

وضعیت تصرفات ناقل عین مرهونه از سوی راهن (مطالعه فقهی - حقوقی)*

- دکتر سیدمحمدتقی قبولی درافشان^۱
- استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

چکیده

از مسائل مهم راجع به حق مرتهن، مسئله وضع حقوقی قراردادهای ناقل عین از جمله فروش عین مرهونه توسط راهن است. در این خصوص بر اساس نظر مشهور فقهی نفوذ قراردادهای مزبور نیازمند اذن یا اجازه مرتهن است. اهم ادله ایشان، اجماع، برخی روایات و منافات تصرفات ناقله مزبور با حق مرتهن عنوان گردیده است. لیکن موارد مزبور قابل خدشه است؛ زیرا اجماع مزبور مدرکی بوده، معتبر نیست، روایت استنادی نیز از حیث سند و دلالت محل تأمل است. نیز منافات میان تصرفات مزبور و حق مرتهن محل تردید است. با بررسیهای فقهی و حقوقی انجام شده به نظر می‌رسد نظریه‌ای که تصرفات ناقل عین را منافی با حق مرتهن ندانسته و این دو را با یکدیگر قابل جمع می‌داند، مبانی استدلالی قوی‌تری دارند. هر چند غالب حقوق دانان و رویه قضایی گرایش به نظر مشهور فقهی

دارند. در عین حال در مورد اثر اذن یا اجازه مرتهن نیز اختلاف است و مشهور آن را موجب اسقاط حق مرتهن به شمار می آورند. حال آنکه به نظر می رسد بقای حق علی رغم اذن یا تنفیذ مرتهن، ترجیح دارد، جز در مواردی که اذن یا اجازه، دلالت بر قصد مرتهن مبنی بر اسقاط حق خویش نماید. واژگان کلیدی: رهن، راهن، مرتهن، تصرفات منافی، تصرفات ناقل عین، اذن، اجازه.

مقدمه

یکی از عقودی که به تبع وجود دین و برای ایجاد وثیقه در خصوص بازپرداخت دین تشریح گردیده و مورد پذیرش قانون گذاران قرار گرفته است، عقد رهن است. در این خصوص برخی از فقیهان امامی (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۸۵/۱۳؛ امام خمینی، بی تا: ۳/۲) عقد رهن را عقدی دانسته اند که برای استیثاق دین تشریح شده است و در همین راستا به موجب ماده ۷۷۱ قانون مدنی «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می دهد. رهن دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند». این عقد از جانب راهن لازم معرفی گردیده، حال آنکه نسبت به مرتهن جایز بوده، وی می تواند از حق خویش صرف نظر کند. در این خصوص ماده ۷۸۷ قانون مدنی بیان داشته است: «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی تواند قبل از اینکه دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد». با این وصف عقد رهن حقی حمایتی برای مرتهن ایجاد می نماید، در عین حال قبل از فرا رسیدن سررسید دین و قبل از اینکه مرتهن بتواند با استفاده از حق خویش، مطالبه فروش عین مرهونه را بنماید، راهن حق مالکیت خویش را بر عین مرهونه حفظ می نماید. بنابراین از سویی در مدت رهن مرتهن نسبت به عین مرهونه دارای حق وثیقه است و از سوی دیگر راهن، مالک عین است. حال یکی از سؤالات مهمی که مطرح است و نتایج عملی فراوانی در عرصه معاملات مردم بر جای می گذارد، این است که در مدت رهن آیا راهن که مالک عین به شمار می آید، می تواند تصرفات ناقله که مصداق بارز آن بیع است، نسبت به عین مرهونه انجام دهد یا خیر؟ آیا تصرفات مزبور نیازمند اذن مرتهن است یا خیر؟

و در صورتی که مرتهن به راهن اذن در چنین تصرفاتی دهد، اذن وی اسقاط حق او را به دنبال دارد یا حق وی کماکان باقی خواهد ماند. این جستار در پی یافتن پاسخی برای سؤالات مزبور است. طبیعی است از آنجا که حقوق ایران به ویژه در بخش عقود معین مبتنی بر دستاوردهای ارزشمند فقیهان امامی است، نیازمند مطالعه فقهی - حقوقی موضوع خواهیم بود. در این راستا و به منظور یافتن پاسخ مناسب برای سؤالات مزبور ابتدا وضع تصرفات ناقل عین را از نظر فقهی بررسی نمود، سپس از وضع حقوقی تصرفات مزبور سخن می‌گوییم و در نهایت تأثیر اذن یا اجازه مرتهن را در خصوص تصرفات ناقله عین، بر حق رهنش مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱. وضع تصرفات ناقل عین از نظر فقهی

در خصوص تصرفات ناقله عین که فروش عین مرهونه از بارزترین مصادیق آن است سه نظریه به ترتیب زیر به چشم می‌خورد:

اول: نظریه صحت فروش (انتقال مالکیت) عین مرهونه بدون نیاز به اذن یا اجازه مرتهن (موسوی خویی، بی تا: ۲۳۹/۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۴/۴۴۹).

