

وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه «بطلان، عدم نفوذ یا عدم قابلیت استناد»

اکبر میرزائزاد جویباری*

دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱/۲۵ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۹/۹/۶)

چکیده:

فروش مال مرهونه با توجه به رواج رهن در جامعه و نیاز راهنین به انجام آن به دلایل متعدد اقتصادی و اجتماعی از یک سو و مخالفت مرتهین با این امر از سوی دیگر، به یکی از مسائل جدی مردم و دستگاه قضایی تبدیل شده است. به رغم اینکه بحث از این موضوع که آیا فروش مال مرهون بدون اجازه مرتهین در زمره تصرفاتی به شمار می رود که منافی حق مرتهین است یا خیر، با استفاده از مضمون و ملاک رأی وحدت رویه هیات عمومی دیوان عالی کشور به شماره ۶۲۰ مورخ ۷۶/۸/۲۰ تقریباً مختومه شده ولی این پرسش همچنان باقی است که وضعیت حقوقی قرارداد فروش منعقد شده بین راهن و شخص ثالث چیست؟ نویسنده در مقاله حاضر این پرسش را از منظر فقیهان، حقوقدانان و رویه قضایی بررسی کرده و از میان سه نظریه «بطلان»، «عدم نفوذ» و «عدم قابلیت استناد»، نظر سوم را با ارائه دلایل و مبانی مشخص برگزیده است.

واژگان کلیدی:

رهن، فروش، مال مرهون، راهن، مرتهین، عدم نفوذ، عدم قابلیت استناد، بطلان، معامله فضولی.

Email: amjouybary@yahoo.com

* فاکس: ۸۸۰۰۲۲۴۵

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در همین مجله منتشر شده است:

«تاملی اجمالی در مفهوم عرفی بودن حقوق قراردادها در حقوق موضوعه ایران»، سال ۱۳۸۸، شماره ۱.

مقدمه

از دیرباز نزد فقیهان، حقوقدانان و حتی دادگاههای ما هنگام رویارویی با قرارداد فروش مال مرهونه تنها این پرسش بنیادین مطرح بوده است که آیا اساساً فروش مال مرهونه از سوی راهن منافاتی با حق مرتهن دارد یا خیر؟ پرسشی که منشأ اختلافات فراوان شده و صف بندی هایی را در میان فقهاء، حقوقدانان و محاکم پدید آورده است:

۱- گروهی از فقهاء امامیه (شهید ثانی، بی تا، ص ۸۳؛ انصاری، ۱۴۱۱، ص ۱۸۴؛ میرزای نائینی، ۱۴۲۱، ص ۳۲۷؛ حسینی عاملی، بی تا، ص ۱۱۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۳۳۶؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ص ۴۵۰؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸، ص ۳۸۶) و حقوقدانان (عبد بروجردی، ۱۳۸۰، ص ۳۶۳؛ محمدی و صفیان، ۱۳۸۶، ص ۲۸۷؛ حائری شاه باغ، ۱۳۸۲، ص ۶۹۵) همچنین برخی دادگاهها (رای شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور که در تعارض با رای شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور طی رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ به تاریخ ۷۶/۸/۲۰ مورد تأیید و ابرام هیات عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفته است)^۱ معتقدند فروش مال مرهونه منافعی حق مرتهن بوده و راهن بدون اجازه مرتهن حق انجام اینگونه تصرفات را ندارد که باعث زوال مالکیت می شود.

۲- عده ای دیگر از فقهاء (حکیم، ۱۳۷۱، ص ۳۸۷؛ خوئی، ۱۴۱۲، ص ۲۱۱) و حقوقدانان (امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۶۹؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۵۸۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۰۴)^۲ همچنین برخی دیگر از دادگاهها (رای شعبه ۲۱ دیوان عالی کشور که در تعارض با رای شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور مورد ابرام قضات هیات عمومی دیوان عالی کشور در رای وحدت رویه شماره ۶۲۰ به تاریخ ۷۶/۸/۲۰ قرار نگرفته است)^۳ معتقدند که چون حق مرتهن بر عین مرهونه یک حق عینی بوده و در برابر همه قابل استناد است و هیچ قرارداد بعدی میان راهن و شخص ثالث این توان را ندارد که حقوق مکتسبه و مقدم مرتهن بر مال مرهونه را از بین ببرد لذا فروش مال مرهونه اساساً منافاتی با حق مرتهن ندارد.^۴

اما باید دانست پرسش بنیادین دیگری نیز به هنگام مواجهه با این قرارداد وجود دارد که به نظر می رسد ابعاد و جزئیات آن از سوی بیشتر فقهاء و حقوقدانان مورد غفلت واقع شده است. نکته ای که چنانچه درست تبیین و تحلیل شود می تواند گره گشای بخشی وسیع از

۱. مذاکرات و آرای هیات عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۸، ص ۷۶، ص ۴۳۴.

۲. البته لازم به ذکر است که مرحوم امامی و دکتر لنگرودی برآنند که راهن در صورتی می تواند مال مرهونه را بفروشد که در قرارداد خویش به حق مرتهن تصریح کند؛ به اصطلاح آن را با قید و حفظ حقوق مرتهن بفروشد.

۳. مذاکرات و آرای هیات عمومی دیوان عالی کشور، همان.

۴. هر چند استاد کاتوزیان، با وجود اعتقاد نظری به نظریه جواز، با استناد به مفاد ماده ۲۶۴ قانون قدیم آئین دادرسی مدنی مصوب سال ۱۳۱۸، لحن ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت (اصلاحی مورخ ۵۱/۱۰/۱۸)، مفاد ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی و شهرت میان فقهاء امامیه سرانجام نظریه عدم جواز بیع مال مرهونه را ترجیح داده اند (۱۳۶۴، ص ۵۸۴).

مشکلات مردم و دستگاه قضایی شده و دستاوردها و پیامدهای اقتصادی و اجتماعی مناسب بدنبال بیاورد. پرسش مورد نظر آن است که قرارداد فروش مال مرهونه را با فرض قبول تنافی و ناسازگاری آن با حق مرتهن، چگونه باید تحلیل کرد؟ آیا باید معتقد به بطلان چنین قراردادی بود یا ادعا کرد قرارداد مزبور به جهت برخورد با حقوق اشخاص ثالث غیر نافذ است؟ در صورت اخیر آیا می توان گفت عدم نفوذ در این فرض به معنای مرسوم خود در معاملات فضولی بکار نرفته و بیشتر به مفهوم عدم قابلیت استناد نزدیک است؟

ممکن است پاسخ ساده به نظر برسد؛ آنطور که بیشتر فقیهان (شهید ثانی، بی تا، ص ۸۳ انصاری، ۱۴۱۱، ص ۸۴ میرزای نائینی، ۱۴۲۱، ص ۳۲۷؛ حسینی عاملی، بی تا، ص ۱۱۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ص ۳۳۶؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ص ۴۵۰؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸؛ ص ۳۸۶) و حقوقدانان (امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۷۰؛ عبده بروجردی، ۱۳۸۰، ص ۳۶۳، حائری شامه‌باغ، ۱۳۸۲، ص ۶۹۵؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۵۸۴) به اجمال گفته‌اند و در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ به تاریخ ۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور نیز به نحو کلی و بدون ورود در جزئیات و تبیین آثار و احکام موضوع آمده است، چنین معامله‌ای موقوف به اجازه مرتهن بوده و به اصطلاح غیر نافذ است. ولی به عقیده نویسنده تأمل در اجزاء و آثار مختلف این قرارداد ابهامها و پرسش‌های فراوان را بر خواهد انگیخت و دفاع از نظریه عدم نفوذ به معنای مصطلح را دشوار خواهد ساخت. پیش از هر چیز باید توجه داشت که در بحث از قرارداد فروش مال مرهونه دو مصلحت و دغدغه به ظاهر متعارض و در واقع متزاحم در برابر محاکم مطرح است که تأمین هر دو عقلاً و منطقاً ضروری به نظر می‌رسد:

نخست اینکه حق مرتهن بر مال مرهونه که با رعایت تمام شرایط قانونی و با هدف ایجاد آرامش و اطمینان از وصول طلب مستقر شده است، باید از تعرض و تجاوز اشخاص دیگر بویژه راهن مصون بماند. دیگر آنکه رهن مال از سوی راهن بی جهت و بدون دلیل منطقی و حقوقی موجب سلب یا تحدید آزادی تصرف وی و حبس بیهوده اموال و بازماندن دارائی او از گردش اقتصادی نشود. بی گمان هر تحلیلی که ارائه می شود باید در جهت تأمین و تحقق این دو مصلحت و دغدغه مهم باشد.

