

## ضمانت اجرای بیع عین مرهون: مطالعه‌ای در فقه تطبیقی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۵/۳۰

محسن ایزانلو\*

سینا حبیبی\*\*

هادی شهبانی کندسری\*\*\*

### چکیده

اندیشه عدم نفوذ بیع عین مرهون در فقه، اندیشه مشهوری است. اما مطالعه دقیق‌تر در فقه نشان می‌دهد که فقیهان راه‌حل‌های گوناگونی برای عدم نفوذ بیع مال مرهون در نظر گرفته‌اند. راه‌حل نخست، بطلان بیع است. راه‌حل دوم، عدم نفوذ بیع است (طرفداران عدم نفوذ درباره بقای حق مرتهن، در صورت اجازه اختلاف نظر دارند). گروهی حق مرتهن را بر عین مرهون باقی می‌دانند. گروه دیگری بر این باورند که اجازه سبب سقوط حق مرتهن می‌شود و سرانجام، گروه سوم بیع عین مرتهن را بر ثمن، یعنی بدل عین مرهون، استوار می‌سازند. راه‌حل سوم عدم قابلیت استناد عقد در برابر مرتهن است که از فروع نظریه عدم نفوذ است. سرانجام، برخی بیع عین مرهون را صحیح می‌انگارند. گروهی از طرفداران صحت بیع، حق مرتهن را بر عین مرهون باقی می‌دانند و گروه اندکی، حق او را بر ثمن (بدل)، مستقر می‌دانند. این مقاله به بررسی این نظرات گوناگون در مکاتب مختلف فقهی می‌پردازد.

### واژگان کلیدی

بیع عین مرهون، بطلان، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد، صحت، قائم‌مقامی عینی.

\* استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران izanloo@gmail.com

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران habibi89\_noori@yahoo.com

\*\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، (نویسنده مسئول)، h\_shabani1367@ut.ac.ir

## مقدمه

هدف نهایی از انعقاد قراردادها و ایجاد تعهدات، اجرا و انجام آنهاست. جهت نیل به این هدف، تاریخ حقوق شاهد ظهور دو قسم تأمینات یا تضمینات عینی و شخصی بوده است. بحث از وثایق شخصی از قبیل ضمانت و کفالت از موضوع نوشته حاضر خارج است، ولی در وثیقه عینی، طلبکار بر مال معینی از اموال بدهکار حق پیدا می‌کند، همانند عقد رهن که سبب ایجاد حق عینی تبعی برای مرتهن با هدف استیثاق و ایجاد اطمینان طلبکار از بازپرداخت طلب می‌شود. پس از عقد رهن، راهن مالک مال مرهون باقی می‌ماند، ولی در خصوص قلمروی تصرفات او در عین مرهون اختلاف است. بدون تردید، «تصرفات منافی» با حق مرتهن نافذ نیست و قاعده لاضرر مانع استناد راهن به اصل تسلیط می‌شود، ولی تمام بحث در مصادیق تصرف منافی است. یکی از مصادیق مورد اختلاف و چه بسا مهم‌ترین آن، بیع مال مرهون است. در فقه امامیه و مذاهب اهل سنت، در این باره بحث و گفتگو زیاد است و مشاهده تاریخ فقه، نمایانگر دقت نظر عمیق و موشکافی تام فقیهان و تحول آرام دیدگاه‌هاست.

در این زمینه، تاکنون سه نظریه بطلان، عدم نفوذ و عدم قابلیت استناد بیشتر مورد توجه قرار گرفته است. ولی به نظر می‌رسد در فقه امامیه سیر تحول دیدگاه‌ها به سمت صحت فروش مال مرهون پیش می‌رود. بنابراین، لازم است با نگرشی جدید به ضمانت اجرای بیع عین مرهون پرداخت و درستی یا نادرستی نظریه صحت بیع رهن را تبیین کرد و شقوق مختلف آن را معلوم نمود تا بتوان از آن به‌عنوان راهکاری نوین برای نظام حقوقی و هدایت رویه قضایی متشتت و پراضطراب بهره برد. بدین منظور و برای نمایاندن سیر تحول ضمانت اجراها از شدید به خفیف، نظریه بطلان، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد و نظریه صحت به‌عنوان ضمانت اجرای بیع عین مرهون مطرح و ارزیابی می‌شود.

## ۱. نظریه بطلان

### ۱-۱. بیان نظریه

براساس این نظریه، هرگونه تصرف ناقله راهن در «عین» مرهون بدون اذن مرتهن از جمله بیع آن باطل است. جمعی از فقهای متقدم (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۲۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۳۳؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۰۰؛ حلبی، ۱۴۱۷،

ص ۲۴۳؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۱۷؛ مفید، ۱۴۱۳، ص ۶۲۲) و اندک قلبی از متأخران (تستری، بی تا، صص ۱۹۰ - ۱۸۹) پیرو این نظرند. <sup>۲</sup> اینان برای بطلان بیع مال مرهون به دلایلی از جمله حدیث نبوی «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» و اجماع فقها استناد می‌کنند. به علاوه، تصرفات راهن، مخل به حقوق مرتهن و در تعارض با آن است و هدف از عقد رهن، توثیق دین، حبس مال از مالک و کوتاه کردن ید و قطع سلطنت اوست. پس، اگر راهن در تصرفات خود آزاد بوده و حق همه‌گونه تصرف در عین مرهون را داشته باشد، دیگر دلیلی برای پرداخت دین ندارد. اما اگر عین حبس شود، چون راهن از این حبس عین و محدودیت رنج می‌برد، لذا ترجیح می‌دهد که دین را ایفا کند تا عین از حبس رها گردد. در نتیجه، باید قائل به حجر مطلق راهن و مرتهن نسبت به مال مرهونه گردید که این حجر، حجر ناشی از عدم اهلیت راهن و مرتهن نیست، بلکه نقیصه در عین است که قابلیت انتقال ندارد.

البته احتمال می‌رود منظور تمام معتقدان به این نظریه، بطلان به معنای خاص نباشد، چرا که برخی با آوردن اذن یا اجازه مرتهن یا تصرف قبل یا بعد از حلول دین، به «عدم نفوذ» متمایل اند (شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۳۳؛ الأنصاری، بی تا، ص ۱۶۳؛ ابن نجیم، بی تا، ص ۲۹۸) و حتی برخی که از ممتنع بودن بیع مرهونه به دلیل تسلط مرتهن بر مرهونه و عدم قدرت بر تسلیم آن سخن گفته‌اند، به «عدم نفوذ» آن اشاره کرده‌اند (ابن نجیم، بی تا، ص ۲۹۸).

## ۲-۱. نقد نظریه

نظریه بطلان فروش عین مرهون مورد انتقاد شدید فقهای متأخر قرار گرفته است: ۱- در خصوص روایت مورد استناد باید توجه داشت که اولاً سند و دلالت آن ضعیف است: سند روایت یاد شده، مرسل است و شهرت آن، ضعف سند را جبران نمی‌کند. تناسب حکم و موضوع هم اقتضا می‌کند که روایت دلالت بر بطلان بیع نکند (ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۲۵۱؛ طباطبایی حکیم، بی تا، ص ۳۸۷). ثانیاً روایت ناظر به تصرفات مستقل راهن و مرتهن است که اذن به آن‌ها داده نشده یا اجازه ضمیمه آن‌ها نشده است. ثالثاً مستفاد از اخبار، هرگاه منع از معامله به خاطر حق غیر باشد، اگر آن معامله با اذن سابق مالک صحیح باشد، با لحوق رضایت بعدی صاحب حق هم تنفیذ

می‌شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۴، ص ۱۵۶).

۲- در مورد اجماع باید گفت که با توجه به مخالفت اکثر علمای متأخر و اعتقاد آن‌ها به صحت عقد در صورت اجازه مرتهن یا به صورت مطلق، اجماع مزبور غیرقابل اعتماد می‌شود.