دوم: نظریه صحت فروش در صورت اذن یا اجازه مرتهن یا سقوط حق رهن وی از طریق اسقاط حق یا فک رهن با پرداخت طلب وی که در واقع این نظریه بیانگر عدم نفوذ بیع و موقوف بودن نفوذ آن به اجازه مرتهن است (محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲/۳۳۶؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۶۳؛ بحرانی، بی تا: ۲۰/۲۶۱؛ طباطبایی، ۱۴۱۹: ۸/۵۲۲؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۲۶/۱۹۵؛ امام خمینی، ۱۴۲۱: ۳/۱۹۰؛ همو، ۱۳۹۰: ۲/۸؛ گلپایگانی، ۱۴۱۷: ۲/۸۱؛ صافی، ۱۴۲۰: ۲/۶۱؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۵: ۲/۳۶).

سوم: نظریه بطلان که در عبارات برخی از فقیهان امامی (به عنوان نمونه ر.ک: سلار، ۱۴۰۴: ۱۹۲) به چشم می‌خورد.

از این میان نظر دوم، نظر مشهور فقهای امامیه می‌باشد.

ادله نظر مشهور و نقد آن

اهم ادله نظر مشهور به ترتیب زیر است که ضمن بیان آن، مورد نقد و بررسی

قرار می‌گیرد:

الف- اجماع (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۳/۴).

نقد- اجماع هنگامی دلیلی مستقل به شمار می‌آید که مدرکی نباشد و اجماع مدرکی حجّت نیست. این در حالی است که برخی از فقها (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۳۹/۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۱۶/۲۶۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۴/۴۵۰) اجماع مزبور را کاشف از رأی معصوم ندانسته، بلکه حصول اجماع مزبور را به خاطر منافاتی که فقها میان فروش مال مرهون و حق مرتهن می‌دیدند، بعید دانسته‌اند. حتی در اجماع مدرکی، همان گونه که بعضی از فقها (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴: ۲/۷۱) بیان نموده‌اند، لازم نیست احراز شود که مجمعی حتماً به مدارک دیگری غیر از اجماع استناد نموده‌اند، بلکه اگر احتمال آن نیز داده شود، کافی است؛ زیرا شرط حجیت اجماع، کاشفیت از رأی معصوم است و این کاشفیت در زمانی می‌تواند محقق باشد که احتمال مدرک دیگری در مسئله داده نشود. این در حالی است که در مسئله مورد بحث، مستندات دیگری هم وجود دارد که ممکن است، مدرک مجمعی بوده باشد.

ب- حدیث نبوی مشهور که به موجب آن «راهن و مرتهن، هر دو ممنوع از تصرف هستند»^۱ (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/۴۲۱؛ انصاری، ۱۴۱۵: ۴/۱۵۳).

نقد- حدیث مزبور از دو جهت باید بررسی شود. ابتدا از جهت سند حدیث و سپس از جهت دلالت. از حیث سند، حدیث مزبور مرسله است. بنابراین سند ضعیف است. البته ممکن است گفته شود ضعف سند به خاطر عمل فتوایی فقها جبران گردیده است. در پاسخ باید گفت در خصوص اینکه عمل فتوایی اصحاب جابر ضعف سند است، اتفاق نظر وجود ندارد و اگر با فقیهانی (موسوی خویی، بی‌تا: ۲۳۹/۵) همداستان شویم که عمل اصحاب را جابر ضعف سند نمی‌دانند، دیگر استناد به حدیث، محملی نخواهد داشت. بر فرض پذیرش سند، در دلالت حدیث بر عدم امکان تصرفات ناقله عین ممکن است، تردید نمود؛ زیرا به نظر می‌رسد حدیث با توجه به مناسبت میان حکم و موضوع، ناظر به ممنوعیت تصرفات منافی با حق

۱. الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف.

مرتهن است (موسوی خویی، بی تا: ۲۳۹/۵). این در حالی است که در منافات تصرفات ناقله عین مانند فروش عین مرهونه با حق مرتهن به شرحی که خواهیم گفت تردید وجود دارد. همچنان که برخی از اندیشمندان فقهی (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۱۶؛ همو، ۱۴۲۹: ۴۵۰) در اینکه تصرف موضوع حدیث، تصرفات اعتباری (حقوقی) را نیز دربرگیرد، خالی از اشکال ندانسته‌اند. علاوه بر اینکه بر فرض پذیرش ممنوعیت تصرفات اعتباری، برخی (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۱۶؛ همو، ۱۴۲۹: ۴۵۰) در دلالت نهی و منع بر بطلان خدشه وارد نموده‌اند. البته اینکه منع از تصرف را موجب بطلان یا عدم نفوذ آن ندانیم موجب می‌گردد منع مزبور فایده چندانی نداشته باشد و از این جهت، استدلال اخیر با اشکال روبروست.

