

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بررسی تطبیقی عقد رهن و شرکت
از مسالک الأفهام
با قوانین مدنی و تجارت

مؤلف:

امید ولدخانی

انتشارات چتر دانش

۱۳۹۷

سرشناسه: ولدخانی، امید، ۱۳۶۶ -

عنوان قراردادی: مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. فارسی. برگزیده. شرح شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام . فارسی. برگزیده. شرح ایران. قوانین و احکام Iran. Laws, etc.
عنوان و نام پدیدآور: بررسی تطبیقی عقد رهن و شرکت از مسالک الافهام با قوانین مدنی و تجارت / مؤلف امید ولدخانی.

مشخصات نشر: تهران: چتر دانش، ۱۳۹۷.

مشخصات ظاهری: ۲۵۸ ص.

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۲۲۹-۲

وضعیت فهرست نویسی: فیپا

یادداشت: کتاب حاضر برگزیده و شرح کتاب «مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام» شهید ثانی است که خود شرحی بر کتاب «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام» تالیف محقق حلی است. موضوع: شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق. مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام-- نقد و تفسیر موضوع: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام -- نقد و تفسیر موضوع: رهن (فقه)

Mortgages (Islamic law) موضوع:

موضوع: شرکتها (فقه)

Corporations (Islamic law) موضوع:

موضوع: رهن -- ایران

Mortgages -- Iran موضوع:

موضوع: شرکت‌های تجاری -- قوانین و مقررات -- ایران

Trading companies -- Law and legislation -- Iran موضوع:

موضوع: معاملات -- قوانین و مقررات -- ایران

Transactions -- Law and legislation -- Iran* موضوع:

موضوع: حقوق تجارت -- ایران

Commercial law -- Iran موضوع:

شناسه افزوده: شهید ثانی، زین الدین بن علی، ۹۱۱-۹۶۶ق. مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام. برگزیده. شرح

شناسه افزوده: محقق حلی، جعفر بن حسن، ۶۰۲-۶۷۶ق. شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام. برگزیده. شرح

رده بندی کنگره: ۱۳۹۷ ۴۰۴۲۲۹ ۳/۴۰۳BP۱۸۲BP۱۸۲

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: ۵۲۸۸۸۱۹

نام کتاب: بررسی تطبیقی عقد رهن و شرکت از مسالک الافهام با قوانین مدنی و تجارت

ناشر: چتر دانش

مؤلف: امید ولدخانی

نوبت و سال چاپ: اول - ۱۳۹۷

شمارگان: ۱۰۰۰

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۲۲۹-۲

قیمت: ۱۲۵۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خمیرری جاوید(اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸

تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳

پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com

کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این‌ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آن‌ها از یک سو و تناسب آن‌ها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منصفه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

فهرست

۱۱	مقدمه.....
۱۱	الف) جایگاه شهید ثانی.....
۱۲	ب) تاریخچه تدوین قانون مدنی و تجارت.....
۱۵	بخش اول: عقد رهن.....
۱۵	فصل اول: کلیات و تعاریف.....
۱۵	۱-۱: کلیات.....
۱۵	۱-۱-۱: تعریف مسأله.....
۱۶	۱-۱-۲: طرح سؤال.....
۱۶	۱-۱-۳: طرح فرضیه.....
۱۷	۱-۱-۴: پیشینه تحقیق.....
۱۸	۱-۱-۵: روش کار تحقیق.....
۱۸	۱-۱-۶: فصول تحقیق.....
۱۸	۱-۲: تعاریف.....
۱۸	۱-۲-۱: تعریف رهن در لغت و اصطلاح.....
۲۲	۱-۳: مشروعیت عقد رهن.....
۲۳	۱-۴: اوصاف عقد رهن.....
۲۶	فصل دوم: شرایط عمومی و اختصاصی عقد رهن.....
۲۶	۱-۲: شرایط مربوط به عقد.....
۲۶	۱-۱-۲: لزوم ایجاب و قبول.....
۲۹	۱-۱-۱-۲: نحوه ابراز ایجاب و قبول از طرف شخص عاجز از تکلم.....
۳۰	۱-۲-۲: دوام.....
۳۱	۱-۳-۲: نقش قبض در انعقاد رهن.....
۳۹	۱-۳-۳-۳: استمرار قبض.....
۴۱	۱-۳-۴-۲: اذن راهن در قبض.....
۴۲	۱-۳-۵-۲: اذن شریک در قبض مال مشاع.....

- ۴۴.....عدم تجدید قبض در صورت سبق تصرف مرتهن.....۱-۳-۶
- ۴۷.....شرایط مربوط به متعاقدين.....۲-۲
- ۴۹.....رهن مال صغير.....۱-۲-۲
- ۵۰.....رهن برای مال صغير.....۲-۲-۲
- ۵۳.....شرایط مربوط به مورد رهن.....۳-۲
- ۵۳.....لزوم عین و قابل قبض بودن مال مرهون.....۱-۳-۲
- ۵۴.....رهن دین.....۱-۳-۲
- ۶۰.....رهن منفعت.....۲-۱-۳-۲
- ۶۳.....رهن اوراق بهادار و سایر اسناد تجاری.....۳-۱-۳-۲
- ۶۸.....تفاوت رهن با معامله با حق استرداد.....۴-۱-۳-۲
- ۷۰.....لزوم قابل تملک و نقل و انتقال بودن مال مرهون.....۲-۳-۲
- ۷۱.....رهن مال موقوفه.....۱-۲-۳-۲
- ۷۲.....ملک راهن بودن مال مرهون.....۳-۳-۲
- ۷۲.....رهن فضولی.....۱-۳-۳-۲
- ۷۴.....رهن مستعار (رهن مال غیر با اذن مالک).....۲-۳-۳-۲
- ۷۹.....رهن مبیع در زمان خیار.....۳-۳-۳-۲
- ۸۲.....ملحقات.....۴-۳-۲
- ۸۲.....رهن اشیاء سریع الفساد.....۱-۴-۳-۲
- ۸۴.....شرایط مربوط به حقی که برای آن رهن داده می‌شود.....۴-۲
- ۸۴.....ثابت در ذمه بودن.....۱-۴-۲
- ۸۷.....رهن برای ضمان درک.....۱-۱-۴-۲
-ماهیت وثیقه‌های عینی تحت عنوان ضمانت حسن اجرای تعهدهای قراردادی.....۲-۱-۴-۲
- ۸۹.....
- ۹۱.....رهن بر دیه ناشی از جنایت.....۳-۱-۴-۲
- ۹۲.....رهن بر مال الجعالة.....۴-۱-۴-۲
- ۹۳.....مالی بودن حق و ممکن بودن استیفای آن از رهن.....۲-۴-۲
- ۹۶.....ملحقات.....۳-۴-۲

- ۹۶.....۱-۳-۴-۲: رهن مکرر.....
- ۱۰۰..... فصل سوم: آثار و احکام رهن.....
- ۱۰۰..... ۱-۳: حقوق و تکالیف طرفین.....
- ۱۰۰..... ۱-۱-۳: حقوق و تکالیف راهن.....
- ۱۰۰..... ۱-۱-۳-۱: بقای حق مالکیت و تعلق نمائات.....
- ۱۰۳..... ۱-۱-۳-۲: حق امتناع از تحویل عین مرهونه به وراث مرتهن.....
- ۱۰۴..... ۱-۱-۳-۳: عدم انجام تصرفات ناقله.....
- ۱۰۸..... ۱-۱-۳-۴: مخارج عین مرهونه.....
- ۱۱۰..... ۱-۳-۲: حقوق و تکالیف مرتهن.....
- ۱۱۰..... ۱-۲-۱-۳: فروش عین مرهون در صورت تعذر وفاء.....
- ۱۱۲..... ۱-۲-۲-۲: حق تقدم و حق تعقيب مرتهن در استيفای طلب.....
- ۱۱۷..... ۱-۲-۴: امین بودن مرتهن و مسئولیت او در حفظ مورد رهن.....
- ۱۲۰..... ۱-۳-۳: ملحقات آثار رهن.....
- ۱۲۰..... ۱-۳-۱: لزوم و جواز عقداز ناحیه طرفین.....
- ۱۲۲..... ۲-۳: شروط ضمن عقد.....
- ۱۲۲..... ۱-۲-۳: شرط وکالت برای فروش عین مرهونه.....
- ۱۲۶..... ۱-۱-۲-۳: امکان فسخ وکالت از سوی راهن.....
- ۱۲۸..... ۲-۱-۲-۳: تأثیر ماده ۳۴ قانون ثبت اسناد و املاک بر شرط وکالت.....
- ۱۳۱..... ۲-۲-۳: شرط سلب حق فروش عین مرهونه.....
- ۱۳۲..... ۳-۲-۳: شرط مبيع شدن عین مرهونه.....
- ۱۳۳..... ۴-۲-۳: شرط تعلق منافع به مرتهن و پدیده رهن و اجاره.....
- ۱۳۶..... ۳-۳: انحلال عقد رهن.....
- ۱۳۶..... ۱-۳-۳: پرداخت دین.....
- ۱۳۷..... ۱-۱-۳-۳: پرداخت قسمتی از دین.....
- ۱۳۹..... ۲-۳-۳: فسخ عقد رهن توسط مرتهن.....
- ۱۴۰..... ۳-۳-۳: اقاله.....
- ۱۴۱..... ۴-۳-۳: ابرای ذمه راهن نسبت به دین توسط مرتهن.....

۱۴۱ تلف مورد رهن	۳-۳-۵
۱۴۳ دعاوی رهن (اختلافات مابین طرفین)	۳-۴
۱۴۳ اختلاف در عین مال مرهون	۳-۴-۱
۱۴۵ اختلاف در رهن یا ودیعه بودن مال	۳-۴-۲
۱۴۷ اختلاف در مقدار رهن	۳-۴-۳
۱۴۸ اختلاف در رجوع اذن در بیع مال مرهون	۳-۴-۴
۱۵۱ نتیجه‌گیری بخش رهن	

بخش دوم: عقد شرکت ۱۵۶

۱۵۶ فصل اول: تعاریف	
۱۵۶ ۱-۱: تعاریف	
۱۵۶ ۱-۱-۱: تعریف شرکت از لحاظ لغوی و اصطلاحی	
۱۵۹ ۱-۱-۱-۱: تعریف شرکت مدنی	
۱۶۱ ۱-۱-۱-۲: تعریف شرکت تجاری	
۱۶۵ ۱-۱-۱-۲: اوصاف شرکت مدنی	
۱۶۷ ۱-۲: وجه اشتراک و افتراق شرکت مدنی با شرکت تجاری	
۱۶۸ ۱-۲-۱: وجه اشتراک	
۱۶۹ ۲-۲-۱: وجه افتراق	
۱۷۳ ۳-۲-۱: امتیاز و برتری شرکت تجاری بر شرکت مدنی	
۱۷۵ فصل دوم: اسباب و انواع شرکت	
۱۷۵ ۱-۲: اسباب تحقق شرکت	
۱۷۵ ۱-۱-۲: اسباب اختیاری تحقق شرکت	
۱۷۹ ۲-۱-۲: اسباب قهری تحقق شرکت	
۱۸۱ ۲-۲: انواع عقد شرکت بر حسب نوع و ترکیب آورده‌ها	
۱۸۲ ۱-۲-۲: شرکت اعمال یا ابدان	
۱۸۲ ۱-۱-۲-۲: تحلیل فقهی شرکت اعمال	
۱۸۸ ۲-۱-۲-۲: تحلیل حقوقی شرکت اعمال و مسأله کنسرسیوم	