۳- هدف از رهن، منع مالک یا حبس مال نیست، بلکه آن است که عینی وثیقه دینی قرار گیرد تا پرداخت آن را تضمین نماید. این ادعا که حبس مطلق مال سبب می‌شود مرتهن به موقع دین خویش را تأدیه نماید، همراه با دلیلی نیست، و عدم لزوم استمرار قبض هم که بسیاری از فقهای امامیه بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۱۹۸؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۱۰۸؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵، ص ۴۴۴؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۳، ص ۱۳۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۵؛ صیمری، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۱۳۵) مؤید این امر است. برخی از فقها نیز تصریح کرده‌اند که هدف از انعقاد رهن تضمین پرداخت طلب است. برای نمونه، صاحب جامع الشتات ضمن پاسخ به سؤالی می‌گوید: «حکمت در رهن استیثاق و طلب تحصیل اعتماد است در حفظ مال» (میرازی قمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۳۱).

۴- قیاس اولویت نسبت به بیع فضولی: ادله‌ای که نشان می‌دهد عقد فضولی باطل نیست، به طریق اولی باطل نبودن بیع مال مرهون را اثبات می‌کند؛ زیرا بیع فضولی، فروش بدون سمت مال متعلق به دیگران است، اما در بحث ما راهن مال خویش را می‌فروشد و مرتهن بر این مال صرفاً دارای حق عینی تبعی است. پس، هرگاه عقد فضولی باطل نباشد، عقد مورد بحث هم به طریق اولی باطل نخواهد بود (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، صص ۱۸۸ - ۱۸۵).

۵- بطلان بیع، باعث معطل ماندن و عدم استفاده از مرهونه می‌شود و در اسلام، طبق قاعده «لا ضرر»، احکام ضرری برداشته شده است (ابن قدامة، ۱۴۰۵، ص ۲۹۳).

## ۲. نظریه عدم نفوذ

### ۲-۱. بیان نظریه

#### ۲-۱-۱. نظریه عدم نفوذ در فقه اهل سنت

در مذاهب اهل سنت، بین تصرفات قبل از قبض و بعد از قبض تفکیک قائل شده‌اند:

الف) در مورد تصرفات راهن قبل از قبض مال مرهون، اکثر فقهای عامه (حنفی، شافعی و حنبلی)، این نوع تصرفات را نافذ می‌دانند؛ زیرا قبل از قبض عین، حقی برای مرتهن ایجاد نشده است. در واقع، قبض از ارکان عقد رهن و شرط صحت آن است و در صورت عدم قبض عین، عقد رهن کامل نشده است و از این رو، تصرفات قبل از قبض نافذ است و نیاز به اذن مرتهن ندارد. اما مالکی‌ها که قبض را از ارکان صحت عقد نمی‌شمرند و معتقدند رهن همانند سایر عقود با ایجاب و قبول واقع می‌شود، بر این باورند که حق عینی برای مرتهن به صرف ایجاب و قبول ایجاد می‌شود. ب) اما پس از قبض عین مرهون اکثر فقهای عامه که قبض را جزء سبب و ارکان عقد رهن می‌دانند، هیچ‌یک از تصرفات مادی و حقوقی در عین مرهون را به جز تصرفات اصلاحی نافذ نمی‌شمرند (ابن قدامة، ۱۴۰۵، ص ۲۹۳). در مورد بیع عین مرهون نیز، نفوذ آن نیازمند اذن مرتهن است و در موردی که مرتهن بیع را اجازه نکند، بیع منفسخ نمی‌شود، بلکه متوقف باقی می‌ماند و مشتری مختار است که صبر نماید تا اینکه رهینه فک شود یا اینکه امر را به قاضی ارجاع دهد تا بیع را فسخ کند (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ص ۵۰۸؛ جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۳۹۱). مواد ۷۴۳ و ۷۴۷ المجله (قانون مدنی دولت عثمانی) نیز مؤید این مطلب است. در ماده ۷۴۷ این قانون آمده است: «هرگاه راهن بدون رضایت مرتهن مورد رهن را بفروشد، بیع نافذ نیست»<sup>۲</sup> (نجفی، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۳۱۷).

## ۲-۱-۲. نظریه عدم نفوذ در فقه امامیه

در مذهب امامیه، به اعتقاد گروه کثیری از فقیهان تصرفات ناقله چه در عین و چه منفعت و چه در بدل عین، غیرنافذ است و با اذن مرتهن صحیح می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۴۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۱۹۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۷۳؛ محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۳۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳، ص ۲۰۸؛ موسوی اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۸۵؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱، ص ۹۶؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۵۶۳). در این راستا برخی از فقها بر این باورند که بدون اذن مرتهن، بیع راهن غیرنافذ می‌ماند، ولی مشتری می‌تواند تا زمان فک رهن، صبر یا با مراجعه به حاکم تقاضای فسخ بیع کند؛ خواه از مرهونه بودن مبیع آگاه باشد خواه نباشد (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۳۹۰). در مقابل، پاره‌ای معتقدند اختیار مشتری در اینکه تا فک رهن

صبر کند یا فسخ کند، در صورتی است که جاهل به رهن بودن مال باشد (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۵؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲، ص ۵۰۸).

نظریه عدم نفوذ بیع مال مرهون که ظاهراً نظر مشهور فقهای امامیه است، مبتنی بر استدلال‌های زیر است:

۱- حدیث نبوی «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف»: تصرفات مرتهن در عین مرهون باطل نیست، بلکه غیرنافذ است و عطف مرتهن به راهن در این روایت اقتضا دارد که معاملات راهن نیز غیرنافذ باشد.

۲- روایت پیرامون نکاح برده بی اذن مالک: به نظر برخی فقها، در مورد ازدواج برده بدون اذن ارباب روایاتی وجود دارد که انضمام اجازه بعدی ارباب را موجب صحت عقد می‌داند. در این روایات، علت حکم مذکور چنین بیان شده است که «إنه لم يعص الله و إنما عصی سیده». به نظر ایشان از این مضمون، این قاعده کلی به دست می‌آید که هر گاه عقدی به خاطر حق یک انسان مورد نهی قرار گیرد، در صورت رضایت صاحب حق و اعلام موافقت او، ممنوعیت آن برطرف می‌شود و اثر خود را خواهد بخشید، اما اگر انعقاد عقد، خود یکی از معاصی الهی محسوب گردد و ممنوع شود، هرگز قابل اصلاح نیست و رضایت بعدی خدای سبحان هم ممکن نیست. فروش مال مرهونه هم معصیت الهی نیست و تنها به دلیل حق مرتهن ممنوع شده است که در صورت رضایت مرتهن صحیح خواهد بود (خویی، بی تا، ج ۵، ص ۲۴۰).

۳- عمومات «أحل الله البيع»، «أوفوا بالعهد» و «تجارة عن تراض»: عمومات مذکور که صحت عقد و لزوم پایبندی به مفاد آن را اثبات می‌کند، همه خرید و فروش‌ها را در بر می‌گیرد و در رابطه با رهن هیچ‌گونه تخصیص و استثنایی صورت نگرفته است تا بدین وسیله از شمول ادله مزبور خارج شده باشد.

۴- برخی گفته‌اند بیع مرهونه با سلطنت مرتهن منافات دارد، چرا که جواز بیع به معنای عدم سلطنت او خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۲۰۰). بنابراین، مرتهن به خاطر حق سلطنت باید حق رد معامله را دارا باشد.

۵- بعضی از فقیهان احتمال داده‌اند که دلیل عدم نفوذ فروش مرهونه، منافات داشتن آن با حق مرتهن نباشد، بلکه دلیل منع آن، ممکن است تصرف در متعلق حق رهن باشد. در حقیقت، همان‌گونه که تصرف در اموال مردم جایز نیست، تصرف در

متعلق حقوق آنان نیز جایز نیست و از آنجا که فروش مرهونه تصرف در متعلق حق مرتهن است، پس، فروش آن غیر نافذ است (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۲۷۲).