به نظر می‌رسد مهم‌ترین پرسش‌های قابل طرح راجع به این قرارداد را می‌توان به شرح زیر برشمرد:

- ۱- آیا هر یک از فروشنده (راهن) یا خریدار می‌تواند ابطال قرارداد فروش را از دادگاه بخواهد؟ یا فقط مرتهن است که حق دارد ابطال آن را از دادگاه تقاضا کند؟
- ۲- قرارداد فروش مال مرهونه با قید تعهد به تأدیه و تسویه دین و فک رهن و یا بدون وجود چنین تعهدی از حیث امکان ابطال چه تفاوتی با هم دارند؟

- ۳- در صورتی که دادگاه بنا به درخواست مرتهن حکم قطعی به ابطال قرارداد فروش بدهد و یا مرتهن طی نامه یا با ارسال اظهار نامه‌ای قرارداد فروش عین مرهونه را رد کند و سپس خریدار یا راهن و یا حتی شخص ثالثی کلیه طلب مرتهن را پرداخت نماید، قرارداد فروش منعقد شده میان راهن و خریدار چه وضعیت حقوقی پیدا می‌کند؟
- ۴- آیا اعتقاد به بطلان قرارداد فروش مال مرهونه با وجود فک رهن یا اسقاط و ابراء دین فقط به دلیل رد قبلی معامله از سوی مرتهن، معقول و منطقی بوده و با غرض و هدف مقنن و حتی قصد مشترک طرفین عقد رهن سازگار است؟
- ۵- دادگاه در مورد خواسته خریدار مبنی بر الزام فروشنده (راهن) به فک رهن و سپس تنظیم سند بنام او چه تصمیمی باید بگیرد؟
- ۶- صدور حکم بر الزام راهن (فروشنده) به فک رهن و سپس تنظیم سند کدامیک از موازین و اصول حقوقی و عقلی را به خطر می‌اندازد؟ آیا همین الزام و فشار موجب تسریع در پرداخت طلب مرتهن نمی‌شود که مال مورد بحث اساساً برای تضمین وصول آن به رهن داده شده است؟
- ۷- آیا با توجه به پرسش‌های فوق نباید گفت که مقصود از عدم نفوذ قرارداد فروش مال مرهونه، عدم نفوذ به معنای مصطلح و مرسوم آن نبوده بلکه منظور اینست که قرارداد مزبور در برابر مرتهن که دارای حق عینی و حق تقدم نسبت به مال مرهونه است، غیر قابل استناد است؟ در نوشتار حاضر ابتدا جایگاه موضوع نزد فقیهان و حقوقدانان و نظر مشهور آنان در این باره بررسی شده و سپس نظر منتخب نویسنده که خلاف نظر مشهور بوده و با تکیه بر مفهوم عدم قابلیت استناد، در صدد اثبات صحت قرارداد فروش مال مرهونه میان راهن و خریدار برآمده، مورد مطالعه قرار گرفته است.

گفتار اول: جایگاه موضوع در فقه امامیه

همانطور که در مقدمه گفته شد، بیشتر فقیهان صرفاً به ذکر ممنوعیت فروش مال مرهونه از سوی راهن و غیر نافذ یا موقوف بودن آن به اجازه مرتهن بسنده کرده‌اند ولی عده‌ای از آنها هم با دقت و تفصیل بیشتر به این موضوع پرداخته و به برخی از جزئیات مسأله تصریح کرده‌اند که اینک به نقل و بررسی آنها می‌پردازیم: صاحب مفتاح الکرامه پس از بیان نظر علامه در کتاب قواعد مبنی بر اینکه تصرف راهن در عین مرهونه باطل نیست بلکه غیر نافذ (موقوف) است،^۱ خود نیز همین نظر را برگزیده و تصریح می‌کند که صاحب النهایه، جامع الشرائع، غایه المرام، ایضاح النافع، الریاض، مسالک، الکفایه نیز بر همین عقیده‌اند (حسینی عاملی،

۱. فلو بادر احدهما بالتصرف لم يقع باطلا بل موقفاً.

بی تا، ص ۱۱۶). دقت در عبارات این فقیه نشان می‌دهد که نزد بیشتر فقهاء دعوی بر سر بطلان و عدم نفوذ قرارداد بوده است و آنان با مفهوم عدم قابلیت استناد انس چندان نداشته است؛^۱ شهید ثانی هم صرفاً تصریح می‌کند که این قرارداد غیر نافذ است و به جزئیات نمی‌پردازد (شهید ثانی، بی تا، ص ۸۳). شیخ انصاری نیز بخش اعظم بحث خود را در کتاب مکاسب به رد دلایل طرفداران نظریه بطلان اختصاص داده و با تکیه بر عمومات، اجماع و روایاتی که ظهور در منع از تصرف راهن بصورت استقلالی دارد معتقد به عدم نفوذ عقد یا همان عقد موقوف است (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ص ۱۸۴)؛^۲ علاوه بر این شیخ به نکاتی اشاره می‌کند که به حق حاکی از توجه دقیق وی به تفاوت مفهوم عدم نفوذ در بحث فروش مال مرهونه و معاملات فضولی است. وی پس از طرح این پرسش که آیا مرتهن پس از رد قرارداد فروش می‌تواند آن را اجازه کند، تصریح می‌کند در این باره دو نظر قابل طرح است:

نخست اینکه معنای رد معامله، صرف نظر نکردن از حق یا طلب از سوی مرتهن است و مرتهن نیز همیشه می‌تواند حق خود را ساقط کند و انگهی این رد با رد معامله فضولی شباهت ندارد زیرا اجازه دهنده یا رد کننده در معامله فضولی طرف عقد است که طبعاً با اعلام رد از سوی وی قرارداد باطل می‌شود در حالی که مرتهن نسبت به قرارداد فروش منعقد میان راهن و خریدار، بیگانه یا به تعبیر حقوقی ثالث تلقی می‌شود. لذا با وجود رد قبلی، اجازه ممکن است و قرارداد فروش مال مرهونه را از این حیث نباید تابع مقررات معامله فضولی دانست.

نظر دیگر آنکه چون ایجاب مؤثر و معتبر فقط با رضای راهن و مرتهن محقق می‌شود و در واقع رضای هر کدام جزئی از ارکان ایجاب مزبور است لذا همانند رد مالک در معامله فضولی، رد مرتهن نیز باعث بی اعتباری ایجاب و نتیجتاً قرارداد منعقد می‌شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ص ۱۸۹). در جایی دیگر این فقیه تیزبین پس از ذکر نظر عده‌ای از فقهاء مبنی بر اینکه سقوط حق مرتهن از طریق اسقاط، ابراء یا به هر وسیله دیگر، پس از اعلام رد معامله از سوی مرتهن، تأثیری در قرارداد فروش مال مرهونه ندارد و موجب تصحیح و احیاء آن نمی‌شود، تصریح می‌کند با توجه به عموم ادله‌ای نظیر «اوفوا بالعقود» و «الناس مسلطون علی اموالهم»، همچنین از آنجا که دلیل عدم نفوذ قرارداد برخوردار با حق مرتهن به عنوان مانع و مزاحم است و طبعاً با از بین رفتن عنصر مزاحم و مانع باید سبب یا مقتضی تأثیر خود را بگذارد،^۳ لذا باید معتقد

۱. لو باع احدهما بدون الاذن توقف علی اجازه الآخر.

۲. هو كونه موقوفاً و هو الاقوی للعمومات السلیمة عن المخصص، لان معقد الاجماع و الاخبار الظاهره فی المنع عن التصرف هو الاستقلال.

۳. و انما هو من جهة المنع فاذا زال اثر المقتضى؛ وی تعبیر دیگری نیز از این مطلب دارد که چنین است "انه من جهة مزاحمه حق المرتهن الذی هو اسبق فاذا زال المزاحم وجب تأثیر السبب.