ج- قاعده تسلیط: به این ترتیب که فروش مال مرهون با سلطه‌ای که مرتهن بر حق خویش دارد منافاتی است و به عبارت دیگر فروش با حق مرتهن منافات دارد. نقد- منافات فروش مال مرهون با حق مرتهن نیز مورد تردید قرار گرفته است. بدین دلیل که نیاز نیست عین مرهونه ملک رهن باشد و به همین جهت در مورد عاریه گرفتن مال از دیگری به این منظور که مال مزبور در رهن قرار داده شود میان فقها اتفاق نظر وجود دارد. بنابراین همان گونه که ممکن است از ابتدا مال مرهون، متعلق به رهن نباشد، انتقال مالکیت مال مرهون از رهن به خریدار منافاتی با حق مرتهن ندارد. به عبارت دیگر نیاز به بقای مالکیت رهن در طول مدت رهن جهت حفظ حق مرتهن نیست (موسوی خویی، بی تا: ۲۳۹/۵؛ همچنین رک: حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۱۶).

د- برخی فقها (امام خمینی، ۱۴۲۱: ۲۷۲/۳) احتمال داده‌اند که دلیل عدم نفوذ فروش مال مرهون، منافات آن با حق مرتهن نباشد تا با استدلال فوق بتوان نفوذ آن را نتیجه گرفت بلکه دلیل منع فروش، ممکن است تصرف در متعلق حق مرتهن باشد با این توضیح که همان گونه که تصرف در اموال مردم جایز نیست تصرف در متعلق حقوق آنان نیز جایز نمی‌باشد و از طرفی فروش مال مرهون، تصرف در متعلق حق مرتهن است به همین جهت فروش مزبور غیر نافذ خواهد بود.

نقد- به نظر می‌رسد این استدلال نیز با ایراد روبروست؛ زیرا در مورد تصرفات

حقوقی شرکا در اموال مشاعی، علی‌رغم اینکه حقوق همه شرکا به عین اموال تعلق گرفته است و عین اموال متعلق حقوق همه آنهاست، تصرفات حقوقی هر شریک نسبت به سهم خویش بدون نیاز به اذن یا اجازه سایر شرکا، صحیح تلقی شده است. در رهن نیز، متعلق حق رهن (مالک) و مرتهن، هر دو عین مرهونه است و همان‌گونه که تصرفات حقوقی شرکا نسبت به سهم خویش را مجاز می‌دانیم و استدلال فوق را جهت عدم نفوذ تصرفات آنان به کار نمی‌بریم، در این مورد هم استدلال فوق نمی‌تواند مبنای منع مالک از تصرف حقوقی نسبت به حق خویش گردد.

نظر مختار

به نظر می‌رسد، از میان همه استدلال‌های فوق آنچه بیش از همه قابل توجه و نیازمند دقت بیشتر است این نکته است که آیا بیع مال مرهون یا سایر تصرفات ناقل، منافات با حق مرتهن دارند یا خیر؟ طبیعی است اگر منافاتی میان این دو نباشد، باید همان حکمی را که در مورد فروش اموالی که دیگری نسبت به آن دارای حق عینی اصلی (مانند حق انتفاع) است در این خصوص نیز جاری نماییم. توضیح اینکه چنانچه مالی به دیگری فروخته شود و شخص ثالثی نسبت به آن، حق عینی اصلی مانند حق انتفاع داشته باشد و خریدار از این موضوع آگاه نباشد، دارای حق فسخ بوده و می‌تواند قرارداد را فسخ نماید (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۴۱۱: ۴۹۹/۳؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۲۰۶/۲۷؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹: ۵۸۲/۲؛ موسوی خویی، ۱۳۶۵: ۱۱۵؛ الانصاری، ۱۴۱۵: ۲۳۵/۱). در مورد اموالی که نسبت به آن حق رهن وجود دارد نیز اگر میان معامله ناقل عین (مانند بیع) و حق مرتهن منافاتی قائل نباشیم، همان‌گونه که برخی از فقها (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۲۶۵/۱۶؛ همو، ۱۴۲۹: ۴۵۰/۴^۱؛ همچنین ر.ک: امام خمینی، ۱۴۲۱: ۱۹۰/۳)^۲ نیز بیان داشته‌اند، نتیجه منطقی

۱. این فقیه اندیشمند بیان داشته است: «فحیث أن البیع لیس منافیاً لحقیقة الرهن ولحق المرتهن... فتنقل العین المرهونة إلى المشتري ویكون حق الرهانة باقیاً متعلقاً بها. نعم مع جهل المشتري بالحال یتب له الخيار».