البته در صورتی که بپذیریم بیع عین مرهون غیر نافذ است، احکام و فروعی بر آن بار می‌شود که گاه با نظریه عدم نفوذ سازگاری ندارد. مهم‌ترین این موارد عبارتند از:

#### الف) اثر اذن یا اجازه مرتهن بر حق رهن. درباره تأثیر اذن یا اجازه مرتهن بر

حق رهن وی، بین فقها و مذاهب مختلف اتفاق نظر وجود ندارد:

یک- در فقه امامیه. آن دسته از فقهای شیعه که تصرفات ناقله در عین مرهون از جمله بیع آن را غیر نافذ می‌دانند، غالباً اذن یا اجازه مرتهن را سبب از بین رفتن حق رهن او می‌شمارند؛ یعنی میان انتقال مالکیت مرهونه و بقای حق رهن نیز منافات می‌بیند. به عبارت دیگر، اذن یا اجازه مرتهن را اسقاط حق رهن او به شمار می‌آورد (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۳، ص ۸). حتی براساس این نظر، اگر مرتهن به رهن اذن در بیع مرهونه بدهد و بیع صورت بگیرد، نه تنها رهن باطل می‌شود، بلکه واجب نیست که ثمن آن، رهن قرار بگیرد؛ چرا که متعلق رهن، عین است و الزامی در جایگزین کردن بدل نیست. البته این حکم در صورتی است که هنگام اذن در بیع، قرار گرفتن ثمن به‌عنوان رهن، شرط نشده باشد وگرنه طبق «المؤمنون عند شروطهم»، آن شرط لازم الوفا است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، صص ۵۱-۵۰؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳، ص ۲۲۹؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۰). پاره‌ای دیگر بین اجازه مربوط به اسقاط حق و اجازه ناظر بر امضاء عقد بدون اسقاط حق، تفکیک قائل شده و در فرض اخیر، قرار گرفتن عوض در رهن مرتهن را بعید ندانسته‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۵۱).

به‌طور خلاصه، فقهای شیعه که تصرفات ناقله در عین مرهون را غیر نافذ و منوط به اذن یا اجازه مرتهن می‌دانند، در اینکه اثر اجازه چیست، اختلاف نظر دارند و سه نظریه در این زمینه مطرح شده است: ۱- اجازه مرتهن، عقد غیر نافذ را تنفیذ کرده و حق رهن را ساقط می‌کند. ۲- اجازه عقد را نافذ می‌کند، ولی سبب سقوط حق مرتهن نمی‌شود و حق رهن بر عین مرهون باقی می‌ماند. ۳- اجازه سبب می‌شود که حق مرتهن به بدل تعلق گیرد. تفصیل بحث در آینده و ضمن نظریه صحت بیع عین مرهون مطرح می‌شود.

دو- در فقه اهل سنت. فقهای حنفی، در صورتی که راهن عین مرهون را قبل از حلول دین با اذن مرتهن بفروشد، عقد رهن را باطل می‌پندارند؛ زیرا راهن با این اذن که منافی حق عینی اوست، از حق خود صرف نظر کرده است. برخی نیز بر این نظرند که با اجازه بیع از سوی مرتهن، حق او به ثمن حاصل از فروش مرهونه منتقل می‌شود و دین از آنجا پرداخت می‌شود (ابن نجیم، بی تا، ص ۲۹۸).<sup>۴</sup> در این مذهب هم برخی از فقها میان اینکه اجازه مربوط به اسقاط حق یا امضاء عقد بدون اسقاط حق باشد، تفکیک قائل شده و در فرض اخیر، قرار گرفتن عوض در رهن مرتهن را بعید شمرده‌اند (ابن عابدین، ۱۴۱۲، ص ۵۰۸). در فقه مالکی، اگر راهن بدون اذن مرتهن، عین مرهون را بفروشد، در صورت اجازه و نیز در صورتی که عین را به مثل حق مرتهن یا بیشتر بفروشد، وی حق رد بیع را ندارد، اما در صورتی که عین را به کمتر از حق مرتهن بفروشد، حق دارد که بیع را رد یا اجازه کند. در این زمینه، بین فقهای حنفی، حنبلی و شافعی اشتراک نظر وجود دارد و در فقه امامیه هم دیدگاه شیخ طوسی با این دیدگاه فقهای عامه همگونی دارد. برخی از فقهای حنبلی، در مورد تصرفات بعد از قبض معتقدند در صورت اذن مرتهن، تمامی تصرفات راهن نافذ هستند؛ زیرا با اذن، حق خویش را ساقط کرده است. بر طبق فقه شافعی، مرتهن پس از اعطاء اذن و پیش از تصرف راهن، می‌تواند از اذن خود عدول کند؛ هر چند راهن از رجوع او آگاه نگردد و تصرفی در مرهونه کند، که در این حالت تصرفش باطل می‌گردد (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۳۸۹). به علاوه، اگر مرتهن به راهن در بیع مرهونه، آن هم پیش از حلول دین مؤجل اذن دهد، چیزی از بهای آن بر عهده راهن نیست؛ چرا که با این اذن، رهن باطل می‌شود و آن قیمت اخذ شده، جایگزین عین مرهون، رهن قرار می‌گیرد. اما اگر دین حال باشد، مرتهن از آن ثمن، استیفای طلب می‌کند و در این فرض، رهن باطل نمی‌شود و راهن از تصرف در آن ثمن تا ایفای دین منع می‌شود. در صورتی نیز که مرتهن به راهن اذن در فروش مرهونه دهد، به شرط آنکه ثمن حاصل از آن رهن قرار گیرد، آن بیع باطل و فاقد اثر است؛ چرا که آن اذن، به واسطه فساد شرط، باطل و فاسد است (الأنصاری، بی تا، ص ۱۶۳).

ب) اثر اجازه مرتهن پس از رد. شیخ انصاری به دقت تمام به مسئله اجازه بیع مال



مرهون پس از رد آن پرداخته است. ایشان دو وجه را پیرامون مسئله طرح می‌کند: نخست اینکه رد کردن بیع از سوی مرتهن به معنای صرف نظر نکردن او از حشش است. رد مرتهن، مشابه رد در بیع فضولی نیست؛ چرا که اجازه‌کننده بیع فضولی، یکی از اطراف عقد است و رد طرف عقد، مبطل انشاء طرف دیگر است، ولی مرتهن نسبت به طرفین بیع، بیگانه و ثالثی تلقی می‌شود که در عین حقی دارد. بر طبق وجه دیگر، ایجاب الزام‌آور و منشأ اثر، با رضای مالک (راهن) و مرتهن هر دو محقق می‌شود و رضای هر یک، جزء تشکیل‌دهنده ایجاب مؤثر است. پس، همان‌طور که رد مالک در بیع فضولی عقد را باطل می‌کند، رد مرتهن هم همین اثر را دارد (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۱۸۹). پس از شیخ، فقهای متأخر و معاصر اجازه بعد از رد را هم مؤثر دانسته‌اند (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۶۲؛ طباطبایی قیمی، ۱۴۰۰، ج ۳، ص ۳۰؛ خویی، بی تا، ج ۵، ص ۲۴۹).

**ج) ناقل یا کاشف بودن اجازه مرتهن.** بر طبق قاعده عقلایی علت و معلول، تقدم مسبب بر سبب ممنوع است و بر این اساس، ناقل بودن اجازه، موافق قاعده به نظر می‌رسد. اما شیخ انصاری معتقد است که از اخبار و روایات بر می‌آید که اجازه مرتهن، کاشف است و بیانگر صحت عقد از زمان وقوع عقد آن است. به علاوه، اگر اجازه مالک در عقد فضولی کاشف باشد، اجازه مرتهن به طریق اولی کاشف است؛ زیرا اجازه مالک در عقد فضولی، جزء مقتضی است، ولی اجازه مرتهن، رفع مانع است. پس، هرگاه در عقد فضولی، تقدم عقد بر اجازه مالک (که جزء مقتضی و در اول سلسله اجزای علت عقد قرار دارد)، جایز باشد، تقدم آن بر اجازه مرتهن که نقش آن رفع مانع است، و نه مقتضی و نه شرط و نه سبب، به طریق اولی صحیح است. پس، مقتضای اجازه در بیع عین مرهون برخلاف عقد فضولی، کشف است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۲، صص ۱۸۸-۱۸۹).