بود که قرارداد فروش مال مرهونه در صورت سقوط حق مرتهن به حیات خود ادامه می‌دهد و رد قبلی آن از سوی وی باعث بی اعتباری آن نمی‌شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ص ۱۹۰).

میرزای نائینی نیز پس از بحث مفصل راجع به عدم پذیرش نظریه صاحب مقابس الانوار مبنی بر بطلان و دفاع از نظریه عدم نفوذ، تصریح می‌کند که هرگاه ذیحق اجازه دهد یا به هر طریق نظیر فک رهن یا ابراء دین از سوی مرتهن، مانع برطرف شود، قرارداد تنفیذ می‌شود (میرزای نائینی، ۱۴۲۱، ص ۳۳۰)؛^۱ اما ایشان برخلاف شیخ انصاری معتقد است اجازه پس از اعلام رد از سوی مرتهن تأثیری ندارد^۲ چرا که رد موجب بطلان عقد می‌شود (میرزای نائینی، ۱۴۲۱، ص ۳۳۳)، هر چند بطور دقیق مشخص نمی‌سازد که آیا فک رهن، یا اسقاط حق یا ابراء دین از سوی مرتهن، که امری مستقل از اجازه است، هم پس از اعلام رد تأثیری در قرارداد قبلی دارد و موجب نفوذ آن می‌شود یا خیر؟ مرحوم خوئی اعتقاد دارد اساساً بیع مال مرهونه منافاتی با رهن ندارد بدلیل اینکه اولاً، اجماع منقول مبنی بر عدم جواز بیع با فرض قبول حجیت آن وجود ندارد. ثانیاً، حدیث نبوی «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» هم از لحاظ سند و هم از لحاظ دلالت ضعیف است و شهرت هم موجب جبران ضعف روایت نمی‌شود. ثالثاً، مفهوم رهن که عبارت است از اینکه عین مالی وثیقه دین دیگری باشد نیز منافاتی با بیع مال مرهونه ندارد. چرا که می‌توان در قرارداد شرط کرد که مبیع آزاد نبوده و متعلق حق دیگری است و باید فک شود. بدیهی است در صورت عدم فک، مشتری خیار تخلف شرط خواهد داشت و حتی اگر شرط هم نشده باشد، مبیع معیوب فرض شده و مشتری می‌تواند از خیار عیب استفاده کند (خویی، ۱۴۱۲، ص ۲۱۱). با این حال، ایشان موضوع را در فرض تنافی نیز بررسی کرده و البته بدون اشاره به مفهوم قرارداد غیرقابل استناد همانند شیخ انصاری، اجازه مرتهن پس از رد را نیز مؤثر می‌داند؛ زیرا علاوه بر دلایلی که آن فقیه بزرگ گفته‌اند، دلیل عدم تأثیر اجازه پس از رد در معامله فضولی نیز اجماع است و بدیهی است این دلیل باید به مورد متیقن که همان فرضی است که اجازه و رد از سوی مالک به عنوان یکی از طرفین عقد اعلام می‌شود، محدود گردد و شامل مورد بحث که اجازه و رد از سوی کسی اعلام می‌گردد که مالک نیست (مرتهن) نشود (خویی، ص ۲۱۹).

بررسی آراء این دسته از فقهاء نشان می‌دهد که از میان سه نظریه بطلان، عدم نفوذ و عدم قابلیت استناد، نظریه نخست از سوی بیشتر فقهاء رد شده و به نظریه سوم نیز توجهی نشده و مشهور، نظریه دوم یعنی عدم نفوذ را برگزیده است؛ هر چند عده‌ای از آنها به درستی به تفاوت میان عدم نفوذ در معامله فضولی و بیع مال مرهون توجه کرده و از برخی قواعد اجازه

۱. اذا اجاز من له الحق ینفذ التصرف، بل لو ارتفع المانع بفك الراهنه او ابراء المرتهن صح بیع الراهن.

۲. فبعد الرد لا تؤثر الاجازه ثانياً.

در معامله فضولی عدول کرده‌اند؛ مثل اینکه در بیع مال مرهون اجازه مرتهن را با وجود رد قبلی مؤثر دانسته‌اند. در هر حال اعتقاد به این تفاوت نشان دهنده آن است که در تحلیل وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه و نقش اجازه مرتهن در آن، نباید کاملاً موضوع را از منظر قواعد معامله فضولی مورد بررسی قرار داد.

گفتار دوم: جایگاه بحث در حقوق موضوعه ایران

الف - موضع حقوقدانان

با توجه به مفاد ماده ۷۹۳ ق. م. که مقرر می‌دارد «راهن نمی‌تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن» بدیهی است در بحث از قرارداد فروش مال مرهونه نباید در نوشته‌های حقوقدانان از نظریه بطلان سراغی گرفت. بخش عمده آراء حقوقدانان ناظر به سازگاری یا عدم سازگاری فروش مال مرهونه با حق مرتهن است. ولی پس از قبول تنافی، تقریباً همگی از نظریه عدم نفوذ دفاع کرده‌اند (امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۷۰؛ عبده بروجردی، ۱۳۸۰، ص ۳۳۳؛ حائری شایبغ، ۱۳۸۲، ص ۶۹۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، صص ۱۰۰ و ۱۰۱؛ کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۵۸۴). نکته قابل توجه این که در این نوشته‌ها از نظریه عدم قابلیت استناد، نشانی دیده نمی‌شود. البته عده‌ای از این حقوقدانان همانند تعدادی از فقهاء به تفاوت میان عدم نفوذ در بیع مال مرهونه و معامله فضولی توجه نشان داده و آن را پذیرفته‌اند و عده‌ای نیز این تفاوت را انکار کرده و مدعی شده‌اند که بیع مال مرهونه از هر جهت تابع مقررات معامله فضولی است که اینک به بررسی اجمالی بخشی از آراء این حقوقدانان می‌پردازیم.

دکتر کاتوزیان با وجود اینکه از لحاظ نظری بیع مال مرهونه را منافی رهن نمی‌داند ولی با تکیه بر برخی مواد قانونی نظیر ماده ۲۶۴ ق. آ. د. م سابق، ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی و ماده ۳۴ مکرر قانون ثبت (اصلاحی ۵۱/۱۰/۱۸) و همینطور شهرت میان فقهای امامیه بیع مال مرهونه را غیر نافذ می‌داند و تصریح می‌کند «معامله‌ای که بدین ترتیب انجام می‌شود، خواه مطلق یا با قید حق مرتهن باشد، در حکم فضولی است» (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۵۸۴). مرحوم امامی نیز معتقد است اگر چه بیع مال مرهونه از سوی مالک صورت می‌گیرد، ولی چون مورد آن متعلق حق غیر است و در انتقال، حق او رعایت نشده، در حکم فضولی است (امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۷۰). عده‌ای دیگر از حقوقدانان نیز این نظر را تأیید و تصریح کرده‌اند که هر وضعیتی که بر یک عقد غیرنافذ حاکم است عیناً بر بیع مال مرهون نیز به عنوان مصداقی از عقد غیر نافذ مترتب خواهد بود (محمدی و صفیان، ۱۳۸۷، ص ۲۷۴).

استاد دکتر جعفری لنگرودی بیش از دیگران به تفاوت میان احکام عدم نفوذ در بیع مرهونه و معامله فضولی توجه نشان داده، هر چند وی نیز به مفهوم عدم قابلیت استناد اشاره‌ای

نکرده است. ایشان در بخشی از کتاب حقوق مدنی (رهن - صلح) خود می‌گوید «از آثار عقد فضولی این است که هرگاه ذی نفع آن را رد کند باطل می‌شود حال اینکه در مورد عقد رهن فضولی تحقیق این است که رد مرتهن تأثیری ندارد و عقد مزبور به حال موقوف باقی می‌ماند و هرگاه رهن به نحو دیگری از دین برائت حاصل کرد و رهنه برای اداء دین مرتهن به فروش نرفت به محض فک رهن، خود به خود عقد فضولی رهن نافذ می‌شود؛ زیرا برای حفظ حق مرتهن، موقوف بودن عقد فضولی رهن کافی است و روح ماده ۷۹۳ ق.م. شامل این مورد هم می‌شود. در فقه هم نصی برخلاف این نظر دیده نمی‌شود و حدیث "لا ضرر ولا ضرار" مؤید این نظر است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ص ۱۰۵). دقت در عبارات این حقوقدان به وضوح روشن می‌سازد از نظر وی قرارداد فروش مال مرهونه بین طرفین معتبر است و صرفاً در برابر مرتهن با مانعی مواجه است که هرگاه زائل شود، قرارداد بدون هیچگونه مشکلی به حیات خود ادامه می‌دهد، هر چند مرتهن این قرارداد را قبلاً رد کرده باشد. این نویسنده در کتاب دیگر خود این تفاوت را با بکارگیری عبارت «عقد شبه فضولی» برای قرارداد فروش مال مرهونه و موارد مشابه آن، نظیر وصیت مازاد بر ثلث، نشان داده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۸۰).