- ۱۸۹..... شرکت وجوه ۲-۲-۲
- ۱۹۲..... شرکت مفاوضه ۳-۲-۲
- ۱۹۴..... شرکت عنان یا اموال ۴-۲-۲
- ۱۹۶..... نحوه تعلق سود و زیان در شرکت اموال ۱-۴-۲-۲
- ۲۰۰..... فصل سوم: احکام شرکت ۲۰۰
- ۲۰۰..... اداره شرکت و احکام آن ۱-۳
- ۲۱۰..... انحلال شرکت (انحلال اشاعه) ۲-۳
- ۲۱۰..... تقسیم اموال شرکت ۱-۲-۳
- ۲۱۰..... تعریف و ماهیت تقسیم ۱-۱-۲-۳
- ۲۱۲..... اقسام تقسیم ۲-۱-۲-۳
- ۲۱۳..... تقسیم به تراضی ۱-۲-۱-۲-۳
- ۲۱۴..... تقسیم به اجبار ۲-۲-۱-۲-۳
- ۲۱۸..... موضوع تقسیم ۳-۱-۲-۳
- ۲۱۸..... تقسیم عین ۱-۳-۱-۲-۳
- ۲۱۹..... تقسیم منافع (مهایات) ۲-۳-۱-۲-۳
- ۲۲۰..... تقسیم دیون و مطالبات ۳-۳-۱-۲-۳
- ۲۲۱..... ترتیب تقسیم و اعمال آن به وسیله دادگاه ۴-۱-۲-۳
- ۲۲۱..... تقسیم به افراز ۱-۴-۱-۲-۳
- ۲۲۳..... تقسیم به تعدیل ۲-۴-۱-۲-۳
- ۲۲۴..... تقسیم به رد ۳-۴-۱-۲-۳
- ۲۲۵..... تقسیم غیرمستقیم ۴-۴-۱-۲-۳
- ۲۲۶..... استقرا ۴-۱-۲-۳
- ۲۲۸..... اثر تقسیم ۵-۱-۲-۳
- ۲۲۹..... موارد بطلان تقسیم ۶-۱-۲-۳
- ۲۳۲..... ملحقات ۷-۱-۲-۳
- ۲۳۲..... وجود دین در ترکة میت ۲-۷-۱-۲-۳
- ۲۳۴..... تقسیم مال موقوفه ۲-۷-۱-۲-۳

- ۲۳۵..... تلف تمام مال شرکت..... ۲-۲-۳
- ۲۳۶..... مسائل و اختلافات مطروحه ۳-۳
- ۲۳۶..... شرکت مرکب از اعمال و اموال..... ۱-۳-۳
- ۲۴۱..... بیع مال از ناحیه دو شریک در یک عقد ۳-۳-۳
- ۲۴۴..... نتیجه‌گیری بخش شرکت ۲۴۴

۲۴۸..... منابع و مأخذ..... ۲۴۸

- ۲۴۸..... (الف) منابع عربی..... ۲۴۸
- ۲۵۵..... (ب) منابع فارسی..... ۲۵۵
- ۲۵۷..... (ج) مقالات..... ۲۵۷
- ۲۵۸..... (د) نرم افزار..... ۲۵۸

علائم اختصاری

- ق.ا.....قانون اساسی
- ق.م.....قانون مدنی
- ق.ت.....قانون تجارت
- ق.م.ا.....قانون مجازات اسلامی
- ق.آ.د.م.....قانون آیین دادرسی مدنی
- ق.آ.د.ک.....قانون آیین دادرسی کیفری
- ق.ا.ح.....قانون امور حسبی
- ق.ا.ا.م.....قانون اجرای احکام مدنی
- ق.ت.ا.ا.....قانون ثبت اسناد و املاک
- ق.ا.ف.ا.م.....قانون افراز و فروش املاک مشاع
- ر.ک.....رجوع کنید

مقدمه

الف) جایگاه شهید ثانی

زین‌الدین بن علی بن احمد جبل عاملی معروف به شهید ثانی، یکی از فقهای نامدار جهان تشیع است، که در سال ۹۱۱ هجری قمری در توابع جبل عامل چشم به جهان گشود. ایشان از اعیان و مفاخر شیعه و از اکابر متبحر در علوم اسلامی و یکی از استوانه‌های فقهی و اجتهادی در طول ادوار فقه اسلامی است، که از نظر آثار و برکات علمی کم‌نظیر است، زیرا با خدمات بی‌شمار و تحولات شگرفی که در طول حیات پر فروغش در عرصه علم فقه به ارمغان آورده است، پس از گذشت چند قرن، همچنان آثارش، روشنی بخش راه دانش پژوهان و سرلوحه کار فقیهان و قانون‌نویسان است. همچنین از دیگر ثمرات وجودی این شخصیت بزرگوار، فرزندى برومند و دانشمند پارسا و ژرف‌نگر، ابو منصور جمال‌الدین حسن (صاحب معالم) است، که آثار گرانبهایی همچون کتاب «معالم‌الدین فی‌الأصول» را برای جهان تشیع به یادگار نهاده است.

این فقیه عالیقدر، تحصیلات مقدماتی را نزد پدر بزرگوارشان، نورالدین علی بن احمد، گذراندند. سپس به قریه «میس» رفتند و در جهت ادامه تحصیل، کتابهای «شرائع الاسلام» محقق حلی و «ارشاد الأذهان» و «قواعد الأحكام» علامه حلی را نزد شیخ علی بن عبد‌العالی میسی خواندند. پس از آن به «کرک نوح» رفته و نحو و اصول فقه را نزد سید جعفر کرکی فرا گرفتند. سپس به دمشق مسافرت کردند و کتب طب و حکمت و هیأت را نزد شیخ محمد بن مکی و کتاب «شاطبیه» را که در خصوص علم قرائت و تجوید است در محضر درس شیخ احمد جابر فرا گرفتند. این عالم خستگی‌ناپذیر در سال ۹۴۲ هجری قمری به سوی «مصر» عزیمت نمود و در مصر نزد شانزده استاد برجسته و دانشمند به اندوختن ذخایر علمی در علوم عربی، اصول فقه، هندسه، معانی، بیان، عروض، منطق، تفسیر و سایر علوم دیگر پرداختند. سرانجام، این فقیه بزرگوار در سال ۹۶۶ هجری قمری به دست ناهلان کور دل، به درجه رفیع شهادت نائل گردیدند.

اما از جمله اهم تألیفات شهید ثانی می‌توان به: روض الجنان فی شرح إرشاد الأذهان، مسالك الأفهام فی شرح شرائع الإسلام، الروضه البهیة فی شرح اللّمعه الدمشقیة و تمهید القواعد الأصولیه لتفریح الأحكام الشرعیة در زمینه فقهی و منیه المرید فی الآداب المفید

و المستفید، در زمینه آداب تعلیم و تعلم که کتابی فوق العاده مفید در امر آموزش و تربیت است، اشاره نمود. کتاب مسالک الأفهام، یکی از بزرگترین آثار فقهی شهید ثانی، و از مشهورترین شروح کتاب شرائع الإسلام فی مسائل الحل و الحرام، تألیف جعفر بن حسن حلی معروف به محقق حلی (م ۶۷۶ ق) است، که از چهار قسمت عبادات، عقود، ایقاعات و احکام تشکیل شده و از نظر محتوا یک کتاب فقهی تمام استدلالی است. قسمت عبادات این کتاب در سال ۹۵۱ ق پایان یافته است و قسمت عقود آن در ۲۱ ربیع الثانی سال ۹۶۳ ق یعنی دوازده سال بعد به اتمام رسیده است.

ب) تاریخچه تدوین قانون مدنی و تجارت

قانون مدنی هر کشور، محور اصلی و بنیادین نظام حقوقی آن کشور محسوب می‌شود، که وظیفه اصلی آن، تنظیم و ضابطه‌مند نمودن روابط حقوقی و قراردادی بین فیما بین افراد جامعه است. قانون مدنی ایران جزء نادر قوانین مدنی کشورهای اسلامی است که مستقیماً بر مبانی حقوق اسلامی استوار شده و تنها قانون مدنی است که در آن قواعد فقه امامیه رعایت گردیده است.

در اردیبهشت ۱۳۰۶، رضا شاه فرمان لغو کاپیتولاسیون را صادر و تشکیل هیئتی را برای تدوین قانون مدنی ایران در طی مدت یک سال به علی‌اکبر داور^۱ که به وزارت عدلیه آن زمان منصوب شده بود، محول نمود. علی‌اکبر داور نیز بعد از بنیان‌گذاری عدلیه جدید، در تاریخ سه شنبه دهم دی ماه ۱۳۰۶ هیأتی را برای تدوین قانون مدنی منصوب کرد. وی در ابتدا قصد داشت با به‌خدمت‌گرفتن مشاوران اروپایی کار تدوین قانون مدنی ایران را در مسیر اقتباس از قوانین اروپایی قرار دهد، اما با تدبیر و کاردانی مرحوم دکتر مصدق که در آن زمان نماینده مجلس ایران و از شخصیت‌های معروف حقوقی و سیاسی بود و نیز محسن صدر (صدرالاشراف)، این امر به لطف خدا محقق نگردید و قرار بر این شد تا قانون مدنی ایران با اقتباس از فقه اسلامی تدوین گردد. سرانجام برای تدوین قانون مدنی هیأتی از فقیهان متبحر و دانشمندان واجد صلاحیت

۱ - علی‌اکبر داور فرزند کربلایی علی خان، خزانه دار اندرون دربار قاجار، فارغ التحصیل دارالفنون، در بیست و پنج سالگی از سوی «میرزا حسین‌خان مشیرالدوله» وزیر عدلیه وقت، به مقام دادستانی تهران منصوب شد؛ ولی پس از یک سال برای ادامه تحصیل به سوییس رفت و مدت یازده سال دوره های حقوق، علوم سیاسی و اقتصادی را همراه با مطالعات در فلسفه و منطق و تاریخ و روابط سیاسی گذراند و رساله دکترای خود را تحت عنوان «سقط جنین از نظر پزشکی قانونی» تدوین نمود.

انتخاب شدند.^۱ جلد اول قانون مدنی با موضوع اموال شامل ۹۵۵ ماده در ۱۸ اردیبهشت ۱۳۰۷، دقیقاً یک سال پس از فرمان لغو کاپیتولاسیون در دوره ششم قانونگذاری، به تصویب مجلس رسید. همچنین، جلد دوم قانون مدنی نیز با موضوع اشخاص، شامل مواد ۹۵۶ الی ۱۲۰۶ در دوره نهم قانونگذاری به تاریخ ۲۸ بهمن و ۲۱ اسفند ۱۳۱۳ و ۱۷ الی ۲۰ فرودین ۱۳۱۴ و جلد سوم آن نیز با موضوع ادله اثبات دعوی شامل مواد ۱۲۰۷ الی ۱۳۳۵، در دوره دهم به تاریخ ۱۳ مهر و ۸ آبان ۱۳۱۴ به تصویب مجلس رسید.^۲ البته گفتمنی است، بعد از پیروزی انقلاب اسلامی نیز اصلاحات و الحاقاتی در پاره‌ای از مواد قانون مدنی صورت گرفته است، که از آن جمله می‌توان به، اصلاحات مورخه ۷۰/۸/۱۴ نسبت به مواد ۲۶، ۸۱، ۱۶۲ الی ۱۶۴، ۱۶۴ الی ۲۱۸، ۲۱۹ الی ۳۴۷، ۴۱۷، ۴۵۳، ۶۵۵، ۷۰۶، ۸۸۱، ۹۸۰، ۹۹۱، ۱۰۳۶ و... اشاره کرد.

سابقه تجارت در ایران سابقه‌ای به قدر تمدن ایران دارد، ولیکن آنچه امروزه به عنوان حقوق تجارت ایران می‌شناسیم، سیر تاریخی مفصلی ندارد. در ایران تا پیش از تصویب قوانین تجاری مدون، در اموری که امروزه امور تجاری تلقی می‌شوند، همان اصول و قواعد شرعی حاکم بر امور مدنی اعمال می‌شد و اصولاً بین امور مدنی و تجاری تفکیکی صورت نمی‌گرفت. اما آنچه امروزه به‌عنوان قانون تجارت شناخته می‌شود، قانونی است که عمده قواعد آن از قانون تجارت فرانسه اقتباس شده است. البته علت این تقلید، مستحده بودن مسائل حقوق تجارت و فقدان نصوص فقهی در این خصوص است.