## ۲-۲. نقد نظریه

بر نظر مشهور که بیع رهن را فضولی می‌شمارند، انتقاداتی به شرح زیر وارد است:

- ۱- حدیث نبوی از دو جهت سند و دلالت قابل تأمل است: از نظر سند، این حدیث، مرسل و از این رو، ضعیف است. حتی بر فرض پذیرش سند روایت، در دلالت حدیث بر عدم امکان تصرفات اعتباری (از جمله بیع) تردید جدی وجود دارد،

چرا که ظاهراً حدیث مورد استناد ناظر به تصرفات مادی است و دست‌کم حدیث در این زمینه اجمال دارد. افزون بر آن، اگر براساس ظاهر روایت بیع رهن را ممنوع بدانیم، اطلاق آن اقتضاء دارد که معامله انجام شده قابل تنفیذ نباشد. وانگهی، با توجه به مناسبت میان حکم و موضوع، روایت ناظر به ممنوعیت تصرفات منافی با حق مرتهن است، درحالی‌که در منافات تصرفات ناقله عین از جمله فروش عین مرهون تردید وجود دارد. به بیان دیگر، اختلاف در صغرای قضیه است، نه کبرای آن.

۲- ادعای مغایرت بیع مرهونه با سلطنت حق مرتهن، این‌گونه رد شده است که سلطنت مرتهن اولاً و بالذات و مطلق نیست، بلکه تنها برای استیفای دین به او چنین سلطنتی اعطا شده است. به همین خاطر، با سلطنت مالک در فضولی قابل مقایسه نیست (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۳۳). به علاوه، منافات بیع مرهونه با حق مرتهن مورد تردید است، چرا که نیاز نیست عین مرهون ملک رهن باشد و به همین دلیل، رهن مستعار صحیح است. پس، همان‌گونه که ممکن است از ابتدا مال مرهون متعلق به رهن نباشد، انتقال مالکیت مرهونه از رهن به خریدار نیز منافاتی با حق مرتهن ندارد. به عبارت دیگر، نیاز به بقای مالکیت رهن در طول مدت رهن به جهت حفظ حق مرتهن نیست.

۳- افزون بر ایرادات پیشین، نظریه عدم نفوذ بر فرض تنافی بیع مال مرهون با حق مرتهن بنا نهاده شده است، درحالی‌که همان‌طور که خواهد آمد، فروش مال مرهون با حق عینی مرتهن منافات ندارد.

### ۳. نظریه عدم قابلیت استناد

#### ۳-۱. بیان نظریه

طبق نظریه عدم قابلیت استناد، بیع مال مرهون میان طرفین آن، یعنی فروشنده (رهن) و خریدار، صحیح است و آثار خود را بر جای می‌نهد، اما مرتهن می‌تواند عقد بیع مذکور را نادیده بگیرد و طلب خود را از مورد رهن (مبیع) استیفا کند. در حقیقت، عقد بیع مال مرهون در برابر مرتهن قابل استناد نیست، گویا که چنین عقدی اصلاً واقع نشده است. اما در روابط دو طرف آن، عقدی صحیح و نافذ است. در این نظریه، برای توجیه وضعیت عدم قابلیت استناد به لزوم گردش مال و جلوگیری از حبس آن، جمع حقوق طرفین عقد و مرتهن و برآورده شدن هدف فقها از غیرنافذ شمردن بیع رهن

طبق نظریه عدم قابلیت استناد تکیه شده است. به نظر برخی، نظریه عدم قابلیت استناد عقد در فقه مورد توجه قرار نگرفته است (میرزانشاد جویباری، ۱۳۹۰، ص ۲۸۶). با وجود این، نشانه آشکاری از تمایل فقیهان به نوع متفاوتی از عدم نفوذ که می‌توان آن را بر عدم قابلیت استناد حمل کرد وجود دارد: در عقد غیر نافذ به معنای مرسوم، اجازه شرط صحت عقد است و با اعلام رد، معامله باطل می‌شود، درحالی‌که اعتقاد به سقوط حق مرتهن در فرض اجازه و اینکه اجازه مرتهن در واقع، مانع صحت بیع را برطرف می‌کند، و این استدلال که رد بیع فضولی از جانب مرتهن سبب بطلان بیع نمی‌شود و تنها به معنی اصرار مرتهن بر بقای حق خویش است (نائینی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۶۲؛ خویی، بی‌تا، ج ۵، ص ۲۴۹؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰، ج ۳، ص ۳۰۱)، نشانه‌هایی از عدم قابلیت استناد هستند. از سوی دیگر محقق حلی در یکی از کتاب‌هایش (محقق حلی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۱۳۷)<sup>۵</sup> عبارت امکان ابطال را به کار برده است که به عدم قابلیت استناد نزدیک‌تر است.<sup>۶</sup>

### ۳-۲. نقد نظریه

با اینکه نظریه عدم قابلیت استناد عقد رهن در برابر مرتهن به‌عنوان ضمانت اجرای بیع رهن از ضمانت اجرای بطلان و عدم نفوذ خفیف‌تر هستند و از بطلان بیهوده قراردادهای جلوگیری می‌کنند، ولی تمام بحث در این نظریه بر این فرض استوار است که بیع رهن منافی حق مرتهن است و به همین جهت، برای آن ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد در نظر گرفته‌اند. درحالی‌که در نظریه صحت بیع مال مرهون خواهیم دید که بیع رهن مغایرتی با حق عینی مرتهن ندارد.

### ۴. نظریه صحت

طبق این نظر، کلیه تصرفات ناقله رهن در عین مرهون از جمله بیع، نافذ و معتبر است، بدون آنکه نیازمند اذن مرتهن باشد. این نظر، علاوه بر اینکه از سوی متأخران فقه امامیه ارائه و تقویت شده است، ابن حزم ظاهری اندلسی نیز در کتاب المحلی آن را ذکر کرده است (الظاهری الأندلسی، بی‌تا، ص ۸۹).<sup>۷</sup> این گروه از فقها معتقدند که پس از انعقاد عقد رهن، مالکیت رهن در عین مرهون باقی می‌ماند و مالک، حق همه‌گونه تصرفی را

در ما یملک خویش دارد و به قاعده تسلیط (سلطنت) استناد می‌کنند. نظریه صحت بیع عین مرهون دو صورت دارد: الف) پس از بیع، حق مرتهن از مبیع به ثمن منتقل می‌شود. ب) حق مرتهن پس از بیع نیز بر مبیع باقی می‌ماند. هر یک از دو قسم جداگانه مطالعه می‌شود.

#### ۴-۱. صحت بیع و تبدیل حق مرتهن از مبیع به ثمن (نظریه قائم مقامی عینی)<sup>۸</sup>

در این شق، حق رهن به‌طور قهری و خود به خود (بدون نیاز به اجازه مرتهن و هیچ‌گونه توافقی بین مترهین بر بدل قرار گرفتن ثمن حاصل از فروش مال مرهون)، از مبیع به ثمن انتقال می‌یابد و مرتهن دیگر حقی بر عین مرهون ندارد. در واقع، ثمنی که از بیع مال مرهون حاصل می‌شود، قائم مقام عین مرهون شده و رهن قرار می‌گیرد. طرفداران این نظر خود بر دو گروهند: گروهی بی‌آنکه فروش عین مرهون را نیازمند اجازه مرتهن بدانند، بر این باورند که با فروش عین مرهون، حق مرتهن از عین به بدل تعلق می‌گیرد. گروه دیگری که اکثریت را تشکیل می‌دهند، از طرفداران عدم نفوذند؛ منتها معتقدند که با اجازه مرتهن، حق او از عین به بدل تعلق می‌گیرد. در واقع، تنها در حالت نخست است که نظریه قائم مقامی عینی می‌تواند از فروع نظریه صحت محسوب شود. اکنون باید دید مراد از اینکه ثمن در رهن قرار می‌گیرد، چیست: چنانچه ثمن عین معین باشد، تعلق حق مرتهن از عین به بدل، با دشواری خاصی مواجه نیست. اما در حالتی که ثمن دین است، باقی بودن رهن بر ثمن به معنای حق تقدم مرتهن بر طلبکاران رهن نسبت به ثمن خواهد بود. به عبارت دیگر، در این فرض، مرتهن فاقد حق تعقیب است، اما همچنان حق تقدم را داراست.