ب- رویه قضایی

در محاکم نیز بخش عمده اختلافات، همانند آنچه در نوشته های حقوقدانان و فقهاء آمد، ناظر به این بحث است که آیا بیع مال مرهونه اساساً منافاتی با حق مرتهن دارد یا خیر؟ جلوه عمده این اختلاف نیز در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ به تاریخ ۷۶/۸/۲۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور به این شرح دیده می‌شود: «مطابق مواد قانون مدنی گرچه رهن موجب خروج عین مرهونه از مالکیت رهن نمی‌شود، اما برای مرتهن نسبت به مال مرهونه حق عینی و حق تقدم ایجاد می‌کند که می‌تواند از محل فروش مال مرهونه طلب خود را استیفاء کند و معاملات مالک نسبت به مال مرهونه در صورتی که منافعی حق مرتهن باشد نافذ نخواهد بود، اعم از اینکه معامله رهن بالفعل منافعی حق مرتهن باشد یا بالقوه. بنا بر مراتب مذکور در جایی که بعد از تحقق رهن، مرتهن مال مرهونه را به تصرف رهن داده، اقدام در زمینه فروش و انتقال سرقفلی مغازه مرهونه به شخص ثالث بدون اذن مرتهن از جمله تصرفاتی است که با حق مرتهن منافات داشته و نافذ نیست،» (مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۷۶، ص ۴۳۴). اگر چه در قسمت اخیر این رأی به عدم نفوذ قرارداد اشاره شده است ولی دقیقاً مشخص نیست که مقصود قضات عدم نفوذ به معنای مرسوم و سنتی آنست یا مراد این است که این قرارداد در برابر مرتهن معتبر و نافذ نیست؟

در برابر این دسته از آراء، آراء دیگر نیز دیده می‌شود که بطور صریح یا ضمنی حاکی از پذیرش نوعی صحت نسبی یا بطلان نسبی^۱ قرارداد یا همان معتبر بودن قرارداد میان راهن و خریدار و عدم قابلیت استناد آن در برابر مرتهن است که به برخی از آنها اشاره می‌کنیم: مهم ترین رأی که در این بخش قابل ذکر است، رأی اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور، آن هم تقریباً پس از گذشت حدود ۴ ماه از صدور رأی وحدت رویه است که در آن چنین آمده است: «نظر به این که به شرح دادخواست ابتدایی، خواهان علاوه بر الزام خوانندگان به تنظیم سند رسمی انتقال، الزام آنان را هم به انجام شرایط و مفاد مبیعه نامه به تاریخ ۲۸ اسفند ۱۳۷۲ و تخلیه و تحویل مبیع، مورد حقوق دعوا قرار داده است و با توجه به این که به شرح بند ۵ شرایط ضمن معامله، فروشنده پرداخت همه دیون قبلی مورد معامله به اشخاص حقیقی و حقوقی و همچنین تهیه مدارک لازم را به منظور تنظیم سند رسمی انتقال تعهد کرده است و نظر به اینکه از جمله دیون مربوط به مورد معامله دینی است که با رهن گذاردن ملک از بانک ملی اصفهان به عنوان وام اخذ شده، بنا بر این مراتب، با لحاظ کیفیت طرح دعوا و تعهدات خواننده (تجدید نظر خواه)، دادنامه شماره ۴۲۱۲ به تاریخ ۱۱ بهمن ۱۳۷۵ شعبه ۶ دادگاه عمومی شهرستان اصفهان که در عین حال متضمن الزام خواننده به فک رهن و همچنین الزام وی به تنظیم سند رسمی انتقال می‌باشد، با رعایت حقوق مرتهن و مقررات ماده ۷۹۳ قانون مدنی منافات ندارد و با اقتضای مدارک پرونده و موازین قانونی تطبیق می‌کند و به اکثریت آراء تأیید و الزام می‌شود» (مشروح مذاکرات و آرای دیوان عالی کشور، ۱۳۷۷، ص ۷۲۲).

شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز در پرونده کلاسه ۲۶۴/۳۶/۸۶ و ۷۸۳ دعوی خواهان به خواسته الزام خوانندگان به فک رهن رفع بازداشت های صورت گرفته و سپس تنظیم سند رسمی انتقال را پذیرفته و طی دادنامه شماره ۱۳۵۲ و ۱۳۵۳ به تاریخ ۸۶/۱۲/۲۸ چنین رأی داده است: «هر چند طبق پاسخ استعلام اداره ثبت، ملک موضوع دعوی در رهن بانک صادرات بوده و نسبت به سهم خواننده اول دارای پنج فقره بازداشت می باشد، اما به موجب ماده ۵ قرارداد به تاریخ ۷۲/۱۲/۱ خواننده اول متعهد شده است پس از تحویل آپارتمان‌های مورد معامله نسبت به انجام کلیه تشریفات ثبتی و اداری از قبیل شهرداری و دارائی و غیره و اخذ اسناد مالکیت اقدام و ترتیب تنظیم سند رسمی انتقال را بدهد که خوانندگان ردیف دوم و سوم نیز کلیه حق و حقوق این قرارداد را به آقای خواهان واگذار نموده‌اند و با عنایت به تعهد مذکور و اینکه فک رهن و رفع بازداشت های ملک و پرداخت بدهی اشخاص ثالث و سپس تنظیم سند رسمی از آثار و لوازم عرفی و قراردادی عقد بیع

۱. صحت قرارداد فروش مال مرهونه میان راهن و خریدار را صحت نسبی و بطلان قرارداد مزبور در برابر مرتهن را بطلان نسبی نامیدیم.

می‌باشد بنابراین دادگاه دعوی خواهان را ثابت تشخیص داده و به استناد مواد ۱۰، ۲۱۹، ۲۲۰، ۲۲۱، ۲۲۲، ۲۲۳ قانون مدنی و... حکم به الزام خوانندگان ابتدا به فک رهن بانک صادرات و رفع پنج فقره بازداشت های اشخاص ثالث با رعایت حقوق آنان و سپس بعد از فک رهن و رفع بازداشت های مذکور تنظیم سند رسمی انتقال صادر می‌نماید...».

در پرونده‌ای دیگر به شماره ۱۳۵۶/۱/۸۴ راهنین در برابر دادخواست تقدیمی از سوی خریدار مبنی بر الزام به تنظیم سند رسمی، دادخواست تقابلی به خواسته ابطال قولنامه عادی مبنای دعوی به استناد ماده ۷۹۳ قانون مدنی و در رهن بودن ملک پیش از فروش به خواهان، تقدیم و شعبه اول دادگاه عمومی شهر بوستان طی دادنامه شماره ۸۴-۱۷۱۸ به تاریخ ۱۰/۱۰/۸۴ چنین رأی داده است: "تالاً: به استناد اصل نسبی بودن قراردادها انعقاد قرارداد (حتی بیع) در خصوص مال مرهون فی ما بین طرفین آن قرارداد، لازم الاتباع می باشد و احدی از آنان نمی‌تواند به استناد تنافی با حقوق ثالثی درخواست ابطال معامله را نماید. در واقع طرفین نمی‌توانند به لحاظ اینکه قرارداد در برابر ثالث غیر قابل استناد است اصل نسبی بودن قراردادها را متعرض شوند. به عبارت دیگر تقاضای ابطال قرارداد مذکور را صرفاً می‌توان از مرتهن پذیرفت؛ چرا که قانونگذار برای ایشان این حق را قائل شده که ابطال قراردادی را بخواهد که به ضرر او منعقد شده است؛ آن هم در حالتی که فرض ضرر از بین نرفته باشد و دین کما کان مستقر باشد. اگر قرارداد مذکور به صورت کلی باطل بود، در هیچ دادگاهی نیز دعوی الزام به فک رهن آن پذیرفته نمی شد چرا که به استناد یک معامله باطل نمی‌توان حکمی صادر کرد و شخصی را متعهد به انجام تعهدی دانست... از طرف دیگر، علم طرفین به رهنه بودن مورد معامله موجب و مؤید آن است که معامله با قید بقاء حق مرتهن منعقد شده است. از این رو، اکنون که طرفین با این قید در مقابل یکدیگر متعهد شده‌اند، اصل لزوم قراردادها ایجاب می‌کند طرفین به بیع با آن کیفیت ملتزم باشند. بنا علی هذا توجهها به مواد ۱۰، ۲۱۹، ۷۹۳ و ۸۷۱ قانون مدنی و رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ دیوان عالی کشور و مستنداً به ماده ۱۲۵۷ قانون مارالذکر و مستنداً به ماده ۳ قانون آئین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی، حکم به بی حقی خواهان های دعوی تقابل صادر و اعلام می‌نماید (محسنی، ۱۳۸۷، صص ۲۲۳ و ۲۲۴).