۲. در این خصوص امام خمینی علیه السلام نیز می‌فرماید: «ثم لو قلنا بأن عدم الجواز إنما هو فی مورد المزاحمة فالظاهر صحة البیع من غیر اعتبار إجازة المشتري ورضاه فإن البیع إذا وقع علی المرهون لا یبطل الرهن کالعین المستأجرة بل تكون العین منتقلة إلى المشتري مع كونها متعلقة لحق الرهن ومع جهله یكون له الخيار» (۱۴۲۱: ۱۹۰/۳).

پذیرش عدم منافات، باقی ماندن حق رهن و ثبوت خیار برای مشتری در صورت عدم آگاهی نسبت به حق رهن خواهد بود.

به اعتقاد ما در تشخیص منافات یا عدم منافات تصرفات ناقلاً عین مرهونه با حق مرتهن، تحلیل ماهیت حق مرتهن دارای اهمیت است. بدون تردید عقد رهن، عقدی است که برای استیثاق و پدید آمدن وثیقه برای دین مرتهن تشریح شده است،^۱ لیکن سؤال اینجاست که وثیقه و استیثاق و حدود و ثغور آن به چه میزانی است؟ به نظر می‌رسد دو نوع نگاه در این خصوص وجود دارد: مشهور فقها (ر.ک: شهید ثانی، ۱۴۱۴: ۴۷/۴؛ بحرانی، بی‌تا: ۲۶۷/۲۰؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۱۹۶/۲۵-۱۹۵) تمامیت وثیقه را ملازم با ممنوعیت راهن از تصرف در مال مرهون می‌دانند و قطع سلطه وی را از این جهت می‌دانند که وی را به سوی پرداخت بدهی اش سوق دهد؛ زیرا اگر وی نتواند در مال خود هیچ گونه تصرفی نماید و از آن سودی نبرد برای رفع مانع مزبور و ادار به پرداخت بدهی خود می‌گردد. طبیعی است که طبق این دیدگاه، تصرف ناقلاً عین یا باطل است یا غیر نافذ؛ زیرا با ماهیت حق مزبور منافات دارد. البته نظر مشهور در این میان، عدم نفوذ است.

ولی نگاه دیگری که وجود دارد این است که ماهیت رهن را فقط ایجاد حقی برای مرتهن بدانیم که بتواند به موجب آن طلب خود را از محل فروش عین مرهونه استیفا نماید. اگر با این نگاه به حق مرتهن بنگریم نتایج مختلفی حاصل می‌شود. به همین جهت یکی از فقها (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۳۴۹) به این نکته تصریح نموده است که اگر این مبنا را بپذیریم حتی می‌توان بیع مال مرهون را در صورت شرط نمودن بقای حق مرتهن مورد پذیرش قرار داد. شاید با توجه با همین نگاه، برخی دیگر از فقها (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۴/۴۵۰؛ همو، ۱۴۱۳: ۱۶/۲۶۶؛ موسوی خویی، بی‌تا: ۵/۲۳۹) منافاتی میان تصرفات ناقلاً عین و حق مرتهن قائل نبوده و حتی گذاشتن شرط مزبور را نیز لازم ندانسته‌اند و در هر حال حق مرتهن را باقی دانسته‌اند. بنابراین مطابق این نگاه نیز دو نظر در خصوص تصرفات ناقله و به ویژه بیع وجود دارد یکی اینکه تصرفات مزبور

۱. در تعریف رهن، وثیقه دین بودن مورد تصریح قرار گرفته است (در این خصوص ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹: ۲/۳۲۸؛ فاضل آبی، ۱۴۰۸: ۱/۵۳۹؛ شهید اول، ۱۴۱۴: ۳/۳۸۰؛ همو، ۱۴۱۱: ۱۱۶).

با قید حفظ حقوق مرتهن صحیح است و دیگری اینکه در هر حال چه با قید حفظ حقوق مرتهن و چه بدون قید، صحیح بوده و حق مرتهن باقی است. به نظر می‌رسد، اولاً نگاه دوم در خصوص ماهیت رهن منطقی‌تر است و دلیل قانع‌کننده‌ای برای دیدگاه نخست وجود ندارد. به عبارت بهتر وثیقه برای برقراری تأمینی در سررسید دین می‌باشد و اینکه الزامی بیش از آن بر عهده‌راهن باشد، با اصل براءة ذمه منافی است. به علاوه بیع و سایر تصرفات ناقل عین لطمه‌ای به حق مرتهن نمی‌زند و باعث از بین رفتن حق او نمی‌گردد. بنابراین ضرورتی در غیر نافذ دانستن تصرفات ناقل عین وجود ندارد. به ویژه اینکه اصل بر صحت قراردادهایی است که واقع می‌شود و خلاف آن نیازمند دلیل است.