در هر حال اعتقاد به در رهن بودن ثمن به‌جای عین مرهون (قائم مقامی ثمن به‌جای مبیع)، هم در فقه اهل سنت و هم در فقه امامیه طرفدارانی دارد:

#### ۴-۱-۱. در فقه امامیه

صاحب تحریر المجله در مقام شرح قانون مدنی دولت عثمانی معتقد است چنانچه بیع مال مرهون توسط رهن غیرنافذ باشد و مرتهن آن را اجازه دهد، بیع نافذ می‌شود و ثمن در رهن باقی می‌ماند (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، قسم ۲، ص ۳۱۷-۳۱۶).<sup>۹</sup> آیت‌الله

حکیم نیز می‌نویسد: «اجازه عقد سبب سقوط حق مرتهن می‌شود، ولی در اینکه این حق به ثمن منتقل می‌شود یا نه، اختلاف وجود دارد. عدم انتقال حق رهن به ثمن معروف است، ولی از شیخ طوسی حکایت شده است که در کتاب مبسوط نظر اول را پذیرفته و علامه حلی در تحریر الأحکام و شهید اول در دروس از او پیروی نموده‌اند و خود نیز در نهایت می‌پذیرد که با اجازه مرتهن، ثمن در رهن قرار می‌گیرد، مگر آنکه قرینه‌ای مبنی بر دلالت اجازه بر اسقاط حق موجود باشد» (حکیم، بی‌تا، ص ۳۸۹).<sup>۱۰</sup> به‌علاوه، همان‌طور که گفته شد، پاره‌ای از فقها بین اجازه مربوط به اسقاط حق و اجازه ناظر بر امضاء عقد بدون اسقاط حق، تفکیک قائل شده و در فرض اخیر، قرار گرفتن عوض در رهن مرتهن را بعید ندانسته‌اند (خوانساری، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۳۵۱).

صاحب جواهر فرضی را بدین‌گونه مطرح می‌کند که اگر ادعا شود که مراد از اذن مرتهن به راهن در فروش مرهونه این است که ثمن آن در برابر مرهونه، رهن قرار گیرد، علاوه بر صحیح بودن بیع، مرهونه به‌طور قهری به ثمن منتقل می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۲۱۲). ولی در این باره که ماهیت این عمل حقوقی، در فرضی که ثمن دین و کلی فی الذمه است، چیست و آیا در این فرض نیز ثمن رهن است یا خیر، نظر خاصی ابراز نشده است، ولی به نظر می‌رسد عدم اشاره به آن در فقه به جهت بداهت امر بوده: ثمن، خواه عین و خواه دین، جانشین عین مرهون است. همچنانکه بسیاری از فقها رهن ابتدایی دین را نامعتبر و رهن بدلی آن را صحیح می‌دانند (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۸۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۱۳۸؛ جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۳۰۱؛ ابن عابدین، ۱۴۱۲، ص ۵۰۸؛ الکاسانی الحنفی، ۱۴۰۶، ص ۱۴۹). رهن بدلی دین دست‌کم در دو مورد پذیرفته شده است: بیع عین مرهون پیش از اجل دین در فرض سریع الفساد بودن صحیح است و در این صورت، ثمن جایگزین عین می‌شود (در اینجا از ثمن به‌عنوان مرتبه‌ای از مبیع (مرتبه من مراتبها) یاد شده است: همدانی، ۱۴۱۶، ج ۱۴، ص ۶۷۷؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، صص ۱۹۰ و ۲۱۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲، ج ۱، ص ۳۵۲؛ موسوی اصفهانی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص ۱۸۳). همچنین، در فرض تلف مرهونه، مُتلف باید بدل آن را بدهد و در هر حال، جانشین مال مرهون در دارایی راهن است (ماده ۷۹۱ قانون مدنی). به‌علاوه، هدف از رهن این است که دین از محل قیمت وثیقه استیفا شود. آنچه مُتلف در برابر عین می‌پردازد، خود به خود رهن است و نیاز به تراضی جدید ندارد (نجفی،

۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۲۴۸؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۳، ص ۱۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۹۲، ج ۴، ص ۴۶۶.

#### ۴-۱-۲. در فقه اهل سنت

یکی از اقوالی که در مذاهب اهل سنت، از جمله در فقه مالکی مطرح شده، این است که چنانچه مرتهن به راهن اذن در بیع بدهد، حق مرتهن ساقط می شود، مگر آنکه هدف مرتهن آن باشد که رهن به ثمن منتقل شود که در این صورت، ثمن به عنوان رهن باقی می ماند و بدل رهینه است (الدسوقی المالکی، بی تا، ج ۳، ص ۲۴۲-۲۴۱).<sup>۱۱</sup> به علاوه، در صورت اجازه مرتهن، نظر بسیاری از فقها این است که حق مرتهن به ثمن منتقل می گردد. به عنوان مثال، برخی از فقیهان حنفی بر این نظرند که با اجازه بیع از سوی مرتهن، حق او به ثمن حاصل از فروش مال مرهون منتقل می شود و دین از آنجا پرداخت می شود (ابن نجیم، بی تا، ص ۲۹۸). طبق ماده ۷۴۴ المجله نیز در صورتی که مرتهن بیع را اجازه کند، بیع نافذ است و عین مرهون از ارتهان خارج می شود و دین به حال خود باقی می ماند و ثمن در مقام مبیع به جای عین رهینه قرار می گیرد. در فقه شافعی هم گفته شده است که در صورت اذن مرتهن، حق رهن به ثمن تعلق می گیرد و پیش از پرداخت دین، راهن حق تصرف در آن را ندارد (الأنصاری، بی تا، ص ۱۶۳). این گفته از این جهت اهمیت دارد که اگر بپذیریم اجازه مرتهن سبب سقوط رهن نمی شود و تنها اجازه بیع است، حتی بدون اجازه نیز بیع صحیح است و رهن به ثمن تعلق می گیرد.

#### ۴-۲. صحت بیع و بقای حق مرتهن بر مبیع

در این حالت، پس از بیع نیز حق عینی مرتهن بر مبیع حفظ می شود و با آن به خریدار انتقال می یابد. بنابراین، مرتهن برای استیفای طلب از حق عینی خویش بر عین مرهون استفاده می کند، به طوری که مال مرهون در دست هر خریداری باشد، حق مرتهن بر عین مبیع باقی است.

#### ۴-۲-۱. در فقه امامیه

از حیث تاریخی گرچه نظر متقدمان فقه امامیه بر بطلان تصرفات ناقل بوده و پس از آن غالب فقها عدم نفوذ تصرفات منافی حق رهن از جمله بیع مال مرهون را پذیرفتند، اما

امروزه نظر بسیاری از فقهای متأخر و معاصر بر صحت بیع عین مرهون است و معتقدند بیع عین مرهون با حق مرتهن منافاتی ندارد (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۵؛ خویی، بی تا، ج ۵، صص ۲۳۹-۲۳۸؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۱۶۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۶، ص ۲۶۶؛ حسینی روحانی، بی تا، ج ۲، ص ۵۴؛ ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۹۰؛ ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۲۵۱؛ طباطبایی قمی، ۱۴۰۰، ج ۳، صص ۲۹۱-۲۹۰). در واقع، اختلاف نظر فقها صغروی و ناظر به منافات داشتن یا نداشتن بیع عین مرهون با حق رهن بوده است، و گرنه تریدی نبوده که تصرفات منافی با حق مرتهن صحیح نیست. امروزه فقها در این بحث صغروی و مصداقی به این نتیجه رسیده‌اند که با بیع عین مرهون، حق مرتهن به همراه مبیع به خریدار منتقل می‌شود و بنابراین، بیع آن صحیح است.