گفتار چهارم: نظر منتخب نویسنده؛ دلایل و مبانی

نویسنده معتقد است رعایت ضرورت های عقلی، منطقی و اجتماعی و نیز تأمین مصالح و ملاحظات مختلف در ارتباط با قرارداد فروش مال مرهونه و اجتناب از ورود ضرر بیهوده به منافع شخصی هر یک از راهن و مرتهن همچنین حفظ منافع عمومی بویژه وجود برخی مواد

قانونی و اصول و موازین حقوقی مورد قبول به شرح زیر پذیرش نظریه غیرقابل استناد بودن قرارداد فروش مال مرهونه در برابر مرتهن را ناگزیر می‌سازد. البته گفتنی است که دلایل نگارنده برای اثبات نظریه منتخب و توجیه انتخاب خویش بر دو قسم است: نخست دلایل ایجابی، یعنی دلایلی که نگارنده جهت اثبات نظریه ارائه می‌کند و دیگری دلایل سلبی، یعنی دلایلی که با هدف پاسخگویی و نفی ایرادات مقدر یا مطرح شده در نوشته‌ها و آثار فقهاء و حقوقدانان طرح می‌شود.

بند نخست: دلایل ایجابی

۱- گردش صحیح ثروت و اجتناب از حبس و معطل ماندن بیهوده سرمایه، یکی از اصول اقتصادی هر نظام حقوقی توسعه یافته است؛ اصلی که باید در تجزیه و تحلیل مسائل حقوقی و تفسیر مواد مرتبط با آن مد نظر قرار گیرد. حکم به صحت قرارداد میان راهن و خریدار و غیرقابل استناد بودن آن در برابر مرتهن موجب می‌شود مال مرهونه که مشخص نیست سرانجام برای وصول طلب مرتهن حتماً مورد استفاده قرار گیرد یا خیر، به گردش بیافتد و بیهوده معطل نماند. اهمیت این مطلب به ویژه هنگامی افزون می‌شود که ارزش اقتصادی مال مرهونه بسیار بیشتر از میزان دینی باشد که این مال جهت پرداخت آن به وثیقه سپرده شده است، چرا که خسارت ناشی از حبس غیر ضروری مال در اینگونه موارد، خصوصاً وقتی که مدت باز پرداخت دین طولانی است، غیر قابل اغماض و بسیار جدی است.

۲- یکی از قواعد حقوقی مهم حقوق اسلام و به تبع آن حقوق موضوعه ایران، قاعده لا ضرر است که بر عموم و اطلاق تمام مقررات و قوانین حاکم بوده و از اینرو در بررسی مسائل حقوقی و تفسیر مواد مبهم باید بطور جدی مورد توجه قرار گیرد. وضعیت حقوقی قرارداد فروش مال مرهونه باید به گونه‌ای تحلیل شود که حتی الامکان قاعده لا ضرر در مورد هر یک از سه طرف مرتبط با قضیه (راهن، مرتهن و خریدار) رعایت شده و از ورود ضرر و زیان غیر لازم و نامعقول به یکی از آنها اجتناب شود. از آنجا که غیر قابل استناد بودن قرارداد در برابر مرتهن برای حفظ حقوق وی کافی است و تأمین حقوق وی به هیچ وجه ملازمه‌ای با بی اعتباری کامل قرارداد مورد بحث ندارد، به استناد قاعده لا ضرر باید به قدر متیقن و ضروری بسنده کرد. اعتقاد به عدم نفوذ و بی اعتباری کامل قرارداد فروش موجب ورود ضرر و زیانی به راهن و خریدار می‌شود که ضرورتی نداشته و فراتر از حفظ معقول و منطقی حقوق مرتهن است؛ در حالی که هدف باید تا آنجا که ممکن است در جهت جمع منصفانه،

مصالح و منافع همه اطراف موضوع یعنی راهن، مرتهن و شخص ثالث (خریدار) باشد (الجمع مهما امکن اولی من الطرح^۱).

۳- اصولاً هنگامی که برای یک عمل حقوقی ضمانت اجراهای متعددی قابل تصور است که از شدت و ضعف نیز برخوردارند، در مقام تردید باید ضمانت اجرایی را برگزید که خفیف تر بوده^۲ و کمترین آسیب را وارد نماید. از آنجا که از میان سه ضمانت اجرای قابل تصور در مورد قرارداد فروش مال مرهونه یعنی «بطلان»، «عدم نفوذ» و «عدم قابلیت استناد»، ضمانت اجرای سوم خفیف تر بوده و کمترین آسیب را می رساند و از طرفی با توجه به عدم صراحت قانون و ابهام موجود با قاطعیت نمی توان از نظریه عدم نفوذ دفاع کرد، لذا باید ضمانت اجرای عدم قابلیت استناد را برگزید تا ضمن حفظ حقوق مرتهن، به راهن و حتی خریدار ثالث آسیب نامعقول و غیر لازم وارد نیاید، ضمن اینکه این راه حل با اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی نیز سازگارتر است.

۴- مفهوم «عدم قابلیت استناد» همانطور که برخی از حقوقدانان گفته اند (کاتوزیان، ۱۳۶۶، ص ۲۹۲) مفهوم بیگانه و شگفت آوری در نظام حقوقی ایران نیست؛ چون هم در حوزه حقوق مدنی (معامله به قصد فرار از دین موضوع ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی مصوب سال ۱۳۷۶) و هم در حوزه حقوق تجارت (مواد ۴۰، ۱۱۸، ۲۷۰ لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۷۴/۱۲/۴۷) پذیرفته شده (کاتوزیان، ۱۳۶۶، صص ۲۹۱ و ۲۹۲؛ صفائی، ۱۳۸۶، ص ۲۴؛ درویش خادم، ۱۳۷۰، ص ۹۶) و بسیار هم به نظریه عدم نفوذ نزدیک است^۳. بنابراین، دفاع از نظریه عدم قابلیت استناد هیچ گونه مخالفتی با اصول و موازین حقوقی پذیرفته شده و به طور کلی نظام حقوقی ایران ندارد. نکته جالب توجه اینست که ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی که عدم قابلیت استناد را در معامله به قصد فرار از دین پیش بینی کرده است به تأیید شورای نگهبان نیز رسیده و این نوع ضمانت اجرا مخالف شرع تشخیص داده نشده است.

۱. هر چند مجرای این قاعده در مورد جمع بین دو حکم یا دو دلیل است نه دو حق متصور برای دو نفر ولی به نظر می رسد قاعده مزبور، قاعده ای عقلی بوده و از ملاک آن می توان در همه ی مواردی که هدف جمع اهداف و دغدغه های مختلف باشد، استفاده کرد.

۲. البته نظر نویسنده با این فرض مطرح شده که غیر قابل استناد بودن قرارداد از عدم نفوذ خفیف تر است. بدیهی است چنانچه کسی بر این باور باشد که عدم قابلیت استناد لزوماً خفیف تر از عدم نود نیست، نمی تواند از استدلالی که در متن مطرح شده بهره برد.