۲. وضع تصرفات ناقل عین از نظر حقوقی

در حقوق مدنی نیز با توجه به اختلاف‌های فقهی فوق، میان نویسندگان حقوقی اختلاف نظرهایی وجود دارد. جالب این است که بازگشت همه اختلاف‌های حقوقی نیز به منافات یا عدم منافات تصرفات ناقل عین با حق مرتهن است. قانون‌گذار ایران، به اجمال حکم تصرفات راهن در مال مرهون را در مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ قانون مدنی بیان نموده است. به موجب ماده ۷۹۳ ق.م. «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن». هرچند به موجب این ماده تصرفات منافی با حق مرتهن بدون اذن وی ممنوع اعلام شده است، ولی قانون‌گذار شاید به صورت عامدانه و به دلیل اختلاف نظرهای فقهی، مصادیق تصرفات منافی را بیان ننموده است. به همین جهت در مورد برخی تصرفات، حقوق‌دانان به وحدت نظر نرسیده‌اند. در مورد تصرفات ناقل مالکیت که موضوع بحث ماست برخی از نویسندگان حقوقی (امامی، ۱۳۸۳: ۳۶۹/۲-۳۷۰) تصرفات مزبور را در صورتی که با حفظ حقوق مرتهن صورت گیرد نافذ دانسته‌اند به این دلیل که منافات و تعارض با حقوق مرتهن ندارد ولی چنانچه انتقال، بدون قید انجام پذیرد آن را منافی حقوق مرتهن و غیر نافذ دانسته‌اند. ولی برخی دیگر (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۹۹؛ بروجرودی عبده، ۱۳۸۰: ۳۱۵) تصرفات ناقلاً عین را مطلقاً منافی حق مرتهن و غیر نافذ تلقی نموده‌اند.

برخی دیگر از اساتید (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۷۵-۲۷۶؛ همو، ۱۳۸۵: ۴۸۵) نیز علی‌رغم تمایلی که به پذیرش عدم منافات میان تصرفات ناقل عین و حق مرتهن دارند ولی با توجه به مفاد ماده ۲۶۴ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ در رهن قضایی (مالی که به سود طرف دعوی توقیف شده است) و به ویژه لحن ماده ۳۴ مکرر اصلاح شده در ۵۱/۱۰/۱۸ از قانون ثبت^۱ و مفاد ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی که تصرفات ناقل ورثه را بدون اجازه بستانکاران در ترکه (وثیقه عمومی طلبکاران) نافذ نمی‌داند و شهرت میان فقهای امامیه، این نظر را می‌پذیرند که راهن حق انتقال مورد رهن را بدون اذن مرتهن به دیگری ندارد و معامله‌ای را که بدین ترتیب واقع شود خواه مطلق یا با قید حق مرتهن باشد، در حکم فضولی دانسته و اجازه مرتهن را موجب تنفیذ آن می‌دانند.

در رویه قضایی نیز مسئله میان محاکم، محل اختلاف بوده است و همین امر موجب شده در زمینه سرقفلی، دیوان عالی کشور رأی وحدت رویه صادر نماید. توضیح اینکه در خصوص انتقال حق سرقفلی مغازه مرهونه که از توابع عین مرهونه می‌باشد آرای متعارضی از شعب بیست و یکم و چهاردهم دیوان عالی کشور صادر شده و شعبه بیست و یکم انتقال مزبور بدون اذن مرتهن را صحیح و شعبه چهاردهم آن را مغایر با ماده ۷۹۳ قانون مدنی و غیر نافذ دانسته است به همین جهت هیئت عمومی دیوان عالی کشور به بررسی موضوع پرداخته و در مقام ایجاد وحدت رویه به موجب رأی شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ انتقال و فروش سرقفلی مغازه مرهونه را به شخص ثالث بدون اذن مرتهن، از جمله تصرفاتی تلقی نموده که با حق مرتهن منافات داشته و آن را غیر نافذ تلقی نموده است (اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، ۱۳۸۳: ۴۴۹-۴۵۰). طبیعی است می‌توان با وحدت ملاک از رأی مزبور، فروش خود عین مرهونه را بدون اذن مرتهن نیز غیر نافذ تلقی نمود.