دوره نخستین تدوین و شکل‌گیری حقوق تجارت از سال ۱۲۸۹ شمسی یعنی از تاریخ تصویب قانون قبول و نکول بروات تجاری شروع می‌شود و تا سال ۱۳۱۱ ادامه می‌یابد. این دوره را حقوقدانان دوره احتیاط نامیده‌اند؛ زیرا قانونگذار ایران، در مقابل مخالفت پیشوایان مذهبی با ورود قوانین غربی به کشور، محتاطانه عمل کرده است. اما بعد از این دوره، قانونگذار جرأت عمل بیشتری از خود نشان داد و در تاریخ ۱۳ اردیبهشت سال ۱۳۱۱ قانون تجارت را در ۶۰۰ ماده به تصویب رسانید. همچنین، در

۱ - از جمله این افراد می‌توان به: «سید محمد فاطمی قمی، سید نصرالله تقوی، شیخ محمد علی کاشانی، شیخ علی بابا فیروزکوهی (عالم)، میرزا محمد ایروانی، محسن صدر (صدرالاشراف)، سید کاظم عصار و مصطفی عدل (منصور السلطنه)، اشاره نمود. دکتر بهرامی احمدی، حمید، تاریخچه تدوین قانون مدنی؛ مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، سال ۱۳۸۳، شماره ۲۴، ص: ۳۷ الی ۳۹.

۲ - جهانگیر، منصور، قانون اساسی و مدنی، ص: ۱۲۴.

سال ۱۳۴۷ کمیسیون مشترک مجلس، از ماده ۲۱ الی ۹۴ این قانون را طی لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت لغو و لایحه جدیدی را در سیصد ماده و ۲۸ تبصره در شماره ۷۰۳۸- به تاریخ ۱/۱۲/۱۳۴۸ در روزنامه رسمی کشور درج و جانشین مواد مذکور نمود.^۱ اما از این تاریخ به بعد در قانون تجارت تغییرات چندانی به عمل نیامده است، اگرچه اخیراً پیش‌نویس لایحه اصلاح قانون تجارت در ۸۳۴ ماده تنظیم شده است.

۱- دکتر اسکینی، ربیعاً، حقوق تجارت ج ۱، ص: ۱۴ الی ۱۵.

بخش اول: عقد رهن

فصل اول: کلیات و تعاریف

مباحث فصل:

۱- کلیات

۲- تعریف رهن از لحاظ لغوی و اصطلاحی

۳- مشروعیت عقد رهن

۴- اوصاف عقد رهن

۱-۱: کلیات

۱-۱-۱: تعریف مسأله

فقه اسلامی همواره به عنوان بنیادی ترین منبع تدوین قوانین موضوعه به شمار آمده است. فقهای اسلامی نیز در طی سالیان متمادی به منظور تبیین و تشریح ابواب و موضوعات فقهی و همچنین قواعد مربوط به آن تلاش بسزایی را مبذول داشته‌اند. که از زمره برجسته‌ترین این فقهاء، می‌توان به زین‌الدین علی عاملی معروف به شهید ثانی اشاره نمود.

در این رساله سعی بر آن است که، به بررسی دو عقد رهن و شرکت، با محوریت آرای شهید ثانی در کتاب گران سنگ مسالک الأفهام و همچنین بیان نظرات سایر فقهاء و حقوقدانان به همراه استقصاء و مذاقه در آنها به منظور اعتلاء و به‌روزرسانی هرچه بیشتر در زمینه تدوین قانون و نائل آمدن به ضابطه‌ای منتظم مطابق با واقعیت‌های اجتماعی موجود، پرداخته شود.^۱ عقد رهن، یکی از عقود توثیقی و مسامحی است، که تأسیس آن گامی در جهت ایجاد اطمینان خاطر و ثبات برای طلب بستانکاران بوده است و امروزه به جهت حق عینی و تقدیمی که برای مرتهن به ارمغان می‌آورد، از کاربرد شایانی در زمینه‌های مختلف برخوردار است. عقد شرکت نیز از جمله عقود مهمی است، که در عصر حاضر مفهوم و صورت جدیدی را تحت عنوان شرکت‌های تجاری به خود گرفته است، که سکوت قانونگذار در جهت تعریف و تبیین ماهیت این نوع از شرکت‌ها و وجه

۱ - قابل ذکر است: «نظریات شهید ثانی از کتاب مسالک الأفهام، به منظور تبیین هرچه بهتر موضوعات با حروف درشت سیاه در متن رساله مشخص شده است».

افتراق آنها با شرکت‌های مدنی، ضرورت بحث را دو چندان نموده است.

۱-۱-۲: طرح سؤال

- ۱- در مورد نقش قبض در عقد رهن چه نظرانی مطرح است و بر فرض قبول هر یک از آنها چه اثری بر عقد رهن مترتب می‌گردد؟
- ۲- آیا رهن دین و منفعت و همچنین رهن اسکناس، اسناد در وجه حامل، اوراق قرضه یا سهام شرکت‌ها صحیح است یا باطل و آیا در مورد موضوع اخیر، در حیطه قانون تجارت بحثی به میان آمده است؟
- ۳- در صورتی که شخص ثالث مال خود را وثیقه دین قرارداد دهد و یا به مدیون داده تا رهن دین خویش قرار دهد از نظر فقهاء و حقوقدانان، این عمل در بردارنده چه ماهیتی می‌باشد؟
- ۴- مفهوم اصطلاحی شرکت از نظر فقهاء و مقنن چیست و آیا این تعاریف در بردارنده ماهیت شرکت‌های تجاری با توجه به سکوت قانونگذار نسبت به این مورد در قانون تجارت است؟

۱-۱-۳: طرح فرضیه

- ۱- درباره نقش قبض در عقد رهن سه نظریه مطرح است: ۱- قبض شرط صحت عقد رهن است. به این معنی که قبض جزءالسبب است و رهن قبل از قبض، مانند عقد هبه و وقف منعقد نمی‌گردد. ۲- قبض صرفاً شرط لزوم عقد رهن است. بنابراین، عقد رهن پیش از قبض صحیح است، اما از طرف رهن و مرتهن جایز است. ۳- قبض هیچ تأثیری در صحت و لزوم عقد ندارد. شهید ثانی در کتاب مسالک الأفهام نظر سوم را پذیرفته است. قانون مدنی نیز در ماده ۷۷۲ نظر اول را برگزیده است. در این راستا نظریه عدم تأثیر قبض با اقتضائات عرف کنونی سازگارتر است؛ چرا که هدف از انعقاد عقد رهن بدون قبض هم تأمین می‌شود و رکن دانستن قبض موجب تبعات منفی چون ایجاد محدودیت‌هایی برای وثیقه‌گذاران و عدم امکان رهن اعیان کلی و دیون می‌گردد.
- ۲- درباره صحت رهن دین و منفعت بین فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. شهید ثانی بنا به شرایطی قائل به صحت رهن دین شده است. قانون مدنی در ماده ۷۷۴ خود صریحاً رهن دین و منفعت را باطل شمرده است. البته برخی از صاحب نظران علم

حقوق، بر اساس مقتضیات عصر کنونی و روابط اعتباری موجود در معاملات، متمایل به صحت رهن دین و منفعت شده‌اند. اما جواز رهن اموالی چون اسکناس، اوراق قرضه، سهام شرکت‌ها و... دائرمدار ورود این اموال در قلمرو اعیان (در حکم آنها) است. در قانون تجارت نیز در مواد ۶۶ و ۱۱۴ الی ۱۱۷ اشاراتی به توثیق سهام شرکت سهامی شده است. البته در این راستا به نظر می‌رسد که، با توجه به قابل معامله و قبض بودن این‌گونه اموال، قابل رهن باشند.

۳- در این زمینه چند حالت متصور است. مشهور فقهای امامیه از جمله شهید ثانی، ماهیت این عمل را با توجه به اینکه یکی از شرایط عین مرهونه ملک راهن بودن آن است، نوعی عاریه مال (غیر) به جهت قراردادن آن به‌عنوان رهن تحلیل نموده و «رهن مستعار» نامیده‌اند. ولیکن در مقابل، برخی از حقوق دانان این عمل حقوقی را در قالب عقد ضمان و برخی دیگر در قالب یک عقد مستقل توجیه نموده‌اند. لذا پاسخ این فرضیه، نیازمند تحلیل نظر فقها و مواد ۷۷۳ و ۷۷۸ ق.م.ا است، اگر چه عقد خاص و مشمول ماده ۱۰ ق.م. دانستن این عمل حقوقی موجه‌تر است.

۴- در تعریف اصطلاحی شرکت، مشهور فقهاء شرکت را به: «اجتماع حقوق مالکین متعدد بر شیء واحد به‌طور مشاع» تعریف نموده‌اند. اما شهید ثانی این تعریف را متضمن عقد شرکت ندانسته و در کنار آن، شرکت را، عقدی می‌داند که ثمره و نتیجه اش جواز تصرف مالکین متعدد بر شیء واحد بر سبیل اشاعه است. قانون مدنی نیز به پیروی از مشهور فقهاء در ماده ۵۷۱ خود، مقرر داشته است: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». حقوق دانان، این تعریف را در مقام بیان شرکت به‌عنوان یکی از عقود معینه ناقص توصیف نموده‌اند. اما تعریف قانون مدنی از شرکت، اساساً در بردارنده ماهیت شرکت‌های تجاری که در ماده ۲۰ ق.ت.ا احصاء شده‌اند، نیست؛ زیرا در شرکت‌های تجاری برخلاف شرکت مدنی، به سبب وجود نهاد شخصیت حقوقی، اشاعه مالکیت (شرکاء) از بین می‌رود و همه آورده‌ها در حکم اموال شرکت محسوب می‌گردد.

۱-۴: پیشینه تحقیق

با امعان نظر به اینکه قوانین مدونه علی‌الخصوص قانون مدنی تا حد زیادی متأثر از آرای فقهای امامیه نیست، پی‌بردن به مبنا و مستندات تدوین قوانین موضوعه، مستلزم

آگاهی و اطلاع هرچه بیشتر در مورد منابع فقهی و آرای فقهاء در این زمینه و تدقیق و تتبع نسبت به آنهاست، که از جمله این منابع، کتاب ارزشمند مسالک الأفهام است. تاکنون راجع به این موضوع اگرچه نظرات پراکنده ای مطرح شده است، ولیکن جامعیت لازم را دربر نداشته و مسائلی از دید این صاحب نظران مکتوم مانده است. همچنین، علی‌رغم اهمیت فقهی این کتاب مقایسه و تطبیقی در خصوص موضوع مزبور با قوانین مطروحه در این مورد صورت نگرفته است.

۱-۵: روش کار تحقیق

روش تحقیق در این رساله به صورت «توصیفی-تحلیلی» است، که ابتدا به شناسایی منابع فقهی و حقوقی در زمینه عقد رهن و شرکت پرداخته و سپس با بررسی و تجزیه و تحلیل مطالب، اقدام به یادداشت برداری شده است. مبنای این رساله، متن کتاب «مسالک الأفهام» به انضمام تطبیق آن با قانون مدنی و قانون تجارت است. البته نظرات سایر فقهاء و حقوق دانان نیز به‌منظور تبیین، بسط و تشریح مباحث، بیان شده است.

۱-۶: فصول تحقیق

این رساله در دو بخش عقد رهن و عقد شرکت تدوین شده است. هر بخش دارای سه فصل و هر فصل دارای چند مبحث می‌باشد. در بخش عقد رهن، در فصل اول به بیان کلیات، تعاریف و اوصاف عقد رهن، در فصل دوم، شرایط عمومی و اختصاصی عقد رهن و سرانجام در فصل سوم، آثار و احکام رهن مورد بررسی قرار گرفته است. در بخش عقد شرکت نیز، در فصل اول به بیان تعاریف شرکت مدنی و تجاری و مقایسه آنها، در فصل دوم، اسباب و انواع شرکت و سرانجام در فصل سوم، آثار و احکام شرکت مورد بررسی قرار گرفته است.