۳. برخی از حقوقدانان عدم قابلیت استناد را عدم نفوذ نسبی نام نهاده اند و در بحث از ضمانت اجرای معامله به قصد فرار از دین از این راه حل به دلیل سازگاری با اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی دفاع کرده اند (سید حسین صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج دوم، قواعد عمومی قرارداد ها، صص ۱۵۳ و ۱۵۴).

۵- همانطور که در بررسی فقهی روشن شد، بسیاری از فقهاء به تفاوت میان احکام معامله فضولی و بیع مال مرهونه توجه داشته و از بسیاری از قواعد معامله فضولی نظیر بی تأثیر بودن اجازه پس از رد عدول کرده‌اند که این امر نشان دهنده آنست که فقهاء مزبور کاملاً درک کرده بودند که در این بحث نمی‌توان دقیقاً از احکام معامله فضولی تبعیت کرد، ولی به دلیل عدم انس با مفهوم عدم قابلیت استناد، مطالب خود را در قالب همان نهاد عدم نفوذ سستی مطرح کرده‌اند.

۶- مطالعه نوشته های فقهاء به وضوح حاکی از آنست که قریب به اتفاق آنها بطلان بیع مال مرهونه را رد کرده و صرفاً به دلیل حفظ حقوق مرتهن آن را منوط به اجازه وی کرده‌اند. در واقع این نوع موضع گیری مؤید آن است که دغدغه عمده فقیهان صرفاً حفظ حقوق مرتهن بوده ولی چون غیر از بطلان، تنها ساز و کاری که آنها می‌شناختند عدم نفوذ بود، بر این نظر اتفاق کردند. در واقع اجماع و اتفاق نسبی فقهاء در مورد ضمانت اجرای عدم نفوذ به معنای مخالفت آنها با راه حل «عدم قابلیت استناد» که بسیار نزدیک به نظریه "عدم نفوذ" است و همه اهداف فقهاء را از انتخاب نظریه عدم نفوذ تأمین می‌کند، نیست.

۷- برخی از حقوقدانان (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹، ص ۱۰۵) ضمن قبول تفاوت میان معامله فضولی و بیع مال مرهونه تصریح کرده‌اند که رد مرتهن اساساً باعث بطلان قرارداد فروش مال مرهون نمی‌شود و عقد مزبور همچنان به حیات خود ادامه می‌دهد و هرگاه مانع نفوذ آن که همان حق مرتهن است از بین رفت قرارداد مجدداً نفوذ می‌یابد. معنای تلویحی این نظر چیزی جز صحت قرارداد فروش میان راهن و خریدار و در عین حال غیر قابل استناد بودن آن در برابر مرتهن نیست.

۸- رأی اصراری شماره ۲۱ به تاریخ ۷۶/۱۲/۱۲ که تقریباً چهار ماه بعد از صدور رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ به تاریخ ۷۶/۸/۶ صادر شده و صحت قرارداد فروش و الزام راهن به تنظیم سند رسمی انتقال به نام خریدار پس از فک رهن را پذیرفته است به صراحت این مطلب را تأیید می‌کند که مقصود قضات هیأت عمومی از بکارگیری عبارت «نافذ نیست» در رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰، عدم نفوذ به معنای سستی و مرسوم خود در معاملات فضولی نبوده و هدف بیشتر منع راهن از انتقال رسمی و کامل عین مرهونه بدون رضایت مرتهن بوده است.

۹- نظام حقوقی باید به سمت معقولیت، عملگرایی و مصلحت اندیشی منصفانه حرکت کند و در تفسیر مواد نیز باید این نکات را مد نظر قرار داد. اعتقاد به نظریه عدم نفوذ به معنای سستی آن توالی فاسد و نامعقولی را بدنبال دارد که در شأن هیچ نظام حقوقی نیست: از جمله اینکه رد قرارداد فروش مال مرهونه طی اظهارنامه یا دادخواست یا صدور حکم دادگاه دائر بر

تأیید آن موجب بی اعتباری کامل قرارداد می شود در حالی که ممکن است راهن یا خریدار یا حتی شخص ثالثی پس از اعلام رد و یا صدور حکم، مبادرت به پرداخت و تسویه دین نماید. آیا در این صورت حکم به بطلان قرارداد غیرمنطقی و نامعقول نیست؟ مرتهن اساساً نفعی در بی اعتباری کامل قرارداد فروش ندارد. آنچه برای وی مهم است غیر قابل استناد بودن آن قرارداد و مصونیت حقوق وی از تعرض است. از جمله توالی فاسد دیگر نظریه عدم نفوذ در فرضی ظاهر می شود که در قرارداد فروش مال مرهونه شرط می شود فروشنده ملزم به فک رهن است و در صورت تخلف خریدار می تواند از محل باقیمانده ثمن مبادرت به تأدیه دین راهن و فک ملک نماید. در چنین حالتی حکم به بطلان قرارداد به صرف اعلام رد مرتهن چه توجیه عقلی و حقوقی دارد؟ آیا برآستی با چنین تحلیلی صدور حکم بر الزام راهن به فک رهن و سپس تنظیم سند انتقال به نام خریدار منافی حق مرتهن بوده و با اهداف و اغراض مقنن در جهت حفظ حقوق مرتهن ناسازگار است؟ بی گمان چنین نیست و رأی اصراری هیئت عمومی دیوان عالی کشور را نیز باید در این چارچوب تفسیر و ارزیابی کرد و قضات صادر کننده آن را به لحاظ ارائه تفسیری معقول، منصفانه و مبتنی بر واقعیات با حفظ حقوق مرتهن ستود.^۱

بند دوم: دلایل سلبی

در این بخش برآنیم که به نقد و بررسی دلایل و مواردی که به عنوان موانع پذیرش نظریه «عدم قابلیت استناد» و یا همان «صحت نسبی قرارداد فروش مال مرهونه» مطرح شده یا قابلیت طرح را دارند، بپردازیم.

۱- یکی از مهم ترین ایرادات مطرح شده، سابقه فقهی موضوع است. برخی معتقدند با توجه به اینکه مشهور فقهاء امامیه بیع مال مرهون را غیر نافذ دانسته و آن را به اجازه مرتهن منوط کرده اند، سخن از صحت قرارداد توجیهی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۶۴، ص ۵۸۴ - امامی، ۱۳۶۶، ص ۳۷۰ - محمدی و صفیان، ۱۳۸۷، ص ۲۷۲). در پاسخ باید گفت هر چند قریب به اتفاق فقهاء امامیه بیع مال مرهونه را موقوف به اجازه مرتهن دانسته و اشاره ای به عدم قابلیت استناد نکرده اند، ولی به نظر نویسنده دلیل عدم اشاره، نا آشنایی آنان با این مفهوم است؛ ضمن اینکه بسیاری از آنها، همانطور که در بخش بررسی فقهی موضوع گفته شد، به تفاوت میان بیع مال مرهونه و سایر

۱. البته چنانچه در قرارداد رهن حق فروش صراحتاً از راهن سلب شود، دفاع از صحت قرارداد فروش میان راهن و ثالث و اکتفاء به عدم قابلیت استناد آن در برابر مرتهن دشوار خواهد بود گرچه فهم عرفی از این عبارات مستفاد از ملاک ماده ۲۲۴ ق.م.و.قصد و خواست اشخاص متعارف در اینگونه موارد نیز این است که حقوق مرتهن از هر گزندی مصون بماند نه اینکه قرارداد منعقد میان راهن و ثالث در عالم واقع هم باطل شود که در این صورت اعتقاد به عدم قابلیت استناد نظر مرتهن را تأمین کرده و در نتیجه مغایرتی با شرط ضمن عقد ندارد.

عقود غیر نافذ توجه داشته‌اند. در هر حال این نوع موضعگیری فقهاء به معنای مخالفت با عدم قابلیت استناد نیست. در واقع تمام دغدغه فقهاء این بوده که حقوق مرتهن حفظ شود و تصور نشود که بیع مال مرهونه جزء تصرفاتی است که منافی حق مرتهن نیست. بنابراین، شهرت نظریه عدم نفوذ در فقه امامیه مانع از انتخاب نظریه عدم قابلیت استناد در حقوق موضوعه ایران بر اساس نیازهای جدید و اصول و موازین حقوقی مورد عمل نیست.