هرچند با وجود رأی وحدت رویه مزبور، نظام قضایی به سمت تبعیت از نظر مشهور فقهی پیش رفته است لیکن به نظر ما، مبانی استدلالی نظر عدم منافات،

۱. البته در حال حاضر ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت به موجب قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن، مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ مجلس شورای اسلامی حذف گردیده است.

قوی تر است. به ویژه اینکه در تحلیل حقوقی ماهیت حق مرتهن، حق مزبور در زمره حقوق عینی قرار دارد و خصیصه حق عینی این است که دارنده آن، هر کجا آن را بیابد می تواند مطالبه کند (حق تعقیب) و در مقابل همگان قابل استناد است و کسی نمی تواند آن را انکار نماید. بنابراین انتقال مالکیت عین مرهونه که به معنای تغییر مالک عین است هیچ منافاتی با حق مرتهن ندارد. کما اینکه اگر راهن وفات یابد، ورثه او جانشینش می گردند و در عین حال به حق مرتهن هیچ گونه لطمه ای وارد نمی گردد. به همین جهت شایسته است قانون گذار به صراحت ضمن تبیین مصادیق تصرفات منافی با حق مرتهن، تصرفات ناقل مالکیت را به رسمیت شناسد.

۳. تأثیر اذن یا اجازه مرتهن در خصوص تصرفات ناقله عین،

بر حق وی

همان گونه که در مباحث گذشته بیان گردید، بر اساس نظر مشهور و نظر مورد پذیرش رویه قضایی ایران، تصرفات ناقله عین از جمله فروش مال مرهون بدون اذن مرتهن غیر نافذ است. حال این سؤال بر اساس این نظریات مطرح می گردد که اگر راهن با اذن مرتهن اقدام به انعقاد قرارداد ناقل عین نماید یا مرتهن قرارداد را اجازه داده تنفیذ نماید، اذن یا اجازه مزبور چه تأثیری بر حق وی دارد. آیا حق رهن وی را منتفی می نماید یا خیر؟ در صورتی که پاسخ مثبت باشد، این سؤال مطرح می شود که آیا مرتهن نسبت به عوض در قراردادهای معاوضی حق رهن می یابد یا خیر؟ در این مبحث باید به این سؤالها پاسخ گفت.

در پاسخ به سؤال نخست، وحدت نظر وجود ندارد. لیکن می توان ادعا نمود که مشهور فقها که تصرفات ناقل عین را غیر نافذ تلقی می نمایند، اثر اجازه مرتهن را بطلان و از بین رفتن حق رهن می دانند، یعنی میان انتقال مالکیت مال مرهون و بقای حق رهن نیز منافات می بینند. به عبارت دیگر اذن یا اجازه مرتهن را اسقاط حق رهن به شمار می آورند (در این خصوص ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۳۶/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۸۲/۴؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۲۱۲/۲۵).

برخی از فقیهان (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳/۳۵۱) نیز میان اینکه اجازه، مربوط به اسقاط حق یا امضای عقد بدون اسقاط حق باشد تفکیک قائل شده و در فرض اخیر قرار گرفتن عوض در رهن مرتهن را بعید ندانسته‌اند.

بنابراین به عنوان نتیجه‌گیری کلی از بررسی موضوع در فقه امامیه باید گفت در خصوص تصرفات ناقل عین مرهونه، اغلب فقها آن را غیر نافذ تلقی نموده و صحت آن را موقوف به اجازه مرتهن می‌دانند و اجازه مزبور را موجب از بین رفتن حق رهن وی تلقی می‌نمایند.

از نظر حقوقی نیز در اینکه آیا اجازه موجب سقوط حق مرتهن می‌گردد یا خیر، اختلاف نظر است. برخی نویسندگان حقوق مدنی (امامی، ۱۳۸۳: ۲/۳۷۰؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۱۵)، آن را موجب فک رهن می‌دانند. در این راستا دکتر سیدحسن امامی از اساتید و شارحان قانون مدنی (امامی، ۱۳۸۳: ۲/۳۷۰-۳۷۱) معتقد است، در صورتی که مرتهن معامله مزبور را اجازه ننماید و رد کند، معامله باطل و کأن لم یکن خواهد بود لیکن اگر آن را اجازه دهد، کاشف از تحقق معامله از زمان عقد می‌باشد و از این نظر که معامله مورد نظر با عقد رهن منافات دارد، رهن فک می‌شود. به اعتقاد این حقوق‌دان، در چنین وضعی اگر معامله‌ای که بر عین مرهونه واقع شده معوض باشد، در فرضی که عوض به دست آمده پول است، به جای آن در رهن قرار نمی‌گیرد؛ زیرا ظاهر در این فرض این است که راهن به قصد استفاده از عوض آن را انتقال داده است مگر آنکه بر خلاف آن مقرر شده باشد. لیکن در فرضی که عوض، مال دیگری غیر از پول باشد مانند آنکه خانه مورد رهن را با باغچه‌ای در بیلاق معاوضه و یا صلح کند، ظاهر آن است که مال مزبور، مورد رهن قرار می‌گیرد مگر آنکه بر خلاف آن مقرر شده باشد. البته ایشان در این فرض نیز احتمال داده‌اند که بتوان گفت عوض مانند فرض قبل در رهن واقع نمی‌شود؛ زیرا مورد عقد رهن، عین معوض بوده که مورد انتقال قرار گرفته و با پایان یافتن رهن، موجبی برای رهن قرار گرفتن عوض موجود نشده است.

