

مقایسه فروش عین مرهونه و فروش مبیع شرطی (بررسی مبانی فقهی و حقوقی مواد ۷۹۳ و ۴۶۰ قانون مدنی)

فاطمه کریمی* سید محمد صادق طباطبایی** محمد مهدی الشریف***

چکیده

قانون مدنی در دو ماده متفاوت، احکامی را بیان کرده است که از نظر نگارش بی شباهت به یکدیگر نیستند. ماده ۷۹۳ ق.م.مقرر می‌دارد: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن» و طبق ماده ۴۶۰ ق.م. «در بیع شرط مشتری نمی‌تواند در مبیع تصرفی که منافی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید». این دو ماده حاکی از منع تصرف است یکی در عین مرهونه و دیگری در مبیع شرطی. حکم تصرفات ناقل در این دو ماده مبهم بوده و این ابهام پرسش‌هایی را در ذهن ایجاد می‌کند، از جمله این که فروش عین مرهونه و فروش مبیع شرطی چه حکمی دارد؟ آیا تفاوت‌های موجود در این دو ماده باعث تفاوت در حکم این دو عقد می‌شود؟ با تأمل در آثار فقهی و حقوقی می‌توان گفت علی‌رغم تفاوت‌های موجود در نگارش این دو ماده، این مواد به‌نوعی مکمل یکدیگر بوده و از مبنا و حکم واحدی پیروی می‌کنند. فروش اعیان مذکور، غیر نافذ و مراعی به رفع مانع (انتفای حق غیر) است. هدف این نوشتار مقایسه بیع نسبت به عین مرهونه و عین مبیع شرطی از جهت حکم وضعی و مبانی فقهی و حقوقی به منظور ارائه راهکار برای رفع ابهامات مواد مذکور است. در پایان نیز مواد پیشنهادی فاقد ابهام‌های مذکور ارائه شده است.

واژگان کلیدی: حق عینی، عدم نفوذ، عین مرهونه، مبیع شرطی

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

F.karimi121@yahoo.com

**دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول)

Tabatabaei@ase.ui.ac.ir

***دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

m.alsharif@ase.ui.ac.ir

سرآغاز

مواد ۷۹۳ و ۴۶۰ قانون مدنی مربوط به دو عقد جداگانه است، یعنی عقد رهن و بیع شرط؛ اما قانون‌گذار آن دو را بسیار شبیه به هم انشا کرده است، به گونه‌ای که نمی‌توان ارتباط بین آن‌ها را نادیده گرفت هرچند تفاوت‌های موجود بین این دو ماده نیز قابل چشم‌پوشی نیست. در ماده نخست تصرفات منافی حق مرتهن، منع شده اما منظور از تصرفات منافی و مصادیق آن بیان نشده است، در حالی که ماده دوم، نقل و انتقال را از مصادیق تصرفات منافی خیار دانسته است. اولی حاکی از منع تصرفات منافی حق مرتهن است مگر در صورت اذن مرتهن، در صورتی که در دومی تصرفات منافی خیار منع شده اما استثنایی برای آن بیان نشده است.

این تفاوت‌ها و اختلافی بودن مسئله در فقه موجب شده که حقوقدانان در تفسیر این دو ماده، دیدگاه‌های مختلفی ابراز کنند. عده‌ای حکم بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی را صحت (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳: ۲۵۴؛ یزدانیان، ۱۳۸۶: ۱۲۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲: ۳۳۰)، عده‌ای عدم نفوذ (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۰۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۵۵؛ امامی، ۱۳۸۱: ۵۴۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۰۷؛ محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۵۴) و عده‌ای بطلان (صفری و یوسف‌زاده، ۱۳۹۱: ۶۱؛ ره‌پیک، ۱۳۸۷، ج ۱: ۷۶) دانسته‌اند.

در فقه، هم در ضمن عقد رهن و هم در مبحث شرایط عوضین به موضوع تصرفات منافی در عین مرهونه پرداخته شده و برخی از فقها یکی از شرایط مبیع را طلق بودن آن دانسته و معتقدند رهن مانع از طلق بودن و سلطه کامل بایع برای نقل و انتقال مبیع می‌شود (عاملی، ۱۴۱۰: ۱۰۶؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۵۳؛ نائینی، ۱۴۱۳: ۳۷۳).

در زمینه فروش مبیع شرطی نیز در فقه باید سراغ احکام خیارات رفت. صرف نظر از دیدگاه‌های کلی فقها در رابطه با حکم تصرف در زمان خیار، برخی از فقها پس از تفصیل حکم تصرف در زمان خیارات مجعول و غیر مجعول، در ضمن بحث از ممنوعیت تصرف در زمان خیارات مجعول، تصرف در زمان خیار مشروط به رد ثمن را جایز ندانسته‌اند (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۶۷-۱۶۸). همچنین در مباحث مربوط به آثار شرط عدم فسخ یا شرط عدم هبه در فقه مطالبی را در زمینه حکم فروش مبیع شرطی می‌توان

مشاهده کرد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۵۶). با بررسی دیدگاه‌های فقهی پیرامون هر دو موضوع می‌توان اختلاف نظرهای فراوانی را در هر دو مورد شاهد بود. شباهت این دو ماده و مورد اختلاف بودن حکم تصرفات منافی در این موضوعات در فقه و حقوق، انگیزه اصلی برای مقایسه این دو ماده قانونی از جهت حکم و مبنا است. هرچند بیع عین مرهونه مورد بحث و بررسی فراوانی توسط صاحب نظران قرار گرفته است اما این مقاله علاوه بر پاسخگویی به شبهات و ایرادهایی که سابقاً در این موضوع وارد شده است با مقایسه آن با فروش مبیع شرطی درصدد کشف و تقویت مبانی فقهی و حقوقی مشترک و تبیین حکم وضعی بیع عین مرهونه و مبیع شرطی است. این نوشته متشکل از دو مبحث تحت عناوین مقایسه مبانی حکم ممنوعیت بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی و مقایسه احکام بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی است.

۱. مقایسه مبانی حکم ممنوعیت بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی

از آنجا که مقررات قانون مدنی در زمینه معاملات بر فقه امامیه مبتنی است، مبنای مقررات قانونی در زمینه بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی را نیز باید در فقه جستجو کرد. مبانی به دست آمده از فقه به سه دسته مبانی مشترک، مبانی اختصاصی حکم ممنوعیت بیع مرهونه و مبانی اختصاصی حکم ممنوعیت بیع مبیع شرطی قابل تقسیم هستند.

۱-۱. مبانی مشترک

مبانی مشترک حکم بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی عبارت‌اند از تعلق حق غیر، قاعده لاضرر و قاعده سلطنت که ذیلاً به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

تعلق حق غیر

تعلق حق بایع نسبت به مبیع شرطی به عنوان مانعی برای تصرفات مشتری در مبیع در نظر گرفته شده است (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۶۸؛ موسوی خویی، بی تا، ج ۷: ۴۷۰؛ اراکی، ۱۴۱۴: ۵۷۱ - ۵۷۲؛ امامی، ۱۳۸۱: ۵۴۲). عده‌ای تعلق حق بایع نسبت به مبیع شرطی را موجب

بطلان تصرفات ناقل توسط مشتری می‌دانند، زیرا معتقدند عقد به دلیل وجود مانع یعنی تعلق حق بایع، از آغاز شکل نگرفته است (طباطبایی یزدی، ۱۵۸: ۱۴۲۱). عده‌ای نیز معتقد به عدم نفوذ تصرفات منافی این حق هستند (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۵: ۴۳۹؛ محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۵۴).

همچنین دلیل عمده فقها برای منع تصرف در عین مرهونه تعلق حق غیر است. با وقوع عقد رهن برای مرتهن حقی نسبت عین مرهونه ایجاد می‌شود. به موجب این حق راهن نمی‌تواند در عین مرهونه تصرف کند. این حق را نسبت به عین مرهونه وثیقه نیز می‌گویند (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۵۴۷). فقها وجود این حق را مانع نفوذ تصرفات راهن در عین مرهونه و مشتری در بیع شرط دانسته‌اند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۵۳؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۵۰).

۱-۱-۲. قاعده لاضرر

مبنای دیگری که از بررسی دیدگاه‌های فقهی حقوقی در زمینه انتقال عین مرهونه و مبیع شرطی سر برمی‌آورد قاعده لاضرر بوده که فقها در تفسیر معنای آن و نحوه حکومت و اعتبار آن دیدگاه‌های مختلفی ابراز کرده‌اند. از نظر عده‌ای لاضرر به معنای نفی هرگونه حکم ضرری در اسلام است (انصاری، ۱۴۱۴: ۱۱۴). احکام اسلام اعم از تکلیفی و وضعی مبتنی بر نفی ضرر است (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۱۵۱)؛ بنابراین حکم به صحت فروش عین مرهونه و مبیع شرطی مستلزم ضرر به مرتهن و بایع شرطی است و نمی‌توان این عقود را نافذ دانست.

به موجب دیدگاه دیگر، لاضرر به معنای نفی حکم ضرری از طریق نفی موضوع است؛ یعنی در مواردی که موضوع متضمن ضرر است، حکم متعلق به موضوع برداشته می‌شود (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۲۱) و با توجه به اینکه موضوع یعنی فروش عین مرهونه و مبیع شرطی، ضرر ندارد و حکم صحت و نفوذ آن ضرری است، موضوع خارج از دایره لاضرر است.

برخی نیز لاضرر را به معنای نفی ضرر غیرمتدارک در اسلام می‌دانند (بجنوردی،

۱۴۱۹، ج ۱: ۲۲۳). این دیدگاه اصرار به غیر را از اسباب ایجاد ضمان می‌داند؛ بنابراین در مورد فروش عین مرهونه و مبیع شرطی، راهن و مشتری باید ضرر وارده به مرتهن و بایع شرطی را جبران کنند. این دیدگاه نسبت به حکم بیع، هیچ اظهارنظری نمی‌کند و وجود ضرر مانع از نفوذ عقد نیست.

عده‌ای نیز لاضرر را به معنای نهی از ضرر زدن به دیگران می‌دانند که به موجب آن لاضرر نسبت به احکام هیچ موضع‌گیری ندارد و نمی‌تواند حکم ضرری را بردارد (شریعت اصفهانی، ۱۴۱۰: ۲۸). دیدگاه دیگر، لاضرر را تنها یک حکم حکومتی و اجرایی دانسته که محدودکننده دایره قاعده تسلیط است و در سایر ابواب فقه نقشی ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۱۴۹)؛ بنابراین قاعده لاضرر سلطه راهن و مشتری را در عین مرهونه و مبیع شرطی محدود کرده و موجب عدم نفوذ تصرفات آنان می‌شود.