۱-۲: تعاریف

۱-۲-۱: تعریف رهن در لغت و اصطلاح

رهن در اصل مصدر است و معنای ثبوت و دوام را می‌رساند. بر اساس همین معنای لغوی است که گفته شده «نعمه راهنة»، یعنی نعمتی که ثبوت و دوام دارد.^۱ در واقع،

۱ - سعدی، ابو جیب، القاموس الفقهی لغة و اصطلاحاً؛ ص: ۱۵۴ - طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین؛ ج ۶، ص: ۲۵۸ - فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر؛ ج ۲، ص: ۲۴۲ - جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح؛ ج ۵، ص: ۲۱۲۸ - مهیار،

مرتبه با اخذ رهن به مال و طلب خود، ثبات و قرار می‌دهد.^۱ در صورتی که واژه رهن در حالت اسم به کار رود، به معنای گرو یا اسم برای شیء رهن و مرهون خواهد بود.^۲ همچنین لغت رهن به معنای در حبس بودن نیز، هست. چنانچه در قرآن کریم آمده است: «كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِيْنَةٌ»^۳، که در آیه شریفه کلمه رهن به معنای حبس و نگه داشتن (به آنچه کسب نموده از خیر و شر)، است.^۴ شهید ثانی، اقتباس رهن شرعی از معنای اخیر، یعنی در حبس بودن را، مناسب می‌داند. زیرا اقتضای عقد رهن، حبس عین مرهونه از مالک آن، تا زمان استیفای کامل دین است.^۵

اما در معنای اصطلاحی، مشهور فقهای امامیه عقد رهن را به «هُوَ وَثِيْقَةٌ لِدَيْنِ الْمَرْتَهِنِ»^۶ تعریف نموده‌اند.^۷ در این تعریف کلمه وثیقه بر وزن فعلیه گاهی به معنای اسم فاعل و گاهی به معنای اسم مفعول است. اگرچه به معنای اسم مفعول، به مفهوم موقوف به، ارجح است. زیرا در عقد رهن، وثیقه، مال یا کالایی است که به عنوان گرو گرفته شده است. در واقع وثیق بر وزن فعلیل صفت است و به معنای اعتماد کننده است، اما وقتی که حرف تاء به دنبال آن می‌آید، معنای اسم مفعولی پیدا می‌کند. یعنی نام مالی می‌شود که وثیقه دین قرار می‌گیرد. لذا این تاء حرف تأنیث نیست، بلکه حرف تبدیل است و صفت را به اسم تبدیل می‌کند.^۸ همچنین حرف لام در کلمه «لدین» لام علت و مفعول لاجله است، یعنی وثیقه‌ای که به جهت دین

رضا، فرهنگ ابجدی؛ ص: ۴۴۴.

۱ - دکتر موسویان، سید عباس، فرهنگ اصطلاحات فقهی و حقوقی معاملات؛ ص: ۸۱ - دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ج ۳، ص ۲۰۷۱.

۲ - ابن منظور، محمد بن مکرم، لسان العرب؛ ج ۱۲، ص: ۱۸۸ - زبیدی، محب الدین، تاج العروس من جواهر القاموس؛ ج ۹، ص: ۲۲۱ - مهیار، رضا، فرهنگ ابجدی؛ ص: ۴۱.

۳ - سوره مدثر، آیه ۳۸.

۴ - «یعنی هر نفسی حبس شده و زندانی عملی است که خود (از خیر و شر) کسب نموده است». قرشی، سید علی اکبر، قاموس قرآن؛ ج ۳، ص: ۱۳۰ - راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن؛ ج ۱، ص: ۲۶۸.

۵ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام؛ ج ۴، ص: ۷.

۶ - یعنی رهن عبارت است از: «اخذ گرو از برای طلب مرتبه (رهن گیرنده)».

۷ - شهید ثانی، منبع پیشین - محقق حلی، نجم الدین، شرائع الإسلام؛ ج ۲، ص: ۶۶ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام؛ ج ۲۵، ص: ۹۴ - علامه حلی، حسن بن یوسف، قواعد الأحكام؛ ج ۲، ص: ۱۰۸ - محقق کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد؛ ج ۵، ص: ۴۴ - حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه (ط - الحدیثه)؛ ج ۱۵، ص: ۲۱۸.

۸ - طباطبائی، سید علی بن محمد بن ابی معاذ، ریاض المسائل (ط - الحدیثه)؛ ج ۹، ص: ۱۸۷.

گرفته می‌شود.^۱

از این تعریف ایراداتی به شرح ذیل وارد شده است:

۱- کلمه وثیقه در عبارت مذکور خبر ضمیر مذکر منفصل هو (مبتدای جمله) است. لذا مبتدا و خبر از جهت مذکر و مونث بودن با یکدیگر مطابقت ندارند و این ایراد لفظاً وارد است.

۲- در این تعریف رهن به دین اختصاص داده شده است و حال آنکه رهن بر بعضی از اعیان خارجی مثل رهن بر اعیان مضمونه از قبیل مال غصبی و عاریه مضمونه یا رهن بر اعیانی که احتمال ضمان در آن هست مثل رهن بر مبیع یا ثمن، نیز جایز است. در نتیجه رهن مختص به دین نیست.^۲

۳- داخل کردن کلمه مرتهن در تعریف و نسبت دادن آن به دین، موجب پیدایش دور در تعریف می‌شود؛ زیرا در تعریف رهن، کلمه مرتهن آمده و در تعریف مرتهن کلمه رهن آمده است. در واقع لازمه این امر آن است که تصور معنای رهن متوقف بر تصور معنای مرتهن، و تصور معنای مرتهن نیز متوقف بر تصور معنای رهن باشد. لذا از آنجا که تعریف هریک متوقف بر دیگری است، دور لازم می‌آید. به همین جهت، برخی از فقهاء برای اجتناب از این ایراد در تعریف عقد رهن، کلمه مرتهن را داخل در آن ننموده‌اند و عقد رهن را به «وِثِيقَةُ لِلْمَدِينِ يَسْتَوْفَى مِنْهُ الْمَالُ»^۳، یعنی رهن وثیقه ای است که برای صاحب دین، که وی می‌تواند حق خود را از محل آن استیفاء نماید و یا به «هو عقدُ شَرَعٌ لِّلْاِسْتِثْقَاءِ عَلَي الدَّيْنِ»^۴، یعنی عقدی که به منظور وثوق و خاطر جمعی طلبکار بر دینی که بر ذمه بدهکار دارد تشریح شده است، تعریف نموده‌اند (البته به نظر می‌رسد این تعریف نظر به غایت رهن دارد).

اما ایراد اول رد می‌شود به اینکه، حرف تاء در کلمه «وِثِيقَةُ» به خاطر نقل لفظ از وصفیت به اسم بودن است نه تأیث، همچنان که در حرف تاء در کلماتی چون

۱ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الأفهام؛ ج ۴، ص: ۷.

۲ - در جواز عقد رهن بر این موارد می‌توان به مفاد مواد ۲۴۱، ۶۹۳ و ۷۷۵ قانون مدنی تمسک جست.

۳ - شهید اول، محمد بن مکی، الدروس؛ ج ۳، ص: ۳۸۳- فاضل مقداد، عبد الله سیوری حلی، التنقیح الرائع؛ ج ۲، ص: ۱۶۳. (البته شهید اول در کتاب لمعه در صفحه ۱۲۹ عقد رهن را به «هُوَ وَثِيقَةُ لِلدَّيْنِ» تعریف نموده است).

۴ - امام خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله؛ ج ۲، ص: ۳ - علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)؛ ج ۱۳، ص: ۸۵ - ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر؛ ج ۲، ص: ۴۱۶.

«اکیلة و نطیحة»^۱ این چنین است و حرف تاء در آنها حرف تأنیث نیست، بلکه حرف تبدیل است. لذا بین مبتدا و خبر در مونث و مذکر بودن مطابقت وجود دارد. ایراد دوم، با این دلیل که اصطلاح «دین» ناظر بر عدم جواز رهن بر غیر دین مانند اعیان خارجی است،^۲ از بین می‌رود؛ زیرا در جواز رهن آن اختلاف است. بر فرض جواز هم، ممکن است تکلف جواب باشد به اینکه رهن بر وثیقه، فقط به جهت استیفای دین است، بر فرض ظاهر شدن فعل به سبب استحقاق یا تعذر عین. به تعبیر دیگر، علت این اختصاص آن است که موارد مذکور نیز داخل در دین هستند. زیرا اخذ وثیقه برای مبیع یا ثمن به سبب آن است که اگر مبیع یا ثمن مستحق للغير درآمد و یا بایع یا مشتری بر حسب مورد از تحویل مبیع یا ثمن متعذر گردیدند، هر یک به منزله دائن محسوب شده و می‌توانند حق خود را از محل رهن استیفاء نمایند. و در مال مغضوب نیز در صورت تعذر تحویل عین مغضوبه از ناحیه غاصب، مالک، طلبکار آن عین محسوب شده و حق استیفای دین خود را از محل وثیقه دارد.

و در مورد رفع اشکال سوم، می‌توان کلمه مرتهن را به وجهی تعریف نمود که کلمه رهن در آن واقع نشود، مثل اینکه در تعریف مرتهن بگوییم، کسی است که صاحب دین است (دائن) و یا کسی است که وثیقه برای اوست. که در این صورت، موجب منتفی شدن دور در مانحن فیه می‌شود. زیرا دیگر تصوّر معنای مرتهن موقوف بر تصوّر معنای رهن نیست. اما در مورد تعریفی که شهید اول بیان نموده‌اند، اگرچه اشکال دور بر آن وارد نیست، اما خالی از ایراد هم نیست، مضافاً اینکه این تعریف بیشتر به تعریف عین مرهونه نزدیک است تا خود عقد رهن. بر فرض پذیرش این امر هم، ذکر کلمه «المدین» به جای «المرتهن» صحیح نیست مگر آنکه آن را به تأویل ببریم.^۳

نظر مقتن و حقوق دانان

۱ - اکیلة به معنی ماکول، بزی است که برای خوردن فریه می‌کنند و نطیحة به معنای منطوح، گوسفندی است که بر اثر خوردن شاخ از گوسفند دیگر مرده باشد.

۲ - در مانحن فیه رهن بر اعیان مضمونه، همچون رهن بر مال غصبی و یا رهن بر اعیانی که احتمال ضمان در آن هست مثل رهن بر درک مبیع.

۳ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالک الأفهام؛ ج ۴، ص: ۸ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام؛ ج ۲۵، ص: ۹۴ الی ۹۵.

قانون مدنی در ماده ۷۷۱ خود با اقتباس از نظر مشهور فقهاء، در تعریف عقد رهن مقرر داشته است: «رهن، عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد. رهن‌دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند». همچنین مال مورد رهن را مرهون می‌نامند. برخی از حقوق‌دانان تعریف قانون را به علت اینکه گاهی جهت اخذ وثیقه ممکن است ائتلاف مال باشد نه عقد و دیگر اینکه قراردادن رهن از ناحیه ثالث نیز ممکن است، جامع ندانسته‌اند و تعریف دیگری ارائه نموده‌اند: «رهن عقدی است که به موجب آن، مدیون یا ثالث، مال موجود در خارج (اعم از منقول یا غیر منقول) را به‌عنوان وثیقه به بستانکار اعطاء می‌نماید، تا اگر مدیون در ادای دین خود در سررسید مقرر متعذر گردید، از محل فروش آن، طلب بستانکار پرداخت شود». بر این اساس خاستگاه دین ممکن است عقد و یا غیر آن باشد.^۱

۳-۱: مشروعیت عقد رهن

نسبت به مشروعیت عقد رهن می‌توان به آیه ۲۸۳ سوره بقره استناد نمود. خداوند متعال در این آیه می‌فرماید: «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» یعنی اگر در سفر بودید و نویسنده‌ای برای تنظیم سند قرض و معامله نسیه، پیدا نکردید، برای وثیقه دین، گرو گرفته شود. بنابراین، این آیه دلالت بر این دارد که رهن در شرع اسلام ثابت و مشروع است. در روایات نیز به مشروعیت عقد رهن اشاره شده است.^۲ فقهاء نیز در اصل مشروعیت عقد رهن اختلافی ندارند، بلکه در فروع آن یعنی بر صحت عقد رهن در زمان غیر سفر (حضر) اختلاف دارند.

