

جمع پراکنده؛ جستاری در وضعیت و احکام بیع مال مرهونه: مطالعه تطبیقی

محمود کاظمی^{۱*}، علی احمدی بیاضی^۲

۱. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران

۲. مربی گروه حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

(دریافت: ۱۴۰۱/۱۲/۱۱ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۲۶)

Diverse Assembly; An Inquiry into the Rules of Selling Mortgaged Property: A Comparative Study

Mahmoud Kazemi^{1*}, Ali Ahmadi Bayazi²

1. Associate Professor, Department of Private and Islamic Law, Faculty of Law, University of Tehran, Tehran, Iran

2. Instructor of Private Law Department, Payam Noor University, Tehran, Iran

(Received: 08/Jun/2023

Accepted: 09/Sep/2023)

Abstract

There are different ideas about the rules of selling mortgaged property in Iranian Law and Islamic Law (Fiqh). This caused a wide divergence of opinion in the courts. The basis of this diversity is related to the question that whether this transaction should be considered in the category of possessions against the mortgagee's rights or not? Whereas most of the Islamic jurists conceive such transaction to be invalid (Adam-al-Nofouz), contemporary jurists believe in the validity of it and jurisprudence has tended to this opinion. Examining various articles of the Iranian Civil Code shows that from the view of it, this transaction should be regarded as invalid which is confirmed with the permission of the mortgagee or redemption of mortgage. The present study attempts to explain logical basis of this view in Iranian and Islamic Law (Fiqh), resolve existing doubts and determine the rules and effects of this transaction. In this regard, with a comparative study, the rules of this transaction in French Law will be examined as well.

Keywords: Absoluteness of the Good, Adam-al-Nofouz (Invalidity), Obligation of Redemption, Permission of Mortgagee, Transfer of Mortgaged Property.

چکیده

در خصوص وضعیت و احکام بیع مال مرهونه (یا هر نوع معامله ناقله) از سوی راهن در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران اختلاف نظر بسیاری وجود دارد و این امر سبب تشتت آرا در محاکم شده است. مبنای این اختلاف آن است که آیا این معامله را باید در زمره تصرفات منافی حقوق مرتهن دانست، یا خیر؛ درحالی که نظر مشهور فقیهان امامیه، بلکه قریب به اتفاق آنان (جزء عده‌ای از معاصران)، بر «عدم نفوذ» این معامله است و حقوقدانان نزدیک به زمان تصویب قانون مدنی هم از آن پیروی کرده‌اند. حقوقدانان معاصر معتقد به صحت این نوع معامله هستند و رویه قضائی هم به این نظر تمایل پیدا کرده است. از بررسی مواد مختلف قانون مدنی استنباط می‌گردد که از نظرگاه قانون مدنی باید این معامله را «غیرنافذ» دانست که با اجازه مرتهن یا فک رهن از ابتدا تنفیذ می‌گردد. در این مقاله تلاش کرده‌ایم ضمن تبیین مبانی منطقی و نقلی این دیدگاه در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، تردیدهایی موجود را برطرف کرده و احکام و آثار این معامله را معین کنیم. با مطالعه تطبیقی وضعیت این معامله، ثابت شده که در حقوق فرانسه این معامله غیر قابل استناد است.

کلیدواژه‌ها: اذن مرتهن، الزام بایع به فک رهن، انتقال مال مرهونه، شرط طلق بودن مبیع، غیر نافذ.

مقدمه

۱. یکی از موضوعات مهم که در دکترین بحث‌های زیادی را به خود اختصاص داده و جولانگاه نظریه‌پردازی از سوی صاحب‌نظران شده، وضعیت بیع (یا هر نوع عقد ناقل) مال مرهونه توسط راهن است. اختلاف نظر در این زمینه در حدی است که می‌توان آن را معرکه آرا دانست. دیدگاه‌های کاملاً متضاد؛ به گونه‌ای که هم نظریه صحت بیع مطرح است و هم بطلان آن. البته دیدگاه‌های بینابین (عدم نفوذ، غیر قابل استناد) هم وجود دارد. اختلاف نظر در دکترین سبب تشتت آرا در رویه قضائی هم شده است و این موضوع یکی از پرچالش‌ترین موضوعات مطرح در رویه قضائی است. در برهه‌ای از زمان در سال ۱۳۷۶ دیوان عالی کشور به منظور رفع اختلاف مداخله کرد و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ را صادر نمود و هرچند به‌طور موقت، آتش اختلاف فروکش کرد، اما ماده نزاع قلع نشد و دیری نپایید (کمتر از پنج ماه بعد)، با صدور یک رأی اصراری، اختلاف نظرهای قبلی در بین محاکم مجدداً آشکار شد و همانند آتشی از زیر خاکستر زبانه کشید و بار دیگر همان اختلاف دیدگاه‌ها و آرا به وجود آمد؛ به گونه‌ای که اکنون نمی‌توان وضعیت این معامله را در رویه محاکم پیش‌بینی کرد. البته گرایش رویه قضائی، این بار بیشتر به سمت صحت بیع مال مرهونه و دور زدن رأی دیوان عالی کشور بوده که بیع مال مرهونه را غیر نافذ اعلام کرده بود. اخیراً دیوان عالی کشور هم رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲ مورخ ۱۴۰۲/۰۳/۳۰، دائر بر جواز الزام انتقال‌دهنده مال مرهونه (راهن) به فک رهن صادر کرده است.

۲. تردیدی نیست که عقد رهن سلب مالکیت راهن نسبت به مال مرهونه و انتقال آن به مرتهن نمی‌گردد، بلکه یک حق عینی برای مرتهن ایجاد می‌کند که مادون مالکیت است؛ به این معنا که او در صورت استتکاف مدیون از پرداخت دین، حق دارد مقدم بر سایر طلبکاران، از محل مال مرهونه طلب خود را وصول نماید، اما سؤال بنیادین آن است که با توجه به ماهیت رهن، آیا راهن از انتقال مال مرهونه به غیر ممنوع است. به عبارت دیگر آیا انعقاد رهن، موجب محدودیت حق مالکیت و سلطه مالک نسبت به مال مرهونه شده و او حق انتقال آن به غیر را ندارد یا صرفاً برای مرتهن حق عینی ایجاد می‌کند و انتقال مال مرهونه به غیر منافاتی با آن ندارد. بر این اساس این سؤال مطرح است که هرگاه راهن قبل از فک رهن، مال مرهونه را به دیگری انتقال دهد وضعیت معامله او به چه صورت خواهد بود، آیا معامله او صحیح است و به رغم انتقال مال

مرهونه به غیر، حق عینی مرتهن نسبت به عین مرهونه یا عوض آن محفوظ است و معامله در برابر مرتهن غیر قابل استناد است یا باید آن را باطل دانست؛ به گونه‌ای که اجازه بعدی مرتهن یا فک رهن هم آن را تنفیذ نمی‌کند یا معامله موقوف و مراعی به اجازه مرتهن یا فک رهن خواهد بود. علت این اختلاف‌نظرها سکوت یا ابهام قانون مدنی از یک سو و وجود نظرات مختلف در فقه امامیه از سوی دیگر است.

۳. قانون مدنی ایران در این زمینه حکم صریحی ندارد. تنها در ماده ۷۹۳ با بیان یک حکم کلی، مقرر داشته که تصرفات راهن در عین مرهونه در صورتی که منافی حقوق مرتهن باشد، بدون رضایت او نافذ نیست، اما روشن نیست که اولاً منظور قانونگذار از «تصرفات منافی حقوق مرتهن» چیست، آیا بیع یا انتقال مال مرهونه توسط راهن با ماهیت و ذات رهن منافات دارد. ثانیاً، اثر این ممنوعیت و نهی قانونگذار چیست، آیا علاوه بر حرمت تکلیفی، اثر وضعی هم دارد و این انتقال باطل است یا وضعیت دیگری دارد.

۴. در فقه امامیه در این خصوص اختلاف نظر شدیدی وجود دارد؛ البته تشتت آرا در فقه همانند حقوق موضوعه نیست. در نظام فقهی، دیدگاهی که معتقد به عدم صحت بیع مرهونه است، شهرت بسزایی دارد و حتی فقیهان بنامی در این خصوص ادعای اجماع کرده‌اند؛ به گونه‌ای که «طلق بودن مبیع» به عنوان یکی از شرایط صحت بیع ذکر شده و متفرع بر آن، بیع مال مرهونه را به دلیل فقدان این شرط باطل دانسته‌اند. این گروه دو دسته‌اند: عده‌ای بیع مال مرهونه را از اصل باطل دانسته و اجازه بعدی مرتهن یا فک رهن را هم سبب نفوذ آن نمی‌دانند و عده‌ای دیگر آن را مراعی و موقوف به تحقق یکی از دو امر دانسته‌اند. به رغم آن، برخی از معاصران به صحت آن نظر داده‌اند. محقق شوشتری (۱۲۳۴ هـ ق)، صاحب کتاب *مقابس‌الانوار* که از فقیهان و اصولیین بنام و شاگرد شیخ جعفر کاشف‌العطاست، نخستین کسی است که به تفصیل در این باره تحقیق کرده و بعد از او شیخ انصاری در کتاب *مکاسب مفصل* ترین، دقیق‌ترین و ظریف‌ترین تحلیل‌ها را در این زمینه مطرح کرده که تا قبل از او بی‌سابقه بوده است.

۵. مطالعه کتاب *مکاسب* و تطبیق آن با کتاب *مقابس*^۱ که عمیق‌ترین اثر فقهی در خصوص شرط «طلق بودن عوضین»

۱. کتاب *مقابس‌الانوار و نفائس‌الاسرار* یک کتاب گران‌سنگ و استدلالی در فقه امامیه است که شیخ احمد احسانی در اجازه نامه‌ای که برای صاحب

سوی دیگر، سبب شده که موضوع انتقال مال مرهونه مورد ابتلای مردم باشد. فراوانی دعاوی راجع به این موضوع در محاکم و تشتت آرا در رویه قضائی سبب شده تاکنون نویسندگان متعددی به این موضوع بپردازند و تلاش‌های شایسته و درخور توجهی برای رفع اختلاف و ابهام و تعیین حکم موضوع انجام دهند، ولی مسئله و اختلاف نظر همچنان باقی است و بسیاری از احکام آن همچنان مبهم باقی مانده است. این امر نگارندگان را بر آن داشت تا موضوع را به تفصیل از نظرگاه فقهی بررسی کنند و مبانی عقلی و نقلی نظر مشهور در فقه امامیه که معتقد به عدم جواز بیع مرهونه است را تحلیل و وضعیت این معامله را معین و حتی‌المقدور احکام و آثار آن را بیان نمایند. به علاوه با توجه به قربانی که بین قانون مدنی ایران و فرانسه وجود دارد موضوع در حقوق فرانسه هم بررسی خواهد شد.

وضعیت بیع مرهونه در فقه امامیه

وضعیت بیع مال مرهونه در فقه امامیه را می‌توان در دو دوره مختلف؛ یعنی قبل و بعد از عصر شیخ انصاری، جداگانه بررسی کرد تا قبل از شیخ انصاری فقیهان به تفصیل به این موضوع نپرداخته و تقریباً نظر یکسانی داشتند و معتقد به بطلان بیع مال مرهونه بودند؛ با این توضیح که برخی آن را از اصل باطل (باطل مطلق) و برخی دیگر آن را موقوف به اجازه مرتهن و یا فک رهن می‌دانستند. شیخ انصاری برای نخستین بار به طور تحلیلی و با تحقیق مفصل با رد نظری که بیع مال مرهونه را از اصل باطل می‌دانست، نظر موقوف بودن آن را تأیید و تقویت کرد. فقیهان بعد از شیخ هم نوعاً از نظر وی پیروی کردند، به جز عده‌ای از معاصران که معتقد به صحت بیع مال مرهونه هستند. بر این اساس این موضوع را قبل و بعد از عصر شیخ انصاری به تفکیک بررسی می‌کنیم.

۱. دیدگاه فقیهان قبل از شیخ انصاری

۱-۱. حکومت نظریه بطلان بیع مال مرهونه

تا آنجا که نگارنده تحقیق کرده در بین فقیهان قبل از شیخ انصاری (قدما و متأخران) این اتفاق نظر وجود داشته که با انعقاد رهن، سلطه و مالکیت رهن نسبت به مال مرهونه محدود شده و او نمی‌تواند بدون اذن مرتهن در آن تصرف حقوقی کرده، آن را بفروشد یا هر عقد ناقله دیگری نسبت به آن منعقد نماید. همچنین او از هر نوع تصرف مادی که منافی حقوق مرتهن باشد، ممنوع است و بر این حکم اتفاق نظر وجود داشته، بلکه

در عقد بیع است، ثابت می‌کند که شیخ انصاری در تدوین این بخش از مکاسب از کتاب مقایسه استفاده زیادی برده و حتی در برخی موارد، مطالب و نظرات فقیهان پیش از خود را غیرمستقیم از آن نقل کرده است. به عنوان مثال، مطالب منقول از کتاب خلاف شیخ طوسی را تحت عنوان «از خلاف حکایت شده» از آن کتاب نقل می‌کند (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۳/۴).^۱ همچنین مطالب منقول از سایر فقیهان نظیر ابن ادریس و فیض کاشانی و... هم به طور غیرمستقیم از آن کتاب نقل شده است (همان: ۱۵۳/۴).^۲ به نظر می‌رسد محور بحث او در این بخش از کتاب مکاسب متن کتاب مقایسه بوده باشد. بر این اساس، برای فهم کامل آن حتماً باید به کتاب مقایسه مراجعه کرد.

ع تا آنجا که نگارنده تحقیق کرده، در بین فقیهان قبل از شیخ انصاری (قدما و متأخران) اتفاق نظر وجود داشته که با انعقاد رهن، مالکیت رهن نسبت به مال مرهونه محدود شده و او نمی‌تواند بدون اذن مرتهن آن را بفروشد یا هر نوع تصرفات دیگری که منافی حقوق مرتهن باشد در آن انجام دهد و چنانکه گفته شد در این زمینه اجماع فقیهان نقل شده است. حتی برخی تا آنجا پیش رفته‌اند که مطلق تصرفات رهن در مال مرهونه را (اعم از منافی یا غیرمنافی حق مرتهن) ممنوع و باطل دانسته‌اند. اگرچه تعابیر فقیهان در این زمینه مختلف است؛ برخی از واژه «عدم جواز»، برخی «عدم صحت» و برخی دیگر «ممنوعیت» و برخی نیز از واژه «بطلان» استفاده کرده‌اند. آن چه مسلم است، از دیدگاه فقیهان قبل از شیخ انصاری، بیع مال مرهونه بدون اذن مرتهن به اتفاق نظر ممنوع و غیرمجاز بوده است، اما این که «عدم جواز» به چه معناست؛ آیا منظور بطلان آن از اصل است، یا عدم نفوذ، یا به تعبیر فقیهان موقوف یا مراعی و یا قابل ابطال از سوی مرتهن، امری است که نیاز به بررسی و تحقیق دارد و یکی از اهداف نگارش این مقاله تبیین این امر است.

۷. افزایش موارد اخذ وام به ویژه در حوزه مسکن و الزام وام‌گیرنده به در رهن قرار دادن ملک خریداری شده از یک سو و طولانی بودن زمان تسویه وام و لزوم مبادله املاک از

آن، نوشته در ثنای آن، ضرب‌المثل معروف را به کار برده است که «کل الصید فی جوف الفراء» (امین، ۱۴۰۳: ۲۸۴/۳). قال ابن السکیت: الفراء، الحمار الوحشی و جمعه الفراء (مثل جبل و جبال) و یجمع کذلک علی أفراء و قال أبو بکر بن درید: و الفراء أعظم ما یُصاد؛ فکل صید دونه (المیدانی التیسابوری، بی تا: ۱۳۶/۲).

۱. «و حکى عن الخلاف: إجماع الفرقه و أخبارهم علی ذلک».

۲. «و قد حکى الإجماع عن غیره أيضاً».

ادعای اجماع شده است. حتی برخی تا آنجا پیش رفته‌اند که مطلق تصرفات رهن در مال مرهونه (اعم از منافی یا غیرمنافی با حق مرتهن) را ممنوع و باطل دانسته‌اند (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ۶۲۲؛ حلی، ۱۴۰۳: ۳۳۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۳/۳؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۳/۲؛ حلی، ۱۴۰۵: ۴۸۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۰۸/۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸۳/۴). البته عبارات فقیهان در این خصوص بسیار مختلف و گاه مبهم است.^۷ هرچند این اختلاف تعابیر در بین فقیهان، تعیین وضعیت بیع مال مرهونه از نظرگاه فقهی را مشکل می‌کند، آنچه مسلم است بیع مال مرهونه بدون اذن مرتهن در این دوره به اتفاق نظر جایز نبوده است، اما اینکه «عدم جواز» به چه معناست، آیا منظور بطلان آن از اصل است، یا عدم نفوذ (یا به تعبیر فقیهان موقوف و مراعی) و یا قابل ابطال از سوی مرتهن و... امری است که نیازمند بررسی است. این نتیجه از سوی برخی از فقیهان متأخر با عبارات مختلف بیان شده است. صاحب جواهر در تأیید این دیدگاه این‌گونه مقرر داشته که سخن بسیاری از فقیهان در این زمینه صریح، ظاهر و مشعر به وجود اجماع فقیهان است؛ بلکه در ثبوت اجماع نباید تردید کرد. همچنین در این زمینه روایت نبوی وجود دارد که بسیاری از فقیهان به آن استناد کرده و نقل آن مشهور است. به علاوه ماهیت و مبنای رهن استیفاء و جلب اعتماد برای وصول طلب

است که با ممنوعیت رهن از تصرف در مال مرهونه سازگارتر است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۵/۲۵). صاحب مقابیس هم معتقد است، در اینکه رهن نمی‌تواند بدون اذن مرتهن مال مرهونه را بفروشد یا هر تصرفی که ناقل مالکیت باشد، انجام دهد بین فقیهان اختلاف نظری وجود ندارد، هرچند تعابیر آنها در این خصوص متفاوت است (محقق شوشتری، بی‌تا: ۱۸۷ به بعد). همچنین شیخ انصاری در مقام بیان دیدگاه فقیهان مقدم بر خود این‌گونه اظهار داشته که: «ظاهراً، بلکه به طور قطع در اینکه رهن نمی‌تواند مال مرهونه را بدون اذن مرتهن بفروشد، اتفاق نظر وجود دارد...، اما در این که معامله او از اصل باطل بوده یا موقوف به اجازه مرتهن، یا فک رهن است، اختلاف نظر وجود دارد» (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۳/۴).