با توجه به اینکه موضوع قاعده لاضرر هم توسط پیروان دیدگاه مبنی بر بطلان بیع عین مرهونه مورد استناد واقع شده است و هم پیروان عدم نفوذ، فقها و به تبع آن‌ها حقوقدانان یکی از دلایل ممنوعیت تصرف در عین مرهونه را نفی ضرر به مرتهن می‌دانند و برای دفع ضرر از مرتهن اذن، اجازه یا حفظ حق مرتهن را شرط می‌دانند (نجفی، ۱۴۲۲: ۲۴؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۱۰؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۹۹؛ امامی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۴۵۸).

عده‌ای از فقها در کنار ادله دیگر برای ممنوعیت تصرف در زمان خیار مشروط به رد ثمن به قاعده لاضرر نیز اشاره کرده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۸؛ محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۶۶). برخی از حقوقدانان نیز تصرفات ناقل مشتری نسبت به مبیع شرطی را مصداق ماده ۱۳۲ ق.م. دانسته و به دلیل منافات با خیار بایع و ضرری بودن ممنوع می‌دانند (عدل، ۱۳۷۳: ۲۶۲).

در بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی هرچند مالک در مال خود تصرف می‌کند اما حقی که به موجب عقود رهن و بیع شرط برای مرتهن و بایع شرطی به وجود آمده، موجب می‌شود سلطه مالک بر مالش محدود شود، زیرا تصرفات مالک نسبت به عین مرهونه یا مبیع شرطی، موجب تضرر صاحب این حقوق می‌شود.

۱-۱-۳. قاعده سلطنت

به موجب قاعده سلطنت، اصل بر این است که مالک مجاز به انجام هرگونه تصرفی در مال خود است مگر آنکه خلاف آن شرعاً ثابت شود (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۲۲۷). این قاعده هم جنبه اثباتی دارد و هم سلبی. بر اساس جنبه اثباتی آن مالک حق مطلق و سلطنت تام برای تصرف در مال خویش دارد. بر اساس جنبه سلبی، تصرفات دیگران در اموال مالک بدون اذن و رضایت او یا ممانعت یا مزاحمت نسبت به تصرفات او، تکلیفاً حرام و وضعاً موجب ضمان است (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۲۳۰ - ۲۳۱؛ عراقی، ۱۳۸۶: ۷)؛ بنابراین می‌توان گفت با اثبات مالکیت یا حق مالی نسبت به عین، مالک عین یا حق متعلق به عین، سلطه برای تصرف در عین را می‌یابد و می‌تواند مانع دیگران از تصرف در آن عین شود. لذا تصرف در مال متعلق حق غیر از این حیث مجاز نیست. برخی از فقها علت ممنوعیت راهن از تصرفات ناقل در عین مرهونه را قاعده سلطنت دانسته‌اند (عراقی، ۱۳۸۶: ۷).

همان‌گونه که در بیع مبیع شرطی نیز برخی از فقها این سلطنت را دلیل منع مشتری از تصرف می‌دانند و معتقدند که تعلق حق بایع به عین موجب سلطنت وی برای استرداد آن عین می‌شود و اگر تصرفات منافی با این حق را نافذ بدانیم موجب از بین رفتن این سلطنت شده‌ایم (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۸)؛ بنابراین، قاعده سلطنت در حق، مانع انجام عمل خلاف آن است و عمل انجام شده توسط شخصی به جز مالک حق، باطل است (طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶، ج ۱۲: ۹۱).

ممکن است گفته شود که در اینجا سلطنت بر حق با سلطنت بر عین تعارض و تساقط می‌کند. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت که سلطنت مالک بر عین با سلطنت صاحب حق در صورت تعارض، تساقط می‌کند درحالی‌که در این مسئله تعارضی وجود ندارد، زیرا مالک به موجب حکم شارع مبنی بر عدم تصرف در عین مرهونه و مبیع شرطی و همچنین عقد رهن و شرط مبنی بر عدم فروش مبیع شرطی در زمینه فروش سلطه‌ای نداشته‌ایم است که با سلطنت صاحب حق تعارض یافته و تساقط کند.

۱-۲. مبانی اختصاصی حکم ممنوعیت بیع عین مرهونه

اجماع و روایت از مبانی اختصاصی حکم ممنوعیت بیع عین مرهونه هستند که ذیلاً به بررسی آنها می‌پردازیم.

۱-۲-۱. اجماع

یکی از دلایلی که قائلین بطلان تصرفات ناقله در عین مرهونه به آن استناد کرده‌اند اجماع است (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۳۹؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۹: ۲۰۹ - ۲۱۰). هرچند که اجماع توسط فقهای متأخر مورد خدشه قرار گرفته است، زیرا با توجه به وجود روایت «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» این اجماع را اجماع مدرکی می‌دانند که از نظر علم اصول اعتبار چندانی ندارد، به علاوه تحقق اجماع نیز از نظر فقها مورد ایراد است، زیرا اکثر فقهای متأخر بیع عین مرهونه را در صورت اذن یا اجازه مرتهن صحیح می‌دانند (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۴).

۱-۲-۲. روایت

دلیل دیگری که به منظور بیان حکم ممنوعیت تصرف در عین مرهونه به آن استناد شده است روایت «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» است. این دلیل هم توسط قائلین به بطلان (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۲۲؛ نجفی، ۱۴۲۲: ۲۴) و هم قائلین به عدم نفوذ بیع عین مرهونه، مورد استناد قرار گرفته است. عده‌ای معتقدند که به دلیل نهی تعلق گرفته به تصرفات راهن عموماً «احل الله البيع» و «اوفوا بالعقود» تخصیص خورده است؛ در نتیجه عقد بیع عین مرهونه توسط راهن، باطل است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۵۴).

مدعیان عدم نفوذ به این روایت به این ترتیب استناد کرده‌اند که در این روایت راهن و مرتهن به هم عطف شده‌اند و حکم تصرفات راهن، همان حکم تصرفات مرتهن است که در صحت تصرفات وی در صورت اجازه راهن تردید نیست (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۵۳ - ۱۵۴).

۱-۳. مبنای اختصاصی حکم ممنوعیت بیع مبیع شرطی

بیع شرط، دربردارنده شرط ضمنی مبنی بر عدم انتقال مبیع شرطی است. در مورد ضمانت اجرای تخلف از این شرط بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد اما آنان در ممنوعیت عمل خلاف شرط متفق القول هستند. برخی عمل خلاف شرط را حرام و باطل می‌دانند، زیرا معتقدند نهی بر فساد معامله دلالت می‌کند و ممتنع شرعی، همچون ممتنع عقلی است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۰۱). در بیع شرط، هدف بایع استرداد عین است؛ بنابراین به منظور حفظ این حق، تصرفات ناقل منافی با آن، ممنوع شده و در محدوده ممنوعیت شرط ضمنی قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۵: ۹۰). بر اساس این دیدگاه شرط ضمن عقد بیع شرط، حقی را برای مشروط له ایجاد می‌کند که قابل اسقاط و مطالبه است و تصرفات متلف، منافی این حق است (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۶۹).

برخی دیگر از فقها ضمانت اجرای تخلف از شرط را حرمت عمل انجام شده دانسته‌اند، بدون اینکه آن را موجب بطلان یا عدم نفوذ بدانند. به اعتقاد ایشان نهی همیشه موجب فساد در معاملات نیست و لزوم عمل به مفاد شرط، حقی برای مشروط له ایجاد نمی‌کند (موسوی خویی، بی تا، ج ۴: ۴۶۸).

در علم اصول در صورتی که نهی مبین شرایط و موانع و اجزای عقد و معامله باشد، مخالفت با آن موجب فساد است البته این فساد به دلیل فقدان شرط یا وجود مانع است نه به خاطر دلالت نهی (محمدی، ۱۳۸۴: ۶۸ - ۶۹). لازم به ذکر است در مورد ممنوعیت تصرفات ناقل در مبیع شرطی آنچه باعث نهی از این تصرفات شده، وجود مانع یعنی تعلق حق بایع به عین مبیع است. همچنین هدف طرفین عقد از شرط عدم تصرفات ناقل، عدم شکل‌گیری این تصرفات به صورت مطلق بوده است؛ بنابراین اگر عمل حقوقی خلاف شرط، صحیح و اثرگذار باشد، هدف از شرط نادیده گرفته می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۶۵).

مقایسه احکام بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی

به منظور مقایسه حکم بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی در فقه و حقوق پس از

ذکر دیدگاه‌ها در هر دو مورد به وجوه شباهت و تفاوت آن‌ها اشاره می‌شود.

۲-۱. بیع عین مرهونه

«رهن» مصدر یا اسم شیء مرهون است و جمع آن «رُهان» و «رُهون» و «رِهین» و «رُهْن» است و آن چیزی است که وثیقه دین قرار می‌گیرد و به طور مطلق به معنای حبس شیء است (المکتبه الشرقيه، ۱۹۸۶: ۲۸۴)؛ به عبارت دیگر رهن به معنای گرو و هر چیزی است که به وسیله آن چیزی حبس می‌شود (فراهیدی، ۱۴۱۰، ج ۴: ۴۴). همچنین به معنای ثبات و دوام به کار می‌رود (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۸۸؛ محمود، بی‌تا، ج ۲: ۱۸۸). عده‌ای نیز گفته‌اند: «رهن» چیزی است که وثیقه دین قرار می‌گیرد. «رهان» هم به همین معناست، ولی رهان چیزی است که برای شرط‌بندی در میان می‌گذارند. در آیه «کل نفس بما کسبت رهینه» واژه «رهین» بر وزن فعلیل به معنای فاعل است؛ پس رهینه در این آیه یعنی پایدار و ثابت و بر پای دارنده کارهای خویش و برخی نیز آن را به معنای اسم مفعول در نظر گرفته‌اند؛ یعنی هر کس در گروی پاداش، کار خود است و از واژه رهن و گرو، معنای نگاه‌داشتن نیز برداشت می‌شود، بنابراین رهینه به نحو استعاره برای حبس و نگهداری به کار می‌رود (راغب اصفهانی، ۱۳۸۷: ۲۱۰).

به‌طورکلی رهن در لغت به معنای ثبات، دوام و حبس است و این معانی از لوازم حقیقت و ماهیت رهن دانسته شده و عدم جواز تصرف ناقله در عین مورد رهن از آثار و لوازم شرعی این تفسیر است؛ به عبارت دیگر باید عین مورد رهن به همان حال باقی باشد تا مرتهن دینش را از آن مال دریافت کند (نجفی، ۱۴۲۲: ۱؛ خراسانی، ۱۴۱۳: ۵۳ - ۵۴). رهن در نزد مشهور فقها به «وثیقه لدین المرتهن» تعریف شده است (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۲۳۸؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵: ۹۴؛ عراقی، ۱۳۸۶: ۵؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۱۵۴).

بر اساس تعریف فوق، عقد رهن موجد حق وثیقه است. حال این سؤال مطرح

می‌شود که معنای وثیقه چیست؟

وثیقه عرفاً چیزی است که موجب اطمینان صاحب حق می‌شود (محمود، بی‌تا، ج ۳:

۴۶۴). از نظر برخی از فقها، مراد از وثیقه در «وثیقه لدین المرتهن» آن چیزی است که

عین را از دین، منفعت و حق جدا می‌کند (نجفی، ۱۴۲۲: ۱)؛ به عبارت دیگر مرهونه باید عین باشد و دین، منفعت یا حق نمی‌تواند مورد رهن واقع شود. از نظر برخی از فقها برای وثیقه سه حکم می‌توان در نظر گرفت: اول اینکه وثیقه حق مرتهن نسبت به عین است هرچند که در مالکیت رهن باقی نماند؛ دوم اینکه حقی برای مرتهن نسبت به عین است در صورتی که ملک رهن باشد؛ سوم به این معناست که عین تحت سلطه مرتهن باشد. حکم اول از وثیقه مورد قبول نیست، زیرا بر اساس تعریفی که از رهن ارائه شد، رهن حقی برای مرتهن است نسبت به عین که از آن دینش را استیفا کند و این امر با انتقال آن به غیر منافات دارد. پذیرش نظر سوم نیز ملازم دخیل دانستن قبض در ماهیت رهن است در صورتی که حقیقت رهن برای تحقق نیازی به قبض ندارد و در صورت شک در لزوم یا عدم لزوم آن، اصل بر عدم لزوم است. ظاهراً بر اساس آنچه عرف از معنای وثیقه اراده کرده، رهن حق مرتهن نسبت به عین است درحالی که ملک رهن باشد، هرچند که در قبض مرتهن نباشد (عراقی، ۱۳۸۶: ۸ - ۹).

برخی دیگر از فقها معتقدند که ادله رهن و وثیقه گذاشتن بر استیفاء دین به سبب حبس عین مرهونه دلالت نمی‌کنند، بلکه از این ادله برمی‌آید که منظور از وثیقه دین، آن چیزی است که دین از آن پرداخت شود. تعلق حق به عین به تنهایی صلاحیت منع رهن از بیع عین مرهونه را ندارد، زیرا با فروش عین مرهونه نیز این حق نسبت به عین باقی است (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۵).

در بین حقوقدانان نیز ابهام ماده ۷۹۳ ق.م. از جهت حکم وضعی تصرف منافی حق مرتهن و مشخص نبودن مصادیق این تصرف، موجب اختلاف نظر و کشیده شدن دامنه این اختلاف نظرها به آراء دادگاهها و در نتیجه صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۰۸/۲۰ در هیئت عمومی دیوان عالی کشور شده است. به موجب این رأی، تصرفات (بالفعل یا بالقوه) منافی حق مرتهن از جمله فروش و انتقال سرقفلی مغازه مرهونه غیرنافذ است (بازگیر، ۱۳۷۹: ۱۰۴). با وجود این رأی باز هم شاهد صدور

آرای متناقض^۱ در دادگاه‌ها هستیم. از میان دیدگاه‌های پراکنده در این زمینه می‌توان به دیدگاه بطلان، عدم نفوذ و صحت فروش عین مرهونه اشاره کرد:

۲-۱-۱. دیدگاه بطلان

عده‌ای از فقهای متقدم به استناد اجماع و روایت «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف»، تصرف راهن را در عین مرهونه از جمله بیع، هبه، رهن و مهر قرار دادن آن باطل می‌دانند (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۲۷). هرچند که برخی به مستندات این دیدگاه ایرادهایی وارد کرده و معتقدند اجماع در این زمینه محقق نشده است، زیرا اکثر فقهای متأخر، بیع عین مرهونه را باطل ندانسته‌اند و روایت را نیز ناظر به تصرف راهن و مرتهن بدون اذن می‌دانند، زیرا تصرفات مرتهن در صورت اذن راهن صحیح بوده و با توجه به عطف تصرفات راهن و مرتهن به یکدیگر، حکم تصرفات راهن نیز با تصرفات مرتهن یکی است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۵۴). علاوه بر اینکه راهن نسبت به عین مرهونه مالک است و تنها حق مرتهن، مانع صحت تصرفات وی است که با اجازه مرتهن این مانع برداشته می‌شود، درحالی‌که مرتهن مالک عین مرهونه نیست و تصرفات وی نسبت به مال مرهونه، فضولی است (عاملی، ۱۴۲۲: ۴۰۱).

با توجه به ماده ۷۹۳ ق.م.د در بین حقوقدانان کمتر کسی معتقد به بطلان بیع عین مرهونه است. با این وجود برخی صاحب‌نظران، حکم ماده ۷۹۳ ق.م.د را بطلان می‌دانند و معتقدند قانون‌گذار با اطلاع از تفاوت مفهوم اذن و اجازه و آثار آن، تصرفات منافی راهن را منوط به اذن مرتهن دانسته است، بنابراین تصرفات ناقل در عین مرهونه بدون

۱. رأی اصراری شماره ۲۱ مورخ ۱۳۷۶/۱۲/۱۲ هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور که بیع عین مرهونه را با شرط پرداخت دیون قبلی مورد معامله صحیح تلقی کرده و فروشنده را ملزم به فک رهن و تنظیم سند رسمی دانسته است (بازگیر، ۱۳۷۹: ۱۰۴) و دادنامه شماره ۶۱۴ مورخه ۹۰/۷/۱۹ صادره از شعبه ۱۰۷ دادگاه عمومی تهران که انتقال عین مرهونه توسط راهن را منافی حق عینی مرتهن ندانسته و معامله را صحیح اعلام کرده که به موجب رأی ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۰۳۰۰۶۹۶ مورخ ۱۳۹۱/۰۵/۲۴ شعبه ۳ دادگاه تجدیدنظر استان تهران تایید شده است (پژوهشگاه قوه قضائیه، ۱۳۹۸).

اذن مرتهن باطل است و با اجازه بعدی نیز صحیح نمی‌شود و در تأیید گفته خود به ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی در رابطه با تصرف در مال توقیف‌شده استناد کرده‌اند که هرگونه انتقال قطعی، شرطی و رهنی در مال توقیف‌شده را باطل و بلااثر دانسته است. همچنین از مفهوم مخالف ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت که هرگونه انتقال مال مورد رهن را منوط به پرداخت کلیه بدهی در دفترخانه یا در صندوق ثبت یا هر مرجع تعیین‌شده از طرف اداره ثبت دانسته است، برای اثبات این دیدگاه استفاده کرده‌اند (صفری و یوسف‌زاده، ۱۳۹۱: ۹۶).

ضمانت اجرای بطلان برای عقدی که به دلیل منافات با حق غیر ممنوع شده است، علاوه بر محدود کردن سلطه مالکانه رهن، با قانون و مبانی فقهی نیز مابینت دارد، زیرا شرع و قانون حکم بیع فضولی را عدم نفوذ می‌دانند در صورتی که رهن در اینجا در مال خود تصرف می‌کند. علاوه بر اینکه بر اساس دیدگاهی که در حقوق ما نیز پذیرفته شده است اگر عقدی به خاطر حفظ حقوق دیگران مورد نهی قرار گرفته باشد و در صورت اذن قبلی صاحب حق صحیح شمرده شود، اجازه بعدی نیز می‌تواند موجب تصحیح عقد شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۵۹).

مفهوم ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت نیز دلالت بر بطلان بیع عین مرهونه نمی‌کند و در مقام تعیین وضعیت عقد نسبت به عین مرهونه نیست، بلکه به بیان شرایط عملی برای آزادسازی عین از رهن قبل از معامله می‌پردازد.

ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی نیز از نظر حکم با ماده ۵۷ این قانون در تعارض است و حقوقدانان در تفسیر «باطل و بلااثر» بودن تصرفات اختلاف‌نظر دارند (رودیجانی، ۱۳۹۲: ۱۹۴).

۲-۱-۲. دیدگاه عدم نفوذ

معتقدان به عدم نفوذ بیع عین مرهونه سه دسته‌اند: عده‌ای که شرط حفظ حق مرتهن را در نفوذ عقد بی‌تأثیر دانسته و عده‌ای که این شرط را موجب نفوذ بیع می‌دانند و عده‌ای که قائل به مراعی بودن بیع عین مرهونه‌اند:

الف. مطلق عدم نفوذ

دیدگاه عدم نفوذ بیع مرهونه در بین فقها مشهور است. به موجب این دیدگاه تصرفات راهن همچون مرتهن در رهن جایز نیست مگر با اذن دیگری؛ پس اگر یکی از آن‌ها مبادرت به تصرف کرد باطل نیست بلکه موقوف به اجازه دیگری است (حلی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۱۱۳؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۳۳؛ صیمری، ۱۴۲۰، ج ۲: ۱۵۱؛ عاملی، ۱۴۲۲: ۴۰۱)؛ بنابراین تصرف راهن در عین مرهونه خواه ناقل عین باشد، مانند بیع یا ناقل منفعت، مانند اجاره یا اینکه مجرد انتفاع از آن باشد جایز نبوده و صحت تصرفات ناقل، موقوف به اجازه مرتهن است و اگر موضوع عقد، اجاره عین مرهونه باشد، با اجازه مرتهن، رهن به حال خود باقی می‌ماند و اگر موضوع عقد، بیع عین مرهونه باشد، با اجازه مرتهن، بیع صحیح و رهن باطل می‌شود. همان‌گونه که اگر راهن عین مرهونه را با اذن سابق مرتهن فروخته بود، رهن باطل می‌شد (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۸).

عده‌ای با توجه به تعریف رهن به وثیقه و آنچه عرف از معنای وثیقه اراده کرده معتقدند رهن، تعلق حق مرتهن نسبت به عین است درحالی‌که ملک راهن باشد و فروش عین مرهونه مستلزم خروج آن از مالکیت راهن بوده، بنابراین غیر نافذ است (عراقی، ۱۳۸۶: ۹).

برخی از حقوقدانان ماده ۷۹۳ قانون مدنی را ناظر به تصرفات ناقل در عین مرهونه دانسته و معتقدند که این تصرفات نافذ نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۰۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲: ۲۸۴). به موجب این دیدگاه، عقد راهن نسبت به عین مرهونه مانند عقد فضولی، عقدی موقوف است، زیرا سبب تأثیر در آن کامل نیست و باید عامل دیگری به آن پیبوند تا عقد مؤثر واقع شود، بنابراین با اجازه مرتهن نافذ می‌شود. البته در مورد عقد راهن، رد مرتهن بی‌تأثیر است و موجب بطلان آن نمی‌شود و عقد تا رفع مانع به صورت موقوف باقی می‌ماند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۰۲-۱۰۵؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۱۵)؛ به عبارت دیگر، از آثار حق یا سلطه مرتهن نسبت به عین مرهونه، امکان منع غیر از مداخله در آن حق است. فروش عین مرهونه مداخله در حق مرتهن است؛ بنابراین نمی‌توان بیع عین مرهونه را صحیح دانست مگر اینکه صاحب حق یعنی مرتهن اذن در

فروش دهد یا بعد از فروش آن را اجازه دهد.

بر اساس دیدگاه عدم نفوذ به معنای خاص (عقد موقوف) صحت عقد منوط به اجازه مرتهن است و صورتی که دین مرتهن پرداخت و رهن فک شود تا زمانی که مرتهن عقد را اجازه ندهد عقد همچنان غیر نافذ خواهد بود، در صورتی که اصولاً پس از سقوط حق مرتهن و زوال مانع، عقد صحت خود را باز یافته و اثرگذار می‌شود و نیازمند تنفیذ مرتهن نیست، چون موضوع عقد رهن منتفی می‌شود. بنابراین عدم نفوذ مفهومی اعم از موقوف و مراعی است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۰۱-۱۰۲) و بیع عین مرهونه عقد مراعی است که با زوال مانع صحیح می‌شود.

ب. نفوذ عقد مشروط به حفظ حق مرتهن

برخی از قائلین به عدم نفوذ بیع عین مرهونه، شرط حفظ حقوق مرتهن در ضمن عقد بیع را مؤثر می‌دانند و معتقدند تصرفی که راهن از آن منتفع شود و به رهن ضرر برساند- خواه با خروج از مالکیت مانند بیع یا صلح و خواه با ایجاد مانع برای تصرف مقتضی عقد رهن یا هر تصرفی که ارزش و رغبت به مال مرهونه را کاهش دهد- جایز نیست. تصرفات ناقل عین، غیرنافذ است و بیع عین مرهونه با شرط بقای حق مرتهن صحیح است که در این صورت عین، عاریه مرهونه محسوب می‌شود (همدانی، ۱۴۱۶، ج ۱۴: ۶۴۶ - ۶۴۹).

محقق اصفهانی در مورد انتقال عین مرهونه، می‌گوید: آیا بیع رهن باطل است یا متوقف بر اجازه است؟ شیخ انصاری فرموده‌اند بنا بر اتفاق نظر فقها در بیع مال مرهونه، مالک در فروش مال خود مستقل نیست، در تفسیر این سخن شایسته است که آن را مقید به منافات داشتن بیع عین مرهونه با حقیقت رهن کنیم؛ پس اگر منافاتی نباشد موجبی برای بطلان بیع نیست؛ مانند زمانی که مشتری به باقی ماندن عین در رهن رضایت دهد؛ پس رهن دادن عین برای دین دیگری و همچنین بیع مال برای ادای دینی که بر عهده دیگری است نافذ است (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۲۶۲).

به نظر می‌رسد این تفسیر با ظاهر سخن شیخ انصاری مغایر است، زیرا منظور

شیخ از عدم استقلال راهن در تصرف این است که به دلیل حق مرتهن در عین مرهونه، راهن نمی‌تواند بدون جلب رضایت مرتهن اقدام به فروش آن کند و نه بدون رضایت مشتری به باقی ماندن عین در رهن. علاوه بر اینکه محقق اصفهانی در بیان انواع حق که به عین تعلق گرفته است، حق رهن را از جمله حقوق دانسته‌اند که با انتقال زایل می‌شود و به عقود بعدی سرایت نمی‌کند (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۱۶). به موجب این نظر، انتقال عین مرهونه از طریق بیع به زوال حق منجر می‌شود و منافات بیع با حق مرتهن محرز است. اگر هم بگوییم منظور از زوال حق رهن در صورت فروش ناظر به زمانی است که مشتری به بقای مبیع در رهن رضایت نداشته باشد و در صورت رضایت مشتری به بقای رهن نسبت به مبیع، بیع صحیح و حق رهن باقی است. در پاسخ می‌توان گفت صحت این شرط فرع بر پذیرش صحت عقد است و خود نمی‌تواند موجب صحت عقد شود و پذیرش چنین امری مستلزم دور است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۰۰).

با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد شرط حفظ حق مرتهن در ضمن بیع عین مرهونه یا رضایت مشتری برای باقی ماندن عین در رهن برای حفظ حق مرتهن کافی نیست و تنها با اجازه مرتهن و رضایت مشتری برای باقی ماندن عین در رهن است که عقد رهن قبلی فسخ شده و عقد رهن جدیدی منعقد می‌شود که به موجب آن مشتری، راهن محسوب می‌شود. در هر حال به دلیل حق مرتهن در عین مرهونه، فروش آن و تغییر راهن بدون رضایت مرتهن معنا ندارد، زیرا رهن از طرف راهن عقدی لازم است و او خود اختیار فسخ آن را ندارد.

بعضی از حقوقدانان تصرفات ناقل راهن را در عین مرهونه، بدون اذن مرتهن صحیح نمی‌دانند و معتقدند راهن نمی‌تواند عین مرهونه را بدون حفظ حق مرتهن بفروشد و یا صلح و هبه کند ولی می‌تواند عین مرهونه را با قید آنکه در رهن دیگری است به سببی از اسباب به شخص ثالث واگذار کند، زیرا انتقال مزبور به هیچ وجه به حق مرتهن ضرری وارد نمی‌آورد و مانند آن است که ملک شخص ثالث نزد دائن رهن باشد (امامی، ۱۳۷۷، ج ۲: ۲۵۸؛ ره‌پیک، ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۵۴).

در رد این دیدگاه، گفته شده است که شرط حفظ حق مرتهن در عقد بیع عین مرهونه مخالف مقررات قانونی است و با توجه به لزوم تبعیت شرط از عقد اصلی، شرط، مؤثر در صحت بیع عین مرهونه نیست (محمدی و صفیان، ۱۳۸۶: ۲۸۷).

پ. عدم نفوذ مراعی

عدم نفوذ به طور عام، وضعیتی است که در آن عمل حقوقی اثرگذار نباشد خواه این امر به خاطر فقدان شرط یا جزء سبب باشد و خواه به دلیل وجود مانع؛ بنابراین عقد غیر نافذ اعم از عقدی است که موقوف به پیوستن شرط یا جزء سبب بوده یا عقدی که مراعی به رفع مانع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۰۱ - ۱۰۲؛ کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۱).

موقوف دانستن بیع عین مرهونه به اجازه مرتهن به بطلان عقد در صورت رد آن توسط مرتهن می‌انجامد و این نتیجه با اصول حقوقی (همچون حفظ اعتبار اعمال حقوقی و قاعده لاضرر) متناسب نیست؛ بنابراین حقوقدانان در صدد ارائه ضمانت اجرای خفیف‌تر از عدم نفوذ برای تصرفات موضوع ماده ۷۹۳ قانون مدنی برآمده و دیدگاه عدم قابلیت استناد را در این زمینه ارائه کرده‌اند (میرزانژاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۶ - ۲۹۷).

در صورتی که به موجب دیدگاه عدم نفوذ مراعی می‌توان گفت بیع عین مرهونه با تمام اسباب و شرایط (مقتضی) ایجاد شده و تنها به دلیل وجود حق مرتهن (مانع) در روابط طرفین اثرگذار نیست (روشن، خوئینی و فلاحی، ۱۳۹۶: ۱۵۸) و انتفای حق مرتهن (خواه از طریق اسقاط حق و خواه با پرداخت دین و فک رهن) موجب می‌شود عقد، صحت خود را بازیابد و اثرگذار شود؛ بنابراین رد بیع توسط مرتهن به معنای بطلان عقد نیست، زیرا اجازه مرتهن (به عنوان شخص ثالث) از اسباب تشکیل دهنده عقد نبوده است که فقدان آن منجر به بطلان عقد شود بلکه نقش اجازه در اینجا ساقط کننده حق و رفع کننده مانع است.

این دیدگاه از اشکالات وارده بر سایر دیدگاه‌ها مصون است و همچنین راه‌حلی خفیف‌تر از عدم نفوذ به معنای خاص (موقوف) به شمار می‌رود و همچنین ریشه در مبانی فقهی و سنتی حقوق ما دارد.

۲-۱-۳. دیدگاه صحت

برخی از فقها احتمال صحت بیع عین مرهونه را حتی بدون اذن مرتهن مطرح کرده‌اند؛ محقق خوئی در مورد وضعیت تصرفات راهن در عین مرهونه، پس از ذکر قول مشهور یعنی صحت بیع عین مرهونه با اذن مرتهن یا اجازه بعدی او می‌گوید: صحت بیع هرچند که مرتهن آن را اجازه ندهد ظهور بیشتری دارد و برای مشتری در صورتی که جاهل به وضعیت مبیع در زمان بیع باشد خیار ثابت می‌شود (موسوی خوئی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۲۵). به اعتقاد وی علت قول مشهور به عدم نفوذ بیع عین مرهونه روایت بوده که از حیث سند ضعیف است و عمل به آن ضعفش را جبران نمی‌کند و تعلق حق مرتهن به عین نیز صلاحیت منع از تصرف و تخصیص عمومات لزوم را ندارد، زیرا عدم تسلط مالک بر فروش عین به دلیل انتفای شرطی در بیع است (انتفای حقوق مانع) نه اینکه طلق بودن شرط ملکیت باشد و عنوان طلق بودن به خودی خود موضوعیت نداشته بلکه عنوانی است متزاع از متعلق حق غیر نبودن؛ بنابراین دلیلی بر عدم جواز بیع نیست (موسوی خوئی، بی‌تا، ج ۵: ۱۵۵).

در بین حقوقدانان بعضی معتقدند با وجود حق عینی مرتهن نسبت به عین مرهونه، در مضر بودن این تصرفات در حق مرتهن تردید بوده و قید حفظ حقوق مرتهن غیر ضروری است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲: ۲۷۴-۲۷۵). ایشان در مورد انتقال عین مرهونه معتقدند که انتقال گیرنده قائم‌مقام راهن بوده و این جابجایی، وثیقه طلبکار را از بین نمی‌برد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳: ۲۵۴). بر اساس نظریه قائم‌مقامی، انتقال عین، موجب جایگزین شدن منتقل‌الیه به جای مالک قبلی و انتقال تمامی تعهدات قبلی به وی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۳: ۲۴۵). پذیرش این نظریه مستلزم انتقال تعهدات راهن به ثالث است. در صورتی که با توجه به غیرقابل قبول بودن چنین مسئله‌ای از نظر فقهی و مستند نبودن آن از نظر قانونی، ایشان در جای دیگر از پذیرش قائم‌مقامی و آثار آن احتراز کرده و چنین گفته‌اند: «انتقال‌گیرنده را نباید جانشین راهن پنداشت. دین بدهکار در عین مرهون تجسم پیدا نمی‌کند و با آن منتقل نمی‌شود و حق رهن را نباید با حق عینی اشتباه کرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲: ۲۸۴).

برخی نیز صراحتاً تصرفات ناقل راهن در عین مرهونه را صحیح دانسته و معتقدند این تصرفات با حق مرتهن منافاتی ندارد، زیرا حق مرتهن نسبت به عین مرهونه، نوعی حق عینی است و مرتهن می‌تواند با تعقیب و فروش آن به حق خود برسد و انتقال عین مرهونه در عالم اعتبار به حق مرتهن خللی وارد نمی‌کند (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۱۲۵-۱۲۶؛ قبولی درافشان، ۱۳۹۰: ۵۴؛ ایزانلو، حبیبی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۵: ۹۹). این حقوقدانان، مبنای صحت فروش عین مرهونه را معارض نبودن آن با حق مرتهن که حقی عینی است، می‌دانند. درحالی‌که تقسیم حق به عینی و دینی به معنای شناخته‌شده آن، در فقه و قانون مدنی جایگاهی ندارد و از این منظر به حق رهن نگریسته نمی‌شود (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۲۸). عده‌ای، حق تعقیب و تقدم نسبت به مال مورد وثیقه را نشانه‌های حق عینی طلبکار نسبت به عین مرهونه دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲: ۲۳۴). حق تعقیب به این معناست که صاحب حق بتواند عین مورد حق را نزد هرکسی بود توقیف کرده و حق خود را از وی مطالبه کند (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۸ و ۱۹). این در حالی است که ایشان خود معتقدند برای مطالبه حق رهن در حقوق ما جز به طرفیت راهن نمی‌توان اقدام دعوی کرد و اجرائیه نیز علیه وی صادر می‌شود نه منتقل‌الیه (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۲: ۲۸۴).

وجود حق تقدم (به معنای رجحان دارنده حق وثیقه بر طلبکاران عادی) و حق تعقیب به معنای گفته شده برای مرتهن، منافی نبودن فروش عین مرهونه با حق رهن را ثابت نمی‌کند. بیع عین مرهونه در صورتی که صحیح تلقی شود، مشتری را (که نسبت به عقد رهن، ثالث تلقی می‌شود) مالک مبیع می‌کند. خریدار مال مرهونه، اختیار هرگونه تصرفی در مال خود را دارد و می‌تواند حتی آن را تلف کند و هیچ تعهد یا مسئولیتی در قبال مرتهن ندارد، با فرض صحت عقد بیع، مرتهن به چه استنادی می‌تواند مانع خریدار از تصرفات متلف در مبیع شود؟

عقد رهن برای مرتهن نسبت به عین مرهونه حقی ایجاد کرده است و با توجه به اینکه آثار و تعهدات هر عقدی برای طرفین آن عقد است، نمی‌توان دیگران را ملزم به اجرای تعهدات متعاقدين دانست. صحت بیع عین مرهونه منافی حق مرتهن بوده و عین مرهونه را در معرض تلف قرار می‌دهد.

نظریه قائم مقامی در حقوق فرانسه تکمیل کننده صحت انتقال عین مرهونه است و به موجب آن منتقل الیه متعهد به حفظ مال و اجرای تعهدات راهن در مقابل مرتهن است (مولودی، ۱۳۸۳: ۲۲۶). همچنین حق تعقیب به مفهومی که بتوان علیه هر شخصی که مال را در اختیار داشته باشد اقامه دعوی کرد از آثار حق عینی است اما همان گونه که گفته شد مقررات قانونی ما در این زمینه تاب چنین تفاسیری را ندارد.

ممکن است گفته شود صحت بیع عین مرهونه در صورت پذیرش عین با حق مرتهن است و خریدار می تواند عین را با این حق بپذیرد یا عقد را فسخ کند و اگر پذیرفت نمی تواند تصرف منافی حق مرتهن انجام دهد؛ به دلیل اینکه حق مرتهن به عین تعلق گرفته و از نظر وجودی بر حق خریدار مقدم است. همان گونه که خریدار عین مستأجره نمی تواند تصرف منافی در مدت اجاره انجام دهد و ملزم به حفظ حق مستاجر است. در پاسخ می توان گفت در صحت فروش عین مرهونه دو حالت متصور است: نخست حالتی که خریدار بدون علم به حق رهن نسبت به عین مبیع، آن را می خرد و ممکن است در زمان ناآگاهی از حق مرتهن هر تصرفی در آن انجام دهد در نتیجه مال در مدت تصرف همواره در معرض تلف است و دوم، حالتی که فرد با علم به حق مرتهن و با شرط ضمنی یا صریح حفظ حق مرتهن، عین را می خرد که همان اشکال وارد بر صحت عقد مشروط به حفظ حق مرتهن بر این فرض هم وارد است، زیرا عقد بیع به خودی خود مستلزم حفظ حق مرتهن توسط خریدار نیست. همچنین موضوع رعایت حق مستاجر پس از فروش با این مورد متفاوت است، زیرا موضوع عقد اجاره، انتقال منافع است و با انتقال عین منافاتی ندارد. علاوه بر اینکه مستاجر قبل از وقوع بیع به منظور استفاده از منافع بر عین مسلط شده است. همچنین خارج کردن بیع از موضوع ماده ۷۹۳ ق.م. به دلیل عدم منافات با حق مرتهن، عملاً این ماده قانونی را لغو می کند، زیرا به دلیل تقدم حق مرتهن هیچ تصرف یا نقل و انتقالی منافی حق مرتهن نیست. چنین تفسیری علاوه بر ناکارآمد کردن ماده مزبور با دیدگاه مشهور فقها در این زمینه نیز مغایر است.

عده ای از طرفداران دیدگاه صحت، حق مرتهن در عین مرهونه را مانند حق انتفاع

دانسته‌اند که با بیع آن توسط مالک منافاتی ندارد (قبولی درافشان، ۱۳۹۰: ۵۴). در پاسخ می‌توان گفت در حق انتفاع، منتفع به منظور انتفاع بر عین مسلط می‌شود و انتقال عین در صورت جهل تنها به ضرر انتقال گیرنده است؛ بنابراین وی حق فسخ دارد و هیچ‌گونه آسیبی به حق منتفع وارد نمی‌سازد. حق رهن با حق انتفاع قابل قیاس نیست، زیرا حق رهن، حق استیفای دین از محل فروش عین مرهونه است (حق به خود عین تعلق گرفته است) و در آن استمرار قبض و استیلای کامل بر عین شرط نیست درحالی‌که حق انتفاع، حق منتفع برای استفاده از منافع عین در مدت معین است (حق به منافع عین تعلق گرفته است) و منتفع برای استفاده از منافع بر عین مسلط می‌شود.

دلیل دیگری که پیروان دیدگاه صحت بیع عین مرهونه به آن استناد کرده‌اند ماده ۴۵۵ قانون مدنی است که به موجب این ماده اگر بعد از عقد بیع، مشتری تمام یا قسمتی از مبیع را رهن گذارد، فسخ معامله در اثر خیار به حق مرتهن خللی وارد نمی‌کند. به موجب این دیدگاه، همان‌گونه که تغییر مالک عین مرهونه از مشتری به مالک اولیه در حق مرتهن مؤثر نیست در صورت بیع عین مرهونه نیز حق مرتهن در آن باقی است و این انتقال در حق مرتهن بی‌تأثیر بوده و منافاتی با آن ندارد (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۱۲۲-۱۲۳).

در پاسخ می‌توان گفت این ماده اثبات‌کننده صحت بیع عین مرهونه نیست، بلکه در مقام بیان صحت تصرفات مشتری (از جمله رهن) در زمان خیار بوده و در صورت فسخ بیع، از نظر عده‌ای، مال مرهونه به مالکیت بایع برمی‌گردد و مشتری به دلیل کاهش ارزش مبیع (نقص مال) باید تفاوت قیمت پردازد یا موجبات فک رهن را فراهم آورد (صفایی، ۱۳۸۴: ۳۱۱؛ امامی، ۱۳۸۱، ج ۱: ۵۲۸)؛ اما به نظر می‌رسد با توجه به اینکه مبیع متعلق حق مرتهن قرار گرفته است و امکان فروش آن جهت استیفای دین وجود دارد، مانند فروش مبیع به شخص ثالث، در حکم مال تلف شده است و مشتری باید بدل (مثل یا قیمت) آن را به بایع بدهد (الشریف و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱: ۱۲۲).

برخی نیز بیع عین مرهونه را همچون تصرفات حقوقی شرکا در مال مشاع دانسته و معتقدند با وجود تعلق حق همه شرکا به عین مشاع، تصرفات هر شریک نسبت به

سهم خود بدون اذن و اجازه سایر شرکا صحیح است. در نتیجه می‌توان گفت عین مرهونه هرچند متعلق حق مرتهن است اما راهن نیز در آن حق دارد و برای تصرف نیازمند اذن مرتهن نیست (قبولی درافشان، ۱۳۹۰: ۵۴). در رد این نظر می‌توان گفت تصرف شرکای مال مشاع در سهم خودشان مجاز است و آنچه از نظر حقوقی انتقال داده می‌شود سهم مالک است و نه سهم غیر؛ بنابراین دلیلی بر منع شرکای مشاعی از تصرف حقوقی وجود ندارد. علاوه بر اینکه تصرف مادی شریک به دلیل منافات با حق شرکا نیازمند اذن یا اجازه آنان است. در بیع عین مرهونه، مبیع، عین متعلق به راهن همراه با حق مرتهن است و بدون اجازه مرتهن تصرف در حق وی جایز نیست.

۲-۱-۴. دیدگاه عدم قابلیت استناد

از نظر برخی از صاحب‌نظران، بیع عین مرهونه، عقدی غیرقابل استناد است یعنی در روابط طرفین عقد، صحیح و نافذ بوده اما در رابطه با مرتهن (شخص ثالث) قابل استناد نیست و مرتهن می‌تواند عقد را نادیده بگیرد و در هر زمان، عین مرهونه (مال مورد معامله) را اخذ کند (میرزائزاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۱؛ ایزانلو و شریعتی نسب، ۱۳۹۱: ۵۱).

پیروان این دیدگاه در تفسیر ماده ۷۹۳ قانون مدنی گفته‌اند: هرچند به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی در فرض اجمال و نقص قوانین، قاضی باید با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتوای معتبر حکم قضیه را صادر کند اما اختلاف نظر فراوان فقها در این زمینه و مشخص نبودن مقصود از فتاوی معتبر باعث بی‌ثباتی و بی‌نظمی حقوقی و مشکل شدن کار دستگاه قضایی می‌شود؛ بنابراین باید با تکیه بر روح قانون و اصول حقوقی حاکم بر آن به حکم صحیح قانونی دست یافت در نتیجه با تکیه بر اصول حقوقی همچون لاضرر، قاعده جمع (الجمع مهما امکن اولی من الطرح)، اصل لزوم انتخاب ضمانت اجرای خفیف از سایر ضمانت اجراها در زمان تردید و اصل تفسیر یکنواخت، می‌توان نظریه قابلیت استناد را به عنوان ضمانت اجرای بیع عین مرهونه برگزید (میرزا نژاد جویباری، ۱۳۹۰: ۲۹۶ - ۲۹۷).