از پیشگامان این نظریه می‌توان به مقدس اردبیلی و مرحوم نراقی اشاره کرد. آنان درباره تصرفات ناقله از جمله بیع، ملاک اعتبار یا عدم اعتبار تصرفات ناقله را «ضرر مرتهن» می‌دانند (نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۳۲۲؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۱۶۴). به نظر آن‌ها، اگر حقیقت رهن، چیزی جز ایجاد وثیقه و تضمین استیفای طلب مرتهن نباشد و حبس عین نیز به معنای ممنوعیت مالک از تصرفاتی که منافی حق مرتهن است، باشد و در سلطنت مالک بر مرهونه، محدودیتی جز به قدری که مزاحم حق غیر است ایجاد نشود، جواز تصرفات رهن در مرهونه و حتی بیع آن، اقوی است. بر مبنای این قول، فقهای متأخر صحت بیع رهن را به مقدس اردبیلی نسبت داده‌اند (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۳، ص ۳۵۲؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴، ص ۳۲۲).

به علاوه، از مهم‌ترین طرفداران نظریه صحت بیع مرهون بین فقهای متأخر و معاصر مرحوم آیت‌الله خویی (ره) است. ایشان در باب منافات نداشتن بیع با رهن این‌گونه استدلال کرده‌اند که اولاً اجماع مبنی بر عدم جواز بیع (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵، ص ۱۹۵) با فرض قبول حجیت آن وجود ندارد؛ ثانیاً حدیث نبوی هم از نظر سند و هم از نظر دلالت ضعیف است و شهرتش موجب جبران ضعف آن نمی‌شود؛ ثالثاً مفهوم رهن که عبارت است از اینکه عین مالی، وثیقه دین دیگری باشد، با بیع مرهونه منافات ندارد، چرا که می‌توان در قرارداد شرط کرد که مبیع، آزاد و طلق نیست و متعلق حق دیگری است و باید فک شود. بدیهی است در صورت عدم فک، مشتری خیار تخلف

شرط دارد. حتی اگر شرط هم نشده باشد، مبیع، معیوب فرض می‌شود و مشتری می‌تواند از خیار عیب استفاده کند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۲۵؛ خویی، بی‌تا، ج ۵، صص ۲۴۲-۲۳۸).<sup>۱۲</sup> سید محسن حکیم نیز در عبارتی رسا و در تأیید صحت بیع و تداوم حق رهن بر مبیع می‌نویسد: «حق رهن قائم به عین است و با آن منتقل می‌شود و به همین خاطر است که رهن مستعار صحیح است» (طباطبایی حکیم، بی‌تا، ص ۳۸۷).<sup>۱۳</sup> برخی دیگر نیز گفته‌اند که لازم نیست راهن مالک مال مرهون باشد. بنابراین، چون مورد رهن مستحق حق الرهانه مرتهن است، حق مرتهن محفوظ است، ولی چون دلیلی بر بطلان بیع یا توقف آن بر اجازه مرتهن وجود ندارد، بیع رهن صحیح و لازم است (ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۱، ص ۱۹۰).<sup>۱۴</sup> بعضی دیگر نیز عین مرهون را به عین مستأجره تشبیه کرده و گفته‌اند: همان‌طور که استیجاری بودن مبیع مانع بیع آن نیست و مبیع مسلوب المنفعه به مشتری منتقل می‌گردد، وجود حق رهن مرتهن نیز مانع بیع رهن نمی‌شود و عین مرهون با حفظ عنوان رهن و استفاده برای پرداخت طلب مرتهن به مشتری منتقل می‌شود (اراکی، ۱۴۱۵، ج ۲، ص ۲۰۵).<sup>۱۵</sup>

#### ۲-۲-۴. در فقه اهل سنت

ابن قدامه، فقیه بزرگ حنبلی می‌گوید: «مقصود از رهن گرفتن، وثیقه خواستن برای طلب است تا در هنگام متعذر شدن استیفا از خود عین مرهون، از ثمن آن استیفای طلب صورت گیرد و این امر، منافاتی با انتفاع از آن، از جمله اجاره و عاریه دادن ندارد؛ چون که معطل کردن منفعت مرهونه، آن را در معرض ضایع شدن قرار می‌دهد و پیامبر اسلام (ص) هم از ضایع کردن مال نهی کرده‌اند و نیز برای اینکه مقتضای رهن، حبس عین نیست، بلکه مقتضایش تعلق حق مرتهن به آن است به نحوی که حق وثیقه ایجاد گردد. راهن در موارد نیاز به دفع فساد می‌تواند در مرهونه تصرفات اصلاحی کند و از آن ممنوع نیست (ابن قدامه، ۱۴۰۵، ص ۲۹۳). پس، او هم به درستی به مقتضا و هدف رهن و حق عینی ناشی از آن توجه دارد. در فقه حنفی، چنانچه تسلط راهن بر مرهونه به‌گونه‌ای حاصل شود که حق مرتهن را باطل نکند، راهن از این انتفاع ممنوع نیست (السرخسی، ۱۴۱۴، ص ۱۰۷). در فقه مالکی هم اعتقاد بر این است که از تعلق منفعت مرهونه به راهن لازم نمی‌آید که او در مرهونه تصرف کند یا مرهونه به‌طور کلی در



اختیار او قرار گیرد؛ بلکه راهن می‌تواند هر تصرفی را که سبب کاسته شدن از ارزش عین مرهون نشود، حتی بدون اذن مرتهن انجام دهد، مانند سکونت در خانه (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲، ص ۳۸۹).

بنابراین، باید گفت که چون نظر قاطع فقهای صحت بیع رهن را پذیرفته‌اند، بر انتقال مبیع با حق رهن به مشتری است، و از آنجا که جانشین شدن ثمن به جای مال مرهون نیازمند توافق است و اصل، عدم قائم مقامی مالی به جای مورد رهن است، در صورت فروش مال مرهون باید نظر اخیر یعنی تداوم حق رهن بر مبیع را پذیرفت، مگر اینکه بر قائم مقامی ثمن به جای عین مرهون توافق شود.

#### نتیجه

۱- درباره ضمانت اجرای فروش عین مرهون، عقاید گوناگونی در فقه تطبیقی ارائه شده است. گوناگونی عقاید در این باره، تا حد زیادی به هدف از انعقاد رهن باز می‌گردد. اگر هدف از عقد رهن منع راهن از تصرف در عین مرهون به منظور تحت فشار قرار دادن او برای پرداخت دین باشد، نظراتی که بر پایه عدم صحت بیع عین مرهون استوار است، موجه می‌نماید. اما اگر هدف از انعقاد رهن صرفاً برقراری تضمینی جهت وصول طلب باشد، آنگاه صحت بیع عین مرهون تقویت می‌شود، زیرا بیع عین مرهون منافاتی با حق مرتهن ندارد. عدم ضرورت استمرار قبض توسط مرتهن و امکان انجام تصرفات مادی در عین مرهون از سوی راهن نشان می‌دهد که هدف از برقراری رهن، تنها ایجاد تضمین برای پرداخت دین است و نه ایجاد فشار بر مدیون جهت پرداخت دین.

۲- بطلان، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد و صحت، چهار نظریه‌ای هستند که در باب ضمانت اجرای فروش عین مرهون در فقه ارائه شده‌اند. با احتیاط می‌توان گفت که نظرات فقیهان در یک سیر تاریخی، از بطلان به عدم نفوذ، از عدم نفوذ به معنای مرسوم به عدم قابلیت استناد و از عدم قابلیت استناد به صحت بیع مرهون متمایل شده است. اگرچه فقیهان از عبارت عدم قابلیت استناد استفاده نکرده‌اند، اما قرائنی نظیر اعتقاد به اجازه مرتهن به عنوان رفع مانع (و نه شرط) نفوذ بیع عین مرهون، امکان مسبوق بودن اجازه مرتهن به رد او و صحت بیع در صورت پرداخت طلب مرتهن،

بدون نیاز به اجازه او، نشانه‌هایی از اعتقاد به عدم قابلیت استناد هستند. در آخرین گام بیع عین مرهون صحیح دانسته شده است: بیع عین مرهون ضرری به حال مرتهن ندارد و منافی حق او نیست. سرانجام آنکه براساس برخی نظرات حق مرتهن از عین به ثمن تعلق می‌گیرد. این اندیشه مصداقی از نظریه قائم مقامی عینی در حقوق مدنی است که بر حسب مورد - یعنی ضرورت یا عدم ضرورت اجازه مرتهن - از فروع نظریات عدم نفوذ و صحت محسوب می‌شود. آن دسته از نظرات فقهی که به صحت بیع عین مرهون نظر دارند با ماهیت حق عینی سازگارترند و در وضع کنونی، دست‌کم در مورد رهن اموال غیرمنقول، بیش از سایر نظرات قابل تأیید هستند.

## یادداشت‌ها

۱. درباره ضمانت اجرای بیع عین مرهون در حقوق موضوعه، عقاید مختلفی در دکتین و رویه قضایی ابراز شده است. اما این مطالعه صرفاً یک مطالعه فقهی است که وضع مسئله را در فقه مقارن بررسی کرده است. برای دیدن عقاید مختلف در دکتین و رویه قضایی ر.ک. به: ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، عقود اذتی - وثیقه‌های دین، ص ۵۸۴-۵۸۰؛ سیدحسین امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۴۵۹-۴۵۷؛ محسن ایزانلو، «ضمانت اجرای فروش عین مرهون توسط راهن: عدم قابلیت استناد»، نقد رویه قضایی در امور مدنی (مجموعه مقالات)، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل جاودانه، ۱۳۹۱؛ اکبر میرزا نژاد جویباری، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه» بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»، فصلنامه حقوق، ش ۲، ۱۳۹۰، ص ۲۹۹-۲۸۱؛ غلامعلی صدقی، «فروش ملک مورد رهن» (نقد رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)، فصل‌نامه نقد رأی، ش ۱، ۱۳۹۲، ص ۱۱۴-۸۵.
۲. شیخ طوسی در کتاب خلاف (ج ۳، ص ۲۲۷) می‌نویسد: «إذا رهنه شیئا، ثم تصرف فيه الراهن بالبيع، أو الهبة، أو الرهن عند آخر قبضه أو لم يقبضه، أو قبضه البائع أو لم يقبضه، أو أصدقه امرأته، لم يصح جميع ذلك، و كان باطلا». ابن زهره حلبی نیز در غنیه (ص ۲۴۳) می‌گوید: «و لا يجوز للراهن أن يتصرف في الرهن بما يبطل حق المرتهن، كالبيع والهبة والرهن عند آخر، والعق، فإن تصرف كان تصرفه باطلا» (برای دیدن همین تعبیر، ر.ک.: ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۱۷).
۳. «بائع الراهن الرهن بدون رضی المرتهن، لا ینفد البیع...».
۴. در ماده ۷۴۷ المجلة الاحکام آمده است: اگر راهن، مرهونه را بی‌رضایت مرتهن بفروشد، بیع نافذ نیست و بر حق حبس مرتهن خللی وارد نمی‌شود؛ لیکن در صورتی که راهن، دین خود را ادا کند، بیع نافذ است. در صورتی هم که مرتهن، بیع را اجازه کند، بیع نافذ است و عین مرهون از ارتهان خارج می‌شود و دین به حال خود باقی می‌ماند و ثمن در مقام مبیع به‌جای عین رهنیه قرار

می‌گیرد، چه مشتری عین را قبض کرده باشد و چه نکرده باشد؛ اما در صورتی که مرتهن، بیع را اجازه ندهد، مشتری مختار است که منتظر فک رهنیه باشد و یا اینکه به حاکم برای فسخ عقد بیع مراجعه کند.

۵. «لیس للراهن التصرف فی الرهن باجارة و لا سکنی؛ لأنه «تعریضٌ للإبطال».

۶. به نظر می‌رسد نظریه عدم نفوذ مراعی نهادی معادل یا شبیه به نهاد «عدم قابلیت استناد» است که دارای سابقه‌ای طولانی در فقه امامیه و مستند به آراء فقها در فروع متعدد بوده و می‌تواند توجیه‌کننده صحت بیع عین مرهون میان طرفین باشد (کریمی و شعبانی کندسری، ۱۳۹۱، صص ۱۷۳-۱۶۹).

۷. «حکم علیه السلام بانه لا یحل مال امرئ مسلم إلا بطیب نفسه و ملک الشئ المرتهن باق لراهنه بیقین و باجماع لا خلاف فیہ، فاذا هو كذلك فحق الرهن الذي حدث فیہ للمرتهن و لم ینقل ملک الراهن عن الشئ المرهون لا یوجب حدوث حکم فی منعه ما للمرء ان ینتفع به من ماله بغير نص بذلك، فله الوطء، الاستخدام، المؤاجرة، الخیاطة، أكل الثمرة الحادثة، الولد الحادث، الزرع، العمارة، الاصواف الحادثة، السکنی و سائر مال المرء فی ملكه».

#### 8. Subrogation réelle.

۹. «ثم ان مقتضى توقف تصرف كل منهما على اجازة الآخر انه لو باع الراهن فإن اجاز المرتهن نفذ و بقى الثمن رهنا و ان رد فالمشتری مخیر بین الصبر الى فک الرهن و بین الفسخ فعلاً الا ان یدفع الدين فینفذ».

۱۰. «و هل ینتقل هذا الحق إلى الثمن فیکون رهناً أو لا، المعروف الثانی و فی محکی المبسوط الأول و تبعه فی التحریر و الدروس... فإذا التحقیق انه مع بیع الراهن للعين و اجازة المرتهن یکون الثمن رهناً ایضاً الا ان تكون قرینة على كون الإجازة إسقاطاً للحق لكنه خارج عن محل الكلام».

۱۱. «قوله (أو فی بیع) عطفٌ على قوله فی وطء أي وبطل الرهن بإذن المرتهن للراهن فی بیع الرهن والحال أنه قد سلمه له وباعه وبقی الدين بلأ رهن ونا یقبل قول المرتهن إني لم أذن له فی بیعه إلا لإحیائه بتمنه لا لیأخذ تمنه كما فی المدونة ونقل ابن یونس عن بعض الفقهاء قبول قوله فلو أذن له فی بیعه وسلمه له ولم یبعه فهل ینبطل الرهن أو لا ینبطل ویقبل قول المرتهن أنه إنما أذن له لإحیائه فلو أن علی حد سواء فإن أذن له فی بیعه ولم یسلمه له أي وباعه وهو باق تحت ید المرتهن وقال المرتهن ما أذنت له فی بیعه إلا لإحیائه بتمنه لا لیأخذ تمنه حلف علی ذلك وبقی الثمن رهناً...».

۱۲. برای نظر مشابه ر.ک: حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۶، ص ۲۶۶؛ تبریزی، ۱۴۱۶، ج ۳، ص ۱۶۵: «و الكلام فی أن بیع الراهن الرهن با اذن المرتهن تصرف ینافی عقد الرهن أم لا و الأظهر عدم منافاته للرهن فیلتزم بصحة بیعه و عدم وقوفه على شیء من اجازة المرتهن أو غيرها و تعلق حق المرتهن بالعين لا ینافی نفوذ البیع حیث بقی حقه فی العين المستقلة إلى المشتري غاية الأمر لو كان المشتري عالماً بحال المبیع و أنه رهن و مع ذلك أقدم علی شرائها فلا یثبت له خيار الفسخ و یثبت مع جهله لأن تعلق الرهن بالمبیع نقص فیه».

۱۳. «... لا مانع من أن یکون حق الرهانة قائماً بالعين و لو انتقلت من الراهن إلى غیره و الاستیفاء كما

- يكون من مال المديون يكون من مال غيره و لذا جازت الاستعارة للرهن...».
۱۴. «لا وجه للبطلان و لا التوقف على إجازة المرتهن بل الوجه هو الصحة و اللزوم و انتقال العين إلى المشتري مستحقة للمرتهن فيكون حق المرتهن محفوظا و العين ملكا للمشتري إذ لا يعتبر في العين المرهونة أن تكون ملكا للراهن فإذا جاز استفادة عين للرهن ابتداء جاز بالأولى بيع العين المرهونة فيكون هذا بحسب الاستدامة مثل ذلك بحسب الابتداء.».
۱۵. «...حال العين المرهونة حال العين المستأجرة، فكما لا يمنع الاستئجار هناك عن تحقق البيع - بل يرون العين مع سلب المنافع منتقلة إلى المشتري - كذلك هنا أيضا الرهانة غير مانعة، فالعين على حال الرهانة و كونها وثيقة لدين المرتهن تصير منتقلة إلى المشتري.».