برخی از فقهای اهل سنت اخذ رهن را در هنگام سفر به جهت قول خداوند در آیه ۲۸۳ سوره بقره، شرط صحت عقد رهن قلمداد نموده‌اند.^۳ چرا که در آیه شریفه بیان شده: «اگر در سفر بودید و کاتبی برای تنظیم سند قرض و معامله نسیه، پیدا نکردید، برای وثیقه دین گرو گرفته شود». لذا سفر در اینجا شرط بوده و مفهوم مخالف شرط نیز در بین فقهاء حجت است. اما آنچه مورد اتفاق فقهای امامیه است، جواز اخذ رهن به صورت مطلق و اعم از سفر و حضر است و

۱ - دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق؛ ج ۴، ص: ۲۰۷۱.

۲ - شیخ طوسی، ابو جعفر، تهذیب الأحکام؛ ج ۷، ص: ۱۶۸ - محدث نوری، میرزا حسن، مستدرک الوسائل؛ ج ۱۳، ص: ۴۱۷ - حر عاملی، محمد بن حسن بن علی، وسائل الشیعة؛ ج ۱۸، ص: ۳۷۹.

۳ - ابن قدامه، عبدالله، المغنی؛ ج ۴، ص: ۳۹۸ - قرطبی، ابن رشد، بدایه المجتهد و نهایة المقتصد؛ ج ۲، ص: ۲۷۱.

مقید نمودن اخذ رهن در آیه به هنگام سفر نیز صرفاً وارد مورد اغلب است، نه شرط صحت رهن. زیرا در سفر مظنه پیدا نکردن کاتب بیشتر وجود دارد. مانند قول خداوند در آیه ۴۳ سوره نساء که بیان فرموده: «اگر در سفر باشید- و آب برای تطهیر یا غسل نیافتید، در این صورت با خاک پاک تیمم کنید»، زیرا عدم دسترسی به آب غالباً در سفر پیش می‌آید.^۱ در واقع قید سفر از قیود توضیحی است و قیود توضیحی ظهورش در تقیید بسیار ضعیف است و یا اساساً دلالتی بر تقیید ندارد. مضافاً اینکه بر صحت عقد رهن در غیر سفر (حضر) دلیل خارجی نیز وجود دارد و آن روایتی است که در آن، پیامبر خدا ﷺ زره خود را نزد یک شخص یهودی رهن گذاشتند، درحالی که در سفر نبودند.^۲ این روایت در کتب روایی فقهای اهل سنت نیز نقل شده است.^۳ همچنین در این زمینه بین فقهای امامیه اجماع وجود دارد و اختلافی در جواز رهن به طور مطلق نیست.^۴ تنها مجاهد و ضحاک در بین فقهای شیعه رهن را در غیر سفر جایز نمی‌دانند.^۵

۴-۱: اوصاف عقد رهن

یکی از لازمه‌های شناسایی ماهیت هر عقدی، آگاهی از ویژگی‌ها و اوصاف آن عقداست. لذا لازم می‌آید برای تشریح دقیق مبحث رهن و معرفی آن، به بیان مختصری از این اوصاف پرداخته شود.

۱- رهن یک عقد تبعی است: به این معنی که قهراً وجود دین قبل از انعقاد عقد رهن ضروری است. به عبارت دیگر، باید بین مرتهن و راهن رابطه دائن و مدیونی وجود داشته باشد، تا برای تضمین دین موجود مالی به‌عنوان وثیقه داده شود. و **اقتضای تبعی بودن عقد رهن این است که، با زوال دین از طریق پرداخت آن یا سقوط آن به دلایل**

۱ - شهید ثانی، زین‌الدین علی عاملی، مسالك الأفهام؛ ج ۴، ص: ۱۰ و ۱۱ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام؛ ج ۲۵، ص: ۹۸.

۲ - محدث نوری، میرزا حسن، مستدرک الوسائل؛ ج ۱۳، ص: ۴۱۷.

۳ - بیهقی، ابوبکر، السنن الکبری؛ ج ۶، ص: ۳۶.

۴ - فاضل جواد، جواد بن سعد اسدی، مسالك الأفهام إلى آیات الأحكام؛ ج ۳، ص: ۷۳ - فاضل مقداد، عبد الله، کنز العرفان فی فقه القرآن؛ ج ۲، ص: ۶۰ - قطب‌الدین راوندی، سعید بن عبد الله، فقه القرآن؛ ج ۲، ص: ۵۸ - اردبیلی، احمد بن محمد، زبدة البیان فی أحكام القرآن؛ ص: ۴۵۵.

۵ - شیخ طوسی، ابو جعفر، خلاف؛ ج ۳، ص: ۲۲۱.

دیگر، عقد رهن نیز منحل گردد.^۱ مفاد مواد ۷۷۱ و ۷۷۵ ق.م نیز مؤید این ادعاست. بنابراین، عقد رهن برای دینی که در آینده به وجود می‌آید، مانند ضمان مالم یجب منطبق با ماده ۶۹۱ ق.م، محکوم به بطلان است. زیرا در عقد رهن آنچه مورد توثیق قرار می‌گیرد، حقی است که در سابق ایجاد شده است و این امر لازمه صحت رهن است.^۲

۲- رهن یک عقد عینی است: در یک تقسیم بندی عقود، به رضایی و عینی و تشریفاتی منقسم می‌گردد. طبق نظر برخی از فقهاء و لحن ماده ۷۷۲ قانون مدنی که عقد رهن را به صرف ایجاب و قبول کامل نمی‌داند و قبض را هم لازمه تحقق آن قلمداد می‌نماید، باید رهن را نیز مانند عقد وقف و هبه در شمار عقود عینی به‌شمار آورد.^۳ اما طبق دیدگاه برخی دیگر از فقهاء نظیر شهید ثانی، که قبض را در اصل انعقاد عقد رهن واجد هیچ اثری نمی‌دانند، باید رهن را یک عقد رضایی دانست، که به صرف ایجاب و قبول، کامل شده و تمام آثار بر آن مترتب می‌گردد.^۴

۳- عقد رهن از طرف راهن لازم و از طرف مرتهن جایز است: علت این امر آن است که، مرتهن ذینفع و صاحب حق محسوب می‌شود و هر ذیحقی می‌تواند از حق خود به نفع دیگری بگذرد یا کلاً آن را اسقاط نماید، ولیکن راهن مدیون بوده و نمی‌تواند حق دیگری را اسقاط نماید.^۵ قانون مدنی در ماده ۷۸۷ خود به این امر اشعار داشته است. همچنین در تبصره ۶ ماده ۳۴ اصلاحی ۱۳۵۱ قانون ثبت اسناد و املاک مقرر شده است: «در مورد معاملات رهنی، بستانکار می‌تواند از رهن اعراض نماید ...». معذالک، تمام آثار عقد جایز نسبت به مرتهن در عقد رهن مترتب نمی‌شود.

۱ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الأفهام؛ ج ۴، ص: ۲۸ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام؛ ج ۲۵، ص: ۱۱۰.

۲ - دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین؛ ج ۲، ص: ۲۳۵ - دکتر طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی؛ ج ۴، ص: ۵۲۲.

۳ - شیخ طوسی، ابوجعفر، المبسوط؛ ص: ۱۹۶ - همو، النهاية فی مجرد الفقه والفتاوی؛ ج ۲، ص: ۴۳۱ - شهید اول، محمدبن مکی، الدروس؛ ج ۳، ص: ۳۸۳ - شیخ مفید، محمدبن نعمان، المقنعة؛ ص: ۶۲۲ - ابن براج طرابلسی، قاضی، المهذب؛ ج ۲، ص: ۴۶ - سلار دیلمی، عبد العزیز، المراسم العلویة؛ ص: ۱۹۲ - میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم، جامع‌الشنات فی أجوبة السؤالات؛ ج ۲، ص: ۴۳۲ - طباطبائی، محمد بن ابی معاذ، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)؛ ج ۹، ص: ۱۹۰.

۴ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الأفهام؛ ج ۴، ص: ۱۱ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام؛ ج ۲۵، ص: ۹۹ - علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الأحكام (ط - الحدیثة)؛ ج ۲، ص: ۴۶۴ - محقق کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد؛ ج ۵، ص: ۴۹.

۵ - شهید ثانی، منبع پیشین؛ ص: ۵۲.

زیرا به موجب ماده ۹۵۴ ق.م کلبه عقود جایز با فوت احد طرفین منفسخ می‌گردد، در حالی که در عقد رهن با فوت مرتهن چنین اثری بر عقد منطبق با ماده ۷۸۸ ق.م مترتب نمی‌گردد. برخی از حقوق‌دانان در علت اینکه جایز بودن رهن نسبت به مرتهن آن را تابع احکام عقود جایز قرار نمی‌دهد معتقدند، ماده ۹۵۴ ق.م شامل عقود می‌شود که جایز‌الطرفین باشند، زیرا اصطلاحاً عقد جایز به عقدی گفته می‌شود که طبیعتاً از ناحیه طرفین قابل انحلال باشد.^۱ اما در تحلیل فقهی این نظر می‌توان گفت؛ **باطل نشدن عقد به واسطه موت طرفین به جهت اقتضای لزوم عقد از ناحیه راهن و پایدار ماندن حق مرتهن بواسطه وجود دین است.**^۲ بنابراین نتیجه گرفته می‌شود که، عدم بطلان عقد بر اثر فوت مرتهن، نه به جهت لزوم یا جواز عقد، بلکه دائر مدار وجود دین است، لذا تا وقتی که دین باقی است عقد نیز به قوت خود پابرجاست.

۴- رهن یک عقد توثیقی است؛ یکی دیگر از خصوصیات عقد رهن توثیقی بودن آن است. عقد رهن برای دائن یک حق توثیق تبعی ایجاد می‌کند که وضعیت طلب او را از لحاظ پرداخت، مطمئن‌تر می‌گرداند. بنابراین، عقد رهن در مقابل عقد ضمان که وثیقه شخصی است، توثیق یا وثیقه عینی محسوب می‌گردد؛ زیرا به موجب آن عین مال در گرو دائن قرار می‌گیرد.^۳ در واقع، در وثیقه شخصی، ذمه شخص دیگری به ذمه بدهکار ضمیمه می‌شود و تضمین طلب در آن به طور کامل نیست. زیرا احتمال دارد ضامن نیز معسر شود. برخلاف وثیقه عینی که در آن، طلبکار بر مال معینی از اموال مدیون حق عینی پیدا می‌نماید و از حق تعقیب و حق تقدم نیز برخوردار می‌گردد. به این ترتیب محل وصول طلب همیشه محفوظ می‌ماند.^۴

۱ - دکتر امامی، سید حسن، حقوق مدنی؛ ج ۲، ص: ۳۸۵ - دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، رهن و صلح؛ ص: ۱۱۱.

۲ - شهید ثانی، منبع پیشین؛ ص: ۷۲.

۳ - دکتر باریکلو، علیرضا، عقود معین (عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم)؛ ج ۲، ص: ۱۸۵ الی ۱۸۶.

۴ - دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین؛ ج ۲، ص: ۴۹۶.