۲- یکی دیگر از نکات مهم که برخی از حقوقدانان (کاتوزیان، همان؛ امامی، همان؛ محمدی و صفیان، ۱۳۸۷، صص ۲۹۲-۲۶۷) مطرح کرده و بر آن اساس نتایج متعددی گرفته‌اند، شباهت میان بیع مال مرهونه و سایر عقود غیرنافذ نظیر معاملات فضولی و در نتیجه ترتب تمام آثار اینگونه عقود بر بیع مال مرهونه است. در حالی که به نظر نویسنده این شباهت به دلایل زیر ظاهری است و نباید موجب اشتباه شود: نخست اینکه در معامله فضولی اراده یکی از طرفین قرارداد ناقص است در حالی که در بیع مال مرهونه چنین نیست. به تعبیر دیگر در معامله فضولی سبب وقوع عقد ناقص است در حالی که در بیع مال مرهونه سبب و مقتضی وقوع عقد که همان ایجاب از سوی مالک و قبول از سوی خریدار است، حاصل است اما تأثیر و نفوذ آن با مانعی به نام حق مرتهن روبروست؛ دیگر آنکه در معامله فضولی اجازه پس از رد مؤثر نیست در حالی که در بیع مال مرهون رد قرارداد از سوی مرتهن موجب بطلان آن نمی‌شود و هرگاه حق مرتهن به هر شکل ساقط شود بیع به حیات طبیعی خود ادامه می‌دهد، ضمن اینکه خود مرتهن نیز با وجود اعلام رد قبلی می‌تواند مجدداً آن را اجازه دهد.

بنابراین به صرف اینکه قانونگذار یا شارع از عبارت «عدم نفوذ» یا «موقوف بودن قرارداد» استفاده کرده است، نباید تصور کرد که این معامله در زمره معاملات فضولی است.

۳- برخی معتقدند رأی وحدت رویه شماره ۶۲۰ به تاریخ ۷/۸/۲۰ که در حکم قانون است و در آن انتقال منافع مال مرهونه که برخورد آن با حقوق مرتهن بسیار کمتر از انتقال عین مال مرهونه است، غیر نافذ اعلام شده است، مانع از اعتقاد به صحت بیع مال مرهون است. به تعبیر دیگر حکم به صحت بیع مال مرهون با مفاد رأی وحدت رویه که حتی انتقال منافع را ممنوع ساخته است، منافات دارد (محمدی و صفیان، ۱۳۸۶، ص ۲۸۳). در حالی که به نظر می‌رسد قضات هیأت عمومی دیوان عالی کشور صرفاً در مقام تبیین این موضوع بوده‌اند که آیا فروش مال مرهون منافی حق مرتهن است یا خیر و در پایان به این نتیجه رسیده‌اند که این تنافی وجود دارد و لذا بیع مال مرهون بدون اخذ اجازه از مرتهن نافذ نیست، بدون اینکه در صدد بیان این نکته باشند که مقصود از عدم نفوذ آیا بی اعتباری کامل قرارداد است یا عدم قابلیت استناد قرارداد در برابر مرتهن. چون، همانطور که می‌دانیم، عدم نفوذ در معنای عام خود می‌تواند به جای هر یک از واژه‌های بطلان، عدم نفوذ به معنای سنتی آن و غیر قابل استناد،

بکار رود؛ به نظر نگارنده هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مدتی کمتر از ۴ ماه از زمان صدور رای وحدت رویه شماره ۶۲۰، در رأی اصراری شماره ۲۱ به تاریخ ۷۶/۱۲/۱۲ مقصود خود را از عدم نفوذ اعلام و تصریح کرده است که از نظر قضات این هیئت قرارداد فروش مال مرهون صحیح است ولی در برابر مرتهن نافذ و قابل استناد نیست.

۴- ممکن است گفته شود در فرض اجمال ماده ۷۹۳ ق. م. دادگاهها باید در اجرای اصل ۱۶۷ قانون اساسی به نظر مشهور فقهاء مراجعه کنند. در پاسخ باید گفت جدای از اینکه دقیقاً مشخص نیست مقصود از فتاوی معتبر در این اصل همان نظر مشهور فقهاء باشد، از آنجا که معمولاً در میان فتاوی فقهاء تشتت و اختلاف وجود دارد و رجوع به آن در بسیاری از موارد موجب بی ثباتی، بلا تکلیفی و بی نظمی حقوقی شده و کار را هم برای مردم و هم برای دستگاه قضائی دشوار می‌سازد،^۱ لذا تا آنجا که ممکن است باید راه حل قضیه را با تکیه بر روح قانون و اصول حقوقی حاکم بر آن استخراج کرد. از قضا قانونگذار نیز با درک این واقعیت در ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب مصوب ۷۹/۱/۲۱ ابراز دیگری را به نام «اصول حقوقی» پیش بینی کرده و به قضات اجازه صدور حکم به استناد آن را داده است. در این ماده چنین می‌خوانیم: "قضات دادگاهها موظفند موافق قوانین به دعاوی رسیدگی کرده، حکم مقتضی صادر کنند. در صورتی که قوانین موضوعه کامل یا صریح نبوده یا متعارض باشند یا اصلاً قانونی در قضیه مطروحه وجود نداشته باشد، با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر و اصول حقوقی که مغایر با موازین شرعی نباشد، حکم قضیه را صادر کنند و.....". هر چند تعیین تقدم و تأخر و جایگاه دقیق هر یک از سه منبع مزبور در این ماده یعنی «منابع معتبر اسلامی»، «فتاوی معتبر» و «اصول حقوقی» مجال مستقلمی می‌طلبد، اما اجمالاً به نظر نویسنده چنین می‌آید که پس از یاس از قانون ابتدا باید به اصول حقوقی که نزدیک ترین منبع به قانون و اراده قانونگذار بوده و فرض این است که قوانین مبتنی بر آنها تدوین و وضع شده است، رجوع کرد.^۲ با این توضیح به نظر می‌رسد با تکیه بر ملاک و مبنای برخی از اصول حقوقی از جمله قاعده لا ضرر، قاعده جمع (الجمع مهمما امکن اولی من

۱. در مورد مفهوم دقیق فتاوی معتبر و مشکلات ناشی از مراجعه قضات به آن ر. ک. به: مصطفی جباری، فتوا یا قانون، نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳، پائیز ۸۷، صص ۱۲۷ تا ۱۳۷.

۲. همچنانکه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین در موردی مشابه از این رویه پیروی کرده و در بند ۲ ماده ۷ مقرر می‌دارد: "مسائل مربوط به موضوعات تحت کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها صراحتاً در این کنوانسیون تعیین نشده، طبق اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آنست و در صورت فقدان اینگونه اصول، طبق قانونی که حسب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حاکم است حل و فصل خواهد شد." برای مطالعه بیشتر ر. ک. به سید حسین صفائی و همکاران، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، صص ۴۷ تا ۵۱.

الطرح)، اصل لزوم انتخاب ضمانت اجرای خفیف از میان ضمانت اجراهای موجود به هنگام تردید، که اندکی قبل به آنها اشاره شد، همچنین اصل لزوم تفسیر یکنواخت و هماهنگ در موارد مشابه و تفسیر مواد قانونی و مسائل مورد نزاع بر اساس روح قانون و غرض قانونگذار، باز باید نظریه عدم قابلیت استناد را بر نظریه عدم نفوذ ترجیح داد.

۵- ذکر شرط حفظ حقوق مرتهن یا تعهد به تأدیه مطالبات در ضمن عقد بیع هیچ کمکی به صحت قرارداد نمی‌کند و به تعبیر برخی از حقوقدانان (محمدی و صفیان، ۱۳۸۷، صص ۲۷۸ تا ۲۸۰) این شرط دارای قدرتی نیست که حقی را برای استماع دعوی خریدار مال الرهانه ثابت کند. به نظر نویسنده مبنای اعتقاد به صحت نسبی قرارداد فروش مال مرهون وجود این شرط نیست تا ادعا شود که شرط مزبور فاقد چنین اثری است. اساساً ذکر یا عدم ذکر شرط حفظ حقوق مرتهن در قرارداد تأثیری در حقوق مرتهن ندارد که دارای حق عینی و تقدم نسبت به عین مرهونه است. این شرط صرفاً جهت تنظیم روابط حقوقی فیما بین راهن و خریدار در قرارداد پیش بینی می‌شود. هر چند با وجود عدم قید این شرط در قرارداد نیز راهن موظف است به عنوان لوازم قانونی و عرفی تعهد خویش مبنی بر تنظیم سند رسمی، مطالبات مرتهن را پرداخته و به فک ملک و سپس انتقال سند مبادرت ورزد.