### کتابنامه

- ابن عابدين (۱۴۱۲)، رد المختار على الدر المختار، بيروت: دار الفكر، الطبعة الثانية، ج ۶.
- ابن قدامة المقدسي، موفق الدين (۱۴۰۵)، المغنى فى فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، بيروت: دار الفكر، الطبعة الأولى، جزء ۴.
- ابن نجيم (بى تا)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامى، الطبعة الثانية، جزء ۸.
- اراكى، محمدعلى (۱۴۱۵)، كتاب البيع، قم: مؤسسه در راه حق، چاپ اول، جلد ۲.
- اردبيلي، احمد (۱۴۰۳)، مجمع الفائدة و البرهان، قم: دفتر انتشارات اسلامى، اول، ج ۹.
- امامى، سيدحسن (۱۳۸۶)، حقوق مدنى، تهران: اسلاميه، ج ۱۹، ج ۲.
- الأنصارى، زكريا (بى تا)، أسنى المطالب فى شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامى، ج ۲.
- انصارى، مرتضى (۱۴۱۱)، كتاب المكاسب، قم: منشورات دار الذخائر، اول، ج ۲ و ۴.
- ايروانى، باقر (۱۴۲۷)، دروس تمهيدية فى الفقه الإسلامى على المذهب الجعفرى، قم: بى نا، دوم، ج ۲.
- ايروانى، على (۱۴۰۶)، حاشية المكاسب، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى، اول، ج ۱.
- ايزانلو، محسن (۱۳۹۱)، «ضمانت اجرای فروش عين مرهون توسط راهن: عدم قابليت استناد»، نقد رويه قضايى در امور مدنى (مجموعه مقالات) تهران: انتشارات جنگل، اول.
- تبريزى، جواد بن على (۱۴۱۶)، إرشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، قم: اسماعيليان، سوم، ج ۳.
- تستري، اسدالله (بى تا)، مقابيس الأنوار و نفائس الأسرار، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، اول.
- جزيرى، عبدالرحمان، سيدمحمد غروى و ياسر مازح (۱۴۱۹)، الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت (ع)، بيروت: دار الثقلين، اول، ج ۲.

حسینی روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲)، *فقه الصادق (ع)*، قم: دار الکتب-مدرسه امام صادق (ع)، اول، ج ۱۶.

\_\_\_\_\_ (بی‌تا)، *منهاج الصالحین*، بی‌جا، بی‌نا، ج ۲.

حسینی عاملی، سیدجواد (۱۴۱۹)، *مفتاح الكرامة*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول، ج ۱۵.

حلبی، ابن زهره (۱۴۱۷)، *غنیة النزوع*، قم: مؤسسه امام صادق (ع) اول.

حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴)، *تذکرة الفقهاء*، قم: مؤسسه آل‌ال‌بیت (ع)، اول، ج ۱۳ و ۱۴.

حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، *شرائع*، قم: اسماعیلیان، دوم، ج ۲.

\_\_\_\_\_ (۱۴۱۸)، *المختصر النافع*، قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة، ششم، ج ۱.

حلی، ابن ادریس (۱۴۱۰)، *السرائر*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، دوم، ج ۲.

خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵)، *الجامع المدارک*، قم: اسماعیلیان، دوم، جلد ۳.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰)، *منهاج الصالحین*، قم: مدینه العلم، ج ۲۶، ج ۲.

\_\_\_\_\_ (بی‌تا)، *مصباح الفقاهة (المکاسب)*، تقریر محمد علی توحیدی، بی‌جا، ج ۵.

الدسوقی المالکی، محمد (بی‌تا)، *حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر*، بیروت: دار الفکر، موقع الإسلام، ج ۳.

سبزواری، محمد باقر (۱۴۲۳)، *کفایة الأحکام*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول، ج ۱.

سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، *مهذب الأحکام*، قم: مؤسسه المنار، چهارم، ج ۲۱.

السرخسی، محمد (۱۴۱۴)، *المبسوط*، بیروت: دار المعرفة، جزء ۲۱.

صدقی، غلامعلی، «فروش ملک مورد رهن» (نقد رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ مورخ ۱۳۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور)، *فصلنامه نقد رأی*، ش ۱، ۱۳۹۲، ص ۱۱۴-۸۵.

صیمری، مفلح بن حسن (۱۴۲۰)، *غایة المرام*، بیروت: دار الهادی، اول، ج ۲.

طباطبایی قمی، سیدتقی (۱۴۰۰)، *دراساتنا من الفقه الجعفری*، قم: مطبعة الخیام، اول، ج ۳.

طباطبایی حکیم، سیدمحسن (بی‌تا)، *نهج الفقاهة*، قم: انتشارات ۲۲ بهمن، اول.

طوسی (شیخ)، محمد بن حسن (۱۳۸۷)، *المبسوط*، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، سوم، ج ۲.

\_\_\_\_\_ (۱۴۰۰)، *النهاية*، بیروت: دار الکتب العربی، دوم.

\_\_\_\_\_ (۱۴۰۷)، *الخلاف*، قم: دفتر انتشارات اسلامی، اول، ج ۳.

الظاهری الأندلسی، علی بن حزم (بی‌تا)، *المحلی بالآثار*، بیروت: دار الفکر، جزء ۸.

عاملی، زین‌الدین (۱۴۱۲)، *الروضه البهیة*، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، اول، ج ۱.

- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳)، مسالك الأفهام، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، اول، ج ۴.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، دوم، ج ۵.
- فیض کاشانی، محمدحسن (بی تا)، مفاتیح الشرائع، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی (ره)، اول، ج ۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، حقوق مدنی: عقود اذنی - وثیقه های دین، تهران: سهامی انتشار، ج ۷.
- کریمی، عباس و شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۱)، «تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی»، دیدگاه های حقوق قضایی، ش ۵۸.
- الکاسانی الحنفی، علاءالدین أبوبکر (۱۴۰۶)، بدائع الصنائع، دار الکتب العلمیة، الطبعة الثانية، جزء ۴ و ۶.
- مامقانی، محمدحسن (۱۳۱۶)، مجمع الذخائر الإسلامية، قم: مجمع الذخائر الإسلامية، اول، ج ۳.
- مفید، محمد (۱۴۱۳)، المقنعه، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید (ره)، چاپ اول.
- موسوی اصفهانی، سیدابوالحسن (۱۳۹۳)، وسیلة النجاة، با حواشی سیدمحمدرضا موسوی گلپایگانی، قم: چاپخانه مهر، اول، ج ۲.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۱)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ اول، ج ۳.
- \_\_\_\_\_ (بی تا)، تحریر الوسیلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، اول، ج ۲.
- میرزا نژاد جویباری، اکبر (۱۳۹۰)، «وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه «بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»»، فصل نامه حقوق، دوره ۴۱، ش ۲.
- میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۴۱۳)، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات، تهران: مؤسسه کیهان، اول.
- نائینی، میرزاحمدحسین (۱۳۷۳)، منیة الطالب، تهران: المكتبة المحمدیة، اول، ج ۲.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳)، المكاسب و البیع، قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول.
- نجفی (کاشف الغطاء)، محمدحسین (۱۳۵۹)، تحریر المجلة، نجف: المكتبة المرتضویة، اول، ج ۱، قسم ۲.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام، بیروت: دار إحياء التراث العربی، هفتم، ج ۲۵.
- نراقی، ملااحمد (۱۴۱۵)، مستند الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ اول، جلد ۱۴.
- همدانی، آقارضا (۱۴۱۶)، مصباح الفقیه، قم: مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث، اول، ج ۱۴.