فصل دوم: شرایط عمومی و اختصاصی عقد رهن

مباحث فصل:

- ۱- شرایط مربوط به عقد
- ۲- شرایط مربوط به متعاقدين
- ۳- شرایط مربوط به مورد رهن
- ۴- شرایط مربوط به حقی که برای آن رهن داده می‌شود

۲-۱: شرایط مربوط به عقد

۲-۱-۱: لزوم ایجاب و قبول

ترازی طرفین همواره به‌عنوان عنصر تشکیل‌دهنده عقد به‌شمار آمده است. اما صرف قصد و رضای باطنی طرفین برای تحقق عقد و ایجاد اثر مورد نظر، کافی نیست، بلکه آن قصد و رضای باطنی باید به یک وسیله‌ای ابراز شود. بنابراین ایجاب و قبول ایزاری برای اعلام و بیان مقصود طرفین است، که ممکن است به صورت لفظی و یا فعلی محقق گردد. مرسوم است که ایجاب از ناحیه مدیون (راهن) و قبول از جانب دائن (مرتهن) باشد، اگرچه در خلاف آن مانعی وجود ندارد.

ایجاب هر لفظی است که دلالت بر رهن نمودن نماید، مانند «رهنْتک»، یعنی به تو رهن دادم یا «هذا وثیقۀ عندک»، یعنی این گرو در نزد تو باشد و یا هر لفظی که دلالت بر این معنا می‌کند. از جمله مواردی که مؤدای معنای رهن نمودن است، کلمه «ووثقتک»، «هذا رهن عندک» و «أرهنْتُ» به زیادی همزه است، که اگرچه در رهن کم استعمال می‌شود، اما این امر به حدی نرسیده است که منع شده باشد؛ بلکه لغتی است که دلالتش واضح است و نزد افراد بسیار نقل شده است. لذا ایجاب در عقد رهن اختصاص به لفظ خاص و یا ماضی بودن لفظ ندارد، بلکه هر لفظی که دلالت به رضایت بر رهن کند، کافی است؛ زیرا رهن از لحاظ رعایت قواعد، به حدود عقود لازم نرسیده است و صرفاً از ناحیه مرتهن لازم است. بنابراین؛ ترجیح اختصاصات آنچه در عقود لازم معتبر است (لفظی، عربی و به صیغه ماضی بودن ایجاب)، در عقد رهن ترجیح بلامرجه

است.^۱ شهید اول در کتاب «الدروس» مطلبی را در این باره افزوده است و آن اینکه، اگر در ایجاب گفته شود: «خُدُّ عَلَى مَالِكَ أَوْ بِمَالِكَ»، یعنی بگیر این را در مقابل مال خود (در مقابل دین)، عقد رهن منعقد می‌گردد. اگر گفته شود: «أَمْسِكُهُ حَتَّى أُعْطِيكَ مَالَكَ»، یعنی نگه دار این را تا اینکه به مالک اعطاء بنمایی و از این جمله اراده رهن گردد، نیز جایز است؛ ولی اگر اراده و دایعه یا مانند آن شود، رهن محسوب نمی‌شود.^۲ اما برخی از فقهاء با پذیرش این نظریه که، صرفاً استعمال الفاظ صریح در عقد رهن برای تحقق آن معتبر است، به رد دیدگاه مذکور پرداخته‌اند: ۱- ترجیح به جانب جواز عقد هم مانند جانب لزوم آن ترجیح بلا مرجح است. ۲- اصل بر عدم انعقاد عقد با این الفاظ است. ۳- در الفاظی مانند «خذه على المالك» توهم معاوضه و داخل بودن در قسم بیع وجود دارد. ۴- قدر متیقن، استعمال لفظ صریح در انشای ایجاب و قبول و رعایت شرائطی است که در عقد لازم معتبر است، تا در صورت پشیمانی و تعذر وفاء، بتوان ممتنع را به مقتضای تهجد او الزام کرد. چرا که در شریعت اسلام هیچ‌کس را نمی‌توان بخلاف رضای او به کاری ملزم گردانید مگر به احکام شرع. پس، اگر صیغۀ صریح در انشای عقد رهن از مدیون صادر نشود الزام او جایز نیست؛ چون عقد مانند وعده، عهد و قسم به گذرانیدن در دل و داشتن نیت منعقد نمی‌شود و الزام آور نمی‌گردد.^۳

اما پاسخی که به این دلایل می‌توان داد این است که، طرف مرتهن (جواز عقد) بر طرف راهن (لزوم عقد) غلبه دارد؛ زیرا مقصود اصلی در رهن همان مرتهن است و وی رکن اصلی عقد رهن محسوب می‌شود؛ به این جهت که رهن، برای تضمین طلب اوست.^۴ اصل نیز بر عدم اشتراط الفاظ خاص است، لذا هردو اصل مطابق قاعده «اذا تعارضتساقتا»، ساقط می‌شود. همچنین عموم آیه اَوْفُوا بِالْعُقُودِ، دلالت بر وفای به عقد رهنی که به غیر الفاظ معتبر در عقود لازم منعقد شده، می‌نماید و دلیلی نیز بر انحصار الفاظ خاص در دست نیست.^۵

۱ - «و (أرهنهت)، بزيادة الهمزة، فإنه لغة قليلة فيه لا يُلغَّ شُدُوذُهَا حَذَّ المَنْعِ ...» شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الألفهام؛ ج ۴، ص: ۸ الی ۱۰.

۲ - شهید اول، محمد بن مکی، الدروس؛ ج ۳، ص: ۲۸۳.

۳ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام؛ ج ۲۵، ص: ۹۶- بحرانی، یوسف بن احمد، الحدائق الناضرة؛ ج ۲۰، ص:

۲۲۲ - مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان؛ ج ۹، ص: ۱۲۸.

۴ - قاروبی تبریزی، شیخ حسن، التضید فی شرح روضه الشهید؛ ج ۱۳، ص: ۱۴۷.

۵ - طباطبائی، محمد بن ابی معاذ، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)؛ ج ۹، ص: ۱۸۹.

و قبول، راضی شدن به آن ایجاب است. اما در اینکه قبول نیز مانند ایجاب باید لفظی باشد یا قبول فعلی کفایت می‌کند، برخی از فقهاء نظیر صاحب شرایع، برخلاف ایجاب، قبول را منحصر در لفظ ندانسته و قبول فعلی را نیز معتبر دانسته‌اند،^۱ چرا که احراز رضا از طریق فعل، اشاره و مانند این موارد نیز ممکن است، اگر چه این موارد در ایجاب کافی نیست. شهید ثانی در توجیه این دیدگاه، بیان داشته: «تکلف و شرایطی که در بیان ایجاب وجود دارد، در قبول حاکم نیست؛ زیرا عقد رهن از طرف رهن لازم است، ولی قبول از ناحیه کسی صورت می‌گیرد که عقد از طرف او جایز است و رهن به حق او تعلق گرفته است. پس در ابراز قبول رهن، آنچه که در عقود جایز جاری است، کفایت می‌کند».^۲ ولیکن بنابر قول برخی از فقهاء آنچه اعتبار دارد، همان قبول لفظی است،^۳ شهید ثانی نیز بنابر احتیاط و متقن بودن، این نظر را ارجح دانسته است. و در اعتبار استعمال الفاظ به صیغه ماضی یا آنچه قائم مقام ماضی است و عدم تفصیل بین ایجاب و قبول با چیزی که متعدی می‌شود، قائل به دو وجه شده است. چنانچه بنابر وجه اول، اعتبار لفظ ماضی، هم در ایجاب و هم در قبول، به علت لزوم عقد از ناحیه موجب و بنا به وجه دوم، عدم اعتبار صیغه ماضی در ایجاب و قبول، به دلیل التفات به جواز از ناحیه قابل.^۴ اما عده ای دیگر از فقهاء به سبب تسامحی که در عقد رهن وجود دارد و جواز آن از ناحیه مرتهن، نه تنها صیغه ماضی را، بلکه عربی بودن لفظ را هم لازم نمی‌دانند. همچنین معاطات را نیز در عقد رهن جایز می‌شمارند.^۵ چنانچه علامه حلی در کتاب «تذکره» تصریح داشته: «معاطات در عقد رهن برخلاف عقد بیع برای تحقق آن کفایت می‌کند و بیان ایجاب و قبول با شرایط کامل نسبت به آنچه که در بیع وجود دارد، در مورد رهن لازم نیست».^۶

۱ - محقق حلی، نجم الدین، شرائع الإسلام؛ ج ۲، ص: ۶۶ - فخرالمحققین، محمد بن حسن بن یوسف حلی، ایضاح

الفوائد؛ ج ۲، ص: ۹ - محقق سبزواری، محمد باقر، کفایة الأحكام؛ ج ۱، ص: ۵۱.

۲ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الأفهام؛ ج ۴، ص: ۹.

۳ - نجفی، منبع پیشین؛ ص: ۹۷ - محقق کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد؛ ج ۵، ص: ۴۵.

۴ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الأفهام؛ ج ۴، ص: ۹.

۵ - امام خمینی، سید روح‌الله موسوی، تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۳ - اصفهانی، سید ابو الحسن، وسیلة النجاة (مع حواشی

الکلیپایگانی)؛ ج ۲، ص: ۱۸۱ - خوانساری، سید احمد بن یوسف، جامع المدارک؛ ج ۳، ص: ۳۴۲ - میرزای قمی گیلانی،

ابوالقاسم، جامع الشتات فی أجوبة السؤالات؛ ج ۲، ص: ۴۴۷ - سبزواری، سید عبدالعزیز، مهذب الأحكام (للسبزواری)؛

ج ۲۱، ص: ۷۵.

الوصف، علامه انشای عقد رهن را در صورتی که با لفظ انجام پذیرد، به صیغه ماضی معتبر دانسته است و در توجیه قبول جملاتی چون «هذا رهن» یا «وثیقه عدک» نیز بیان داشته است: «این دو جمله اگرچه ماضی نیستند و جمله اسمیه هستند، ولیکن معنای ماضی دارند و حتی دلالتشان بر ثبوت، از ماضی بیشتر است»^۱. اما شهید این مطلب را رد نموده است، به جهت اینکه آنچه شرط است لفظ ماضی است، نه معنای آن. چرا که با قبول این مطلب لازم می‌آید که، انعقاد بیع نیز با جملات اسمیه جایز باشد، در حالی که چنین نیست.^۲

نظر مقنن و حقوق دانان:

دیدگاه قانونگذار و مشهور حقوق دانان بر جواز انشای عقد رهن به صورت دیگری غیر از لفظ، من جمله به صورت معاطاتی است.^۳ چنانچه ماده ۱۹۳ ق.م مقرر می‌دارد: «انشای معامله ممکن است به وسیله عملی که مبین قصد و رضا باشد، مثل قبض و اقباض حاصل گردد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». همچنین قانون مدنی در ماده ۳۳۹ خود، بیع معاطاتی را با وجود لازم بودن آن از ناحیه دو طرف عقد، جایز دانسته است؛ پس منطبق با استدلال فقهاء باید به طریق اولی قائل به صحت رهن معاطاتی شد.

۱-۱-۲: نحوه ابراز ایجاب و قبول از طرف شخص عاجز از تکلم

در مورد شخصی که قادر به تکلم نیست (لال)، هرچند به صورت عارضی، اشاره به جای لفظ ایجاب و قبول کفایت می‌کند. و در اشاره آنچه معتبر است، انتقال قصد است و منحصر به عنصر خاصی نیست. اگر هم در حالت عجز از سخن گفتن با کتابت به دست خود عقد را انشاء کند، در صورتی که مبین قصد او باشد نیز، جایز است. البته کتابت به تنهایی کافی نیست. زیرا علم به ثبوت قصد رهن با کتابت به تنهایی فهمیده نمی‌شود، به سبب اینکه ممکن است کتابت به صورت بیهوده و بدون قصد رهن یا قصد دیگری صورت گیرد. لذا کتابتی که با اشاره

۱ - علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)؛ ج ۱۳، ص: ۸۹.

۲ - شهید ثانی، منبع پیشین.

۳ - دکتر طاهری، حبیب ا.، حقوق مدنی؛ ج ۴، ص: ۵۲۵ - دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین؛ ج ۲، ص: ۵۰۶ - دکتر موسویان، سید عباس، فرهنگ اصطلاحات فقهی و حقوقی معاملات؛ ص: ۸۱ - دکتر حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی؛ ج ۲، ص ۶۷۴ - دکتر لطفی، اسد ا.، فقه مقدماتی، ج ۲، ص ۱۴.