در پاسخ باید گفت که پذیرش صحت و نفوذ عقد در روابط طرفین عقد مستلزم

تسلیم عین مرهونه به خریدار بوده و این امر، عین را در معرض تلف قرار می‌دهد و طبق ماده ۷۹۳ قانون مدنی از جمله تصرفات منافی حق مرتهن است در صورتی که باید راه حلی اتخاذ شود که علاوه بر جلوگیری از بی‌اعتباری عقد، حق مرتهن نیز حفظ شود. همچنین تمام اختلاف‌نظرها ناشی از تشخیص تنافی بیع با حق مرتهن است و این دیدگاه عملاً تفاوتی با دیدگاه صحت بیع عین مرهونه ندارد.

بر اساس دیدگاه عدم قابلیت استناد، شخص ثالث بدون هیچ محدودیت و در هر زمان می‌تواند عقد را نادیده گرفته و عین مال را از خریدار اخذ کند در صورتی که با توجه به مبانی فقهی مسئله، حق مرتهن در عین مبیع، مانع اثرگذاری عقد است و با از بین رفتن مانع (انتفای حق مرتهن) عقد اثرگذار می‌شود و رد عقد توسط مرتهن موجب بطلان عقد نیست بلکه بعد از رد نیز مرتهن می‌تواند عقد را تنفیذ کند (روشن، خوئینی و فلاحي، ۱۳۹۶، ۱۵۸).

۲-۲. فروش مبیع شرطی

بیع‌الخیار یا بیع شرط، بیعی است که ضمن آن، برای بایع، شرط خیار شود که در زمان معینی با استرداد ثمن، مبیع به وی بازگردد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۵: ۱۵۴). ظاهراً منظور از شرط خیار، اراده بایع برای استرداد مبیع است و این خود موجد حقی است که مانع تصرفات منافی با آن می‌شود؛ اما اگر منظور از شرط خیار صرفاً فسخ عقد باشد منعی از این حیث ایجاد نمی‌کند (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۱۵۰؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۶۷-۱۶۸؛ موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۵: ۴۳۱-۴۳۹). مفهوم سخن برخی از فقها نیز گویای این مطلب است که برخلاف سایر خیارات، شرط ابقای عین در ضمن عقد بیع شرط همانند عقد رهن موجد حق نسبت به عین است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۶۱). برخی از فقها نیز با اشاره به قول مشهور، اجاره مبیع را در مدت خیار مشروط به رد ثمن جز در صورت حفظ حق بایع، جایز نمی‌دانند، زیرا امکان استرداد مبیع را به همان وضع اولیه (غیرمسلوب‌المنفعه) برای بایع از بین می‌برد (موسوی خویی، بی‌تا، ج ۴: ۴۶۶-۴۶۷).

بیشتر فقها، فروش مبیع شرطی را در زمان خیار ممنوع دانسته‌اند؛ بنابراین از نظر

تکلیفی تردیدی در حرمت تصرفات منافی خیار شرط وجود ندارد اما حکم وضعی این تصرفات محل اختلاف است.

ماده ۴۶۰ قانون مدنی به پیروی از دیدگاه مشهور فقهای امامیه، تصرفات منافی خیار را در بیع شرط جایز ندانسته است. همچنین ماده ۵۰۰ قانون مدنی در رابطه با اجاره مبیع شرطی در زمان خیار، مقرر داشته است که «در بیع شرط مشتری می‌تواند مبیع را برای مدتی که بایع حق خیار ندارد اجاره دهد و اگر اجاره منافی با خیار بایع باشد به وسیله جعل خیار یا نحو آن حق بایع را محفوظ دارد والا اجاره تا حدی که منافی حق بایع باشد، باطل خواهد بود». قانون مدنی در این دو ماده حکم تصرفات ناقل اعم از عین و منفعت را در مبیع شرطی بیان کرده است. ماده ۴۶۰ ق.م.ت.م تنها به ذکر «نمی‌تواند» بسنده کرده بدون اینکه مشخص کند در صورت تصرف منافی خیار، تصرفات باطل است یا غیر نافذ. ماده ۵۰۰ نیز صراحتاً اجاره را باطل دانسته است. بدیهی است تصرفات ناقل منفعت نسبت به تصرف ناقل عین منافات کمتری با حقوق بایع شرطی دارد.

برخی از حقوقدانان انتقال مبیع را توسط مشتری به غیر، ممنوع دانسته‌اند، بدون آنکه حکم وضعی تصرفات را تعیین کنند (شهیدی، ۱۳۸۴: ۸۲؛ عدل، ۱۳۷۳: ۲۶۲). همچنین دیدگاه‌هایی مبنی بر بطلان، عدم نفوذ و صحت این تصرفات مشهود است که به بررسی آن‌ها می‌پردازیم.

۲-۲-۱. دیدگاه بطلان

محقق یزدی در ضمن بحث از وضعیت تصرفات ناقل در زمان خیار سه فرض را مطرح کرده‌اند: اول فرضی که تصرفات ناقل باطل و بلااثر باشد؛ دوم فرضی است که تصرفات مانند بیع فضولی پس از انقضای خیار در صورت تنفیذ صحیح می‌شود و بالاخره در فرض سوم تصرفات ناقل پس از انقضای خیار بدون اجازه صحیح می‌شود. ایشان فرض اول را قوی‌تر دانسته‌اند، زیرا با وجود مانع یعنی حق بایع شرطی نسبت به عین مبیع، عقدی واقع نشده است تا رفع مانع موجب صحت آن شود. مقتضای وجود

مانع، تأثیر آن از ابتداست؛ بنابراین صحت این عقد مستلزم تخلف معلول از علت است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۵۸).

عده‌ای از حقوقدانان با توجه به ماده ۴۶۰ ق.م که صراحتاً نقل و انتقال مبیع را ممنوع کرده و با توجه به ماده ۵۰۰ ق.م که ضمانت اجرای اجاره مبیع شرطی بدون حفظ حق بایع شرطی را بطلان اعلام کرده و همچنین بخش دوم ماده ۴۵۴ ق.م که اجاره مبیع برخلاف شرط صریح یا ضمنی مبنی بر عدم انتقال را در صورت فسخ بیع، بطلان دانسته است، معتقدند که انتقال مبیع باطل و بی اعتبار است و مشتری حق چنین تصرفی را ندارد (ره‌پیک، ۱۳۸۷، ج ۱: ۷۶).

در تفسیر بخش دوم ماده ۴۵۴ ق.م برخی از حقوقدانان بطلان را تنها ناظر به عقد اجاره ندانسته‌اند بلکه معتقدند حکم همه تصرفات ناقله بطلان است و ضمانت اجرای تخلف از شرط عدم انتقال، بی اثر بودن حقوقی این نوع تصرفات است (محقق داماد، ۱۳۷۲: ۵۴). از آنجا که بیع شرط نیز دربردارنده شرط ضمنی مبنی بر عدم انتقال مبیع است از این حکم مستثنا نیست (سیمایی صراف، ۱۳۸۰: ۱۱۹).

با توجه به اینکه عقد مزبور با تمام شرایط اساسی شکل گرفته و حق بایع شرطی، مانع شکل‌گیری عقد نبوده بلکه شرط اثرگذاری آن است، حکم بطلان عقد، ضمانت اجرایی مناسبی نیست، زیرا هرگاه عقد به خاطر حق شخصی مورد نهی قرار گیرد با اعلام رضایت آن شخص یا سقوط حق وی ممنوعیت برطرف شده و عقد اثرگذار می‌شود (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴: ۱۵۹).

۲-۲-۲. دیدگاه عدم نفوذ

به موجب این دیدگاه که در بین فقها شهرت دارد، تصرفات ناقله از جمله فروش مبیع شرطی جایز نیست و در صورت اجازه یا عدم اعمال فسخ، عقد صحیح و در صورت فسخ باطل است. برخی این عقد را نوعی عقد فضولی دانسته‌اند که به دلیل وجود مانع، نافذ و اثرگذار نیست و پس از رفع مانع خواه از طریق انقضای مدت خیار و عدم اعمال فسخ توسط بایع و خواه اسقاط خیار توسط وی، عقد آثار خود را بر جای

می‌گذارد (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۶۸)؛ بنابراین اگر شرط رد عین شود همان‌طور که در بیع شرط با رد ثمن متعارف است، شکی در عدم جواز تصرف با بیع یا مانند آن نیست و تصرفات غیر نافذ است. (موسوی خمینی، بی‌تا، ج ۵: ۴۳۱ - ۴۳۹)

عده‌ای از فقها تعلق حق بایع را به عین مبیع شرطی، موجب محدود شدن دایره تسلط مشتری (مالک) و مخصص قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» دانسته و معتقدند تصرفات مشتری در مبیع شرطی جایز و نافذ نیست (جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۳، ج ۴: ۱۶۵-۱۶۶).

بر اساس این دیدگاه تصرفات ناقل مشتری در مبیع شرطی، فضولی و غیر نافذ است (امامی، ۱۳۸۱، ۵۴۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۰۷). برخی از حقوقدانان در تفسیر ماده ۴۶۰ قانون مدنی، عدم توانایی مشتری را در نقل و انتقال مبیع، به معنای عدم صحت واگذاری عین ملک از طرف مشتری بدون قید خیار بایع دانسته‌اند (امامی، ۱۳۸۱: ۵۴۲). برخی نیز آن را به معنای غیر نافذ بودن هرگونه نقل و انتقال می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۵۴).

عده‌ای از حقوقدانان نیز با تفسیر ماده ۴۵۴ ق.م. به بیان حکم تصرفات ناقل در مبیع شرطی پرداخته‌اند. ایشان ماده ۴۵۴ ق.م. را بیانگر دو حکم جداگانه دانسته و معتقدند که این ماده نخست، حکم تصرفات ناقل مبیع را در زمان خیارات قانونی بیان می‌کند، سپس به حکم تصرفات ناقل مبیع در زمان خیارات قراردادی می‌پردازد. بخش دوم این ماده که تصرفات ناقل مشتری را در صورت شرط صریح یا ضمنی عدم انتقال در صورت فسخ عقد، باطل اعلام می‌کند، حکمی کلی را بیان کرده که ماده ۴۶۰ ق.م. مصداقی از این حکم کلی است، زیرا بیع شرط متضمن شرط ضمنی عدم تصرفات ناقله در مبیع است (امامی، ۱۳۸۱: ۵۴۲ - ۵۴۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۹۰؛ سیمایی صراف، ۱۳۸۰: ۱۱۹). به موجب این دیدگاه، بایع با فسخ بیع شرط و رد ثمن، اراده خود را برای استرداد مبیع، ابراز کرده، در نتیجه فسخ بایع، کاشف از بطلان بیع مبیع شرطی از آغاز است. هرچند حقوقدانان نیز به تبع فقها، حکم عدم نفوذ موقوف و مراعی را در این زمینه از یکدیگر جدا نکرده‌اند اما پذیرش صحت بیع مبیع شرطی در صورت اسقاط خیار یا انقضای

مدت اعمال خیار، بیانگر پذیرش مراعی بودن حکم این عقد از نظر برخی از حقوقدانان است (الشریف و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱: ۱۳۰).

عده‌ای از حقوقدانان به استناد مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، بیع شرط را معامله با حق استرداد و موجد حق وثیقه دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۴، ج ۶: ۸۲؛ کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۵: ۱۵۴). از آنجا که بر اساس ماده ۳۴ قانون ثبت، بیع شرط مملک نیست، بایع (راهن یا بدهکار) حق فروش مبیع (وثیقه) را ندارد و عمل وی غیر نافذ است. به موجب این ماده، فروش عین تنها در صورت عدم پرداخت بدهی در مهلت مقرر و به درخواست طلبکار از طریق مزایده صورت می‌پذیرد؛ بنابراین بر اساس مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت، عقد رهن و بیع شرط ماهیتاً یک عقد و تابع یک حکم هستند. اگر قصد طرفین بیع شرط، ایجاد حق وثیقه باشد تردیدی در شمول مقررات قانون ثبت در مورد آن نیست، با این وجود نمی‌توان هر بیع شرطی را معامله با حق استرداد دانست. نادیده گرفتن مقررات قانون مدنی در این زمینه موجب خلأ و گسیختگی در نظم حاکم بر آن می‌شود.

۲-۲-۳. دیدگاه صحت

بر اساس این دیدگاه، تصرف ناقل در مبیع شرطی از نظر وضعی صحیح است. محقق خوئی برخلاف قول شیخ انصاری که ممنوع شرعی را همچون ممنوع عقلی می‌داند، معتقد است که منع شرعی دلالتی بر فساد عقد از نظر وضعی ندارد؛ بنابراین در صورت فسخ عقد توسط دارنده خیار، اگر عین تلف شده یا در حکم تلف باشد، بایع مستحق بدل آن یعنی مثل یا قیمت است؛ بنابراین تصرفات از نظر تکلیفی حرام ولی از نظر وضعی صحیح است (موسوی خوئی، بی‌تا، ج ۷: ۴۷۴؛ موسوی خوئی، بی‌تا، ج ۴: ۴۶۸). البته به نظر می‌رسد دیدگاه ایشان تا حدودی با تفصیل ایشان در کتاب منهاج الصالحین که حاکی از عدم جواز تصرف در زمان خیار شرط است، متفاوت است و در زمان خیار شرط قائل به منع تصرف شده‌اند هرچند که این عدم جواز یا ممنوعیت در گفته ایشان دلالت بر عدم نفوذ وضعی ندارد (موسوی خوئی، ۱۴۱۰، ج ۲: ۳۱).

دیدگاه صحت مطلق تصرفات ناقل در مبیع شرطی به دلیل همخوانی نداشتن با

ظاهر مواد ۴۵۴ و ۴۶۰ و ۵۰۰ قانون مدنی در بین حقوقدانان طرفداری ندارد؛ اما تعدادی از این نظرات به نحوی ابراز شده است که از آن‌ها چنین حکمی را می‌توان برداشت کرد. برای نمونه کاتوزیان در تفسیر ماده ۵۰۰ ق.م می‌گوید عقد اجاره تا زمان اعمال اختیار از طرف فروشنده نافذ و پس از آن غیر نافذ و منوط به رضای مالک جدید است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۳۰). از نظر ایشان عقد از آغاز به صورت صحیح واقع می‌شود و پس از اعمال اختیار، وضعیت عدم نفوذ می‌یابد. ایشان همچنین در بیان انواع شرط به منظور سلب حق انتقال مالک، معتقدند شرط ذیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی مبنی بر عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت، نوعی شرط نتیجه است که برای حفظ منافع طرف عقد و در اثر توافق طرفین از مالک سلب شده است و در صورت عدم رعایت این شرط تنها مشروطه می‌تواند از دادگاه ابطال انتقال را بخواهد (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۹۲). اساساً این وضعیت نیز بر پذیرش صحت عقد مبتنی است؛ به عبارت دیگر عقد قابل ابطال از زمان انعقاد تا زمانی که ابطال نشده صحیح و در صورت ابطال از زمان انعقاد بی‌اثر است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ج ۲: ۳۳۰).

پذیرش صحت تصرفات مشتری در زمان شرط اختیار، منافی حق بایع برای استرداد عین مبیع بوده و با قواعد مسلم فقهی از جمله تسلیط و لاضرر منافات دارد. همچنین هدف طرفین عقد از شرط عدم تصرفات ناقل، عدم شکل‌گیری این تصرفات به طور مطلق بوده است؛ بنابراین اگر عمل حقوقی خلاف شرط، صحیح و اثرگذار باشد، هدف از شرط نادیده گرفته می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۵: ۲۶۵). علاوه بر اینکه در علم اصول اگر نهی بیانگر شرایط و موانع و اجزای عقد و معامله باشد، مخالفت با آن موجب فساد است (محمدی، ۱۳۸۴: ۶۸-۶۹).

۲-۳. وجوه شباهت حکم بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی

نظرات ابراز شده حاکی از شهرت دیدگاه عدم نفوذ بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی در بین فقها استعدم نفوذ به این معنا که عقد در روابط طرفین اثرگذار نبوده و صحت آن منوط انتفای حق مانع است که در هر دو عقد از طریق رضایت شخص

صاحب حق (مرتهن و بایع شرطی) حاصل می‌شود؛ بنابراین با اجازه عقد بیع، حق رهن و حق استرداد مبیع شرطی از بین می‌رود البته در صورتی که اجازه دلالت بر فروش بدون قید و شرط کند. نکته مشترک دیگری که می‌توان مشاهده کرد گستردگی دامنه نظرات در هر دو معامله است. به نظر می‌رسد رد عقد بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی توسط شخص صاحب حق تا قبل از سررسید دین و انقضای مدت خیار مؤثر نباشد و در هر دو مورد با انتفای حق مرتهن و بایع شرطی عقد واقع شده صحیح و اثرگذار می‌شود.

۲-۴. وجوه تفاوت حکم بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی

گستردگی بحث در مورد حکم بیع عین مرهونه بیشتر از بیع مبیع شرطی است و سیر دیدگاه‌ها در مورد بیع عین مرهونه از بطلان به سوی پذیرش عدم نفوذ و صحت پیش رفته است در صورتی که بررسی بیع عین مرهونه سابقه طولانی‌تری از بیع مبیع شرطی دارد و دیدگاه‌ها بیشتر حاکی از عدم نفوذ در این زمینه است. همچنین ادله‌ای که فقها برای نظرات خود ابراز کرده‌اند و نیز طریقه استدلال برای بیان حکم ممنوعیت نسبت به هر دو عقد، در بعضی موارد متفاوت است. برای مثال برخی از فقها از تفسیر واژه رهن و معنای لفظی آن به حبس، تصرفات راهن را در آن ممنوع می‌دانند یا به ادله‌ای چون اجماع یا نهی شارع استناد کرده‌اند در صورتی که در بیع مبیع شرطی، فقها شرط خیار مشروط به رد ثمن را ایجادکننده حق مانع برای بایع می‌دانند. همچنین اعمال خیار توسط بایع منجر به بطلان بیع مبیع شرطی می‌شود در صورتی که رد مرتهن تا قبل از پایان سررسید دین و اقدام عملی برای مطالبه دین به بطلان بیع عین مرهونه نمی‌انجامد و این امر ناشی از تفاوت در ماهیت حق مورد مطالبه (حق بایع شرطی، استرداد خود عین بوده اما حق مرتهن، مطالبه دین از محل فروش عین مرهونه است) و تفاوت در نحوه مطالبه آن است؛ بنابراین طبیعی است که اسقاط حق مرتهن با پرداخت دین یا تنفیذ عقد توسط وی باشد و اسقاط حق بایع شرطی با عدم اعمال حق در مدت خیار.

فرجام سخن

از مقایسه احکام بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی از نظر فقهی و حقوقی به این نتیجه می‌رسیم که نظرات فقهی در مورد حکم بیع عین مرهونه از بطلان به سمت عدم نفوذ پیش رفته و تعداد اندکی قائل به صحت بیع عین مرهونه هستند و در فروش مبیع شرطی نیز بیشتر فقها قائل به عدم نفوذ بیع مبیع شرطی هستند و نظریه صحت و بطلان طرفداران اندکی دارند و دیدگاه عدم نفوذ نسبت به هر دو عقد از شهرت برخوردار است.

نظرات حقوقی حاکی از تمایل دیدگاه‌ها از عدم نفوذ به صحت بیع عین مرهونه است، هرچند که دیدگاه عدم نفوذ در این زمینه، دیدگاه غالب و دیدگاه بطلان دیدگاهی نادر است. در مورد حکم بیع مبیع شرطی حقوقدانان بین بطلان و عدم نفوذ مردد بوده و بیشتر به عدم نفوذ گرایش دارند و دیدگاهی که مطلقاً قائل به صحت بیع مبیع شرطی باشد مشاهده نشد. این تفاوت آشکار در رویکرد حقوقدانان علاوه بر ابهامات موجود در مواد ۷۹۳ و ۴۶۰ ق.م، به دلیل فاصله گرفتن از اصول و مبانی حاکم بر حقوق مدنی و روی آوردن به گزاره‌های مربوط به این موضوع در حقوق غربی است.

در بین مبانی ارائه شده شرط فعل منفی حقوقی، مبنای اختصاصی در ممنوعیت تصرف در مبیع شرطی است و اجماع و روایت از مبانی اختصاصی ممنوعیت تصرف در عین مرهونه‌اند. قاعده لاضرر، تعلق حق غیر و قاعده سلطنت از مبانی مشترک در مورد ممنوعیت بیع عین مرهونه و بیع مبیع شرطی هستند. هرچند که فقها تعلق حق مرتهن به عین مرهونه و بایع شرطی به مبیع شرطی را مانع نفوذ تصرفات راهن و مشتری در این اعیان دانسته‌اند اما به نظر می‌رسد تعلق حق مرتهن به عین مرهونه و تعلق حق بایع به مبیع شرطی، وضعیتی است که ناشی از توافق اراده طرفین ضمن عقود رهن و بیع شرط است و از آثار این وضعیت، سلطه صاحب حق است نسبت به عین متعلق حق که از آثار این سلطنت ممنوعیت تصرفات منافی حق در عین است؛ بنابراین قاعده سلطنت است که مانع تصرفات منافی و موجب حرمت تکلیفی و عدم نفوذ

وضعی این تصرفات می‌شود. منظور از عدم نفوذ نیز موقوف بودن فروش عین مرهونه و مبیع شرطی به تنفیذ مرتهن و بایع شرطی نیست بلکه عقد، مراعی به رفع مانع است و مانع می‌تواند از طریق تنفیذ (اسقاط حق)، فک رهن یا انقضای مدت خیار برداشته شود و عقد اثرگذار شود.

در ماده ۷۹۳ ق.م.مصادیق تصرفات منافی ذکر نشده درحالی که در ماده ۴۶۰ این قانون تصرفات منافی از قبیل نقل و انتقال و غیره بیان شده است و در ماده ۴۶۰ ق.م. تأثیر اذن بایع شرطی بر صحت تصرفات ذکر نشده است که این امر از ماده ۷۹۳ قابل برداشت است و دلالت بر عدم نفوذ تصرفات منافی می‌کند. علاوه بر اینکه ماده ۴۶۰ ق.م. پیش از ماده ۷۹۳ وضع شده و شاید به دلیل ذکر مصادیق تصرفات منافی در ماده ۴۶۰، قانون‌گذار خود را از ذکر آن در ماده ۷۹۳ بی‌نیاز دیده است؛ بنابراین دو ماده قانونی با وجود تفاوت هایشان به نوعی مکمل یکدیگر بوده و نواقص هم را رفع می‌کنند.

درنهایت پیشنهاد می‌شود به منظور پایان دادن به این اختلاف‌نظرها، مواد قانونی مذکور به این شیوه اصلاح شود: ۱. متن پیشنهادی ماده ۴۶۰ قانون مدنی: «تصرفات ناقله مشتری در مبیع شرطی، نافذ نیست و منوط به اذن یا اجازه بایع است و در صورت اذن یا اجازه بایع، خیار وی ساقط می‌شود. در صورت انقضای مدت خیار و عدم اعمال آن توسط بایع، تصرفات قبلی مشتری در عین نافذ خواهد شد. همچنین تصرفات مادی مشتری که موجب نقصان جزئی یا کلی مبیع یا کاهش ارزش آن شود، جایز نیست، مگر در صورت اذن یا اجازه بایع.» ۲. متن پیشنهادی ماده ۷۹۳ قانون مدنی: «تصرفات ناقله توسط راهن در عین مرهونه نافذ نیست مگر با اذن یا اجازه مرتهن و در صورت اذن یا اجازه، حق عینی مرتهن ساقط خواهد شد. انفساخ عقد رهن به دلیل ادای دین یا برائت ذمه راهن، موجب نفوذ تصرفات قبلی راهن خواهد شد. همچنین تصرفات مادی راهن که موجب نقصان جزئی یا کلی عین مرهونه یا کاهش ارزش آن شود، جایز نیست، مگر در صورت اذن یا اجازه مرتهن.»

منابع

الف. فارسی

- الشریف، محمدمهدی، جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۱) «تصرفات «من علیه الخیار» در قانون مدنی و فقه امامیه»، مجله حقوق اسلامی، شماره ۳۳، صص ۱۰۷-۱۳۳.
- امامی، حسن (۱۳۸۱) حقوق مدنی، ج ۱، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- امامی، حسن (۱۳۷۷) حقوق مدنی، ج ۲، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- ایزائلو، محسن، حبیبی، سینا، شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۵) «ضمانت اجرای بیع عین مرهون: مطالعه‌ای در فقه تطبیقی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره اول، صص ۸۳-۱۰۴.
- ایزائلو، محسن، شریعتی‌نسب، صادق (۱۳۹۱) «مطالعه تطبیقی «عدم قابلیت استناد» در حقوق ایران و فرانسه»، حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره دوم، صص ۳۵-۶۶.
- بازگیر، یدالله (۱۳۷۹) قانون مدنی در آینه آراء دیوان عالی کشور (رهن، هبه، أخذ به شفعه و احکام راجع به آنها)، تهران: انتشارات فردوسی.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰) حقوق مدنی، تهران: مجد.
- پژوهشگاه قوه قضائیه (۱۳۹۸) «صحت انتقال مال مرهونه بدون اخذ اذن مرتهن»، آخرین بازدید (۱۳۹۸/۹/۸)، قابل دسترس در:
<http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=Vko5SzVkJuUkU9>
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۹) حقوق مدنی: رهن-صلح، تهران: انتشارات ابن‌سینا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹) مجموعه محشی قانون مدنی، تهران: گنج دانش.
- رودیجانی، محمد مجتبی (۱۳۹۲) تفسیر جامع قانون اجرای احکام مدنی، تهران: کتاب آوا.
- روشن، محمد، خوئینی، غفور، فلاحی، آزاد (۱۳۹۶) «بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۹۷، سال ۸۱، صص ۱۴۳-۱۶۲.

ره‌پیک، حسن (۱۳۸۷) عقود معین، ج ۱، تهران: انتشارات خرسندی.
 ره‌پیک، حسن (۱۳۸۷) عقود معین، ج ۲، تهران: انتشارات خرسندی.
 سیمایی صراف، حسین (۱۳۸۰) شرط ضمنی پژوهشی تطبیقی در فقه، قانون مدنی و
 قانون خارجی، قم: بوستان کتاب قم.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۴) حقوق مدنی ۶، تهران: انتشارات مجد.
 صفایی، سید حسین (۱۳۸۴) قواعد عمومی قراردادها، تهران: نشر میزان.
 صفری، محسن، یوسف‌زاده، صمد (۱۳۹۱) «بررسی فقهی تصرف حقوقی در مال مورد
 رهن»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، سال ۸، شماره ۳۸، صص ۷۹-
 ۹۸.

عدل، مصطفی (۱۳۷۳) حقوق مدنی، قزوین: انتشارات بحرالعلوم.
 قبولی درافشان، سیدمحمدتقی (۱۳۹۰) «وضعیت تصرفات ناقل عین مرهونه از سوی
 راهن (مطالعه فقهی - حقوقی)»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۴، صص ۴۹-۶۳.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴) دوره مقدماتی حقوق مدنی: اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶) دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین ۲، تهران:
 کتابخانه گنج دانش.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۵) قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران: نشر میزان.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸) قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران: شرکت سهامی
 انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰) قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳ و ۵، تهران: شرکت سهامی
 انتشار.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۶) قواعد فقه بخش مدنی، تهران: مرکز نشر علوم
 اسلامی.

کریمی، عباس (۱۳۹۱) «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، دیدگاه‌های
 حقوق قضایی، شماره ۵۸، صص ۱۵۶-۱۸۸.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۲) «تحلیل ماده ۴۵۴ قانون مدنی»، حقوقی دادگستری،

شماره ۹، صص ۴۵-۵۴.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۵) نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۴) مبانی استنباط حقوق اسلامی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

محمدی، پژمان، صفیان، سعید (۱۳۸۶) «اختلاف آراء در فروش مال الرهانه»، فصلنامه حقوق - مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، شماره ۳، صص ۲۶۷-۲۹۲.

مولودی، محمد (۱۳۸۳) «قائم مقام خاص متعاقدين»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۴، صص ۲۱۹-۲۴۰.

میرزا نژاد جویباری، اکبر (۱۳۹۰) «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه» «بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۲، صص ۲۸۱-۲۹۹.

نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۸۹) «تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۲، شماره ۳، صص ۱۰۹-۱۳۲.

یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۶) «بیع عین مرهونه توسط راهن از منظر فقه و قانون مدنی»، مجله مقالات و بررسی‌ها، دفتر ۸۵، صص ۱۲۹-۱۱۱.

ب. عربی

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۴۱۴ ه.ق) لسان العرب، جلد ۱۳، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع - دار صادر.

اراکي، محمدعلی (۱۴۱۴ ه.ق) الخيارات، قم: موسسه در راه حق.

المکتبه الشرقيه (۱۹۸۶ م) المنجد فی اللغه، بیروت.

انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ ه.ق) کتاب المکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹ ه.ق) الإجاره، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ ه.ق) حاشیه کتاب المکاسب، قم: محقق.

بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹) القواعد الفقهیه، جلد ۱، قم: نشر الهادی.

حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ ه.ق) تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت (ع).

حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ ه.ق) قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی (۱۴۲۳ ه.ق) موسوعه الفقه الإسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت (ع)، قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع).

خراسانی، محمد بن کاظم (۱۴۱۳ ه.ق) مقاله فی الرهن، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۳۸۷ ه.ش) مفردات فی غریب القرآن، تهران: مؤسسه فرهنگی آرایه.

شریعت اصفهانی، فتح الله (۱۴۱۰) قاعده لاضرر، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰ ه.ق) غایه المرام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت: دارالهادی.

طباطبائی حائری، سید علی (۱۴۱۸ ه.ق) ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلائل، قم: مؤسسه آل بیت (ع).

طباطبائی حکیم، سید محسن (۱۴۱۶ ه.ق) مستمسک العروه الوثقی جلد ۱۲، قم: مؤسسه دارالتفسیر.

طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱ ه.ق) حاشیه المکاسب جلد دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷ ه.ق) الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به

جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۰ ه.ق) النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی، بیروت: دارالکتاب العربی.

عاملی، محمد بن مکی (۱۴۱۰ ه.ق) اللعنه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، بیروت: دارالتراث-الدارالإسلامیه.

عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۲۲ ه.ق) حاشیه شرائع الإسلام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

عراقی، آقا ضیاءالدین (۱۳۸۶ ه.ش) محاضرات فی فقه الرهن، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۱۰ ه.ق) کتاب العین، جلد ۴، قم: نشر هجرت.

محمود، عبدالرحمان (بی تا) معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیه، جلد ۲.

موسوی خمینی، سیدروح الله (بی تا) البیع، ج ۵، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.

موسوی خمینی، سیدروح الله (بی تا) تحریرالوسیله، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی تا) المستند فی شرح العروه الوثقی جلد چهارم، بی جا.

موسوی خویی، سید ابوالقاسم (بی تا) مصباح الفقاهه جلد هفتم و پنجم، بی جا.

موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ ه.ق) منهاج الصالحین جلد دوم، قم: نشر مدینه العلم.

نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳ ه.ق) المكاسب و البیع، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین. حوزه علمیه قم.

نجفی، حسن بن جعفر (۱۴۲۲ ه.ق) أنوارالفقاهه: کتاب الرهن، نجف اشرف: موسسه کاشف الغطاء.

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ه.ق) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام ج ۲۵، بیروت:
داراحیاء التراث العربی.
همدانی، آقارضا (۱۴۱۶ ه.ق) مصباح الفقیه، قم: موسسه الجعفریه لإحیاء التراث و
موسسه النشر الاسلام.