۱-۲. ادله نظریه بطلان بیع مال مرهونه

با تتبع در کتب فقهی ادله‌ای که فقیهان برای عدم جواز و بطلان بیع مال مرهونه به آن استناد کرده‌اند، عبارت‌اند از: اجماع، روایت مشهور و منقول از پیامبر اکرم (ص)، منافی بودن بیع مال مرهونه با مقتضای رهن که حبس مال مرهونه از هر نوع تصرف است و بالاخره دلیل مصلحتی مبنی بر اینکه ممنوعیت رهن از تصرف در مال مرهونه موجب تشویق او به پرداخت دین می‌گردد. در اینجا به اختصار این دلایل را مرور می‌کنیم.

الف) روایت مرسله نبوی

در خصوص ممنوعیت رهن از تصرف در مال مرهونه به روایتی مرسل و منقول از رسول مکرم اسلام (ص) استناد شده است. آن‌گونه که از کتاب مکاسب استنباط می‌گردد (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۲/۴) و متون دیگر هم آن را تأیید می‌کند (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۱۰/۹). این روایت را نخستین بار علامه حلی در کتاب *المختلف* به صورت مرسل نقل و به آن استناد کرده است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۲۹/۷)، اما بعد از او فقیهان بعدی به آن استناد کرده و آن را معتبر دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۵۴/۱۰؛ طباطبایی، ۱۴۱۸: ۳۱۰/۹؛ شوشتری، بی‌تا: ۱۸۸؛ کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۲۴؛ رشتی، ۱۴۰۷: ۴۵۲)؛ به گونه ای که صاحب جواهر ضمن استناد به آن، اظهار داشته که بیش از یک نفر (جمع کثیری) از فقیهان به آن استناد کرده و نقل این روایت شهره است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۵/۲۵). البته قبل از علامه برخی از فقیهان بدون اشاره به روایت، عبارات آن را بیان کرده‌اند (دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۲، ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۴۲۵/۲). متن روایت آن است که: «رهن و مرتهن از تصرف

۱. وی عبارت مفسوخاً را برای بیع مرهونه استعمال کرده و تمام تصرفات رهن را ممنوع دانسته است: «فإن باع الراهن العقار كان بيعه مفسوخاً و إن استأنف إجارته كانت باطلة...».
۲. ایشان در این زمینه گفته است: «و لا یصح بیع الرهن الا عن تراض منهما، متقدماً أو متأخراً».
۳. شیخ طوسی ذیل عنوان اجاره مال مرهونه اظهار داشته که اجاره مال مرهونه از سوی رهن باطل است و بر این امر اجماع وجود دارد: «...لیس للراهن أن یکرى داره المرهونه، أو یسکنها غیره إلا بإذن المرتهن،...دلیلنا: إجماع الفرقه و أخبارهم و لأنه لا دلیل علی جواز ذلك».
۴. وی در این خصوص گفته است: «لا یجوز للراهن التصرف فی الرهن باستخدام و لاسکنی و لا إجاره و لو باع أو وهب وقف علی إجاره المرتهن».
۵. «و لا یحل للراهن التصرف فی الرهن بیع و لا خلع و لا صداق و لا عتق و لا کتابه و لا تدبیر ولا رهن و لاهبه و لاصدقه و لامعاوضه و لا نکاح فان فعل و اجازة المرتهن نفذ، فإن أبرأه من الدین أو قضاة فکذلک».
۶. وی به صراحت بیان کرده که رهن از هر نوع تصرف ناقله نسبت به مال مرهونه ممنوع است: «و یمنع الراهن من کل تصرف یزیل الملك إلى الغير، کالبیع و الهبه و نحوهما و إلا فانت الوثیقه». البته وی تصریح می‌کند که بیع مرهونه از اصل باطل نیست و با اجازه مرتهن نافذ می‌گردد (همان: ۳۶۱/۱۳).
۷. برای دیدن تعابیر مختلف فقیهان، رش: حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۴۱/۱۳ به بعد؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۵/۲۵ به بعد؛ محقق شوشتری، بی‌تا: ۱۸۷ به بعد.

که راهن از هر نوع تصرف ناقله از جمله بیع مال مرهونه ممنوع است، هرچند روایت یا اجماعی در این زمینه وجود نداشته باشد؛ زیرا مفاد رهن حبس مال از تصرف مالک و کوتاهی دست او از آن و قطع سلطه او بر آن است، نه صرف ایجاد یک حق عینی برای مرتهن (همدانی، ۱۴۱۶: ۱۴/۱۴؛ ۶۵۰/۱۴). صاحب جواهر هم به صراحت بیان داشته است که با توجه به هدف انعقاد رهن که استیثاق و جلب اعتماد برای مرتهن است تا او با اخذ رهن نسبت به وصول طلب خود اطمینان قلبی داشته باشد، این امر اقتضا دارد که راهن از هر نوع تصرف در مال مرهونه ممنوع باشد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۵/۲۵).

ظاهراً از دید اکثر فقیهان، تنافی بین بیع مال مرهونه (یا هر نوع معامله ناقله دیگر) و رهن، امری مسلم است به این دلیل امکان بیع و انتقال مال مرهونه به غیر با بقای رهن را نپذیرفته و اذن مرتهن یا اجازه او به بیع را سبب اسقاط رهن دانسته‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۴/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۹/۲۵؛ طباطبایی حکیم، بی تا: ۳۸۹؛ لنگرانی، ۱۴۲۸: ۲۵۶). اگرچه آنان به صراحت مبنای این تنافی را بیان نکرده‌اند، اما برخی از متأخران گفته‌اند که احتمالاً مبنای این نظر «عدم جواز رهن مال غیر» بوده باشد که درست نیست و رهن مال غیر مجاز و معتبر است (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۶۶/۵ - ۲۶۱؛ خوئی، بی تا: ۲۳۹/۵)؛ بر این اساس، اگر مشتری به بقای رهن رضایت دهد، بیع مرهونه با رهن منافاتی نخواهد داشت (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۶۱/۵)، اما به نظر می‌رسد که رهن با مقتضای بیع در تنافی باشد؛ زیرا هدف از رهن آن است که در صورت عدم پرداخت دین، مرتهن بتواند مال مرهونه را فروخته و طلب خود را از محل آن وصول کند و این امر با مقتضای بیع که انتقال مالکیت به مشتری است، در تضاد است؛ زیرا درست است که رهن مال غیر، مجاز است، ولی از آن نمی‌توان جواز بیع مالی را که برای دین غیر مشتری در رهن گذاشته شده، استنباط کرد. در این باره در ادامه بیشتر صحبت خواهیم کرد.

به علاوه، برخی این ممنوعیت را بر این بنیاد توجیه کرده‌اند که محرومیت راهن از تصرف در مال مرهونه سبب تحریک و تشویق او به پرداخت دین و فک رهن می‌گردد (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۲۱۲/۹؛ مجاهد، بی تا: ۴۰۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۶/۲۵).

ج) اجماع

دلیل دیگری که برای عدم جواز و بطلان بیع مال مرهونه به آن استناد شده، اجماع است. عبارات فقیهان در این خصوص دو نوع است: برخی با استعمال واژه «اجماع» به صراحت

در مال مرهونه ممنوع هستند^۱. با توجه به اطلاق واژه «تصرف» در این روایت، آن را شامل هر نوع تصرف اعم از مادی و حقوقی، از جمله بیع دانسته‌اند؛ با این بیان که در این روایت از تصرف در مال مرهونه نهی شده و نهی در معاملات هم دال بر فساد است، در نتیجه بیع مال مرهونه باطل است. البته فقیهان متأخر روایات دیگری در این خصوص نقل و برای اثبات بطلان بیع مال مرهونه به آن استناد کرده‌اند که به دلیل رعایت اختصار از ذکر آن خودداری می‌گردد (مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۶۳/۹).

ب) توجیه عقلی و منطقی - منافی بودن بیع مرهونه با حقیقت رهن

از عبارت برخی از فقیهان این گونه استنباط می‌گردد که گویا بیع مرهونه و به طور کلی انعقاد هر نوع عقد ناقل مالکیت از سوی راهن با ماهیت رهن و وثیقه در تعارض و تنافی است. علامه حلی در کتاب تذکره، ذیل این عنوان که «عقد رهن، راهن را از تصرف در مال مرهونه منع می‌کند»، این گونه اظهار داشته: «راهن از هر نوع تصرفی که موجب زوال مالکیت او و انتقال آن به غیر گردد، مانند بیع، هبه و امثال آن ممنوع است؛ زیرا این امر موجب زوال وثیقه می‌گردد. همچنین او از هر نوع تصرفی که با هدف و قصد مرتهن از رهن در تراحم است، مانند به رهن گذاشتن مال مرهونه برای دیگری (رهن مکرر)، ممنوع است. به علاوه او نمی‌تواند تصرفی در مال مرهونه کند که موجب نقص آن یا کاهش رغبت و علاقه مردم نسبت به آن می‌گردد» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۲۰۸/۱۳).^۲ شهید ثانی هم اظهار داشته که اقتضای وثیقه کامل آن است که سلطه مالک (راهن) بر مال مرهونه محدود گردد و مبنای منع تصرف راهن در آن نیز همین است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۴۷/۴). آقارضا همدانی از فقیهان قرن چهارده هجری نیز بعد نقد ادله نظریه ممنوعیت راهن از تصرف در مرهونه، این گونه نتیجه‌گیری کرده که قول قوی‌تر آن است

۱. «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فی الرهن». این روایت در کتب حدیث و روایی قدیم سابقه ندارد، اما محدث نوری در کتاب مستدرک الوسائل آن را به صورت مرسل از نبی اکرم (ص) و به نقل از در الثالی ذکر کرده است (محدث نوری، ۱۴۰۸: ۴۲۶/۱۳).

۲. «و یمنع الراهن من کل تصرف یزیل الملک الی الغیر، کالبیع و الهبیه و نحوهما، و إلا فانت الوثیقه». و یمنع أيضاً مما یزاحم المرتهن فی مقصود الرهن، و هو الرهن من غیره، و من کل تصرف ینقص المرهون و یقلل الرغبه فیه.»

علامه در قواعد و دیگران که طلق بودن یا تام و کامل بودن سطره و مالکیت بایع بر مبیع را از شرایط صحت بیع دانسته‌اند، در رهن بودن مبیع را موجب فقدان شرط صحت بیع دانسته و بیع مال مرهونه را به این دلیل باطل می‌دانند.

ب) عدم نفوذ بیع (موقوف یا مراعی)

دیدگاه دیگر آن است که بیع مال مرهونه بدون اذن مرتهن باطل نبوده، بلکه غیرنافذ (موقوف یا مراعی) است. طرفداران این نظریه به دو گروه تقسیم می‌شوند:

۱. گروهی معتقدند اگر بیع مال مرهونه بدون اذن مرتهن واقع شود، موقوف به اجازه او بوده و تنها با اجازه او نافذ و لازم می‌شود و فک رهن یا اسقاط حق مرتهن تأثیری بر وضعیت بیع ندارد (شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۳۳؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۲/۲ - ۷۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۸: ۱۳۷/۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۶۳/۱).^۳ مطابق این دیدگاه بیع مرهونه «موقوف» به اذن یا اجازه مرتهن است، چنانکه در بیع فضولی چنین است؛ یعنی سرنوشت عقد صرفاً به اراده مرتهن بستگی دارد.

۲. گروه دیگر که اکثریت هستند، معتقدند اگر بیع مرهونه بدون اجازه مرتهن واقع شود با تحقق هر یک از دو سبب؛ یعنی «اجازه مرتهن» یا «فک رهن» به هر یک از اسباب (نظیر اسقاط حق الرهانه، سقوط آن، ایفای دین و...) نافذ می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۱۳/۲؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ۱۹/۲؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۷۵/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۰۱/۲۵ به بعد).^۴ برخی از طرفداران این دیدگاه از واژه «مراعی» برای بیان وضعیت بیع مرهونه استفاده کرده‌اند.

ثمره عملی و تفاوت بین این دو نظریه روشن است. اگر تنها اجازه مرتهن بیع مرهونه را نافذ و لازم کند با عدم اجازه او، بیع باطل می‌شود، هرچند بعداً رهن فک گردد و اجازه بعدی مرتهن (بعد از فک رهن) اثری بر بطلان بیع ندارد؛ در حالی که مطابق دیدگاه دیگر، اگرچه اجازه مرتهن سبب تنفیذ عقد است، اما رد او سبب بطلان بیع نمی‌گردد، بلکه به‌رغم رد مرتهن، هرگاه رهن فک گردد بیع نافذ می‌شود (محقق شوشتری، بی‌تا: ۸۹).

۳. محقق شوشتری هم نظر شیخ در نهاییه و محقق حلی در شرایط و مختصر النافع و شهید در لمعه و سبزواری در کفایه را موافق این دیدگاه دانسته است (محقق شوشتری، بی‌تا: ۱۸۹).

۴. محقق شوشتری این نظر را به علامه در قواعد و فرزندش در شرح قواعد و محقق کرکی در جامع المقاصد نسبت داده است (محقق شوشتری، بی‌تا: ۱۸۹)؛ رجوع به آن کتاب‌ها نیز این را تأیید می‌کند.

اظهار داشته‌اند که در خصوص ممنوعیت رهن از تصرف در عین مرهونه و بطلان آن، اجماع وجود دارد (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۵۳/۳؛ ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۲۵/۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۳۹/۳)؛ برخی دیگر از واژه‌هایی، نظیر «عدم خلاف» یا «اتفاق نظر» استفاده کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸: ۲۱۰/۹)؛ برخی نیز از قول دیگران نقل اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۵/۲۵؛ انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۳/۴).

۱-۳. مفهوم بطلان بیع مال مرهونه

آن‌گونه که صاحب مقایس اظهار داشته (شوشتری، بی‌تا: ۱۸۸ - ۱۸۹) و شیخ انصاری هم آن را تأیید کرده است (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۴/۴)^۱ و از تتبع در کتب فقیهان نیز به دست می‌آید، دیدگاه فقیهان قبل از شیخ انصاری که معتقد به بطلان بیع مال مرهونه هستند را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: برخی معتقد به بطلان مطلق هستند؛ یعنی اجازه بعدی مرتهن یا فک رهن آن را تنفیذ نمی‌کند و برخی معتقدند با اجازه بعدی مرتهن یا فک رهن، بیع مرهونه تنفیذ می‌گردد.

الف) بطلان بیع مرهونه از اصل

مطابق این دیدگاه اگر بیع بدون اذن پیشین مرتهن واقع گردد، باطل است و اجازه بعدی مرتهن یا فک رهن هم آن را نافذ نمی‌کند (مفید، ۱۴۱۳: ۶۲۲؛ کیدری، ۱۴۱۶: ۲۷۵؛ سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۳؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۳۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۴۵۸/۱۸).^۲ این دیدگاه بر این بنیاد استوار است که بیع مال مرهونه مورد نهی شارع واقع شده و نهی در معاملات هم دال بر فساد بوده، در نتیجه باطل است. به علاوه برخی همانند محقق در شرائع و

۱. وی اظهار داشته که از عبارت کتاب برخی از متقدمان، به جز شیخ در نهاییه و ابن حمزه در الوسيله، تمایل آنها به نظر اول (بطلان بیع مرهونه) استنباط می‌گردد و اکثر متأخران به جز عده کمی معتقد به نظر دوم (موقوف بودن بیع مرهونه) هستند.

۲. برای آگاهی بیشتر ر.ک: محقق شوشتری، بی‌تا: ۱۸۸ - ۱۸۹؛ این فقیه خود جزو کسانی است که بیع مال مرهونه بدون اذن مرتهن را باطل مطلق می‌داند، اما او این حکم را از برخی متون فقهی متقدمان، از جمله شیخ طوسی در خلاف، ابن‌ادریس در السرائر، ابن زهره در غنیه، ابن حمزه در الوسيله، قاضی در المذهب، محقق در شرائع و علامه حلی در قواعد استنباط کرده و به آنها نسبت داده است. به نظر وی با توجه به تفاوت بین معنای «اذن» و «اجازه» در هر جا که فقیهان از واژه «اذن» استفاده کرده‌اند، منظورشان آن است که بیع بدون اذن باطل است و با اجازه بعدی تنفیذ نمی‌گردد.

موجود مخصص آنها در این مورد نمی‌باشد (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۴/۴). وی سپس در خصوص اینکه چرا اجماع و اخبار راجع به «منع تصرف در مال مرهونه»، مخصص عموماً دال بر صحت بیع مرهونه، نیست این‌گونه استدلال کرده است:

اولاً، با توجه به مدلول اجماع و اخبار موجود، قدر متیقن از آنها موردی است که رهن مستقلاً و بدون اذن و اجازه مرتبه‌ن مال مرهونه را به غیر انتقال داده باشد و الا تردیدی نیست که اگر رهن با اجازه مرتبه‌ن، مال مرهونه را انتقال دهد، معامله او صحیح و لازم است (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۴/۴). وی در تأیید این امر به عبارات فقیهان استناد کرده که در آن کلمه «مرتبه‌ن» بر «رهن» عطف شده و حکم آن دو (از جهت منع تصرف) یکسان دانسته شده و از آنجا که این امر مسلم است که بیع مال مرهونه توسط مرتبه‌ن موقوف به اجازه مالک (رهن) است نه باطل، پس باید بیع مال مرهونه توسط رهن را هم موقوف به اجازه مرتبه‌ن دانست، نه باطل مطلق (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۴/۴).