همراه باشد، معتبر دانسته شده است. اما اشاره در هر صورت رد نمی‌شود، به سبب اینکه در اشاره افهام مقصود وجود دارد و نزد فقهاء معتبر است. ولیکن در غیر این صورت، یعنی وجود قدرت تکلم، معتبر نیست؛ زیرا در این موارد تنها لفظ صریح در مقصود است.^۱

نظر مقتن

قانون مدنی نیز در ماده ۱۹۲ خود به پیروی از نظر فقهاء در این باره بیان داشته است: «در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا باشد کافی خواهد بود».

۲-۱-۲: دوام

مقصود از دوام در این بحث، عدم تعیین مدت برای رهن است. فقهای امامیه دوام را در زمره شرایط صحت عقد رهن قلمداد نموده‌اند. در واقع، رهن موقت باطل است، زیرا هدف از عقد رهن این است که وثیقه تا زمان وصول طلب محبوس بماند، تا دائن بتواند از محل آن طلب خود را تحصیل نماید. بنابراین قهراً تا زمانی که دین باقی است، وثیقه نیز باید باقی باشد.^۲

نظر مقتن و حقوقدانان

در این باره اگرچه در قانون مدنی حکمی وجود ندارد (ما لا نص فیہ)، معذالک به نظر می‌رسد که چنین مسأله‌ای از بدیهیات حقوقی است. زیرا اگر مدت رهن به‌گونه‌ای معین شود که پیش از فرا رسیدن موعد دین پایان یابد، بر عقد رهن هیچ اثر حقوقی مترتب نخواهد شد. لذا نباید تردیدی بر بطلان چنین عقدی نمود. زیرا که توافق بر چنین امری بی‌گمان خلاف مقتضی و فلسفه وجود عقد رهن است. البته به عقیده برخی از محققین، اگر مدت رهن بیش از مهلت تأدیه دین بوده و برای دائن مدت زمان کافی برای درخواست فروش عین مرهونه مهیا باشد، نمی‌توان حکم به بطلان عقد رهن نمود. چرا که برای تحقق رهن لزومی ندارد که عین مرهونه تا سقوط دین در گرو دائن باقی بماند. بنابراین اگر در مدت معین در اثر عدم پرداخت دین، مرتهن از حق خود

۱ - شهید ثانی، زمین الدین علی عاملی، مسالك الأفهام؛ ج ۴، ص: ۹ الی ۱۰ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام؛ ج ۲۵، ص: ۹۷ الی ۹۸.

۲ - شهید ثانی، زمین الدین علی عاملی، الروضة البهية (المحشى - کلاتر)؛ ج ۴، ص: ۵۵ - نجفی، منبع پیشین؛ ص: ۲۲۶.

استفاده نکند و درخواست فروش عین مرهونه را ننماید، رهن فک می‌گردد. پس این امر نه تنها با فلسفه وجود عقد رهن منافات ندارد، بلکه با منطق حقوقی و عقلایی آن نیز سازگار است، چنانچه این امر در ضمانت‌نامه‌ها و رهن‌های تجاری نیز مرسوم است. زیرا موجب می‌شود دائن نتواند در وصول حق خود کاهلی کرده و موجبات تضرر راهن را فراهم گرداند.^۱

۲-۱-۳: نقش قبض در انعقاد رهن

قبض در لغت گرفتن به معنای گرفتن شیء با تمام دست است.^۲ از لحاظ اصطلاحی طبق ماده ۳۶۷ ق.م.، به مفهوم استیلائی ذینفع (مرتهن)، بر مال مورد معامله (عین مرهونه) است. البته مفهوم قبض با تسلیم متفاوت است. زیرا لازمه تسلیم، تمکن از انحصار تصرف و انتفاع در مال است. درباره تأثیر قبض بر انعقاد عقد رهن بین فقهاء و حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. لذا در این قسمت از فرآیند پژوهش، به تبیین این نظریه‌ها پرداخته می‌شود.

دیدگاه فقهاء درباره تأثیر قبض بر عقد رهن به سه نظر عمده تقسیم می‌گردد:

- ۱- قبض در کنار ایجاب و قبول شرط صحت و انعقاد عقد رهن است.
 - ۲- عقد رهن با ایجاب و قبول واقع شده و اجرای مفاد آن برای راهن لازم است و قبض هیچ نقشی در صحت و لزوم آن ندارد.
 - ۳- قبض در اصل تحقق رهن، دخالت ندارد، لکن تا هنگامی که قبض واقع نشود عقد از ناحیه دو طرف، جایز است.
- فقهاء نسبت به هریک از این نظرات دلایلی را بیان نموده‌اند که به بررسی هریک از آنها می‌پردازیم:

۱- قبض به عنوان شرط صحت رهن

مشهور فقهاء بر آنند که قبض در اصل تحقق عقد رهن دخالت دارد و مانند ایجاب و قبول جزء السبب عقد به شمار می‌آید. به همین جهت اکثر فقهای امامیه گفته‌اند که شرط صحت رهن سه چیز است: ایجاب، قبول و قبض به رضای راهن. بنابراین، بر عقد

۱ - دکتر امامی، سید حسن، حقوق مدنی؛ ج ۲، ص: ۳۳۱ - دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، رهن و صلح؛ ص: ۱۷ - دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین؛ ج ۲، ص: ۵۳۳ - دکتر طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی؛ ج ۴، ص: ۵۲۵ - دکتر لطفی، اسدالله، فقه مقدماتی؛ ج ۲، ص: ۱۴.

۲ - طریحی، فخر الدین، مجمع البحرین؛ ج ۴، ص: ۲۳۵ - فراهیدی، خلیل بن احمد، العین؛ ج ۵، ص: ۵۳.

رهن نیز مانند عقد وقف و هبه تا قبل از قبض، هیچ اثری مرتب نمی‌شود.^۱ این دسته از فقهاء برای صحت ادعای خود به آیه ۲۸۳ سوره بقره استناد کرده‌اند، که در این آیه خداوند فرموده: «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ»، یعنی رهنی که قبض شده باشد. و از این آیه چند نکته مستفاد می‌شود: ۱- از مفهوم آیه استنباط می‌شود، رهنی که قبض نشده است، مطلوب شارع نیست. ۲- اگرچه در آیه جمله به نحو خبریه بکار رفته شده، ولیکن از نظر صرف و نحوی در بردارنده معنای انشائییه و امری است. ۳- در آیه، رهن مقید به قبض شده و اصل نیز در قیود، احترازی بودن آن است. ۴- همچنین در این باره به روایتی از امام باقر (علیه السلام) استناد شده است، که در آن محمد بن قیس از امام (علیه السلام) نقل نموده: «لَا زَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضًا»^۲ و در تفسیر عیاشی نیز از محمد بن عیسی نقل شده است.^۳ در این حدیث لا، لای نفی جنس بوده و از شأن آن نفی حقیقت رهن بدون قبض است. لذا قبض، طبق روایت مذکور یکی از مقومات عقد رهن است و بدون آن، عقد تحقق نمی‌یابد. همچنین آیه و روایت بیان شده، متضمن قاعده «لا رهن الا مقبوضا» است.^۴

۲- عدم اثر قبض بر عقد رهن

درمقابل، بعضی از فقهاء بیان کرده‌اند که قبض هیچ اثری بر عقد رهن نداشته و صرفاً ایجاب و قبول را برای انعقاد آن کافی می‌دانند. اما دلایلی که این دسته از فقهاء برای نظریه خود بیان داشته‌اند به شرح ذیل است:

۱- «عقد الرهن یفتقر إلی ایجاب و قبول و قبض». شیخ طوسی، ابو جعفر، المبسوط؛ ص: ۱۹۶ - همو، النهایة؛ ج ۲، ص: ۴۳۱ - شهید اول، محمد بن مکی، الدروس؛ ج ۲، ص: ۳۸۳ - محقق حلی، نجم الدین، نکت النهایة؛ ج ۲، ص: ۲۴۴ - شیخ مفید، محمد بن نعمان، المقنعة؛ ص: ۶۲۲ - شیخ بهایی، نظام بن حسین عاملی، جامع عباسی و تکمیل آن (محشی، ط - قدیم)؛ ج ۲، ص: ۲۱۷ - ابن براج طرابلسی، قاضی، المهذب؛ ج ۲، ص: ۴۶ - سلار دیلمی، عبد العزیز، المراسم العلویة؛ ص: ۱۹۲ - ابو الصلاح حلبی، تقی الدین، الکافی فی الفقه؛ ص: ۳۳۴ - ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، الوسيلة؛ ص: ۲۶۵ - کاشف الغطاء، شیخ حسن، أنوار الفقاهة (کتاب الرهن)؛ ص: ۳ - میرزای قمی گیلانی، ابوالقاسم، جامع الشتات؛ ج ۲، ص: ۴۳۲ - طباطبائی، محمد بن ابی معاذ، ریاض المسائل (ط - الحدیثة)؛ ج ۹، ص: ۱۹۰ - امام خمینی، سید روح .ا. موسوی، تحریر الوسيلة؛ ج ۲، ص: ۳ - فاضل آبی، حسن بن ابی طالب یوسفی، کشف الرموز؛ ج ۱، ص: ۵۳۹.

۲ - «مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ يَأْتِيهِ بِإِسْنَادِهِ عَنِ الْحَسَنِ بْنِ مُحَمَّدِ بْنِ سَمَاعَةَ عَنْ صَفْوَانَ عَنْ عَاصِمِ بْنِ حَمِيدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ قَيْسٍ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ لَا زَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضًا». شیخ طوسی، ابو جعفر، تهذیب الأحكام؛ ج ۷، ص: ۱۷۶ - محدث نوری، میرزا حسن، مستدرک الوسائل؛ ج ۱۳، ص: ۴۱۷.

۳ - «الْعِيَّاشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ لَا زَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضًا». شیخ حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة؛ ج ۱۸، ص: ۳۸۳.

۴ - آیت ا.ا. بجنوردی، سید حسن، القواعد الفقهية؛ ج ۶، ص: ۷.

۱- دلالت آیه اخیر بر مقصود تضعیف می‌شود به جهت اینکه دلالت آن از ناحیه مفهوم وصف و نزد فقهای امامیه خالی از اعتبار است. ۲- وصف در آیه، یک امر ارشادی است نه مولوی. بنابراین به منظور تأکید و استحکام در عقد بیان شده است. همچنان که در آیه مذکور به رهن در هنگام سفر و عدم وجود کاتب ارشاد شده است، و اجماع فقهاء نیز مؤید این ادعاست. بنابراین وصف «مقبوضه» در آیه جنبه تقییدی ندارد. ۳- روایت مذکور نیز از جهت سند ضعیف است. زیرا محمد بن قیس که در سند حدیث آمده، مشترک بین فرد ثقه و غیر ثقه است. در واقع، نام محمد بن قیس بر پنج نفر مشترکاً اطلاق می‌شود، که برخی ثقه و برخی ضعیف هستند. ۴- اگر آیه دلالت بر شرطیت قبض داشت، لازم می‌آمد که تکرار انجام پذیرد و فایده ای نیز در تکرار متصور نیست. در واقع، بیان ملازمه این است که خداوند متعال آن را رهن نامیده، پیش از آنکه قبض را ذکر نماید. زیرا اگر قبض داخل در حقیقت و ماهیت رهن دانسته شود، نام عقد رهن، تنها پس از تصرف عین مرهونه از سوی مرتهن بر آن، صادق می‌شود. ۵- اصل بر عدم اشتراط قبض است و عموم آیه «وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ» نیز دلالت بر لزوم وفای به چنین رهنی می‌کند. ۶- مؤید این ادعا که قبض، شرط لزوم رهن نیست، عدم اشتراط تداوم قبض در رهن است. ۷- نزد طرفداران نظریه اشتراط قبض عین مرهونه، قبض قائم به شخص مرتهن نبوده، تا قبض خود او شرط صحت رهن باشد. زیرا مرتهن می‌تواند به راهن وکالت دهد که رهن را از سوی وی قبض کند. بنابراین، غایت مطلوب از قبض نوعی تکلف است.^۱ همچنین ممکن است استدلال شود که دلالت آیه بر امر به رهن مقبوض، به این نحو که اگر رهن بدون قبض تحقق یابد، آوردن وصف قبض برای رهن نیکو نیست. همچنان که معقول نیست گفته شود، رهن مقبوله یا موجهه. این استدلال تضعیف می‌شود به اینکه صفت گاهی کاشف واقع می‌شود، مثل وصف تجارت برای تراضی. بنابراین، به تحقیق آشکار می‌شود که قول عدم اشتراط،

۱ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الأفهام؛ ج ۴، ص: ۱۱- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام؛ ج ۲۵، ص: ۹۹ الی ۱۰۱- فاضل مقداد، عبد الله سیوری حلی، التنقیح؛ ج ۲، ص: ۱۶۵ الی ۱۶۶ - ابن ادریس حلی، محمد بن منصور، السرائر؛ ج ۲، ص: ۴۱۷ - محقق کرکی، علی بن حسین عاملی، جامع المقاصد؛ ج ۵، ص: ۴۹ - فیض کاشانی، مولی محمد محسن، مفاتیح الشرائع؛ ج ۳، ص: ۱۳۶- علامه حلی، حسن بن یوسف، تبصرة المتعلمین؛ ص: ۱۱۶.