در مقابل نظر فوق، برخی دیگر از اساتید معتقدند: «معامله‌ای که بدین ترتیب انجام می‌شود، خواه مطلق یا با قید حق مرتهن باشد، در حکم فضولی است و اجازه

مرتهن آن را از هنگام عقد تنفیذ می‌کند ولی به معنای انصراف از رهن نباید انگاشته شود؛ زیرا هیچ تعارضی بین نفوذ معامله و باقی ماندن وثیقه وجود ندارد...» (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲/۲۷۶).

قانون در موارد فوق حکم صریحی ندارد. به نظر می‌رسد نظر اخیر موجه‌تر باشد. در عین حال باید به تحلیل اراده مرتهن در اذن یا اجازه پرداخت. طبیعی است اگر شرایط و اوضاع و احوال دلالت بر این نماید که وی با اذن یا اجازه در مقام اسقاط حق رهن و صرف نظر نمودن از آن باشد، دیگر نمی‌توان به بقای حق وی حکم نمود؛ زیرا حق رهن قابلیت اسقاط و اعراض دارد. در این حالت نافذ شدن قرارداد ناقل عین به دلیل منتفی شدن حق مرتهن خواهد بود. لیکن اگر قرائنی مبنی بر انصراف مرتهن از حق خویش وجود نداشته باشد، اصل بر بقای حق است و منافاتی میان تنفیذ قرارداد جدید و بقای حق مرتهن وجود ندارد. در مورد اینکه اگر قرارداد معاوضی باشد یا حق مرتهن بر عوضی که به مالکیت رهن درآمده است، قرار خواهد گرفت یا خیر، باید گفت، چنانچه توافق ویژه‌ای میان رهن و مرتهن صورت گرفته باشد، مانعی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا به موجب ماده ۱۰ قانون مدنی و نیز ماده ۲۱۹ آن قانون و بر پایه عمومات وفای به عقد، قراردادهایی که میان اشخاص بسته می‌شود در صورتی که مخالف قواعد آمرانه قانونی و شرعی نباشد، نافذ بوده، لازم الاتباع است. لیکن اگر قراردادی میان رهن و مرتهن در کار نباشد، تعلق حق مرتهن بر عوض قرارداد، فاقد دلیل و وجاهت است.

نتیجه‌گیری

در خصوص تصرفات ناقل عین مرهونه (از جمله فروش آن) توسط رهن در مدت رهن میان فقها اختلاف است. برخی تصرفات مزبور را به نحو مطلق باطل دانسته، گروه کثیری نیازمند اذن یا اجازه مرتهن دانسته و پاره‌ای از فقیهان آن را صحیح به شمار می‌آورند. نظر دوم نظریه مشهور فقیهان بوده و اجماع، برخی روایات، منافی با حق مرتهن بودن و ممنوعیت تصرف در عین متعلق حق مرتهن، به عنوان ادله آن ذکر گردیده است. با بررسی به عمل آمده، ادله مزبور قابل انتقاد می‌باشد؛ زیرا

اجماع مدرکی بوده، روایت علاوه بر ضعف سندی، دلالت متقنی بر ادعا نداشته، منافات تصرفات ناقله با حق مرتهن محل تردید بوده و صرف وجود حق مرتهن نسبت به عین مرهونه مانعی جدی برای تصرف راهن مالک در ملک خود به شمار نمی آید. همچنان که تصرف ناقل عین موجب از بین رفتن حق مرتهن نمی گردد. در هر حال همین اختلاف نظرها به گونه ای میان حقوق دانان نیز راه یافته است به ویژه اینکه قانون مدنی در ماده ۷۹۳ از ممنوعیت تصرفات منافی بدون اذن مرتهن سخن گفته است. رویه قضایی و غالب حقوق دانان، به پیروی از نظر مشهور فقهی، تصرفات ناقل عین را منافی با حق مرتهن و غیر نافذ دانسته اند. در خصوص تأثیر اذن یا اجازه مرتهن بر حق رهش نیز اختلافهایی به چشم می خورد لیکن مشهور فقیهان، اذن یا اجازه مرتهن را موجب سقوط حق وی به شمار آورده اند. این در حالی است که به نظر می رسد، منافاتی میان بقای حق مرتهن و نفوذ تصرف ناقل عین وجود ندارد. قانون مدنی در این خصوص ساکت است و به نظر می رسد اصل بقای حق، مؤید باقی ماندن حق مرتهن است مگر اینکه اوضاع و احوال دلالت بر قصد مرتهن مبنی بر چشم پوشی از حق خویش نماید. طبیعی است، مرتهن در صورت دادن اذن در خصوص تصرف ناقل عین یا تنفیذ قرارداد مزبور، حقی بر عوض قرارداد ندارد مگر اینکه با راهن در این خصوص قراردادی بسته باشد.

کتاب‌شناسی

۱. اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۶، چاپ دوم، ۱۳۸۳ ش.
۲. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ بیست و چهارم، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۸۳ ش.
۳. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، تهران، مجد، ۱۳۸۰ ش.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق مدنی، رهن و صلح، چاپ سوم، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸ ش.
۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود معین، ۱۳۸۴ ش.
۶. همو، دوره مقدماتی حقوق مدنی، درسهایی از عقود معین، ج ۲، چاپ هفتم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۴ ش.
۷. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ چهاردهم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۸. امام خمینی، سیدروح‌الله، کتاب البیع، ج ۳، ۴، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۹. همو، تحریر الوسیله، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعات دار العلم، بی تا.
۱۰. همو، تحریر الوسیله، ج ۲، چاپ دوم، دار الکتب العلمیه، ۱۳۹۰ ق.
۱۱. الانصاری، شیخ محمدعلی، الموسوعة الفقهية المیسره، ج ۱، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۵ ق.
۱۲. انصاری، شیخ مرتضی بن محمدامین، کتاب المکاسب، ج ۴، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۱۳. بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضره، ج ۲۰، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفه، بی تا.
۱۴. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، منهاج الفقاهه، ج ۴، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۱۵. همو، فقه الصادق علیه السلام، ج ۱۶، چاپ سوم، قم، دار الکتب، ۱۴۱۳ ق.
۱۶. حسینی سیستانی، سیدعلی، منهاج الصالحین، ج ۲، قم، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، ۱۴۱۵ ق.
۱۷. خوانساری، سیداحمد، جامع المدارک، ج ۳، چاپ دوم، تهران، مکتبه الصدوق، ۱۴۰۵ ق.
۱۸. سلار، حمزه بن عبدالعزیز، المراسم العلویة و الاحکام النبویه، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۱۹. شهید اول، محمد بن جمال‌الدین مکی عاملی، الدروس، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفه، ۱۴۱۴ ق.
۲۰. همو، اللعة الدمشقیه، قم، دار الفکر، ۱۴۱۱ ق.
۲۱. شهید ثانی، زین‌الدین بن نورالدین عاملی، الروضة البهیة فی شرح اللعة الدمشقیه، ج ۴، قم، مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۲. همو، مسالک الافهام، ج ۴، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۴ ق.
۲۳. شیخ طوسی، ابوجعفر محمد بن الحسن، الخلاف، ج ۳، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۲۴. صافی، شیخ لطف‌الله، هداية العباد، ج ۲، قم، مؤسسه السیده المعصومه علیها السلام، ۱۴۲۰ ق.
۲۵. طباطبایی، سیدعلی، ریاض المسائل، ج ۸، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۶. طباطبایی زیدی، سیدمحمدکاظم، العروة الوثقی، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفه، ۱۴۱۹ ق.
۲۷. علامه حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء (ط - الحدیثه)، ج ۱۳، قم، آل البیت علیهم السلام، ۱۴۱۴ ق.

۲۸. همو، *مختلف الشيعة في احكام الشريعة*، ج ۵، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، *کشف الرموز*، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۸ ق.
۳۰. گلپایگانی، سید محمد رضا، *هدایة العباد*، ج ۲، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۷ ق.
۳۱. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۲، چاپ دوم، مع تعلیقات السید صادق شیرازی، تهران، استقلال، ۱۴۰۹ ق.
۳۲. محقق سبزواری، محمد باقر، *کفایة الاحکام*، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۳۳. مکارم شیرازی، ناصر، *کتاب النکاح (مکارم)*، ج ۲، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب (علیه السلام)، ۱۴۲۴ ق.
۳۴. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *کتاب الاجاره*، قم، مدرسه دار العلم، ۱۳۶۵ ق.
۳۵. همو، *مصباح الفقاهه*، ج ۵، بی نا.
۳۶. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج ۲۵، ۲۶، ۲۷، چاپ ششم، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ ق.