نتیجه

از آنچه در این باره گفته شد به دو نتیجه بنیادین و چند نتیجه فرعی زیر می‌توان اشاره کرد:

الف- دو نتیجه بنیادین

الف- ۱- هر جا که قانونگذار از عبارت «عدم نفوذ» استفاده کرده است نباید موضوع را مشمول تمام قواعد عمومی حاکم بر عقود غیر نافذ در قانون مدنی نظیر معاملات فضولی دانست و همانطور که برخی از فقهاء و حقوقدانان به حق گفته اند، با وجود شباهتهای ظاهری میان معاملات فضولی و بیع مال مرهون از تفاوت های اساسی میان آن دو نباید غافل بود و چنین تصور کرد که بیع مال مرهون عقدی غیر نافذ است که از هر جهت تابع مقررات عقود غیر نافذ در قانون مدنی است.

الف- ۲- قرارداد فروش مال مرهون بین راهن و خریدار، همانطور که از مفاد و ظاهر رأی اصراری شماره ۲۱ به تاریخ ۷۶/۱۲/۲۰ بر می‌آید، قراردادی است غیرقابل استناد در برابر مرتهن ولی صحیح که می‌توان بر اساس آن راهن را به پرداخت طلب مرتهن، فک رهن و پس از آن تنظیم سند رسمی بنام خریدار محکوم کرد.

الف-۳- عدم قابلیت استناد مفهومی شناخته شده در نظام حقوقی ایران است که از جمله در مواد ۴۰ و ۱۱۸ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ مورد اشاره و پذیرش قانونگذار گرفته است. بنا بر این از توصیف قرارداد فروش مال مرهونه به عنوان قراردادی غیر قابل استناد نباید شگفت زده یا حیران شد.

ب- نتایج فرعی

ب-۱- با توجه به صحت قرارداد فیما بین راهن و خریدار، هیچ یک از این دو شخص حق تقاضای ابطال قرارداد را از دادگاه ندارد. دعوی ابطال قرارداد از سوی مرتهن نیز پذیرفته نیست؛ چرا که عدم قابلیت استناد قرارداد حقوق وی را از تعرض مصون می‌دارد ضمن اینکه لازمه غیرقابل استناد بودن قرارداد، بطلان آن نیست و به علاوه از بطلان و بی اعتباری کامل قرارداد هم نفعی به او نمی‌رسد و در واقع همین که راهن یا خریدار ثالث نتوانند در برابر مرتهن و اقدامات احتمالی وی به قرارداد میان خود استناد کنند برای حفظ حقوق مرتهن کافی است.

ب-۲- خریدار جاهل به رهنی بودن مبیع برخلاف خریدار عالم، به استناد ملاک ماده ۵۳ ق.م. که مقرر می‌دارد: "انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی‌شود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت" حق دارد فسخ (نه ابطال) قرارداد فروش را از دادگاه بخواهد.

ب-۳- در قرارداد فروش مال مرهون خواه به تأدیه و تسویه دین و فک رهن تعهد شده یا نشده باشد، خریدار حق تقاضای ابطال قرارداد را ندارد و فقط می‌تواند به استناد مفاد قرارداد یا ماده ۲۲۰ قانون مدنی که هریک از طرفین را ملزم به اجرای کلیه تعهدات قراردادی، قانونی و عرفی می‌داند، الزام راهن را به تسویه دین، فک رهن و سپس تنظیم سند انتقال بخواهد.

ب-۴- با توجه به صحت قرارداد فروش بین راهن و خریدار، اعلام رد قرارداد مزبور از سوی مرتهن اعم از اینکه طی اظهارنامه یا حتی ضمن صدور حکم قطعی انجام شده باشد، تأثیری در صحت آن ندارد و هرگاه مانع مربوط به حق مرتهن به هر شکل از بین برود، قرارداد نفوذ طبیعی خود را باز یافته و بصورت کامل قابل اجرا خواهد بود.

ب-۵- دادگاهها باید به خواسته خریدار دائر بر الزام فروشنده (راهن) به فک رهن و سپس تنظیم سند ترتیب اثر داده و از صدور قرار عدم استماع یا رد دعوی خودداری کنند.

منابع و مأخذ

الف- فارسی

۱. امامی، حسن، (۱۳۶۶)، حقوق مدنی، ج ۲، چاپ چهارم، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۲. جباری، مصطفی، (۱۳۸۷)، فتوا یا قانون؟ نگاهی به اصل ۱۶۷ قانون اساسی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ش ۳.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۴۹)، حقوق مدنی (رهن - صلح)، ج اول، چاپ اول، تهران: انتشارات ابن سینا.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فلسفه اعلی در علم حقوق، چاپ اول، ۱۳۸۲، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. حائری شاهباغ، سیدعلی، (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۶. درویش خادم، بهرام، (۱۳۸۶)، معامله به قصد فرار از دین در حقوق اسلام و ایران با مطالعه تطبیقی، چاپ اول، ۱۳۷۰، تهران: انتشارات کیهان.
۷. صفائی، سید حسین، معامله به انگیزه فرار از دین در حقوق اسلامی و قوانین موضوعه، فصلنامه پژوهشی تحلیلی و آموزشی (حقوقی) مجد، سال اول، ش اول.
۸. صفائی، سید حسین، (۱۳۸۲)، دوره مقدماتی، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۲، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
۹. صفائی، سید حسین، عادل، مرتضی، کاظمی، محمود و میرزائزاد، اکبر، (۱۳۸۷)، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. عبده بروجردی، محمد، (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، چاپ اول، قزوین: انتشارات طه.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۶)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، ج ۲، چاپ اول، تهران: انتشارات بهنشر.
۱۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۴)، حقوق مدنی (عقود اذنی وثیقه‌های دین)، دوره عقود معین ۳، چاپ اول، تهران: انتشارات بهنشر.
۱۳. محسنی، حسن، (۱۳۸۵)، اصل حسن نیت در حقوق ایران با مطالعه تطبیقی، مجله حقوق تطبیقی، دوره جدید، ش ۱.
۱۴. محمدی پژمان و صفیان سعید، (۱۳۸۶)، اختلاف آراء در فروش مال الرهانه، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۷، ش ۳.
۱۵. مذاکرات و آراء هیئت عمومی دیوان عالی کشور، ۱۳۷۶، (۱۳۷۸)، تهران: دفتر مطالعات و تحقیقات دیوان عالی کشور، چاپ اول.
۱۶. مشروح مذاکرات و آراء دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷، (۱۳۸۰)، تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، چاپ اول، ج ۴.

ب- عربی

۱. انصاری، شیخ مرتضی، (۱۴۱۱ ه.ق.)، المکاسب، ج ۲، چاپ اول، قم: انتشارات دارالذخائر.
۲. حسینی عاملی، محمد جواد، (بی تا)، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۵، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۳. حکیم، سید محسن، (۱۳۷۱ ه.ق.)، نهج الفقاهه، ج اول، نجف اشرف: بی تا.
۴. شهید ثانی (زین الدین الجبعی العاملی)، (بی تا)، الروضة البهیة فی شرح المعنى الدمشقیه، ج ۴، بیروت: دارالعالم الاسلامی.
۵. قمی، میرزا ابوالقاسم، (۱۳۷۱)، جامع الشتات، ج ۲، تهران: انتشارات کیهان.
۶. محقق حلی، شرایع الاسلام، (۱۴۰۹)، ج ۱ و ۲، تهران: انتشارات استقلال.
۷. موسوی خمینی، روح الله، (۱۳۶۸)، تحریر الوسیله، ج دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۸. میرزای نائینی، (۱۴۲۱)، منیة الطالب فی شرح المکاسب، ج ۲، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی.