند؛ آنان باید به عمل حقوقی احترام بگذارند و مانع اجرای آن نشوند. پس قرارداد اصولاً نسبت به اشخاص ثالث «قابل استناد» است. به عبارت دیگر قابلیت استناد عقد در مقابل ثالث، یکی از اصول قراردادهای است.

با این وجود، در پاره‌ای از موارد استثنایی قرارداد که بین دو طرف صحیح و نافذ است، در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد. در حقوق فرانسه، به چنین عقدی، عقد غیر قابل استناد و به چنین وضعیتی عدم قابلیت استناد (inopposabilité) گفته می‌شود.

بنابراین غیر قابل استناد، قراردادی است معتبر و دارای آثار حقوقی بین طرفین قرارداد، اما به دلایلی که به تشکیل عقد ارتباط ندارد، نمی‌تواند در برابر اشخاص ثالث دارای اثر باشد. (کریمی، پیشین، ۱۶۳)

به بیان دیگر غیر قابل استناد بودن قرارداد، بیان کننده فرضی است که شخص ثالث به طور استثنایی به قرارداد احترام نمی‌گذارد و می‌تواند مانع اجرای شایسته آن شوند. عدم قابلیت استناد وضع عمل حقوقی است که افراد می‌توانند آن را نادیده بگیرند. (Juris Classeur Civil, Fasc. 2006, 35) به عبارت دیگر عمل حقوقی عدم قابلیت استناد ارکان داخلی آن کامل است. به همین دلیل میان طرفین خود اعتبار دارد. منتها چون قواعد حامی حقوق اشخاص ثالث را نقض کرده، در برابر آنان بی اعتبار است. این بی اعتباری بدان معنا است که موقعیت ناشی از عمل

مذکور بر ضد آنان تاثیری ندارد. اما اگر منافع اشخاص ثالث ایجاب کند، آنان همواره می‌توانند به عمل استناد کنند؛ زیرا غیرقابل استناد بودن برای حمایت از آنها است. (Ibid, 36) پس این ضمانت اجرا همواره از سوی شخصی خارج از طرفین عمل حقوقی طلب می‌شود و در بیان همین معنا است که گفته می‌شود: «غیرقابل استناد، وضعیتی ویژه اشخاص ثالث است.» (Lexique de termes Juridiques, N 35)

این انحراف ایجاد شده تنها به جهت حمایت از شخص ثالث است و فرانسویان عمدتاً در مواردی که از انتقال رضایی مالکیت میان دو نفر سخن به میان می‌آید و شخص ثالث (با حسن نیت) از آن بی‌اطلاع می‌ماند، از وضعیت مذکور سخن به میان می‌آورند. به این صورت که قرارداد واقع شده میان طرفین در برابر شخص ثالث کان لم یکن تلقی می‌شود، و گویی در برابر ثالث چنین قراردادی وجود نداشته است. نمونه بارز مفهوم اخیرالذکر در حقوق فرانسه، ضمانت اجرای ضرورت ثبت سند، در بیع اموال غیرمنقول است. در مواردی که قرارداد بیع مال غیر منقول، میان طرفین واقع شود و این قرارداد مورد ثبت قرار نگیرد. چنین قراردادی میان طرفین صحیح تلقی می‌شود، اما در برابر ثالث که بی‌اطلاع از چنین وضعیتی باشد غیر قابل استناد خواهد بود. (برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک: امینی، ۱۳۸۸، ۲۲۱)

۳-۱. تحلیل و امکان سنجی معامله رهن نسبت به عین مرهونه بر اساس نظریه مراعی

وضعیت مراعی ناظر به زمانی است که عمل حقوقی از حیث شرایط اساسی صحت معاملات (ماده ۱۹۰ ق.م) کامل است. به بیان دیگر مقتضی عمل مزبور موجود است، اما به دلیل برخورد با مانعی (غالباً حقوق شخص ثالث) قرارداد مزبور اثر مقتضی را نمی‌تواند به جا بگذارد. از سوی دیگر چون ممکن است حقوق شخص ثالث به هر نحوی اداء شود (ساقط شود) و همچنین اینکه چون حق ثالث حقی مستقر و همیشگی نیست، می‌بایست به انتظار نشست تا وضعیت عمل مزبور مشخص شود، به این انتظار «مراعی» و به این وضعیت «وضعیت حقوقی مراعی» گفته می‌شود. همان گونه که در شرح نظرات راجع به وضعیت بیع رهن نسبت به عین مرهونه گذشت، نظر مشهور دال بر غیر نافذ بودن معامله مزبور است. غالب فقها و حقوقدانان پیرو این نظریه این قرارداد را شبیه به معاملات فضولی دانسته‌اند. از سوی دیگر مشخص است که، مبنای غیرنافذ بودن معاملات فضولی تفکیک میان مرحله قصد و مرحله رضا است، پس چون در معامله فضولی رضای مالک وجود ندارد بیان داشته‌اند معامله فضولی غیرنافذ است. حال در این مرحله اگر مالک آمد و عقد مزبور را تنفیذ کرد عقد صحیح و در حالت عکس عقد باطل می‌شود.

بنابراین شالوده اصلی در معاملات غیرنافذ (به معنی عام) همان اختیار اجازه و رد قرارداد توسط شخص ذی نفع است. حال با توجه به این توضیحات سوالی که می‌توان مطرح ساخت این است که، آیا چنین رکنی در معامله رهن نسبت به عین مرهونه وجود دارد یا خیر؟ پاسخ سوال مزبور به نظر ما بی‌شک خیر است. چرا که، اجازه و رد در معاملات غیرنافذ متفاوت با معامله رهن است. زیرا اجازه مرتهن در بیع عین مرهونه فقط از باب رفع مانعیت منشاء اثر است، نه آن که اجازه، همچون بیع فضولی یا اکراهی یا ... سبب انتساب قرارداد به مالک بشود. چون در معامله رهن شخص مرتهن نسبت به عین مرهونه دارای حق عینی تبعی است نه حق دیگر. در نتیجه همان گونه که برخی از فقها بیان داشته‌اند رد شخص مرتهن موثر در قرارداد رهن نمی‌باشد. (آملی، ۱۳۸۰، ۲۴۲) همچنین اجازه شخص مرتهن شرط تعبدی در نفوذ قرارداد نیست، بلکه اجازه شخص مرتهن متعلق به حق الرهانه است. بنابراین باید با برخی از فقها که بیان داشته‌اند رضای مرتهن در قرارداد رهن به حد رضای مالک در بیع فضولی نیست که خواسته شود در پرتو آن، حق رد قرارداد نیز به او داده شود هم کلام شد. (کمپانی، ۱۴۱۸، ۲۶۸/۳)

برخی از فقها برای مرتهن نسبت به عین مرهونه حق سلطنت قائلند، در نتیجه به بیان این دسته از فقها مرتهن به جهت سلطنتی که نسبت به مال مزبور دارد حق رد معامله رهن را دارد. (نجفی، پیشین، ۲۰/۲۵)

در نقد نظر فوق باید بیان داشت که، با انعقاد عقد رهن سلطنتی برای شخص مرتهن به وجود خواهد آمد، لیکن این سلطنت اولاً و به ذات نیست، بلکه سلطنت مزبور را باید در راستای هدف و غایت عقد رهن تحلیل کرد. با این توضیح که، اصولاً شخصیت مدیون و دارایی او پشتوانه‌ای برای دائن است. با این وجود گاهی دائن به تضمین عام یعنی اموال و دارایی‌های مدیون اکتفا نمی‌کند و خواهان تضمینی خاص، یعنی رهن مالی خاص می‌شود. با انعقاد عقد رهن یک حق متعلق به عین مرهونه یعنی حق عینی تبعی برای مرتهن به وجود می‌آید و از طرف دیگر حق مالکیت رهن نیز در عین مرهونه حفظ خواهد شد، چرا که مالک دارای حق عینی اصلی است و اصولاً با توجه به قاعده تسلیط رهن باید قادر بر تصرف در عین مزبور باشد. بنابراین سلطنت مذکور جهت وصول دین در صورت اداء نکردن آن است. به عبارت دیگر سلطنت مذکور جهت وصول دین از مال الرهانه در صورت خلف وعده رهن است، نه آن که به طور مطلق همانند عقود غیر نافذ چنین سلطنتی را برای مرتهن قائل شویم. تفکیک بین حق مرتهن و عقود غیرنافذ مورد قبول فقها نیز واقع شده است. (ر.ک به: غروی نائینی، ۱۴۱۶، ۱۳۲/۲) بنابراین مشخص شد که اجازه و رد عقد بیع مال مرهونه متفاوت از عقود غیرنافذ است. به همین جهت رد شخص مرتهن

قبل از زمان سررسید و به عبارت دیگر مشخص شدن وضعیت دینی که نسبت به آن عقد رهن شکل گرفته بی‌تاثیر است. امری که بی‌شک مورد قبول تمام فقها و اساتید است.

با این وجود شیخ انصاری در سخنان خود بیان داشته‌اند که، اجازه پس از رد، در بیع مرهونه بی‌تاثیر است. با این شرح که در بیع مرهونه ایجاب باید مرکب از رضای رهن و مرتهن باشد. به نظر ایشان رضای هر یک از رهن و مرتهن جزء تشکیل دهنده ایجاب است. از این عبارت شیخ نتیجه می‌گیرند که، مرتهن در بیع مال متعلق رهن همانند عقد فضولی حق رد دارد. (انصاری، پیشین، ۱۶۲/۴) لیکن این سخن شیخ با کلام ایشان در جایی دیگر در تعارض است. زیرا ایشان بیان داشته‌اند، اجازه مرتهن در فروش مال مرهونه از قبیل مانع است، نه این که جزء مقتضی به حساب آید و جزئی از ایجاب باشد. هرچند اجازه مرتهن برای قوام قرارداد و انشاء مالک مهم است، اما این امر فقط از حیث تاثیر گذاری در قرارداد مزبور است. با این وجود حق مرتهن تنها از حیث رفع مانع و تاثیر عقد است، بنابراین رد قرارداد توسط مرتهن ممکن نیست. (ایروانی، ۱۴۰۶، ۱۹۱) این نظر که رد مرتهن فاقد اثر است در فقه اهل سنت نیز طرفدارانی دارد. (ر.ک به: ابوالمعالی، ۱۴۲۴، ۲۳۲)

باید اضافه کرد که در قرارداد فروش مال مرهونه شخص مرتهن به عنوان یکی از طرفین قرارداد محسوب نمی‌شود تا این که قرارداد به واسطه عدم رضایت او منحل شود. بنابراین می‌توان این گونه بیان داشت حکم ماده ۲۵۰ ق.م که مقرر می‌دارد: «اجازه در صورتی موثر است که مسبوق به رد نباشد و الا اثری ندارد.» و حکم ماده ۲۵۱ همان قانون که بیان داشته است: «رد معامله فضولی حاصل می‌شود به هر لفظی یا فعلی که دلالت بر عدم رضای به آن نماید.» در مورد معامله رهن جاری نمی‌شود.

تفاوت دیگر معامله رهن نسبت به عین مرهونه با معاملات غیرنافذ به طور کلی حکم ماده ۲۵۴ ق.م است. چرا که در مصداق ماده نقص در مرحله مقتضی است، زیرا زمانی که مال مورد معامله به هر نحوی به شخص فضول منتقل شود رضایت مالک (فضول) مفقود است، چرا که رضایت وی در زمان معامله فضولی به عنوان مالک نبوده است. در حالی که بدیهی است که رضایت مالک قوام بخش قرارداد است و این در حالی است که در معامله رهن مقتضی عقد کامل موجود است، لیکن برای اعمال اثر مقتضی با مانعی مواجه گشته است.

لازم است اضافه شود که در معاملات غیرنافذ به طور عام سرنوشت قرارداد راساً و منحصراً در دست ذی نفع است و حتی می‌توان گفت رکن اساسی در معاملات غیر نافذ همین تنفیذ یا رد ذی نفع است، امری که در صورت نخست سبب تشکیل و صحت عقد می‌شود و در صورت دوم

سبب بطلان می‌شود. در حالی که در معامله عین مرهونه سرنوشت عقد بی‌شک در دست ذی نفع ثالث (مرتهن) نیست. بلکه باید تا موعد اداء دین مرتهن صبر کرد تا دید وضعیت قرارداد چه می‌شود. به عبارت دیگر همان گونه که شرح آن گذشت در معامله راهن مقتضی کامل است و فقط باید دید نتیجه مانع چه می‌شود، مانع نیز پرداخت یا عدم پرداخت حق مرتهن در موعد اداء دین است و چون این امر بر ما مشخص نیست (به تعبیری دیگر، مجمل است) صبر می‌کنیم و به انتظار می‌نشینیم تا زمان موعود؛ به این وضعیت «مراعی» گفته می‌شود.

نقطه قوت نظریه مختار که به نوعی مبنای نظریه نیز می‌تواند باشد جمع حقیقین است. که این ویژگی در نظرات قبلی دیده نمی‌شود. زیرا با پذیرش این نظر حقوق هر سه طرف درگیر بیع عین مرهونه یعنی، راهن (مالک)، خریدار، مرتهن (صاحب حق عینی) حفظ خواهد شد. با این توضیح که معامله راهن (مالک) و خریدار بر اساس مبنای موجود اصولاً صحیح است، اما تا زمانی که وضعیت مذکور (اداء دین مرتهن در موعد معین) مشخص نشده است، کلیه آثار قرارداد صحیح بر آن جاری نمی‌شود. بنابراین نکته اصلی در این موضوع همان عبارت ماده ۷۹۳ ق.م.ا است که مقرر می‌دارد: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد...». چراکه قانونگذار از شخص مرتهن براساس عقد رهن منعقد حمایت می‌کند و اجازه نمی‌دهد بر مرتهن لطمه‌ای وارد آید. البته منشاء تمام اختلاف آراء نیز همین ماده و همین عبارت است. لیکن با توجه به توضیحاتی که راجع به موضوع گذشت باید به این نکته نیز توجه داشت که، حمایت قانونگذار تا جایی باید باشد که حقوق مرتهن محفوظ بماند، در نتیجه سپردن سرنوشت کامل بیع مال مرهونه به دست مرتهن به جهت قیاس با معامله فضولی یا به صورت کلی تر معاملات غیر نافذ، منطقی نیست.

بنابراین نظر ما بر این است که بیع عین مرهونه «مراعی» است و باید تا موعد اداء دین مرتهن به انتظار نشست و در صورت پرداخت وضعیت به حالت صحت است، در حالت عکس، یعنی عدم پرداخت دین مرتهن (به هر طریقی) مشخص است که شخص مزبور می‌تواند قرارداد منعقد را باطل کند. چرا که با رسیدن موعد و عدم پرداخت یا اسقاط حق مرتهن مانعی که سبب وضعیت مراعی بوده برطرف شده و به اصطلاح حق مرتهن از بالقوه به فعل رسیده و حق عینی که به واسطه عقد رهن برای وی ایجاد شده در معرض نقض قرار گرفته است و چون حق وی مقدم بر حق خریدار بوده پس وی می‌تواند قرارداد بیع مال مرهونه را باطل کند و دین خود را مسترد دارد. بدیهی است که خریدار جهت اخذ خسارت می‌تواند به راهن رجوع نماید، که در این امر نیز دو فرض مطرح است، حالتی که خریدار جاهل به رهن بوده و حالت دوم به آن علم داشته است.

نتیجه گیری

در خصوص تصرفات ناقل نسبت به عین مرهونه (از جمله فروش آن) توسط رهن در زمانی که مال در رهن مرتهن است میان فقها، حقوقدانان و محاکم دادگستری اختلاف است. به نحوی که برخی از محاکم نظر بر باطل بودن این معامله داشته‌اند که با توجه شرایط وضعیت باطل در قانون نظر مذکور قطعاً نمی‌تواند صحیح باشد. اکثریت محاکم به استناد و تبعیت از آراء صادره دیوان عالی کشور نظر بر غیرنافذ این انتقال دارند، نظری که با توجه به مبانی ارایه و نقد شده نمی‌تواند صحیح باشد. نظر ما در این نوشتار بر این بود که معامله مزبور «مراعی» است. با این توضیح که بیع صورت گرفته مابین رهن(مالک) و خریدار تمام شرایط اساسی صحت عقود را دارا است، و به عبارتی اصولی شرایط مقتضی عقد وجود دارد، لیکن برای این که عمل مزبور بتواند تاثیر مقتضی را داشته باشد با مانعی مواجه گشته و این مانع که در موضوع مقاله حاضر حق مرتهن نسبت به عین مرهونه است، سبب گشته که قرارداد مزبور دچار وضعیتی شود که ما آن را براساس مبانی فقهی و سبقه حقوقی داخلی تحت عنوان «وضعیت مراعی» مورد بررسی قرار دادیم.

بنابر توضیحات ارایه شده، نظر مختار بر این شد وضعیت معامله رهن نسبت به عین مرهونه، «مراعی» است تا زمانی که موعد اداء دین مرتهن برسد، یعنی عقد مزبور صحیح است، ولی تمام آثار عقد صحیح بر آن بار نمی‌شود، تا زمانی که حق مرتهن از حالت بالقوه به فعل برسد، در این هنگام انتظار به پایان می‌رسد و در صورت اداء حق مرتهن قرارداد صحیح و در غیر اینصورت چون حق ثالث مقدم بر حق خریدار بوده، پس قرارداد قابل ابطال گشته و حق مرتهن از عین مرهونه اداء می‌شود. نکته حائز اهمیت «وضعیت مراعی» که مبنای آن نیز می‌تواند باشد، جمع حقیقین است. یعنی در این وضعیت بر خلاف حالت عدم نفوذ و غیر قابل استناد فقط حق شخص ثالث در نظر گرفته نمی‌شود، بلکه حق رهن نسبت به عین مرهونه که حق عینی اصلی است، حق خریدار که با عقد بیع مالک مال موضوع معامله شده است و حق عینی تبعی مرتهن رعایت شده است. حال اگر حق مرتهن به هر نحوی اداء شود(ساقط شود) قرارداد از روز اول صحیح خواهد بود و در حالت عکس قرارداد قابل ابطال خواهد شد.

منابع و مأخذ

▪ فارسی

– کتب

- ۱) امامی، سید حسن، «حقوق مدنی»، چاپ هشتم، انتشارات اسلامیة، تهران، ۱۳۷۰.
- ۲) بروجردی عبده، محمد، «حقوق مدنی»، چاپ اول، نشر طه، ۱۳۸۰.
- ۳) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «ترمینولوژی حقوق»، در ۵ جلد، نشر گنج دانش، ۱۳۸۵.
- ۴) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «حقوق مدنی (رهن و صلح)»، چاپ دوم، نشر گنج دانش، ۱۳۷۰.
- ۵) جعفری لنگرودی، محمدجعفر، «فلسفه اعلی در علم حقوق»، چاپ اول، نشر گنج دانش، ۱۳۸۲.
- ۶) حائری شاهباغ، سیدعلی، «حقوق مدنی»، چاپ دوم، نشر گنج دانش، ۱۳۸۲.
- ۷) شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، «آثار قراردادهای و تعهدات»، چاپ دوم، انتشارات مجد، ۱۳۸۳.
- ۸) صفایی، سید حسین، «قواعد عمومی قراردادهای»، چاپ چهارم، نشر میزان، ۱۳۸۵.
- ۹) کاتوزیان، ناصر، «اعمال حقوقی»، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۷۱.
- ۱۰) کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، «قواعد عمومی قراردادهای»، جلد دوم، چاپ دوازدهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- ۱۱) کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، «قواعد عمومی قراردادهای»، جلد سوم، چاپ دوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
- ۱۲) کاتوزیان، ناصر، «حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی»، چاپ ششم، شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۶.
- ۱۳) نفیسی، علی اکبر، «فرهنگ نفیسی»، جلد پنجم، نشر کتاب فروشی خیام، ۱۳۴۳.
- ۱۴) مقالات و پایان نامه ها
- ۱۵) امینی، منصور، «نقش ثبت سند در بیع مال غیرمنقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۴۹، ۱۳۸۸.
- ۱۶) خدابخشی، عبدالله، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ ثبت اسناد و املاک»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۴، شماره ۷۴، پاییز ۱۳۸۹.
- ۱۷) ساعت چی، علی، «نظریه عمومی وضعیت مراعی در اعمال حقوقی»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، به راهنمایی دکتر سید مصطفی محقق داماد، شهریور ۱۳۹۲.

- ۱۸) کریمی، عباس، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۵۸، تابستان ۱۳۹۱
- ۱۹) میرزائزادجوبیاری، اکبر، «وضعیت قرارداد فروش مال مرهونه (بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد)، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱، شماره دوم، تابستان ۱۳۹۰.
- ۲۰) یزدانیان، علیرضا، «بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و حقوق مدنی»، مجله مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۸۵، پاییز ۱۳۸۶.

منابع عربی

- ۲۱) ابن قدامه، عبدالله بن احمد، «المغنی»، چاپ الاول، دارالکتب العلمیه، بیروت، ۱۴۰۴.
- ۲۲) انصاری، مرتضی، «رساله فی قاعده نفی الضرر»، مطبوعه اطلاعات، چاپ دوم، تبریز، ۱۴۱۱.
- ۲۳) انصاری، مرتضی، «مکاسب»، مطبوعه اطلاعات، چاپ دوم، تبریز، ۱۳۷۵.
- ۲۴) ایروانی، علی بن عبدالحسین، «حاشیه بر مکاسب»، جلد اول، چاپ اول، نشر وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، ۱۴۰۶.
- ۲۵) توحیدی تبریزی، محمدعلی، «مصیح الفقاهه فی المعاملات»، چاپ الاول، مطبوعه الحیدریه، نجف، ۱۳۷۴.
- ۲۶) حسینی عاملی، سید محمدجواد، «مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه»، چاپ اول، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۹.
- ۲۷) حکیم، سید محسن، «نهج الفقاهه»، جلد اول، نجف، ۱۳۷۱.
- ۲۸) حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (محقق حلی)، «شرایع الاسلام»، چاپ چهارم، نشر استقلال، تهران، ۱۴۱۵.
- ۲۹) خویی، سیدابوالقاسم موسوی، «مصباح الفقاهه»، جلد پنجم، بی نا، بی تا.
- ۳۰) طوسی، ابی جعفر محمدبنحسن (شیخ طوسی)، الخلاف، چاپ اول، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۱.
- ۳۱) طوسی، ابی جعفر محمدبنحسن (شیخ طوسی)، «النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی»، به کوشش محمد تقی دانش پژوه، چاپ اول، نشر دانشگاه تهران، ۱۴۳۴.
- ۳۲) عاملی، زین الدین (شهید ثانی)، «الروضه البهیته فی شرح اللمعه دمشقیه»، چاپ هفتم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۲.

- ۳۳) غروی نائینی، میرزا محمدحسین، «المکاسب و البیع»، جلد دوم، چاپ اول، دفترانتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶.
- ۳۴) فراهیدی، خلیل بن احمد، «العین»، جلد دوم، نشر هجرت، چ دوم، قم ۱۴۱۰.
- ۳۵) قمی، میرزاالبوقاسم، «جامع الشتات»، جلد دوم، انتشارات کیهان، ۱۳۷۱.
- ۳۶) مقدس اردبیلی، احمد، «مجمع الفایده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهن»، چاپ اول، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲.
- ۳۷) موسوی خمینی، سید روح الله (امام خمینی)، تحریرالوسیله، چاپ دوازدهم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۳.
- ۳۸) موسوی، خمینی، سیدروح الله، «کتاب البیع»، جلد دوم، چاپ اول، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸.
- ۳۹) میرزای نائینی، «منیه الطالب فی شرح المکاسب»، جلد دوم، چاپ اول، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۱.
- ۴۰) نجفی، محمدحسن بن باقر، «جواهرالکلام فی شرح شرائع الاسلام»، جلد ۲۲ و ۲۷ و ۲۸، چاپ هفتم، دار الاحیاء التراث العربی، ۱۴۰۴.

منابع لاتین

- 41) Cornu, Gerard, Vocabulaire juridique, 3 ed, Paris Presses universitaires de France, 1992.
- 42) David, R, Les contrats en droit anglais, Paris Press, 1973.
- 43) Duclos, Jose, L'opposabilité (essai d'une théorie générale), Paris, LGDJ, 1984.
- 44) Flour, Jacques, Aubert, Jen, Luc et Savaux, Eric, Les obligations, v I: L acte Juridique, Arman colin, 2000.
- 45) Ghestin, Jacques, Jamin, Christophe Et Billiau, Marc, Traité de Droit Civil, 3 ed, les effets du contract, Paris, 2001.
- 46) Juris Classeur civil, Fasc, 60, contract et obligations, nullite ou rescission des convention, 2006.
- 47) Lexique de termes Juridiques, Sous la direction de Raymond Guillen et Jean Vincent, cinquieme ed, Dalloz, 1981.