ثانیاً، بر فرض که معتقد باشیم ظاهر از مورد اجماع اعم از موردی است که رهن مال مرهونه را مستقلاً انتقال می‌دهد و موردی که با اجازه مرتبه‌ن، باید در تحقق چنین اجماعی تردید کرد؛ زیرا بسیاری از فقیهان معتقدند بیع مال مرهونه با اجازه مرتبه‌ن نافذ و صحیح است، پس باز هم مخصصی برای عموماً صحت بیع وجود نخواهد داشت. همچنین است وضعیت اخبار و روایات؛ زیرا اعتقاد به ظهور اخبار در بطلان مطلق بیع مرهونه حتی با اجازه مرتبه‌ن برخلاف مشی فقیهان در صحیح دانستن بیع مرهونه با اجازه مرتبه‌ن است و باید از چنین ظهوری چشم پوشید (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۴/۴).

دوم: دلیل دیگری که شیخ انصاری برای اثبات نظر خود به آن استناد کرده است، روایتی است که از امام باقر (ع) در باب نکاح عبد، نقل شده است و استدلالی که امام (ع) در آن روایت برای توجیه نفوذ آن با اجازه مولی و صاحبش بیان کرده است. در این روایت (موسوم به صحیح زراره) از امام باقر (ع) در مورد نکاح عبد پرسیده شده و امام در پاسخ فرموده اند که این نکاح با اجازه مولی نافذ و صحیح است و در توجیه آن، این‌گونه استدلال کرده‌اند: «زیرا آن عبد با ازدواج خود بدون اذن مولی، حکم خدا را نقض نکرده، بلکه حق شخصی مولایش را نقض نموده است؛ پس هرگاه مولی از حق خود صرف نظر کند و آن را اجازه کند، نکاح او صحیح و نافذ

وضعیت عقد بر طبق هر دو دیدگاه روشن است: عقد غیر نافذ است، همانند بیع فضولی؛ هرچند فقیهان از واژه «عدم نفوذ» استفاده نکرده، بلکه از واژه «موقوف» یا «مراعی» استفاده کرده‌اند (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۴/۴). اما بررسی متون مختلف فقهی ثابت می‌کند که منظور آنان همان «عدم نفوذ» به معنای خاص است و اثر عقد، موقوف یا مراعی به تحقق یکی از دو امر (اجازه مرتبه‌ن یا فک رهن) است. در خصوص اثر عقد در فاصله بین انعقاد عقد و تحقق اجازه یا فک رهن چنانکه بعداً خواهیم گفت، عقد فاقد اثر واقعی است. به این دلیل فقیهان با بحث و تحلیل زیاد اثر اجازه و رد را به گذشته تسری داده‌اند و این بدان معناست که عقد در فاصله بین عقد و اجازه یا فک رهن اثر اصلی خود را ندارد. البته همانند بیع فضولی تا زمان تحقق یکی از دو مورد، بیع در حد مقتضای خود نسبت به رهن لازم است و او نمی‌تواند آن را فسخ یا ابطال کند. همچنین نسبت به مشتری در صورتی که نسبت به مرهونه بودن مبیع آگاه باشد، بیع لازم خواهد بود (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۰۹/۲)، اما اگر مشتری جاهل باشد، تا قبل از اجازه مرتبه‌ن یا فک رهن، خیار فسخ دارد و می‌تواند بیع را فسخ کند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۱۳/۲؛ انصاری، ۱۴۱۸: ۱۶۶/۴). مطابق نظر مشهور با تحقق فک رهن یا اجازه مرتبه‌ن، عقد از ابتدا تنفیذ و منشأ اثر می‌گردد (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۶۱/۴ - ۱۶۳).

۲. دیدگاه شیخ انصاری

شیخ انصاری بعد از نقل دو دیدگاهی که در بین متقدمان او در خصوص وضعیت بیع مال مرهونه وجود داشته و بیان این نکته که مشهور متأخران معتقدند که بیع مال مرهونه توسط رهن موقوف (غیرنافذ) است، در نهایت نظر مشهور را تأیید کرده و معتقد است که بیع مال مرهونه موقوف و مراعی است و با اجازه مرتبه‌ن یا فک رهن نافذ می‌گردد (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۳/۴ - ۱۵۴). شیخ انصاری در جهت اثبات نظر خود، ابتدا ادله اثبات آن بیان داشته، سپس به نقد ادله طرفداران نظریه بطلان مطلق می‌پردازد.

۲-۱. ادله نظریه شیخ انصاری

وی در مقام اثبات نظریه مختار به چند دلیل به شرح ذیل استناد کرده است:

نخست: ادله عام دال بر صحت عقد بیع، از جمله «وفوا بالعقود...»، «احل الله البیع...» که عموم یا اطلاق آنها شامل بیع مال مرهونه با اجازه مرتبه‌ن هم می‌گردد و اجماع و اخبار

۱. و الرهن و المرتبه‌ن لیس لأحدهما التصرف (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۱۳/۲).

اولویت، بیع مال مرهونه نباید باطل باشد؛ زیرا در بیع مرهونه راهن مالک مال مرهونه است و اراده او کامل بوده مقتضی و سبب عقد موجود است، تنها وجود حق غیر (مرتهن) مانع تأثیر آن است و هرگاه با اسقاط حق الرهانه مانع برطرف شود بیع نافذ می‌گردد، پس با قیاس اولویت بیع مرهونه باطل نبوده، موقوف به اجازه مرتهن است (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۵/۴).

سپس شیخ انصاری به بیان نقد احتمالی این استدلال و پاسخ آن پرداخته و این‌گونه اظهار می‌دارد که مطابق آنچه علامه حلی در کتاب تذکره نوشته، فقیهانی که بیع فضولی را باطل دانسته‌اند، باید بیع مال مرهونه توسط راهن را هم باطل بدانند. بر این اساس، به نظر می‌رسد استناد به قیاس اولویت در اینجا صادق نباشد؛ زیرا اگر این اولویت صادق بود، نباید کسانی که بیع فضولی را باطل می‌دانند، لزوماً بیع مال مرهونه را هم باطل می‌دانستند! (همان). البته به نظر می‌رسد سخن علامه در تذکره به طور دقیق در کتاب مکاسب نقل نشده و احتمالاً شیخ انصاری به کتاب تذکره علامه مراجعه مستقیم نداشته است. عبارت علامه به صورت التزامی است؛ به این بیان که وی گفته است: «هرکس بیع فضول را باطل می‌داند، باید بیع مرهونه را هم باطل بداند» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۴۲/۱۰)؛^۲ در حالی که عبارت منقول در مکاسب به صورت خبری است و از آن این-گونه فهمیده می‌شود که «هرکس بیع فضولی را باطل دانسته، بیع مال مرهونه را هم باطل می‌داند!» البته در ادامه عبارت مکاسب که مقرر داشته است: «در این سخن ایراد است و اگر مبنای بطلان بیع فضولی روایت «بیع تنها نسبت به ملک صحیح است»، باشد، لازم نیست بیع مرهونه را باطل بدانند» (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۵/۴)، آن را تصحیح کرده است.

شیخ انصاری سپس به رد این ایراد و نقد کلام علامه پرداخته و اظهار می‌دارد که حتی اگر کسانی معتقد به بطلان بیع فضولی باشند، لازم نیست بیع مرهونه را باطل بدانند؛ زیرا اگر مستند کسانی که معتقد به بطلان بیع فضولی هستند، روایت منقول از پیامبر اکرم (ص) باشد که فرموده: «بیع، تنها نسبت به ملک صحیح است»^۳ و بیع فضولی به این دلیل که

خواهد بود؛ بر خلاف مورد نقض حکم خداوند که امکان الحاق رضای او وجود ندارد» (همان).^۱

شیخ انصاری از این روایت دو حکم کلی را استنباط می‌کند: نخست آنکه اگر عقدی به واسطه مخالفت با حق الله (حکم خدا) ممنوع باشد، از اصل باطل بوده و غیر قابل تنفیذ خواهد بود؛ دوم آنکه اگر عقدی به دلیل مخالفت با حق الناس (حق شخص) ممنوع باشد، با حصول رضای او، آن منع مرتفع شده و عقد صحیح و نافذ می‌گردد.

وی سپس اظهار می‌دارد که در مورد بیع مرهونه توسط راهن روشن است که ممنوعیت آن به دلیل مخالفت آن با حکم خداوند و حرمت شرعی نیست؛ یعنی بیع مال مرهونه با هیچ یک از احکام شرعی و الهی مخالف نیست و ذاتاً مباح و جایز است و مشمول عموماً اباحه و صحت بیع است، اما به دلیل برخورد آن با حق مرتهن (حق الرهانه) ممنوع شده است. به عبارت دیگر، مقتضی صحت بیع مرهونه موجود است، اما حق مرتهن مانع صحت و نفوذ آن است، پس اگر مرتهن از حق خود چشم پوشی کند و آن را اجازه نماید، بیع صحیح و نافذ خواهد بود (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۵/۴).

اگرچه این روایت در مورد نکاح عبد است، اما فقیهان در سطح وسیع به آن استناد کرده و برای رد نظریه بطلان بیع فضولی و اثبات موقوف بودن آن به اجازه مالک هم به آن استناد کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۲۷۳/۷؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶: ۱۰/۲؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۳۰۵/۲ به بعد؛ نائینی، ۱۹۱۳/۲ به بعد؛ آشتیانی، ۱۴۲۵: ۸۱۱/۲ به بعد). همچنین از این روایت این قاعده را استنباط کرده‌اند که در هر موردی که «اذن قبلی شخصی در صحت و نفوذ یک عمل حقوقی مؤثر باشد، رضایت بعدی او هم مؤثر خواهد بود» (آشتیانی، ۱۴۲۵: ۸۱۳/۲)؛ یعنی قاعده، تساوی بین اثر «اذن» و «اجازه» است.

سوم: دلیل سومی که شیخ انصاری برای اثبات موقوف بودن بیع مال مرهونه به آن استناد می‌کند، فحوای (قیاس اولویت) ادله صحت بیع فضولی است؛ با این توضیح که در بیع فضولی شخص ثالث ملک غیر را معامله می‌کند، اما معامله او باطل نیست، بلکه موقوف به اجازه مالک است، پس با قیاس

۲. «و من أبطل بیع الفضولی، لزمه الإبطال هنا».

۳. روایتی با عبارت «لایبع الا فی ملک» یا «لایبع الا فیما تملک» از پیامبر اکرم (ص) در کتب مختلف فقهی از جمله کتب شیخ طوسی، علامه حلی، صاحب جواهر و... نقل شده است. البته این روایت در کتب معتبر روایی کمتر ذکر شده و تنها در کتاب وسائل و مستدرک الوسائل نقل شده (نوری (محدث نوری)، ۱۴۰۸: ۲۳۰/۱۳).

۱. متن روایت در کتاب کافی نقل شده است (کلینی، ۱۴۰۷: ۴۷۸/۵)؛ این روایت با همان عبارت در کتاب من لایحضره الفقیه شیخ صدوق هم نقل شده است (شیخ صدوق، ۱۴۱۳: ۴۷۳/۳ - ۴۷۴)، اما این روایت با عبارات دیگر هم در کتب حدیث نقل شده است (ر.ک.: شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳۵۱/۷).

عین برای نفوذ تصرف در آن کفایت نمی‌کند و مالکیت تصرف هم لازم است که در مورد مال مرهونه، این شرط منتفی است (همان). صاحب مقایس در پایان تعبیری دارد که به نوعی بیان کننده مبانی نظر وی هم هست. وی می‌گوید، از تتبع در ادله می‌توان استنباط کرد که تصرفات مالک در ملک خود یا صحیح و لازم است، یا غیر صحیح و باطل و شق سومی که موقوف باشد وجود ندارد. چون در این نوع معاملات بر خلاف معامله فضولی تصور انعقاد عقد بالاصاله از جانب خود یا به نیابت از جانب مالک وجود ندارد، تا حسب مورد باطل یا موقوف باشد. بر این اساس بیع مرهونه از جانب راهن باطل است نه موقوف (همان). در ادامه، صاحب مقایس به نقد ادله کسانی می‌پردازد که بیع مال مرهونه توسط راهن را موقوف می‌دانند. حاصل سخن وی آن است که استدلال به روایتی که نکاح عبد را موقوف به اجازه مولی می‌داند، در این مورد درست نیست؛ زیرا نکاح عبد در واقع انعقاد عقد از ناحیه غیر مالک است که حکم فضولی را دارد، در حالی که بیع راهن، انعقاد عقد از سوی مالک است. راهن به خاطر حق مرتهن به رغم آن که مالک است از تصرف در مال مرهونه ممنوع شده و هر نوع تصرف در آن (از جمله بیع) معصیت خداوند و نقض حکم الله است، نه حق الناس که مرتهن باشد؛ زیرا مرتهن مالک نیست. درست است که مبنای نهی شارع از تصرف در مال مرهونه رعایت حق مرتهن بوده است، اما این، یک حکم الهی است که لازم‌الاتباع است. بر این اساس، برای اثبات موقوف بودن بیع مال مرهونه نمی‌توان به این روایت استناد کرد (همان).

ب) نقد شیخ انصاری بر استدلال محقق شوشتری

شیخ انصاری در مقام نقد استدلال صاحب مقایس مطالب مفصل و دقیقی دارد که بیان تمام آن در اینجا ممکن نیست. اما به اختصار حاصل نقد شیخ انصاری بر استدلال صاحب مقایس، آن است که صرف‌نظر از اینکه در معامله فضولی بین اینکه فضول در انجام معامله قصد نیابت داشته باشد یا خیر، تفاوتی از جهت حکم وجود ندارد و اینکه مطلق نهی از معاملات دال بر فساد نیست، باید گفت: اولاً، این امکان که راهن هم در هنگام بیع مال مرهونه با نیت و امید کسب اجازه مرتهن، آن را معامله کرده باشد، وجود دارد؛ ثانیاً، قدر متقین از اجماع فقیهان و اخبار موجود در باب ممنوعیت راهن از تصرف در مال مرهونه، تصرف به نحو مستقل و بدون اجازه مرتهن است و دلالت روایات و اجماع بیش از این، محل تردید است و با وجود تردید باید به عموماً دال بر صحت معاملات رجوع کرد (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۹/۴).

نسبت به مال غیر واقع شده، باطل است، این دلیل در مورد بیع مال مرهونه صادق نمی‌باشد؛ زیرا روشن است که راهن مالک مال مرهونه است، پس مصداق «بیع ملک غیر» نبوده، مشمول آن روایت نمی‌گردد. بر این اساس ممکن است کسانی بیع فضولی را باطل بدانند، اما معتقد به عدم بطلان بیع مرهونه باشند (همان). شیخ انصاری سپس با اتکا به عبارت صاحب ایضاح النافع، نتیجه گرفته که بیع مال مرهونه موقوف است، هرچند معتقد به بطلان بیع فضولی باشیم.

۲-۲. نقد ادله نظریه بطلان از سوی شیخ انصاری

شیخ انصاری بعد از تأیید نظریه‌ای که بیع مال مرهونه از سوی راهن را موقوف می‌داند، به نقد ادله دیدگاه مخالف پرداخته و اظهار می‌دارد: «به این ترتیب، نادرستی دیدگاه برخی از معاصران ما که معتقد به بطلان بیع مال مرهونه به طور مطلق هستند، آشکار می‌گردد» (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۵/۴ به بعد). اگر چه وی ذکری از نام ایشان به میان نیاورده، اما از قرائن پیداست که مقصود وی محقق شوشتری، صاحب مقایس است؛ نظر شارحان نیز همین است. وی سپس به تفصیل، سخن و استدلال او دائر بر بطلان بیع مال مرهونه را بیان کرده و آن را نقد می‌کند که تفصیل مطالب شیخ انصاری از حوصله این مقاله خارج است، ولی بع اختصار به آن می‌پردازیم.

الف) استدلال محقق شوشتری در اثبات نظریه بطلان

خلاصه نظر صاحب مقایس آن است که بیع مال مرهونه از سوی راهن باطل مطلق است و با اجازه بعدی مرتهن هم تنفیذ نمی‌گردد؛ زیرا بیع مال مرهونه مورد نهی شارع است و ملاک در دلالت نهی بر فساد معاملات، آن است که نهی به اصل معامله تعلق گرفته باشد، نه به امری خارج از آن. در مورد نهی از بیع مال مرهونه به دلیل تعلق حق غیر به آن، نهی به ذات معامله تعلق گرفته و دال بر فساد است، در نتیجه بیع مال مرهونه باطل است. چنانکه بیع مال موقوفه و ام ولد و... هم باطل است (محقق شوشتری، بی تا: ۱۹۰). از سوی دیگر، نمی‌توان آن را تحت عنوان معامله فضولی قرار داد تا با اجازه لاحق تنفیذ گردد و آن را معامله مستقل از سوی مالک هم نمی‌توان تلقی کرد؛ زیرا صحت بیع فضولی منوط به قصد نیابت از ناحیه فضول است که تصور نیابت در بیع مال مرهونه توسط راهن منتفی است، اما او به عنوان مالک هم، حق تصرف در مال مرهونه را ندارد و به دلیل تعلق حق غیر به مال مرهونه، از تصرف در آن منع شده است. به عبارت دیگر، صرف مالکیت

مرهونه وجود ندارد. به نظر آنان ادله ارائه شده برای منع رهن از تصرف در مال مرهونه، ناظر به آن نوع تصرفاتی است که با ماهیت رهن و وثیقه منافات داشته باشد، درحالی که بیع مال مرهونه یا هر عقد ناقل مالکیت، با رهن منافاتی نداشته، موجب سقوط حق مرتهن نمی‌گردد (خوئی، بی‌تا: ۲۳۹/۵ - ۲۳۸). سپس آنها با تمسک به عمومات دال بر صحت معاملات، به صحت بیع مال مرهونه حکم کرده‌اند. برخی نیز با این شرط که اگر در ضمن بیع شرط گردد که مبیع در رهن باقی باشد، آن را صحیح دانسته‌اند (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۶۱/۵).

خلاصه استدلال طرفداران نظریه صحت بیع مال مرهونه آن است که دلیلی بر عدم صحت بیع مال مرهونه وجود ندارد و بر مبنای عمومات باید آن را صحیح دانست؛ به این بیان که در خصوص اجماع، صرف نظر از تردید در وجود آن (خوئی، بی‌تا: ۲۴۱/۵)، معقد اجماع «منع تصرف رهن» در مال مرهونه است، نه «بیع یا هر عقد ناقل مالکیت دیگر» و قدر متیقن از مورد اجماع، تصرفاتی است که منافی با رهن و حق مرتهن باشد و بیع مرهونه از این نوع تصرفات به حساب نمی‌آید (روحانی، ۱۴۲۹: ۴۵۰/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۲۹۰/۳). به علاوه بعید نیست که مینا و دلیل اجماع‌کنندگان همان روایت مرسل منقول از پیامبر(ص) باشد که در این صورت، اجماع مدرکی و مستند بوده و دلیل مستقل تلقی نخواهد شد (خوئی، بی‌تا: ۲۴۱/۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۲۹۱/۳). در مورد روایت مرسل نیز صرف نظر از ضعف سند آن (خوئی، بی‌تا: ۲۳۹/۵؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۲۹۱/۳)، آنچه در روایت منع شده «تصرف» رهن در مال مرهونه است و قدر متیقن از آن، بر مبنای تناسب به حکم و موضوع، تصرفات منافی با رهن و حق مرتهن است و شامل بیع مال مرهونه نمی‌گردد (خوئی، بی‌تا: ۲۳۹/۵). در خصوص دلایل عقلی و مصحلتی هم گفته شده آنچه مسلم است، بیع مال مرهونه با رهن و حق مرتهن منافاتی ندارد؛ زیرا بیع تأثیری بر رهن ندارد و موجب سقوط آن نمی‌گردد و حق مرتهن بعد از بیع همچنان محفوظ است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۶۱/۳). در صورتی که مشتری آگاه به آن باشد، مال وی با رضایت او بابت دین دیگری در رهن خواهد بود و در صورت عدم آگاهی، او حق فسخ بیع را دارد (خوئی، بی‌تا: ۲۳۹/۵ - ۱۴۰؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۳۳/۳). به علاوه وجود حق رهن در مبیع خللی به صحت بیع ایجاد نمی‌کند و تمام شرایط صحت آن، وجود دارد.

سپس شیخ انصاری در مقام بیان یک قاعده و معیار کلی در باب معاملات ممنوعه و مورد نهی شارع این‌گونه اظهار نظر می‌کند که مستفاد از رویه عملی اصحاب و مفاد روایات، آن است که منع از یک معامله در مورد خاص اگر به دلیل رعایت حق شخص (حق الناس) باشد؛ به گونه‌ای که با اذن قبلی او، آن معامله مجاز و صحیح باشد؛ در صورتی که معامله بدون اذن وی انجام گردد باطل نبوده، بلکه موقوف به اجازه آن شخص خواهد بود. این بدان معناست که در این موارد، شارع از انجام معامله به طور مستقل و بدون اذن یا اجازه آن شخص نهی کرده است، نه به طور مطلق. معامله فضولی، بیع مال مرهونه توسط رهن، معاملات ورشکسته و معاملات مریض و... از این موارد است؛ پس در صورتی که بدون اذن قبلی واقع گردند باطل نیستند، بلکه موقوف به اجازه شخصی خواهند بود که برای رعایت حق او غیر نافذ دانسته شده‌اند (همان).

۳. دیدگاه فقیهان بعد از شیخ انصاری

۳-۱. نظر اکثریت؛ تأیید نظر شیخ انصاری

دیدگاه شیخ انصاری در خصوص وضعیت معامله نسبت به مال مرهونه از سوی اکثر فقیهان بعد از وی مورد متابعت قرار گرفته و می‌توان گفت که نظر مشهور فقیهان تا عصر حاضر موافق با نظر شیخ انصاری است (نائینی، ۱۴۲۱: ۳۲۷/۲ به بعد؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۲۷۳/۳؛ اراکی، ۱۴۱۵: ۲۰۳/۲ به بعد؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۳۲/۱۷ به بعد؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۴۹/۳ به بعد؛ بهجت، ۱۴۲۶: ۵۳۱/۲ به بعد؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۵۶ به بعد؛ سیستانی، ۱۴۱۷: ۳۸/۲). چنانکه عده زیادی از فقیهان قبل از شیخ انصاری هم موافق نظر شیخ بوده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۴۲/۱۰؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۷۱/۳؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۵۰/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۵/۲۵ به بعد؛ طباطبایی، بی‌تا: ۴۰۲).

۳-۲. نظر اقلیت؛ صحت بیع مرهونه

اما عده‌ای از فقیهان بعد از شیخ به ویژه از معاصران، معتقد به صحت بیع مال مرهونه هستند (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۶۱/۳؛ خوئی، بی‌تا: ۲۳۹/۵؛ لاری، ۱۴۳۱: ۵۲۶/۲؛ روحانی، ۱۴۲۹: ۴۵۰/۴؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۲۹۰/۳؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸: ۳۳/۳). طرفداران نظریه صحت بیع مال مرهونه با نقد نظریه بطلان (بطلان از اصل یا موقوف بودن) و رد ادله آن، در نهایت به این نتیجه رسیده‌اند که دلیلی بر بطلان یا عدم نفوذ بیع مال

۳-۳. نقد نظریه صحت بیع مال مرهونه

صرف نظر از مبانی نظریه صحت بیع مال مرهونه، ابهامی که در این نظریه وجود دارد، وضعیت عقد بعد از تملک یا فروش مرهونه جهت استیفای حق مرتهن است؛ آیا مرتهن آن را از ملک منتقل الیه تملک می‌کند یا از ملک ناقل. به عبارت دیگر، آیا بعد از تملک عین مرهونه توسط مرتهن برای وصول طلب او، بیع منفسخ یا ابطال می‌گردد یا خیر. به نظر می‌رسد لازمه صحت بیع، آن باشد که مرتهن حق خود را از ملک منتقل الیه وصول کند، چنانکه این حکم از عبارت یکی از فقیهان استنباط می‌گردد (طباطبایی قمی، ۱۴۰۰: ۲۹۱/۳). البته برخی احتمال اینکه رهن به ثمن منتقل گردد و به اصطلاح ثمن قائم مقام مبیع در رهن گردد را مطرح کرده‌اند که در این صورت رهن فک شده و مبیع آزاد می‌گردد (طباطبایی حکیم، بی تا: ۳۸۹).

تردیدی که در پذیرش این دیدگاه وجود دارد، آن است که آیا بیع مالی که در رهن است و احتمال تملک آن از سوی مرتهن وجود دارد را می‌توان صحیح دانست؛ آیا چنین بیعی غرری نیست؛ به ویژه آنکه در بطلان بیع غرری بین علم و جهل مشتری تفاوتی وجود ندارد. درست است که رهن مال غیر با اذن او یا رهن مال برای دین دیگری صحیح است، اما این حکم ملازمه‌ای با صحت بیع مال مرهونه ندارد؛ زیرا رهن مبیع با حقیقت و مقتضای بیع که مبادله و انتقال عوضین در عالم خارج است منافات دارد. به علاوه سبب ایجاد دعاوی مختلف می‌گردد. شاید همین امر سبب شده که مشهور فقیهان با قاطعیت بیع مرهونه را منافی رهن دانسته‌اند. به هرحال این نظر در مقابل شهرت نظریه بطلان یا عدم نفوذ بیع مال مرهونه قابل توجه نمی‌باشد.

۴. مفهوم موقوف و مراعی - عدم نفوذ

«موقوف» و «مراعی» به وضعیتی از عقد گفته می‌شود که عقد کامل نبوده، نفوذ و اثر آن منوط به اراده شخص دیگر، غیر از متعاقدین یا تحقق امری دیگر است؛ یعنی «عدم نفوذ». این دو واژه هر دو از سوی فقیهان غالباً به یک معنا استعمال شده‌اند (نائینی، ۱۴۲۱: ۴۴۲/۱؛ مروج، ۱۴۳۸: ۶۱۹/۷-۶۲۱- کاشف- العطا، ۱۴۲۲: ۳۰۹/۱). چنانکه شیخ انصاری در مورد وضعیت بیع مال مرهونه از هر دو واژه استفاده کرده است (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۴/۴-۱۶۱)، اما از برخی متون فقهی استنباط می‌شود که این

دو واژه را دارای معانی مختلف دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۹/۲۵؛ مروج، ۱۴۳۸: ۵۲۰؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۳۶۰/۱۵).^۱ به نظر آنها عقد موقوف به عقدی گفته می‌شود که سبب و مقتضی ایجاد عقد کامل نبوده و به این دلیل، غیرنافذ است و آنچه نفوذ عقد منوط به آن است، جزو سبب و مقتضی عقد است. به عبارت دیگر، در عقد موقوف، اجازه شخص دیگر جزو مقتضی و عنصر سازنده عقد است، مانند عقد فضولی؛ زیرا با انشای عقد از ناحیه غیر مالک، سبب عقد به طور کامل ایجاد نمی‌گردد؛ به این دلیل گفته می‌شود بیع فضولی موقوف به اجازه (رضای) مالک است، اما گاهی سبب و مقتضی عقد موجود است، ولی وجود امری (حقی برای غیر در موضوع معامله) مانع تأثیر آن می‌گردد و به این دلیل صحت و نفوذ عقد منوط به رفع مانع است. در این فرض گفته می‌شود عقد مراعی است؛ یعنی نفوذ آن مراعی به رفع مانع است؛ مانند بیع مال مرهونه توسط راهن که چون راهن مالک مال مرهونه است با انشای او و قبول مشتری، مقتضی و سبب انعقاد عقد ایجاد می‌گردد، اما وجود رهن (حق مرتهن) مانع تأثیر مقتضی بوده و نفوذ آن مراعی به فک رهن است که با اجازه مرتهن یا اسقاط رهن، مانع بر طرف شده، مقتضی منشأ اثر می‌گردد. همچنین گفته شده که بیع مالی که مقدورالتسلیم نیست، مراعی به حصول قدرت بر تسلیم یا کشف اینکه به هیچ وجه مقدورالتسلیم نیست، خواهد بود (مروج، ۱۴۳۸: ۶۱۸/۷).

به رغم آن، به نظر می‌رسد از جهت آثار، تفاوتی بین دو مفهوم عقد «موقوف» و «مراعی» وجود نداشته باشد؛ زیرا در هر دو وضعیت اثر عقد منوط به امری خارج از اراده متعاقدین است و تا عدم حصول آن امر، عقد اثری ندارد و با حصول آن امر، عقد از زمان انعقاد واجد آثار حقوقی می‌گردد و چنانکه گفته شد، این دو واژه به جای هم استعمال شده‌اند. به عنوان مثال در مورد وضعیت بیع فضولی که نوعاً واژه موقوف استعمال می‌گردد، برخی از فقیهان از واژه «مراعی» استفاده کرده‌اند (عاملی، ۱۴۱۹: ۶۰۷/۱۲؛ جوادی عاملی، ۱۴۳۸: ۵۰۳/۲). برعکس، در مورد وضعیت بیع مرهونه از واژه

۱. «و الفرق بین المراعی و الموقوف، أن ما يتوقف عليه الحكم بالصحة في الموقوف، يكون جزء سبب و في المراعی يكون كاشفاً عما هو صحيح في نفس الأمر». شبیه این عبارت را صاحب جواهر نیز در کتاب خود آورده است: «الفرق بین المراعی و الموقوف، أن الأول يكون كاشفاً عما هو صحيح في نفس الأمر و الثاني ما يتوقف عليه الحكم بالصحة، فيكون جزء سبب و ظاهره أنه قد فهم منه الثاني هنا حيث عبر بالوقف كالمتمن» (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۹/۲۵).

«موقوف» استفاده شده است (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۳/۴؛ کاشف الغطا، ۱۴۲۲: ۳۰۹/۱). همچنین در متون فقهی این دو واژه به صورت مترادف استعمال شده‌اند (نائینی، ۱۴۲۱: ۴۴۲/۱).

بر این اساس به نظر می‌رسد تلاش برخی نویسندگان حقوقی که سعی کرده‌اند «مراعی» را به عنوان یک وضعیت خاص و متمایز از «موقوف» نشان داده و آن را در قالب یک نظریه جدید مطرح کنند، قابل تأیید نباشد (کریمی و شعبانی، ۱۳۹۶: ۶۸۷) و هر دو واژه در مورد عقد غیرنافذ استعمال شده و از لحاظ آثار یکسان هستند. به علاوه قیاس امور اعتباری به تکوینی و تمیز بین «شرط» و «عدم مانع» در امور اعتباری درست به نظر نمی‌رسد؛ زیرا آنچه مسلم است، در هر دو مورد نفوذ عقد، موقوف بر امری است؛ خواه آن امر به معنای دقیق کلمه «شرط» یا «عدم مانع» باشد. شیخ محمدحسین اصفهانی، از فقیهان بنام امامیه در این خصوص، مطلب دقیقی دارد. ایشان در مقام رد این دیدگاه شیخ انصاری که مقرر داشته، تفاوت ادعایی بین اثر رضای مالک در عقد فضولی (شرط) با رضای مرتهن در بیع مال مرهونه (رفع مانع) ایجاب می‌کند که اگر اجازه مالک در آنجا کاشف است، در اینجا به طریق اولی کاشف باشد، این گونه اظهار داشته است: «اولاً، رضای معتبر در باب عقود شرط تأثیر عقد است نه جزو تشکیل دهنده سبب و مقتضی؛ به ویژه در نظر شیخ انصاری که معتقد است اجازه در عقد فضولی سبب انقلاب عقد و تبدیل آن به سبب تام می‌شود، در حالی که قبل از آن نبوده است؛ پس مطابق این دیدگاه، رضا شرط تأثیر سبب و مقتضی هم نیست تا چه رسد به این که جز آن باشد، اما بر فرض که بپذیریم رضا شرط است، از این جهت تفاوتی بین آن و رفع مانع وجود ندارد؛ زیرا عدم مانع حدوثاً و بقائاً نیز شرط تأثیر مقتضی است که بدون آن، علت تامه کامل نمی‌گردد و در غیر این صورت انفکاک بین معلول و علت لازم می‌آید؛ ثانیاً، اجازه مرتهن فی نفسه رفع مانع نیست، بلکه رضایت به رفع مانع است از طریق رضایت به تحقق ضد آن؛ یعنی تصرف منافی آن (بیع)؛ اجازه مرتهن زمانی رفع مانع تلقی می‌گردد که فی نفسه اسقاط حق الرهانه باشد؛ پس به صرف رضایت به بیع مرهونه، مانع بر طرف نمی‌گردد، بلکه با تصرف منافی آن (بیع) مانع بر طرف می‌شود...» (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۶۷/۳).

۵. ماهیت اجازه مرتهن - اسقاط رهن

از دیدگاه فقهی هرگاه بیع مرهونه با اذن یا اجازه مرتهن واقع شود، رهن ساقط می‌گردد؛ یعنی اجازه یا اذن مرتهن به بیع به

منزله اسقاط حق الرهانه بوده و سبب فک رهن می‌گردد (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۱۴/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۹/۲۵؛ طباطبایی حکیم، بی‌تا: ۳۸۹؛ لنگرانی، ۱۴۲۸: ۲۵۶). برخی از فقیهان به این امر تصریح کرده‌اند که اذن یا اجازه مرتهن به بیع مال مرهونه موجب سقوط رهن است (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۷۳/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۳/۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸۳/۴؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۳۹/۳؛ انصاری، ۱۴۳۱: ۱۶۳/۴ - ۱۶۰). به اعتقاد شیخ انصاری «اجازه مرتهن، نوعی تصرف در رهن است و از این جهت موجب سقوط آن است (انصاری، ۱۴۱۸: ۱۶۳/۴). همچنین از اینکه اکثر فقیهان اجازه مرتهن را همسنگ فک رهن در تنفیذ بیع مرهونه دانسته‌اند، می‌توان گفت که آن را سبب سقوط رهن می‌دانند (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۶۲/۴). ظاهراً این امر در نزد فقیهان مسلم است و گویا آنها بیع مرهونه را در زمره تصرفات منافی رهن دانسته‌اند که اذن به آن را سبب سقوط رهن می‌دانند. صاحب جواهر در مقام بیان اثر اجازه مرتهن و تحلیل اینکه به گذشته سرایت دارد یا خیر، تصریح می‌کند که اجازه مرتهن به منزله اسقاط حق الرهانه است (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۹۹/۲۵). همین بیان را مرحوم شیخ محمد حسین اصفهانی در حاشیه مکاسب دارد (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۶۷/۳). البته این فقیهان تصریح کرده‌اند که آنچه در واقع سبب سقوط رهن می‌گردد، بیع با اذن یا اجازه مرتهن است، نه نفس اذن (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۲/۲۵)؛ چون متعلق اجازه، بیع است نه اسقاط رهن، اما چون بیع منافی با رهن است اذن به بیع بالملازمه دلالت بر اسقاط رهن می‌کند (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۶۷/۳). ثمره عملی آن روشن است؛ اگر اذن فی نفسه سبب سقوط رهن بود، با اذن مرتهن به بیع، رهن ساقط می‌شد، هر چند بیع واقع نمی‌گردید، درحالی چنین نیست. به علاوه فقیهان تصریح کرده‌اند که مرتهن بعد از اذن و قبل از بیع می‌تواند از اذن خود رجوع کند در این صورت رهن ساقط نشده و راهن دیگر مجاز به بیع نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۱۲/۲۵).

در توجیه این حکم باید گفت، اجازه یا همان اراده شخصی که نفوذ عقد منوط به آن است، گاه از عناصر سازنده عقد و جزو مقتضی آن است مانند اراده مالک نسبت به بیع فضولی و گاه شخص نسبت به عقد بیگانه است و اراده او در تشکیل عقد بی‌تأثیر است، اما از آنجایی که وجود حقی برای او مانع نفوذ و تأثیر عقد است اراده او از این جهت که سبب رفع مانع می‌گردد، در نفوذ عقد مؤثر می‌باشد؛ اجازه مرتهن نسبت به بیع مال مرهونه از سوی راهن از نوع دوم است. بر

۱۴۳۱: ۱۶۵/۴؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵/۲۰۰ - ۲۰۱). به علاوه در توجیه اثر کشفی اجازه گفته شده، اجازه مرتهن اولاً و بالذات تنفیذ عقد است نه اسقاط حق الرهانه پس نسبت به گذشته مؤثر است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵/۲۰۰).

همچنین در موردی که رهن به سببی از اسباب (مانند اسقاط رهن یا ابراء دین و...) فک می‌شود و در نتیجه آن، بیع تنفیذ می‌گردد، در اینکه اثر آن به گذشته سرایت می‌کند یا خیر تردید شدیدتر است و به اعتقاد برخی از فقیهان اثر فک رهن نسبت به آینده است (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۳/۲۶۷۹)، اما به نظر شیخ انصاری با همان استدلالی که در مورد اجازه مرتهن گفته شد، اثر فک رهن هم کاشفیت داشته و از گذشته مؤثر است (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۶۵/۴). صاحب جواهر نیز آن را بر مبنای قیاس اولویت ثابت می‌داند، به این تقریب که رهن مانع نفوذ بیع مرهونه است و الا مقتضی عقد موجود است، پس با رفع مانع به وسیله فک رهن، مقتضی از گذشته مؤثر خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵/۲۰۱).

۷. اجازه بعد از رد و رد بعد از اجازه

با توجه به آنچه گفته شد، در اینکه رد مرتهن بعد از اجازه او مؤثر نیست، تردیدی نیست (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۶۱/۴)؛ البته اگر مرتهن اذن در بیع مال مرهونه داده باشد، مادام که راهن بیع را منعقد نکرده، او می‌تواند از اذن خود رجوع نماید (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵/۲۱۲)؛ به همان استدلال که قبلاً توضیح داده شد، اما سؤال مهم آن است که هرگاه مرتهن بیع را رد کند، آیا بعد از آن می‌تواند آن را تنفیذ کند، یا عقد باطل می‌گردد؛ دو گونه می‌توان استدلال کرد: از یک سو ممکن است گفته شود چون اراده مرتهن از ارکان سازنده عقد نیست، رد او موجب از بین رفتن عقد نمی‌گردد، بلکه مقتضی و سبب عقد همچنان باقی است و البته مانع نفوذ عقد که رهن باشد، هم موجود است و با اجازه بعدی مرتهن یا اسقاط رهن، مانع برطرف شده، مقتضی تأثیر کرده، عقد نافذ می‌گردد (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۶۱/۴)، اما از سوی دیگر می‌توان گفت، آنچه عقد را تنفیذ می‌کند، اراده مشترک راهن و مرتهن است، پس همانند بیع فضولی اراده مرتهن هم عنصر سازنده عقد است و با رد مرتهن عقد بیع از قابلیت نفوذ خارج شده، باطل می‌گردد و اجازه بعدی نباید در آن مؤثر باشد. شیخ انصاری نظر دوم را قوی دانسته است (همان: ۱۶۲/۴).

اما به نظر می‌رسد چون اراده مرتهن در تکمیل مقتضی عقد اثری ندارد، بلکه در جهت رفع مانع مؤثر است، رد او به معنای عدم سقوط رهن و بقای آن و در واقع استمرار مانع

این اساس، اذن مرتهن به بیع مرهونه یا اجازه بعدی او سبب سقوط حق الرهانه شده و در نتیجه با رفع مانع، عقد اثر خود را خواهد داشت (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲/۲۰۹-۲۱۰). به عبارت دیگر، مرتهن چون نسبت به عقد بیع مرهونه بیگانه است، اجازه او بر آن بی تأثیر است، بلکه او تنها نسبت به حق الرهانه که متعلق به اوست، تسلط داشته و می‌تواند در آن تصرف کند. بر این اساس اذن او به بیع مال مرهونه در حقیقت تصرف در حق الرهانه و اسقاط آن است (نائینی، ۱۴۲۱: ۱/۳۳۳). به این دلیل اگر مرتهن ابتدا بیع مال مرهونه را رد نماید، سقوط بعدی حق رهن، سبب نفوذ عقد می‌شود یا دست کم حسب یک نظر او می‌تواند بعداً آن را قبول کند. اجازه طلبکاران نسبت به بیع اموال ورشکسته نیز از این قبیل است.

۶. اثر اجازه مرتهن - کشف یا نقل

در خصوص اثر اجازه مرتهن و اینکه به گذشته سرایت می‌کند یا نسبت به آینده است، همانند بیع فضولی تردید شده است، اما در این مورد از این جهت که حسب دیدگاه مشهور، اجازه مرتهن رفع مانع است، نه جز مقتضی و عقد با تمام ارکان آن منعقد شده، تردید در سرایت اثر اجازه به گذشته بیشتر است (نجفی، ۱۴۰۴: ۲۵/۲۰۰)؛ زیرا چنانکه گفته شد، رضای مرتهن همانند رضای مالک برای تنفیذ و تکمیل عقدی که برای او و نسبت به مال او واقع شده، نیست تا کاشف از نفوذ آن در گذشته باشد، بلکه رضای شخص ثالث نسبت به عقدی است که به خاطر برخورد با حق او غیر نافذ دانسته شده است و رضای او در واقع رضا به اسقاط حق (از طریق تصرف منافی آن) است و رضا به اسقاط حق موجب سقوط حق از گذشته نمی‌گردد (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۳/۲۶۷۹). به عبارت دیگر، اگر رضا را سبب سقوط حق رهن و رفع مانع بدانیم، مقتضای وحدت ذاتی بین ایجاد و وجود (و تغایر اعتباری آن دو) آن است که سقوط در همان زمان تحقق اسقاط، محقق گردد؛ پس معقول نیست که اسقاط اکنون واقع شود، ولی سقوط در زمان قبل (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۳/۲۶۷۹). بر این اساس محملی برای پذیرش اثر کشفی برای اجازه در بیع مرهونه وجود ندارد (همان: ۳/۲۶۸). به این دلیل شیخ انصاری اذعان می‌کند که قاعده اقتضا می‌کند که اثر اجازه و فک (اسقاط) رهن نسبت به آینده باشد (انصاری ۱۴۳۱: ۱۶۵/۴ - ۱۶۴). به رغم آن، شیخ انصاری در نهایت اظهار می‌دارد که تمام کسانی که بیع مرهونه را موقوف به اجازه مرتهن دانسته‌اند، با همان استدلالی که در خصوص عقد فضولی مطرح است، اجازه مرتهن را کاشف از نفوذ بیع مرهونه می‌دانند (انصاری،

ماده، راهن تنها از تصرفی در مال مرهونه منع شده که منافی حق مرتهن باشد، اما این سؤال مطرح است که آیا «بیع مال مرهونه» یا به طور کلی «تصرفات ناقله» از سوی راهن را باید از جمله تصرفات منافی حق مرتهن دانست. به علاوه، بر فرض مثبت بودن پاسخ، ضمانت اجرای این حکم چیست؛ در این زمینه چند نظر وجود دارد:

الف) نظریه عدم نفوذ

مطابق این دیدگاه، بیع مال مرهونه بدون اذن مرتهن غیرنافذ است و با اجازه مرتهن، یا فک رهن نافذ می‌گردد (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۲۷؛ امامی، ۱۳۷۲: ۳۷۰/۲؛ کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۲۲۵/۱؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۰۰؛ باقری، ۱۳۹۵: ۱۱ به بعد؛ آل بویه، ۱۳۹۵: ۱ به بعد). این دیدگاه بیشترین طرفدار را در بین حقوقدانان دارد و با نظر مشهور در فقه امامیه هم منطبق است. مبانی این نظریه همان است که در بخش قبلی به تفصیل بیان گردید و نیاز به تکرار آن نیست. نقدهای وارد بر آن نیز در بیان سایر نظرات روشن خواهد شد. به علاوه در اثبات این دیدگاه، به ملاک ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی^۱ در مورد بیع ترکه و ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸^۲ در خصوص نقل مال توقیف شده از سوی دادگاه، استناد شده است (کاتوزیان، ۱۳۷۳: ۲۲۵/۱). نکته قابل ذکر در تفاوت این نظر با نظر مشهور در فقه آن است که همان‌طور که گفته شد، فقیهان معتقدند که با اذن و اجازه مرتهن به بیع مرهونه، رهن فک می‌گردد، اما در حقوق موضوعه در حالی که برخی همانند فقیهان معتقدند با اذن یا اجازه مرتهن نسبت به بیع، رهن ساقط می‌گردد (امامی، ۱۳۷۲: ۳۷۰/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۰۳)، برخی دیگر تصریح کرده‌اند که نباید از اذن یا اجازه مرتهن، سقوط حق رهن و فک آن را استنباط کرد، مگر آنکه به آن تصریح گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۵۸۶/۴؛ قبولی درافشان، ۱۳۹۰: ۶۰)، اما در خصوص آثار این وضعیت و احکام و آثار چنین عقدی بیانی وجود ندارد و نوعاً احکام و آثار عقد فضولی را بر آن حاکم دانسته‌اند که در بخش قبل به

است و او می‌تواند هر زمان که اراده کند حق خود را اسقاط کند، پس اجازه بعدی مرتهن نسبت به بیع باید سبب نفوذ آن گردد (اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۶۸/۳). به عبارت دیگر، رد مرتهن سبب انحلال یا بطلان بیع مرهونه نمی‌گردد، بلکه بیع همچنان به صورت مراعی باقی است؛ از این جهت اثر اجازه مرتهن همانند قبض در عقود عینی است؛ پس هر زمان اجازه مرتهن محقق گردد، عقد نافذ می‌گردد (همان). چنانکه فک رهن یا اسقاط آن سبب نفوذ بیع خواهد بود. از این جهت بین بیع مرهونه و بیع فضولی تفاوت وجود دارد.

۸. آثار بیع مرهونه قبل از اجازه مرتهن یا فک رهن

بیع مرهونه تا قبل از اجازه مرتهن یا فک رهن غیر نافذ است؛ یعنی هیچ یک از آثار بیع (از جمله انتقال مبیع و ثمن) را ندارد؛ نه مشتری مالک مبیع می‌شود و نه بایع مالک ثمن، بلکه بیع به صورت مراعی و موقوف به اجازه مرتهن یا فک رهن یا فروش برای پرداخت طلب مرتهن است، اما این عقد قابلیت تبدیل به عقد کامل و نافذ یا باطل را دارد. بر این اساس در حد مقتضای خود بین طرفین لازم‌الاتباع است؛ نه بایع (راهن) و نه مشتری نمی‌تواند آن را فسخ یا آن را ابطال کند و تنها نسبت به مرتهن غیر نافذ است. از این جهت این عقد شبیه عقد فضولی است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۱۱۳/۲؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۷۵/۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۲۶۵/۱۵؛ انصاری، ۱۴۳۱: ۱۶۶/۴؛ اصفهانی، ۱۴۲۷: ۲۷۰/۳). البته در صورتی که مشتری جاهل به وجود رهن باشد، حق دارد به استناد خیار عیب، عقد را فسخ کند (خوئی، بی‌تا: ۲۳۹/۵ - ۲۴۱)، اما در صورت آگاهی او نسبت به رهن حق فسخ هم ندارد.

وضعیت بیع مرهونه در حقوق موضوعه ایران

فقدان نص قانونی از یک سو و وجود اختلاف نظر در فقه امامیه از سوی دیگر سبب شده که در حقوق موضوعه (دکترین و رویه قضائی) هم تشتت آرا و اختلاف نظر شدیدی وجود داشته باشد.

۱. موضع قانون مدنی و دکترین

چنانکه گفته شد، قانون مدنی در این خصوص حکم صریحی ندارد. تنها ماده قانون مدنی در این موضوع، ماده ۷۹۳ است که مقرر داشته: «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد، مگر به اذن مرتهن». مطابق نص

۱. ماده ۲۲۹ ق.ا.ج.: «تصرفات ورثه در ترکه از قبیل فروش و صلح و هبه و غیره نافذ نیست مگر بعد از اجازه بستانکاران و یا ادای دیون او».
 ۲. ماده ۲۶۴ ق.ا.د.م.: «هرگونه نقل و انتقال نسبت به عین اعم از منقول یا غیر منقول و منافع (در صورتی که منافع توقیف شده باشد) ممنوع است و ترتیب اثر بر انتقال مزبور مادام که توقیف باقی است، داده نخواهد شد، مگر در صورت اجازه کسی که آن مال یا منافع برای حفظ حق او توقیف شده است».

تفصیل بررسی شد و از تکرار آن خودداری می‌گردد.

ب) نظریه بطلان

مطابق این نظریه، بیع مال مرهونه بدون اذن مرتهن باطل است (صفری، ۱۳۹۱: ۷۹ به بعد). در اثبات این دیدگاه این-گونه استدلال شده که چون در ماده ۷۹۳ ق.م. تصریح شده که تصرف راهن بدون اذن مرتهن در مال مرهونه نافذ نیست و اینکه «اذن» با «اجازه» متفاوت است، ثابت می‌شود که بیع مال مرهونه توسط راهن صرفاً با اذن قبلی مرتهن نافذ و معتبر است و در فرض عدم اذن، اجازه بعدی یا فک رهن آن را تنفیذ نمی‌کند و این، به معنای بطلان بیع مرهونه بدون اذن مرتهن است (صفری، ۱۳۹۱: ۹۵). به علاوه به ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی که بیع مال توقیف شده از سوی دادگاه را باطل دانسته، استناد شده است (صفری، ۱۳۹۱: ۹۵).^۱

این دیدگاه در حقوق موضوعه طرفدار زیادی ندارد. نقد وارد بر این دیدگاه از آنچه در نقد نظریه بطلان مطلق در فقه گفته شد، آشکار است و خواننده را به آنجا ارجاع می‌دهیم. شیخ انصاری در نقد این دیدگاه به تفصیل سخن گفته که در بخش قبلی بیان شد (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۵۹/۴)، اما اجمالاً باید گفت وقتی قانونگذار یا شارع عملی را به جهت برخورد با حق شخصی غیرمجاز می‌داند، چنانکه با اذن قبلی صاحب حق، مجاز و نافذ است با اجازه بعدی او هم نافذ می‌گردد (همان). بر این اساس به نظر می‌رسد، واژه «اذن» در ماده ۷۹۳ ق.م. اعم از «اذن» و «اجازه» باشد؛ منظور جلب رضایت مرتهن نسبت به عقد است، خواه قبل یا بعد از انعقاد بیع، تحصیل گردد. در خصوص ماده ۵۶ قانون اجرای احکام مدنی هم باید گفت که این ماده ناظر به فرض عدم تنفیذ آن از سوی ذینفع مال توقیف شده است و در صورت عدم پذیرش این استدلال باید حکم آن را محدود به اموال توقیف شده از سوی دادگاه دانست و در خصوص رهن، آن را مجری ندانست؛ یعنی شامل بیع مال مرهونه نمی‌گردد (دادنامه شماره، ۹۳۰۹۹۸۲۱۶۳۹۰۰۱۳۴). صادره از شعبه ۱۲ دادگاه تجدید نظر استان تهران).

ج) نظریه مراعی

برخی دیگر بیع مال مرهونه را مراعی دانسته‌اند (کریمی و

شعبانی، ۱۳۹۶: ۶۸۷؛ کریمی و ابراهیمی، ۱۴۰۱: ۲۲۲). این دیدگاه بسیار نزدیک با دیدگاه عدم نفوذ به معنای خاص است. با این حال در تحلیل دقیق وضعیت مراعی بین طرفداران این نظریه، اتفاق نظر وجود ندارد. برخی با تفکیک عقد غیر نافذ به موقوف و مراعی، عقد «مراعی» را نوعی از وضعیت عقد دانسته‌اند که در عرض عدم نفوذ موقوف و سایر وضعیت‌های عقد قرار دارد (کریمی و شعبانی، ۱۳۹۶: ۶۸۷). به نظر آنها چون نفوذ بیع مال مرهونه از سوی راهن منوط به اجازه مرتهن یا فک رهن به هر سببی از اسباب است، از این جهت با «عدم نفوذ موقوف» که تنها با اجازه شخص (مالک) نافذ می‌گردد (مانند عقد فضولی) متفاوت است. به علاوه به اعتقاد این گروه تفاوت دیگر عقد «مراعی» با «غیرنافذ موقوف»، آن است که در غیرنافذ موقوف هرگاه مالک عقد را رد نماید، عقد باطل شده و او دیگر نمی‌تواند آن را قبول یا تنفیذ نماید؛ در حالی که در بیع مرهونه اگر مرتهن آن را رد کند و بعداً پشیمان گردد می‌تواند آن را تنفیذ نماید یا اگر رهن فک گردد، عقد نافذ می‌گردد (کریمی و شعبانی، ۱۳۹۶: ۶۸۸)، اما گروه دیگر عقد مراعی را نه از نوع عقد غیرنافذ، بلکه همانند عقد غیرقابل استناد در حقوق غرب دانسته‌اند؛ یعنی عقدی صحیح که بین طرفین معتبر و نافذ است، اما در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد است (کریمی و ابراهیمی، ۱۴۰۱: ۲۲۳ به بعد).

چنانکه قبلاً گفته شد، به نظر می‌رسد عقد مراعی همان غیرنافذ است و «مراعی» تعبیر دیگری از «عدم نفوذ» است که گاه به «موقوف» هم تعبیر می‌گردد و از جهت آثار، یکسان هستند، هرچند ممکن است موارد استعمال آنها متفاوت باشد. درخصوص مقایسه بین عقد مراعی و موقوف قبلاً توضیح داده شد و گفتیم که فقیهان به درستی این دو را به جای یکدیگر استعمال کرده‌اند. اینکه امری که نفوذ عقد منوط به آن است، شرط یا عدم مانع یا به عبارت دیگر اراده مالک یا مرتهن یا فک رهن باشد، تأثیری در وضعیت عقد ندارد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ۲۶۷/۳).^۲ آنچه در هر دو فرض مشترک است، آن است که عقد کامل نبوده و اثر آن منوط به تحقق امری (ایجاد یا سلبی) در آینده است، تفاوتی نمی‌کند که آن امر شرط یا عدم مانع باشد. در هر دو فرض اثر عقود موقوف و مراعی است. به علاوه، شیخ

۲. ایشان در مقام رد این دیدگاه شیخ انصاری که تفاوت ادعایی بین اثر رضای مالک در عقد فضولی (شرط) با رضای مرتهن در عقد بیع مال مرهونه (رفع مانع) ایجاب می‌کند که اگر رضای مالک در آنجا کاشف است در اینجا به طریق اولی کاشف باشد، تحلیل دقیقی دارد که قبلاً بیان شد.

۱. ماده ۵۶ ق.ا.ا.م.: «هرگونه نقل و انتقال اعم از قطعی و شرطی و رهنی نسبت به مال نسبت به مال توقیف شده، باطل و بلا اثر است».

انصاری در مورد بیع مرهونه، همانند بیع فضولی معتقد است که در صورت رد بیع مرهونه توسط مرتهن، بیع باطل شده و اجازه یا اسقاط بعدی رهن، تأثیری بر بطلان بیع نداشته و آن را تنفیذ نمی‌کند (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۶۲/۴).

د) نظریه صحت

اما دیدگاه دیگر که در بین نویسندگان حقوقی طرفداران آن رو به افزایش است و در سال‌های اخیر در رویه قضائی نیز شهرت یافته، نظریه صحت بیع مال مرهونه است (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۱۲۵؛ ایزانلو، ۱۳۹۵: ۸۳؛ ساعتچی، ۱۳۹۵: ۴۹؛ قبولی درفشان، ۱۳۹۰: ۵۸؛ عظیمیان، ۱۳۸۸: ۱۷ به بعد). مطابق این دیدگاه، بیع مال مرهونه چون با حق مرتهن که یک حق عینی است منافاتی ندارد، صحیح است؛ به این معنا که با بیع، رهن ساقط نمی‌گردد و همچنان باقی است، اما طرفداران این نظریه به طور واضح بیان نکرده‌اند که هرگاه مرتهن برای وصول طلب خود مال مرهونه را بفروشد یا تملک نماید، بیع چه وضعیتی پیدا می‌کند، منحل می‌گردد یا همچنان به اعتبار خود باقی است. به عبارت دیگر، آیا این مال در مالکیت منتقل‌الیه تملک می‌شود یا رهن؛ همچنین وضعیت رجوع منتقل‌الیه به رهن به چه صورت خواهد بود. از آنجایی که طرفداران این نظریه معتقدند که در فرض انتقال مال مرهونه، رهن ساقط نمی‌گردد و مرتهن حق دارد از محل مال مرهونه طلب خود را وصول نماید، می‌توان نتیجه گرفت که به نظر آنها بیع مال مرهونه در برابر مرتهن غیر قابل استناد است. به این ترتیب، این نظریه با نظریه غیرقابل استناد بودن بیع مرهونه نزدیک شده و می‌توان گفت با آن یکسان است.

ه) نظریه عدم قابلیت استناد

مطابق این دیدگاه، بیع مال مرهونه در برابر مرتهن غیرقابل استناد است (میرزائزاد، ۱۳۹۰: ۲۸۱ به بعد). طرفداران این نظریه دلیل منطقی برای اثبات آن ارائه نکرده، بلکه بیشتر بر مبنای مصلحت آن را نظر مناسب دانسته‌اند. آنها تلاش کرده‌اند از احکام بیع مال مرهونه (عدم ابطال بیع با رد مرتهن و نفوذ آن با فک رهن به هر یک از اسباب) این دیدگاه را استنباط و بر مبنای فقهی توجیه نمایند (همان: ۲۹۱ به بعد). به نظر آنان عدم ذکر صریح این دیدگاه از سوی فقیهان به دلیل عدم انس آنان با مفهوم «غیرقابل استناد» که یک مفهوم غربی است، بوده است (همان: ۲۹۳).
توضیح آنکه «عدم قابلیت استناد» نوعی از وضعیت عقد

است که بیشتر در حقوق فرانسه مطرح است و بدین معناست که عقد بین طرفین معتبر و نسبت به اشخاص ثالث باطل و بی اثر باشد؛ یعنی اشخاص ثالث می‌توانند آن را نادیده بگیرند (Simler, 1999: 88). عقد غیرقابل استناد از اقسام عقد صحیح است که بین طرفین عقد نافذ است، اما به علت برخورد با حق ثالث در مقابل او قابل استناد نیست، مانند بیع مال غیر منقول با سند عادی که در برابر شخصی که آن را با سند رسمی خریداری کرده غیرقابل استناد است. نقدهای وارد بر این نظریه از مطالب قبل روشن است.

و) نظریه مختار: عدم نفوذ بیع مرهونه

یکم: مبانی این نظریه در قانون مدنی

اگرچه نظریه صحت بیع مال مرهونه به ظاهر موجه و تا حدودی قابل دفاع به نظر می‌رسد، اما این دیدگاه با قانون مدنی منطبق نبوده و باید بیع مرهونه را غیرنافذ دانست. البته وضعیت بیع مرهونه با بیع فضولی از جهاتی متفاوت است؛ هرگاه بیع بدون اذن مرتهن واقع گردد، همان‌طور که اجازه مرتهن آن را تنفیذ می‌کند، فک رهن به هر یک از اسباب (اسقاط حق رهن، پرداخت دین یا ابراء) نیز سبب نفوذ آن می‌گردد. مبانی این دیدگاه در بخش‌های قبلی به تفصیل بیان شد، اما اثبات این نظریه از منظر قانون مدنی از دو طریق ممکن است:

نخست: چنانکه از تاریخچه تدوین قانون مدنی هویداست، هم نویسنده قانون مدنی بر آن بوده که قانون مدنی مطابق با فقه امامیه تدوین گردد (کازمی، ۱۳۹۸: ۲۷۷-۲۵۰) و چنانکه مرحوم سیدمحسن صدرالاشراف از اعضای اصلی کمیسیون تدوین قانون مدنی اظهار داشته، در موارد اختلافی، نظر مشهور فقیهان امامیه ملاک نظر آنها بوده است (صالح، ۱۳۴۸: ۲۶۹). بر این اساس چون نظریه «عدم نفوذ» بیع مال مرهونه، نظر مشهور فقیهان امامیه است، باید گفت قانون مدنی هم از نظر مشهور پیروی کرده است.

دوم: استقراء در مواد مختلف قانون مدنی و سایر قوانین (آیین دادرسی و اجرای احکام مدنی) ثابت می‌کند که وضعیت بیع مال مرهونه از دیدگاه قانون مدنی هم «عدم نفوذ» است. در اثبات این امر می‌توان به مواد ذیل استناد کرد:

۱. ماده ۸۷۱ ق.م. وضعیت معاملات ناقله نسبت به ترکه از سوی وراثت با وجود حق طلبکاران را غیرنافذ دانسته و نفوذ آن را منوط به اذن طلبکاران اعلام کرده است؛ شبیه این حکم در ماده ۲۲۹ ق.ا.ح. پیش‌بینی شده است. با عنایت به اینکه وضعیت بیع مال مرهونه همانند بیع ترکه قبل از پرداخت

را داشته باشد». همچنین ماده ۷۵۳ ق.م. در مورد صلح مقرر داشته: «برای صلح طرفین باید اهلیت معامله و تصرف در مورد صلح داشته باشند». با توجه به پیشینه این مواد در فقه امامیه، روشن است که منظور از «اهلیت تصرف» همان مالکیت یا اختیار تصرف در مورد معامله است؛ یعنی شخص باید علاوه بر مالکیت عین، مالک تصرف (اختیار) در مورد معامله باشد و اختیار او به واسطه تعلق حق غیر به مورد معامله محدود نشده باشد؛ مثل اینکه مبیع یا ثمن در رهن غیر قرار گرفته یا به واسطه ورشکستگی متعلق حق طلبکاران قرار گیرد. بررسی موضوع در فقه نیز این برداشت از ماده را ثابت می‌کند. گاه فقیهان در باب شرایط متعاقدان از مالکیت تصرف سخن گفته‌اند (انصاری، ۱۴۳۱: ۳/۳۴۶) و گاه در ذیل شرایط مربوط به عوضین از شرط «طلق بودن عوضین» و اینکه متعلق حق غیر نباشد صحبت کرده و رهن را از مصادیق غیر طلق بودن آن دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۱/۲). حداقل ضمانت اجرای عدم مالکیت تصرف در مورد معامله، آن است که عقد غیرنافذ و اثر آن موقوف به اجازه صاحب حق باشد.

چهارم: به علاوه به خاطر آثار و تبعاتی که تجویز بیع مرهونه توسط راهن به دنبال دارد، این امر به مصلحت نیست و با اهدافی که مرتهن از وثیقه و رهن دنبال می‌کند در تعارض است. در فرضی که مال مرهونه مال منقول است بیع مرهونه و به تبع، تسلیم آن به مشتری سبب می‌شود که مال مرهونه از دسترس مرتهن خارج شده و امکان تعقیب مال از سوی او با مشکل مواجه شود و او نمی‌تواند عنداللزوم طلب خود را از محل وثیقه وصول نماید و این امر برخلاف هدف و فلسفه رهن بوده، به ضرر مرتهن است. مگر آنکه چون قبض شرط صحت رهن است (ماده ۷۷۲ ق.م.) مال مرهونه در قبض مرتهن بماند که این برخلاف عرف موجود است که مال در تصرف راهن است. در این فرض نیز به نظر می‌رسد که راهن نمی‌تواند آن را بدون اجازه مرتهن به تصرف منتقل الیه بدهد، پس بیع مرهونه بدون امکان تسلیم مبیع بی‌فایده خواهد بود، اما در موردی که مال مرهونه غیر منقول است، اگرچه بحث تلف یا از دسترس خارج کردن آن در اثر انتقال منتفی است، اما در این فرض هم انتقال مال مرهونه به غیر، وصول طلب مرتهن را مشکل می‌کند؛ زیرا انتقال آن به غیر سبب طرح دعای مختلف از سوی منتقل‌البیهم برای استیفای حقوق احتمالی خود می‌شود و این دعای علیه مرتهن هم اقامه می‌گردد و او مجبور به دفاع از آنهاست که برای او هزینه دارد و به علاوه این امر وصول طلب او را با مشکل مواجه می‌کند.

دیون متوفی دانسته شده (انصاری، ۱۴۳۱: ۴/۱۵۹)، باید بر آن بود که بیع مرهونه هم از دیدگاه قانون مدنی غیرنافذ است.

۲. ماده ۴۶۰ ق.م. در بیع شرط، انتقال مال از سوی مشتری به غیر را از جمله تصرفات منافی حق خیار بایع در استرداد مبیع دانسته است. این بدان معناست که از دیدگاه قانون مدنی شرط استرداد مبیع توسط بایع یک نوع حق عینی برای بایع نسبت به مبیع ایجاد می‌کند و انتقال مبیع به غیر، از جمله تصرفات منافی این حق عینی است. پیشینه این ماده در فقه نیز آن را ثابت می‌کند. چنانکه می‌دانیم دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ مورخ ۱۴۰۰/۰۳/۰۴ این حکم را به خیار شرط هم تسری داده است. از این ماده استنباط می‌گردد که بیع مالی که متعلق حق غیر قرار گرفته است، از جمله تصرفات منافی حق عینی شخص است. بر این اساس باید گفت بیع مال مرهونه هم منافی حق مرتهن (حق عینی) بوده و غیرنافذ است.

۳. مواد ۵۶ و ۵۷ قانون اجرای احکام مدنی هم مؤید این دیدگاه است. ماده ۵۶ مقرر داشته است که هر نوع نقل و انتقال، اعم از قطعی، شرطی و رهنی نسبت به مال توقیف شده باطل و بلا اثر است، اما ماده ۵۷ مقرر داشته که هرگونه قرارداد یا تعهدی که نسبت به مال توقیف شده بعد از توقیف به ضرر محکوم له منعقد شود، نافذ نخواهد بود، مگر آنکه محکوم له کتباً رضایت دهد. قدر متقین از این مواد آن است که معامله نسبت به مال توقیف شده غیرنافذ است؛ چون مال مرهونه هم مانند مال توقیف شده متعلق حق مرتهن قرار گرفته است پس همین حکم در مورد مال مرهونه جاری است.

۴. ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۱۸ در حکمی عام هر نوع نقل و انتقال نسبت به مال توقیف شده، بدون اجازه کسی که مال برای او توقیف شده است را بلا اثر دانسته است. البته این حکم در قانون آیین دادرسی سال ۱۳۷۹ نیامده است، اما از ملاک آن می‌توان استفاده کرد.

از مجموع این مواد استنباط می‌شود که از نظر قانونگذار ایران بیع مالی که متعلق حق غیر قرار گرفته ممنوع و غیرنافذ است، پس نتیجه می‌گیریم که بیع مال مرهونه بدون اذن مرتهن هم غیرنافذ است.

سوم: قانون به پیروی از فقه «مالکیت تصرف» یا «اختیار و سلطه بر تصرف» موضوع معامله را از شرایط صحت بیع (عقد به طور کلی) دانسته است. ماده ۳۴۵ ق.م. در مورد بیع مقرر داشته که: «هر یک از بایع و مشتری باید علاوه بر اهلیت قانونی برای معامله، اهلیت تصرف در مبیع و ثمن

وحدت رویه شماره ۸۳۲ امکان الزام راهن به فک رهن از سوی منتقل الیه را پذیرفته است. به هر حال، تجویز انتقال مال غیر منقول مرهونه بدون امکان تنظیم سند رسمی با رویه‌ای که در قوانین و دادگاه‌ها برای تقویت سند رسمی در انتقال اموال غیرمنقول ایجاد شده، در تعارض است و با این نظر، انتقال مال غیرمنقول با سند عادی ترویج می‌گردد؛ ثالثاً، با توجه به تبعات ناروا و آثار زیان‌باری که از جهت افزایش دعاوی، بیع مرهونه به دنبال دارد، روشن نیست که چه مصلحتی در تجویز و صحت بیع مال مرهونه وجود دارد که طرفداران این نظر بر آن اصرار داشته و در صدد توجیه آن هستند. برخی از نویسندگان گردش سرمایه و انتقال مال که از اسباب رونق اقتصادی است را انگیزه این دیدگاه دانسته‌اند (میرزائزاد، ۱۳۹۰: ۲۹۱) که به نظر می‌رسد این دیدگاه در مورد اموال غیرمنقول پذیرفته نیست. اتفاقاً هر قدر در جهت جلوگیری از دلالتی و بورس بازی در مورد مسکن و اموال غیر منقول اقدام شود، به نفع اقتصاد خانواده و رفاه مردم است.

دوم: آثار و احکام مترتب بر عدم نفوذ بیع مال مرهونه

با عنایت به سکوت قانون مدنی احکام و آثار نظریه «عدم نفوذ بیع مرهونه» از جهت تأثیر فک رهن بر نفوذ عقد، اثر کشفی اذن یا اجازه مرتین، آثار عقد قبل از اجازه یا فک رهن، حکم رد بعد از اجازه یا برعکس و... همانست که در بخش قبلی بر مبنای فقهی بیان شد و خواننده را به آن بخش ارجاع می‌دهیم. با این حال در صورت تردید در مورد خاص باید به احکام بیع فضولی رجوع کرد (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۰۳/۲).

۲. وضعیت بیع مرهونه در رویه قضائی ایران

وضعیت بیع مال مرهونه در رویه قضائی هم بسیار متشتت است؛ به گونه‌ای که می‌توان آن را معرکه آرا دانست. در ابتدا بین محاکم در خصوص صحت و عدم نفوذ بیع مال مرهونه اختلاف بود تا اینکه در تاریخ ۱۳۷۶/۰۸/۲۰ دیوان عالی کشور طی رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ حکم به عدم نفوذ بیع مرهونه صادر کرد، اما چهار ماه بعد در تاریخ ۱۳۷۶/۱۲/۱۲ هیأت عمومی دیوان عالی کشور طی رأی اصراری شماره ۲۱ حکم به صحت و نفوذ بیع مال مرهونه و الزام فروشنده به فک رهن صادر نمود. در تاریخ ۱۳۷۷/۱۲/۱۱ مجدداً دیوان عالی کشور طی رأی اصراری شماره ۳۱ حکم به صحت بیع مال مرهونه صادر کرد. البته در رأی اخیر، دیوان با این استدلال که اجازه انتفاع راهن از سوی مرتین به منزله اجازه انتقال به غیر هم

طرفداران نظریه صحت بیع مرهونه آثار و تبعات این دیدگاه را در نظر نگرفته‌اند و با تکیه بر ظواهر و اینکه انتقال مال مرهونه خللی به رهن که یک حق عینی است نمی‌رساند، آن را تجویز کرده‌اند. مفاد این دیدگاه آن است که بیع مال مرهونه صحیح است و در عین حال حق مرتین نسبت به مبیع هم باقی و ثابت است، چون این دو قابل جمع هستند! اگرچه طرفداران این نظریه بیش از این توضیح نداده‌اند، اما لازمه این دیدگاه آن است که هرگاه در سررسید، طلب مرتین پرداخت نگردد، او می‌تواند از محل مال مرهونه که بنا به فرض به ملکیت منتقل‌الیه درآمده، طلب خود را وصول نماید. این دیدگاه تقریباً همانند نظریه «غیر قابل استناد بودن عقد» در حقوق فرانسه که یکی از اقسام عقد صحیح است، می‌باشد. به علاوه، لازمه آن، این است که منتقل‌الیه بعد از وصول طلب از سوی مرتین حق داشته باشد، برای بازیافت و جبران آنچه از دارایی او بابت بدهی راهن به مرتین پرداخت شده، به بایع (راهن) رجوع نماید و در صورت جهل به مرهونه بودن مبیع، می‌تواند خسارتی که از این بابت به او وارد شده را هم مطالبه نماید. همچنین او حق فسخ قرارداد بیع را هم دارد. حال تصور کنید مال مرهونه چندین بار دست به دست شده باشد، همه ایادی حق رجوع به ید ماقبل خود را خواهند داشت و دعاوی متعددی شکل می‌گیرد و روشن نیست سرنوشت خواسته مرتین که وصول طلب اوست، در این میان چه خواهد شد. این درحالی است که او برای اینکه مجبور به مراجعه به دادگاه و اقامه دعوی نگردد، وثیقه گرفته است. بر این اساس، صرف‌نظر از ادله منطقی و شهرت فقهی که عدم صحت بیع مرهونه را اثبات می‌کند، به لحاظ مصلحتی نیز مجاز و صحیح دانستن بیع مال مرهونه روا نمی‌باشد.

با توجه به آنچه گفته شد باید معتقد بود: اولاً، جواز و صحت بیع مال مرهونه با حقیقت و فلسفه رهن که به نوعی حبس مال مرهونه و محدودیت سلطه مالک از هر نوع تصرف جهت اطمینان از وصول طلب مرتین و تسهیل آن است، منافات دارد؛ ثانیاً، حتی طرفداران نظریه صحت بیع مال مرهونه معتقدند که در مورد رهن غیرمنقول ثبتی تا قبل از فک رهن، منتقل‌الیه حق ندارد الزام راهن به تنظیم سند رسمی را بخواهد. به عبارت دیگر، تنظیم سند رسمی انتقال به نام منتقل‌الیه تا قبل از فک رهن امکان‌پذیر نیست، اگرچه الزام راهن به فراهم کردن مقدمات فک رهن را بعضاً پذیرفته‌اند. البته رویه قضائی در این زمینه مختلف است و چنانکه که قبلاً اشاره شد، اخیراً دیوان عالی کشور در رأی

پذیرفته است. این رأی در آخرین روزهایی که این مقاله برای چاپ آماده می‌شد، منتشر گردید. مدلول این رأی مبهم و بین مقدمات توجیهی رأی و منطوق آن تعارض وجود دارد. آنچه در مقدمات توجیهی رأی بیان شده در جهت اثبات صحت بیع مال مرهونه است و ادم منافی بودن آن با ماده ۷۹۳ ق.م. است نه الزام بایع به فک رهن؛ در حالی که موضوع دعوی، الزام بایع به فک رهن بوده است. به علاوه روشن نیست که دیوان عالی کشور با صدور این رأی، رأی وحدت رویه ۶۲۰ را نسخ کرده و معتقد به صحت بیع مرهونه شده است یا بیع مال مرهونه را همچنان غیر نافذ می‌داند. با اعتقاد به هر یک از این دو نظر وضعیت دعوی متفاوت خواهد بود. به هرحال این رأی قابل نقد است، اما نقد و تحلیل آن مجال دیگری می‌طلبد که نگارنده در مقاله‌ای مستقل مشغول نگارش آن است.

چنانکه اشاره شد به نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال تا حد زیادی تابع وضعیت بیع مال مرهونه باشد؛ اگر بیع مال مرهونه را صحیح بدانیم، جواز الزام بایع به فک رهن می‌تواند قابل توجیه باشد، اما اگر بیع مال مرهونه را غیرنافذ بدانیم، پذیرش این دعوی به ویژه در صورتی که در ضمن عقد شرط نشده باشد مشکل می‌نماید و به نظر می‌رسد منتقل‌البه نتواند الزام بایع به فک رهن را از دادگاه تقاضا نماید؛ دلیل آن روشن است؛ بیع غیرنافذ فاقد اثر حقوقی است. اگرچه بیع مال مرهونه در فاصله بین عقد و اجازه مرتهن یا فک رهن از سوی راهن (بایع) برای طرفین لازم است و هیچ یک از آنها نمی‌تواند آن را به هم بزنند، اما این بدان معنا نیست که طرفین می‌توانند الزام یکدیگر به اجرای آثار عقد را درخواست کنند و از جمله مشتری الزام بایع به فک رهن را به‌عنوان لوازم و مقدمه اجرای عقد درخواست نمایند. لزوم این عقد در حد مقتضای آن است؛ یعنی نمی‌توان آن را ابطال یا فسخ کرد، اما امکان الزام به اجرای مفاد آن وجود ندارد؛ زیرا این عقد یک عقد غیرنافذ است که می‌تواند به یک عقد کامل و نافذ تبدیل شده و آثار خود را داشته باشد و می‌تواند باطل و بی‌اثر گردد و تا تعیین هر یک از دو وضعیت، بایع (و مشتری) باید پایبند به آن بمانند و وضعیت مراعی را حفظ نمایند و نمی‌توانند آن را ابطال یا فسخ کنند، بلکه تنها مرتهن است که می‌تواند آن را رد یا تنفیذ نماید، اما این بدان معنا نیست که می‌توان بایع را ملزم به اجرای آثار آن دانست. به علاوه توجیه الزام به عنوان لوازم عرفی بیع حتی در فرض اعتقاد به صحت آن نیز مشکل است. این موضوع در فقه هم مطرح بوده و مشهور آن را نپذیرفته است. شیخ انصاری بعد از طرح این فرع اظهار داشته که بر بایع فک رهن لازم و واجب نیست و الزام او

هست آن را نافذ دانسته است، اما از آن تاریخ به بعد، مجدداً بین شعب دادگاه‌ها اختلاف ایجاد شد؛ در حالی تمایل اکثر شعب به سمت نفوذ و صحت بیع مال مرهونه است (دادنامه شماره ۹۳۰۵۰۶ - ۹۳/۴/۳۱ صادره از شعبه ۵۱ دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۹۲۰۰۴۵۴ - ۹۲/۴/۲۲ صادره از شعبه ۳۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران)، برخی محاکم معتقد به عدم نفوذ بیع مال مرهونه هستند (دادنامه شماره ۲۵۶ مورخ ۱۳۸۱/۱۲/۳۰ صادره از شعبه دادگاه تجدیدنظر استان تهران؛ دادنامه شماره ۹۲۰۱۶۳۵ - ۹۲/۱۲/۳۰ صادره از شعبه ۴۴ دادگاه تجدید استان تهران).

۳. امکان یا عدم امکان الزام بایع به فک رهن

گفته شد که بیع مال مرهونه در فقه امامیه و حقوق موضوعه غیرنافذ است و با اجازه مرتهن یا فک رهن بیع نافذ می‌گردد. همچنین گفته شد که این بیع در حد مقتضای خود بین طرفین لازم‌الاتباع است و هیچ یک از طرفین نمی‌تواند آن را فسخ ابطال کند، یا عملی بر خلاف مقتضای آن انجام دهد. اکنون این سؤال مطرح است که آیا بایع ملزم است نسبت به فک رهن از طریق پرداخت دین یا معرفی مال جایگزین اقدام نماید و آیا مشتری می‌تواند الزام او به انجام این امر را از دادگاه بخواهد. در خصوص پذیرش دعوی فک رهن علیه راهن که متعاقب بیع مال مرهونه از سوی منتقل‌البه اقامه می‌گردد، در محاکم اختلاف رویه وجود داشت؛ در حالی که برخی محاکم آن را می‌پذیرفتند (دادنامه شماره ۹۲۱۱۸۴ مورخ ۱۳۹۲/۱۰/۲۴ و دادنامه شماره ۹۲۱۲۴۳ مورخ ۱۳۹۲/۱۱/۱۹ صادره از شعبه ۴۷ دادگاه حقوقی تهران و دادنامه شماره ۹۳۰۵۰۶ - ۱۳۹۳/۴/۳۱ صادره از شعبه ۵۱ دادگاه تجدید نظر استان تهران)، برخی دیگر آن را قابل استماع نمی‌دانستند (دادنامه شماره ۹۲۰۴۰۷ شعبه ۲۱۲ دادگاه عمومی حقوقی تهران که طی دادنامه شماره ۹۳۰۲۰۲ - ۹۳/۲/۳۱ از سوی شعبه ۲۹ دادگاه تجدید نظر تهران عیناً تأیید شده است).^۱ در دکتترین نیز برخی از حقوقدانان معتقد به امکان الزام بایع به فک رهن بودند (میرزائزاد، ۱۳۹۰: ۲۹۷؛ صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱: ۱۱۱)، اما اخیراً دیوان عالی کشور در مقام ایجاد وحدت رویه، طی رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲، تاریخ ۱۴۰۲/۰۳/۳۰، الزام راهن به فک رهن از سوی منتقل‌البه مال مرهونه را

۱. برای دیدن آراء مختلف رش: صفایی و جواهرکلام، ۱۴۰۱: ۱۰۹ به بعد.

یکی از طلبکاران خود حق ترجیح نسبت به مال منقول یا مجموعه‌ای از اموال منقول (موجود یا آینده) را می‌دهد تا بر مبنای آن طلبکار بتواند طلب خود را از محل آن استیفا نماید.^۶ این نوع رهن دو قسم است: رهن منقولی که سبب خروج مال مرهونه از تصرف رهن نمی‌گردد^۷ و رهن منقولی که مستلزم خروج مال از تصرف رهن است.^۸ ماده ۲۳۳۷ قانون مدنی فرانسه، برای نوع اخیر، لزوم اعلان عمومی عقد رهن را مقرر داشته، در حالی که برای نوع نخست چنین حکمی وجود ندارد. با وجود این، وجه اشتراک این دو نوع رهن آن است که در صورت انتقال مال مرهونه توسط رهن به شخص ثالث، منتقل لیه آن مال که در واقع قائم مقام خاص رهن قلمداد می‌گردد، نمی‌تواند به اماره ید به شرح مقرر در ماده ۲۲۷۶ قانون مدنی فرانسه استناد کند (Simler et Delebecque, 2016: n. 708). بدین سان، انتقال مال مرهونه توسط رهن در برابر مرتبه قابل استناد نخواهد بود. بنابراین، چنانچه مالی منقول که به عنوان وثیقه دین در رهن قرار گرفته، بدون رضایت مرتبه به شخص ثالثی منتقل گردد، طلبکار می‌تواند به حق اولویت خود نسبت به آن مال استناد جسته و بدون لحاظ انتقال صورت گرفته، فروش اجباری آن را از دادگاه تقاضا نماید و طلب خود را از محل ثمن حاصل از فروش آن مال وصول کند یا آن مال را در ازای طلب خود تملک (Jobard-) (Bachelier et Brémont, 2014: 106 et s) اما حسب ماده ۲۳۸۵ ق.م. فرانسه، رهن غیرمنقول، اختصاص یک مال غیرمنقول جهت تضمین یک دین است، بی‌آنکه آن مال از تصرف رهن خارج گردد.^۹ این نوع رهن ضرورتاً باید به ثبت برسد و تشریفات اعلان آن رعایت گردد؛ در غیر این صورت در برابر اشخاص ثالث قابل استناد نخواهد بود (Jobard-Bachelier et Brémont, 2014: 365; Mazeaud, 1999: 315). اساساً هدف از لزوم اعلان رهن در این نوع اموال، تأمین امنیت حقوقی تجارت اموال غیرمنقول است؛ حقوق اعلان نشده، در برابر کسانی که

را نمی‌توان از دادگاه درخواست کرد، چنانکه الزام بیع فضولی به تملک مبیع فضولی یا تحصیل اجازه مالک ممکن نیست (انصاری، ۱۴۳۱: ۱۶۶/۴).

البته اگر بایع به صورت شرط ضمن عقد ملتزم شده باشد که فک رهن نماید، این تعهد مستقل از عقد اصلی بوده، معتبر و لازم‌الاجراست و نمی‌توان آن را تابع عقد اصلی دانست (کاظمی، ۱۳۹۹: ۲۷۰-۲۴۵). در این فرض می‌توان الزام بایع به اجرای آن تعهد (فک رهن) را از دادگاه درخواست کرد که بحث دیگری است. این حکم در مورد عقد فضولی از سوی استادان مطرح و پذیرفته شده است (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۴۵) و در مورد بیع مرهونه هم باید پذیرفته شود.

وضعیت بیع مال مرهونه در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه رهن از جمله وثایق عینی^۱ است که برای مرتبه حق عینی تبعی نسبت به مال معین ایجاد می‌کند (Mazeaud, et Chabas, 1999: 134; Jobard-) (Bachelier et Brémont, 2014: 102). حق عینی ناشی از عقد رهن دارای دو جنبه است: حق ترجیح^۲ و تعقیب^۳ (Jobard-Bachelier, 2000: 43). حق ترجیح حقی است که به موجب آن مرتبه می‌تواند مقدم بر سایر طلبکاران رهن، طلب خود را از محل مال مرهونه استیفا کند (Cornu, 2020: 3905). برای تضمین اجرای آن، او دارای «حق تعقیب» است؛ یعنی مرتبه می‌تواند مال مرهونه را نزد هر کس که یافت، توقیف کرده، طلب خود را وصول نماید (Ibid: 4901).

حسب یک تقسیم‌بندی در حقوق فرانسه و بر مبنای منقول یا غیرمنقول بودن مال مرهونه آن را، به رهن منقول^۴ و رهن غیرمنقول^۵ تقسیم می‌کنند. مطابق ماده ۲۳۳۳ ق. م. فرانسه، رهن منقول قراردادی است که به وسیله آن، رهن به

1. Les sûretés réelles
2. Le droit de préférence
3. Le droit de suite
4. Gage mobilier;

شایان ذکر است که رهن مال منقول غیرمادی را در حقوق فرانسه « Le nantissement » می‌گویند که ماده ۲۳۵۵ قانون مدنی فرانسه به آن اختصاص یافته است. در تعریفی که در ماده مذکور از این نوع رهن صورت گرفته، از آن به اختصاص یک مال منقول غیرمادی یا مجموعه‌ای از اموال منقول غیرمادی موجود یا آینده جهت تضمین یک تعهد تعبیر شده است. برابر ماده مذکور، این نوع از عقد رهن اصولاً تابع احکام رهن مال منقول مادی دانسته شده است.

5. Hypothèque immobilière

6. Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.
7. Le gage sans dépossession
8. Le gage ordinaire / Le gage avec dépossession
9. L'hypothèque est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation sans dépossession de celui qui la constitue.

صورت فزونی قیمت مال مرهونه از میزان طلب مرتهن از راهن، آن فزونی به منتقل‌الیه تعلق دارد (Mazeaud, 1999: 449 et s.).

بحث و نتیجه‌گیری

به عنوان نتیجه از تحقیق انجام شده باید گفت:

۱. نظر مشهور در فقه امامیه آن است که بیع مال مرهونه از سوی راهن اگر بدون اذن مرتهن واقع شود، غیرنافذ است و با اجازه مرتهن یا فک رهن به سببی از اسباب، نافذ می‌گردد و این بدان معناست که اذن یا اجازه مرتهن به بیع مال مرهونه به منزله اسقاط حق رهن است، مگر آنکه خلاف آن شرط گردد. اثر اجازه مرتهن یا فک رهن به گذشته تسری پیدا کرده و بیع را از زمان انعقاد نافذ می‌کند. از مواد مختلف قانون مدنی استنباط می‌گردد که نویسنده قانون مدنی هم از نظر مشهور فقیهان پیروی کرده و از نظرگاه قانون مدنی هم بیع مال مرهونه غیر نافذ است.

۲. از متون فقهی و احکام و آثار بیع مال مرهونه استنباط می‌گردد که وضعیت بیع تا زمان اجازه مرتهن یا فک رهن، به صورت مراعی بوده و فاقد اثر حقوقی است؛ اگر اجازه مالک داده شد، حق رهن ساقط شده و بیع از گذشته منشأ اثر و سبب انتقال مال به مشتری می‌گردد؛ همچنین است اگر رهن به سببی از اسباب فک گردد، اما اگر مرتهن رضایت ندهد و رهن هم فک نگردد، بیع منشأ اثر نشده و مبیع به مشتری انتقال پیدا نمی‌کند. بر این اساس، اگر در سررسید مرتهن بخواهد می‌تواند طلب خود را از آن محل وصول نماید. در این صورت طلب مرتهن از مال مرهونه که در ملکیت راهن است وصول شده و در واقع بیع مال مرهونه از ابتدا باطل و بی اثر می‌گردد.

۳. چنانکه فقیهان به درستی گفته‌اند، چون بیع مال مرهونه غیرنافذ است تا زمان تحقق فک رهن یا اجازه مرتهن، فاقد اثر اصلی است، چون کامل نیست، اما از این جهت که مقتضای یک عقد ایجاد شده است در حد خود معتبر و بین طرفین لازم الاتباع است. بنابراین، نه راهن و نه مشتری نمی‌تواند آن را بر هم زند؛ چنانکه در عقد فضولی هم چنین است. این وضعیت با عقد غیرقابل استناد در حقوق فرانسه متفاوت است؛ زیرا مستنبط از متون فرانسوی در باب عقد غیرقابل استناد، آن است که این عقد بین طرفین عقد صحیح و معتبر و منشأ اثر است، اما در برابر اشخاص ثالث غیر قابل استناد است. به عبارت دیگر، عقد غیر قابل استناد عقدی صحیح است که تمام شرایط انعقاد را دارا می‌باشد (از این جهت از عقد باطل متمایز است)، اما به دلیل برخورد با حق شخص ثالث در برابر او غیر قابل استناد بوده و او

صاحب حقوق بالفعل و اعلان شده نسبت به مال غیرمنقول هستند، ناموجود فرض می‌شود. بنابراین، اصولاً وضعیت ظاهری ایجادشده از طریق اعلان نسبت به وضعیت واقعی ناشی از اعمال حقوقی اعلان نشده، حاکم است (Simler et al., 2016: n. 851).

دیوان عالی فرانسه وجود حق رهن نسبت به یک مال غیرمنقول را مانع از فروش آن مال توسط راهن یا در رهن مجدد قرار دادن آن ندانسته است (Cour de cassation, Chambre civile 3, 18 juin 2008: 07-15.129, Publié au bulletin). بنابراین، حتی با وجود عقد رهن نیز راهن همچنان از حق اداره مال مورد رهن^۱، حق بهره‌برداری از آن^۲ و حق انتقال آن به غیر^۳ برخوردار است، با این قید که راهن در اعمال این حقوق، با محدودیت‌هایی مواجه است و نباید این حقوق را به نحوی اعمال نماید که حق مرتهن را مخدوش سازد. در غیر این صورت، مرتهن می‌تواند از طریق دادگاه^۴ اعمال حقوقی را که استیفای حق وی را غیرممکن یا بی‌فایده ساخته، ابطال نماید (Jobard, 2014: 322 et s.). بدین‌سان می‌توان گفت که انتقال مال مرهونه به غیر در برابر مرتهن غیرقابل استناد است و مرتهن می‌تواند آن را نادیده انگارد.

در خصوص آثار ابطال معامله راهن نسبت به مال مرهونه، از سوی مرتهن این سؤال مطرح است که آیا ابطال معامله بدان معناست که عمل حقوقی منعقدشده را از اساس کأن لم یکن می‌سازد یا آن عمل حقوقی صرفاً از زمان صدور رأی دادگاه به نفع مرتهن بی‌اعتبار می‌گردد و ناظر به آینده بوده، عطف به ما سبق نمی‌گردد، به این پرسش چنین پاسخ داده شده که تا زمان صدور رأی دادگاه مبنی بر جواز فروش مال مرهونه برای وصول طلب مرتهن^۵ مال در ملکیت شخص ثالث منتقل‌الیه باقی می‌ماند. رأی دادگاه متضمن جواز فروش است، نه فسخ قرارداد منعقد بین راهن و شخص ثالث منتقل‌الیه. بنابراین، اعمال حقوقی صورت گرفته از سوی شخص ثالث منتقل‌الیه از زمان تحویل مال مرهونه تا زمان صدور رأی دادگاه معتبر و در برابر مرتهن قابل استناد بوده و در

1. Droit d'administration
2. Droit de jouissance
3. Droit d'aliénation
4. L'action paulienne
5. Le jugement d'adjudication

باقری، پرویز؛ مقصودی، رضا (۱۳۹۵). «وضعیت حقوقی معامله انتقال عین یا منافع مال مرهونه توسط راهن»، دو فصلنامه دانش حقوق مدنی، سال پنجم، شماره اول، صص ۲۲ - ۱۱.

بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰). حقوق مدنی، تهران: انتشارات مجد، چاپ سوم.

ساعتچی، علی؛ جاویدی آلسعدی، فرزاد (۱۳۹۵) «بازپژوهی نظریه صحت بیع مال مرهونه»، فصلنامه رأی - مطالعات آرای قضائی، شماره هفدهم، صص ۷۱ - ۴۹.

صالح، علی پاشا، (۱۳۴۸). سرگذشت قانون، مباحثی از تاریخ حقوق، دورنمایی از روزگاران پیشین تا امروز. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.

صفری، محسن؛ یوسفزاده، صمد (۱۳۹۱). «بررسی فقهی تصرف حقوقی در مال مورد رهن»، فصلنامه پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، شماره ۲۸، صص ۹۱ - ۷۹.

عدل، سیدمصطفی (منصورالسلطنه) (۱۳۹۴). حقوق مدنی. تهران: انتشارات خرسندی، چاپ دوم.

عظیمیان، محمد (۱۳۸۸). «تصرفات منافی حقوق مرتهن»، مجله کانون، شماره ۱۰۱، صص ۴۱ - ۱۷.

قبولی درفشان، محمدتقی (۱۳۹۰). «وضعیت تصرفات ناقل عین مرهونه از سوی راهن (مطالعه فقهی - حقوقی)»، مجله آموزهای فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴، صص ۶۴ - ۴۹.

کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۶۹). حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها. جلد ۲. تهران: انتشارات بهنشر. چاپ دوم.

کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۷۶). حقوق مدنی، عقود معین (۴)، عقود اذنی - وثیقه‌های دین. جلد ۴. تهران: شرکت انتشار. چاپ دوم.

کازمی، محمود؛ تقی‌زاده، ابراهیم؛ احمدی بیاضی، علی (۱۳۹۹). «شرط مستقل از عقد؛ مطالعه تطبیقی در فقه اسلامی و حقوق فرانسه بر مبنای اصلاحات قانون مدنی»، مجله حقوق تطبیقی، دوره یازدهم، شماره ۱، صص ۲۷۰ - ۲۴۵.

لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۲۸). تفصیل الشریعه فی شرح التحرير الوسیله، المضاربه ... الهبه. قم: مرکز فقه ائمه اطهار (ع). چاپ اول.

میرزائزاد جویباری، اکبر (۱۳۹۰). «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه «بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»». فصلنامه حقوق - مجله دانشکده حقوق و علوم

می‌تواند آن را نادیده انگارد. به عبارت دیگر، عقد صحیح در حقوق فرانسه دو نوع است: قابل استناد در برابر اشخاص ثالث که قاعده است و غیر قابل استناد در برابر اشخاص ثالث که استثنا می‌باشد. بیع مال مرهونه در حقوق فرانسه از این نوع است، اما چنانکه گفته شد بیع مال مرهونه در حقوق ایران حتی بین طرفین عقد هم فاقد اثر حقوقی است.

۴. اگرچه بیع مال مرهونه بین بایع و مشتری لازم است، اما چون فاقد اثر حقوقی مورد نظر است، طرفین الزامی به اجرای آثار آن ندارند. بر این اساس، بعد از وقوع عقد نمی‌توان الزام بایع به فک رهن را تقاضا کرد، مگر آنکه بایع به موجب شرط خاص ملتزم به فک رهن شده باشد که در این صورت او ملزم به اجرای این تعهد است و در صورت استتکاف می‌توان الزام او را از دادگاه در خواست کرد که بحث دیگری است، اما اخیراً دیوان عالی کشور طی رأی وحدت رویه شماره ۸۳۲، حکم به پذیرش امکان الزام راهن به فک رهن صادر کرده است که قابل نقد است.

۵. هرگاه مرتهن بیع مرهونه را رد کند، بیع همچنان مراعی می‌ماند و مرتهن بعداً می‌تواند آن را قبول و تنفیذ نماید یا اگر رهن به سببی از اسباب فک شود، این امر سبب تنفیذ بیع می‌گردد.

۶. اذن مرتهن به بیع (یا اجازه بعدی او) علی‌الاصول سبب سقوط رهن می‌گردد، اما اگر اراده طرفین بر بقای رهن باشد، هرگاه راهن در سررسید دین خود را نپردازد، مرتهن حق دارد طلب خود را از آن وصول نماید و این امر تأثیری در بیع ندارد و او طلب خود را از ملک مشتری وصول می‌کند؛ همانند موردی که مال غیر در رهن دین دیگری است. البته مشتری با وجود شرایط برای جبران خسارات وارد بر خود، حق رجوع به بایع را دارد و این امر بر مبنای غیرقراردادی خواهد بود.

منابع

آل بویه، علی (۱۳۹۵). «طلق بودن مبیع با رویکردی بر نظر امام خمینی»، پژوهشنامه متین، سال هجدهم، شماره ۷۱، صص ۱۸ - ۱.

امامی، سیدحسن (۱۳۷۲). حقوق مدنی. جلد ۲، تهران: انتشارات اسلامی. چاپ هشتم.

ایزائلو، محسن؛ حبیبی، سینا؛ شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۵).

«ضمانت اجرای بیع مال مرهون: مطالعه ای در فقه تطبیقی»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال هفدهم، شماره اول، صص ۱۰۴ - ۸۳.

حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۴ هـ ق). *تذکره الفقهاء*. جلد ۱۳ قم: مؤسسه آل البيت (ع). چاپ اول.

حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ هـ ق). *مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه*. جلد ۵. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ دوم.

حلی (علامه حلی)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳ هـ ق). *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*. جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.

حلی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ هـ ق). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. جلد ۲. قم: مؤسسه اسماعیلیان. چاپ اول.

خمینی (امام خمینی)، سیدروح الله موسوی (۱۴۲۱ هـ ق). *کتاب الیبع*. جلد ۳. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی. چاپ اول.

خوانساری، سیداحمد بن یوسف (۱۴۰۵ هـ ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*. جلد ۳. قم: مؤسسه اسماعیلیان. چاپ دوم.

دیلمی (سلار)، حمزه بن عبد العزیز (۱۴۰۴ هـ ق). *المراسم العلویه و الأحکام النبویه*. قم: منشورات الحرمین. چاپ اول.

رشتی، میرزاحبیب الله (۱۴۰۷ هـ ق). *فقه الإمامیه*، قسم الخیارات. قم: کتابفروشی داوری. چاپ اول.

روحانی، سیدصادق حسینی (۱۴۲۹ هـ ق). *منهاج الفقاهه*. جلد ۴. قم: انوارالهدی. چاپ پنجم.

سبزواری (محقق سبزواری)، محمدباقر بن محمدمؤمن (۱۴۲۳ هـ ق). *کفایه الأحکام*. جلد ۱. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.

سبزواری، سیدعبدالأعلی (۱۴۱۳ هـ ق). *مهذب الأحکام*. جلد ۱۷. قم: مؤسسه المنار. چاپ چهارم.

شوشتری (محقق شوشتری)، اسدالله کاظمینی (بی تا). *مقابس الأنوار و نقائس الأسرار*. قم: مؤسسه آل البيت (ع). چاپ اول.

طباطبایی، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ هـ ق). *ریاض المسائل*. جلد ۹. قم: مؤسسه آل البيت (ع). چاپ اول.

طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۰۰ هـ ق). *دراساتنا من الفقه الجعفری*. جلد ۳. قم: انتشارات خیام. چاپ اول.

طباطبایی، سیدمحمد مجاهد (بی تا). *کتاب المناهل*. قم: مؤسسه آل البيت (ع). چاپ اول.

طوسی (شیخ طوسی)، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۷ هـ ق).

سیاسی، شماره ۲، صص ۲۹۹ - ۲۸۱.

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

آشتیانی، میرزا محمدحسن بن جعفر (۱۴۲۵ هـ ق). *کتاب القضاء*. جلد ۲. قم: انتشارات زهیر - کنگره علامه آشتیانی قدس سره. چاپ اول.

اراکي، محمدعلی (۱۴۱۵ هـ ق). *کتاب الیبع*. جلد ۲. قم: مؤسسه در راه حق. چاپ اول.

اصفهانى، محمدحسین (۱۴۱۸ هـ ق). *حاشیه کتاب المکاسب*. جلد ۳. قم: انتشارات انوار الهدی. چاپ اول.

اصفهانى، محمدبن حسن (فاضل هندی). (۱۴۱۶ هـ ق). *کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحکام*. جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.

المیدانی النیسابوری، أبوالفضل أحمد بن محمد بن إبراهيم (بی تا). *مجمع الأمثال*. جلد ۲. محقق: محمد محیی الدین عبدالحمید بیروت: دارالمعرفه. چاپ اول.

امین، سیدمحسن (۱۴۰۳ هـ ق). *عیان الشیعه*. جلد ۳. تحقیق: سیدحسن امین. بیروت: دارالتعارف للمطبوعات.

انصاری، مرتضی (شیخ انصاری). (۱۴۳۱ هـ ق). *کتاب المکاسب*. جلد ۴. قم: مجمع الفکرالاسلامی. چاپ شانزدهم.

بحرانی آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم (۱۴۰۵ هـ ق). *الحقائق الناصره فی أحكام العتره الطاهره*. جلد ۱۸. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

بهجت، محمدتقی (۱۴۲۶ هـ ق). *جامع المسائل*. جلد ۲. قم: دفتر آیت الله بهجت. چاپ دوم.

جوادی عاملی، عبدالله (۱۴۳۸ هـ ق). *کتاب الخیارات*. جلد ۲. قم: دارالاسراء. چاپ اول.

حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ هـ ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. جلد ۲. قم: مؤسسه اسماعیلیان. چاپ دوم.

حلی (محقق حلی)، نجم الدین جعفر بن حسن (۱۴۱۸ هـ ق). *المختصر النافع فی فقه الإمامیه*. جلد ۱. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة. چاپ ششم.

حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ هـ ق). *الجامع للشرائع*. قم: مؤسسه سیدالشهداء العلمیه. چاپ اول.

حلی، ابوالصلاح تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳ هـ ق). *الکافی فی الفقه*. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین (ع). چاپ اول.

- الخلاف. جلد ۳. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- طوسی (شیخ طوسی)، ابوجعفر محمدبن حسن (۱۴۰۰ ه ق).
النهاییه فی مجرد الفقه و الفتاوی. بیروت: دارالکتاب العربی.
چاپ دوم.
- عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۰ ه ق). الروضه
البهیة فی شرح المعنه دمشقیه. جلد ۴. قم: کتابفروشی
داوری. چاپ اول.
- عاملی (شهیدثانی)، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۳ ه ق). مسالک
الافهام إلی تنقیح شرائع الإسلام. جلد ۳. قم: مؤسسه
المعارف الإسلامیه. چاپ اول.
- عاملی، سیدجواد بن محمد حسینی (۱۴۱۹ ه ق). مفتاح
الکرامه فی شرح قواعد العلامه. جلد ۱۳ و ۱۵. قم: دفتر
انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- غروی نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳ ه ق). المكاسب و
البيع. جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- غروی نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۲۱ ه ق). منیه الطالب.
جلد ۲. قم: دفتر انتشارات اسلامی. چاپ اول.
- فاضل لنکرانی، محمد (۱۴۲۵ ه ق). تفصیل الشریعه -
المضاربه، الشركه، المزارعه، المساقاه، الدین. قم: مرکز فقه
ائمه اطهار علیهم السلام. چاپ اول.
- قمی، میرزاالباقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳ ه ق). جامع
الشتات فی أجوبه السؤالات. جلد ۲. تهران: مؤسسه
کیهان. چاپ اول.
- کاشف‌الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر (۱۴۲۲ ه ق). أنوار
الفقاهه. نجف اشرف: مؤسسه کاشف‌الغطاء. چاپ اول.
- کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین عاملی (۱۴۱۴ ه ق).
جامع المقاصد فی شرح القواعد. جلد ۲. قم: مؤسسه آل
البيت (ع). چاپ دوم.
- کیدری، قطب‌الدین محمد بن حسین (۱۴۱۶ ه ق). إصباح
الشیعه بمصباح الشریعه. قم: مؤسسه امام صادق (ع). چاپ
اول.
- لاری، شیخ عبدالکریم (۱۴۳۱ ه ق). حاشیه کتاب المكاسب.
- جلد ۲. قم: انتشارات ذوی القربی. چاپ دوم.
- مجاهد، سیدمحمد طباطبایی (بی‌تا). کتاب المناهل. قم:
مؤسسه آل البيت (ع).
- مفید (شیخ مفید)، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳
ه ق). المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید. چاپ
اول.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ ه ق). جواهر الکلام فی شرح
شرائع الإسلام. جلد ۲۵. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
چاپ اول.
- نوری (محدث نوری)، میرزا حسین (۱۴۰۸ ه ق). مستدرک
الوسائل و مستنبط المسائل. جلد ۱۳. بیروت: مؤسسه آل
البيت (ع). چاپ اول.
- وحید خراسانی، حسین (۱۴۲۸ ه ق). منهاج الصالحین. جلد ۳.
قم: مدرسه امام باقر علیه السلام. چاپ پنجم.
- Cornu, Gérard (2020). *Vocabulaire
juridique*, Paris: puf, 13^e édition.
Cour de cassation, Chambre civile 3, 18
juin (2008). 07-15.129, Publié au
bulletin
Jobard-Bachelier, Marie-Noëlle (2000).
Droit civil, Suretés, publicité foncière,
Paris: Dalloz, 13^e édition.
Jobard-Bachelier, Marie-Noëlle;
Brémond, Vincent (2014). *Droit civil;
sûretés, publicité foncière*, Paris:
Dalloz 17^e édition.
Mazeaud, Henri; Mazeaud, Léon;
Mazeaud, Jean; Chabas, François
(1999). *Leçons de droit civil, Sûretés,
publicité foncière*, Paris:
Montchrestien, 7^e édition.
Simler, Philippe; Delebecque, Philippe
(2016). *Droit Civil, Les sûretés - La
publicité foncière*, Paris: Dalloz, 7^e
édition.

COPYRIGHTS



© 2022 by the Authors. Licenses PNU, Tehran, Iran. This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY4.0) (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0>)