اقوی است.^۱

اما قائلین به اشتراط نیز ضمن عدم پذیرش ایرادات، به برخی از استدلالات فوق چنین پاسخ داده‌اند:

۱- آیه شریفه در مقام بیان حکم است، پس بر اعتبار قید مقبوضه دلالت دارد و رهن بدون قبض نیز محتاج به دلیل دیگری است که آن را مشروع و لازم الوفاء نماید. بنابراین هرگاه در مقام بیان احکام، قیدی ذکر شود، دلالت بر تقیید می‌نماید و این از جهت مفهوم وصف نیست، بلکه از جهت دیگری است و آن ظاهر قیودی است که در مقام بیان احکام آورده شده است. ۲- اصل عدم اشتراط در اینجا محلی از اجرا ندارد؛ زیرا در مقابل آن دلیل وجود دارد و اصل نیز مخالف آن است. به تعبیر دیگر، مطابق قاعده: «الأصل دلیل حیث لا دلیل»، اصل هنگامی دلیل است که دلیلی نباشد. همچنین وفای به عقد وقتی واجب می‌شود که شرط محقق شده باشد، در غیر این صورت الزام، به وفای عقد فاسد خواهد بود. ۳- بر فرض قبول ارشادی بودن آیه نیز مقتضی ارشاد به حفظ اموال و استقرار شخص بر آن، قبض است. و وقتی حفظ مال واجب است (ذی المقدمه)، مقدمه آن یعنی قبض نیز واجب است. ۴- اما حدیث مزبور نیز معتبر و قابل استدلال است؛ زیرا محمد بن قیس اگرچه مشترک بین ثقه و ضعیف است، لکن چون راوی از او عاصم بن حمید است، قرینه‌ای است بر اینکه مراد یا محمد بن قیس ابو عبد ... بجلی یا محمد بن قیس ابو نصر اسدی است، که هر یک از اینها نزد شیعه ثقه بوده و تردید بین آنها نیز خدشه‌ای در استناد به روایت وارد نمی‌کند.^۲ مضافاً اینکه این حدیث از روایان دیگری نیز نقل شده است.^۳ ۵- اجماع در اینجا باطل است، اول به دلیل مدرکی بودن آن و دوم به علت وجود نظریه مخالف.

۳- قبض به عنوان شرط لزوم عقد رهن

اما عده دیگری از فقهاء قبض را شرط لزوم عقد رهن دانسته و در واقع، بین دو

۱ - شهید ثانی، منبع پیشین، ص: ۱۱ الی ۱۲.

۲ - شهید اول، محمد بن مکی، غایة المراد؛ ج ۲، ص: ۱۸۲ الی ۱۸۳ - سبزواری، سید عبد الأعلى، مهذب الأحکام (لسبزواری)؛ ج ۲۱، ص: ۷۷ الی ۷۸.

۳ - آیت ا... خوبی، ابوالقاسم، معجم رجال الحدیث و تفصیل طبقات الرجال؛ ج ۱۸، ص: ۱۸۱.

۴ - «الْعَيْشِيُّ فِي تَفْسِيرِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عَيْسَى عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَ لَا رَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضٌ». شیخ حرّ عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعة؛ ج ۱۸، ص: ۳۸۳.

نظر دیگر را به نوعی جمع و تعدیل نموده‌اند (مطابق قاعده، الجمع مهما امکن اولی من الطرح).^۱ چنانچه علامه در تذکره بیان داشته: «اگر مالی مورد رهن واقع شد و قبض آن صورت نگرفت، رهن صحیح است ولی لازم نیست، بلکه رهن می‌تواند از اقباض امتناع کند و به جهت عدم لزوم آن، قادر به تصرف در عین مرهونه به سبب بیع و غیر آن (سایر عقود) است».^۲ بر این اساس، عقد رهن به وسیلهٔ ایجاب و قبول منعقد می‌گردد، ولی مادام که عین مرهونه به قبض مرتهن داده نشده، عقد از ناحیه دو طرف جائز بوده و رهن می‌تواند آن را بر هم زند و چنانچه به قبض مرتهن یا قائم مقام او داده شود، رهن لازم می‌گردد. مستند این دسته از فقهاء عموم اَوْفُوا بِالْعُقُودِ است. اما شهید ثانی بر این نظر ایراداتی را وارد نموده‌اند، به این بیان که رهن صحیح، با قبول این دیدگاه تقسیم می‌شود به لازم از طرف رهن و جائز از هر دو طرف، که اطلاق رهن همانا شامل صحیح آن می‌شود و اقتضای یکی از دو قید (لازم و جایز) را نمی‌کند مگر به واسطه امر خارجی. اشکال در جایی پیش می‌آید که، طرفین عقد، رهن را در ضمن عقد لازم شرط نمایند. بنابراین، آنچه واجب الوفاء است رهن صحیح بوده که اعم از لازم و غیر لازم آن است، پس سزاوار است وفای به شرط بدون قبض هم محقق شود، اگرچه لازم نباشد، در غیر این صورت، رهن می‌تواند عقد را فسخ کند، زیرا از طرف او نیز عقد جایز است و فایدهٔ مطلوبی از این شرط حاصل نمی‌شود. بنابراین لازم است در اشتراط به رهن مقبوض و مانند آن تقیید صورت بگیرد. البته در اکتفاء به قرائن که دلالت بر تقیید به قبض می‌کند، نظری هست. و از کلام شهید اول ظاهر می‌شود که رهن مشروط در عقد لازم مستحق قبض است، گرچه قائل باشیم به اینکه قبض شرط لزوم است. و علامه در «قواعد الاحکام» در استحقاق مرتهن در مطالبهٔ رهن بنابر قول اشتراط قبض در رهن اشکال کرده است.^۳ و برای توقف دلیلی وجود دارد و آن هنگامی است که قرائن بر ارادهٔ قبض دلالت نکند. اما بنابر نظریه برگزیده از عدم اشتراط قبض حتی بدون قبض نیز از ناحیه رهن، لزوم عقد و عدم فسخ توسط وی لازم می‌آید. بیان این نکته ضروری است که اطلاق

۱ - ابن زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی، غنیة النزوع؛ ص: ۲۴۲ - حسینی عاملی، محمد جواد، مفتاح الکرامه (ط - الحدیثه)؛ ج ۱۵، ص: ۲۳۷.

۲ - علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)؛ ج ۱۳، ص: ۱۸۶.

۳ - همان، قواعد الاحکام؛ ج ۲، ص: ۱۱۱ الی ۱۱۲.

شرط بر قبض به صورت مجاز است. پس، وجود شرط مقدم بر مشروط است. و در مسأله قبض نیز، تقدم مشروط بر شرط به استناد اجماع معتبر نیست؛ بنابراین وجود شرط به صورت جزء سبب، مناسب تر است.^۱

نظر مقنن و حقوق دانان

اصل رضایی بودن معاملات که از قواعد عمومی قراردادهای بوده (مستفاد از مواد ۱۹۰ و ۱۹۱ ق.م)، اقتضای تحقق عقد به صرف ایجاب و قبول را دارد. اما گاهی قانونگذار به جهت مصلحت اندیشی و مقتضیاتی عامل دیگری را نیز مانند قبض و تنظیم سند رسمی، در فرآیند تحقق و تکامل عقد دخیل نموده است. حال باید دید عقد رهن نیز مستثنایی بر این اصل محسوب می‌شود یا صرف ایجاب و قبول، برای انعقاد آن کافی است.

قانون مدنی در ماده ۷۷۲ مقرر داشته است: «عین مرهونه باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست». در این ماده قانونگذار از دو بیان متفاوت استفاده نموده است، و این شیوه بیان، سبب اختلاف استنباط حقوق دانان از ماده مذکور شده است. در تفسیر ماده اخیر، نظریه‌های متفاوتی از سوی حقوق دانان بیان شده که به توجیه آنها پرداخته می‌شود:

۱- اگرچه مفاد بخش نخست ماده با نظر فقهای تناسبات دارد که، تسلیم مورد رهن را صرفاً یکی از آثار عقد رهن و در زمره التزامهای رهن می‌دانند، نه یکی از سببها یا تحقق آن، اما لحن بخش دوم ماده قرینه‌ای است بر اینکه قبض به‌عنوان اجزای کامل کننده رهن و از جمله شرایط صحت آن محسوب می‌گردد. زیرا اگر چنین نبود استثنایی که در بند دوم ماده بیان شده و استمرار قبض را شرط صحت قرار نمی‌دهد، بیهوده می‌بود. مضاف بر اینکه تصور رهن بدون قبض، معقول به نظر نمی‌رسد و مفهوم قبض متضمن در کلمه رهن است؛ زیرا مقصود از این عقد، تحصیل وثیقه است. بنابراین مقنن نظر مشهور فقهاء را اختیار نموده است و قبض را به‌عنوان یکی از ارکان عقد رهن قرار داده است.^۲

۱ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الأفهام؛ ج ۴، ص: ۱۳.

۲ - دکتر امامی، سید حسن، حقوق مدنی؛ ج ۲، ص: ۳۳۲ الی ۳۳۳ - دکتر طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی؛ ج ۴، ص: ۵۲۱ - دکتر باریکلو، علیرضا، عقود معین (عقود مشارکتی، توثیقی و غیر لازم)؛ ج ۲، ص: ۱۹۳ - دکتر موسویان، سید

۲- اگر قبض عین مرهونه شرط صحت عقد قرار داده شود، در این صورت مرتهن حق مطالبه قبض را ندارد، چه اینکه استحقاق مرتهن برای مطالبه قبض وقتی حاصل می‌گردد، که عقد رهن به‌طور صحیح واقع شده باشد. بنابراین، اگر قبض عین مرهونه شرط صحت باشد، مادام که قبض به عمل نیامده، عقدی نیز وجود ندارد تا مرتهن به استناد آن حق مطالبه قبض را دارا باشد. و این تصور که موجودیت عقد رهن بدون قبض مورد اشکال است، درست نیست؛ زیرا به‌طور کلی در عقودی که ثمره آن تسلیم مال است، عدم تسلیم آن موجب بطلان عقد نمی‌شود، و الا هیچ دلیلی وجود ندارد که در عقد رهن عدم تسلیم عین مرهونه موجب بطلان آن شود، درحالی‌که در عقودی نظیر عاریه و ودیعه نیز، عدم تسلیم مالی که موضوع عقد بوده، موجب بطلان نیست و تصور موجودیت آنها هم بدون قبض مالی که مورد عقد بوده است، مشکل و غیرمعقول خواهد بود. مضافاً اینکه اگر تصور حصول رهن بدون قبض ممکن نباشد، عدم استمرار آن نیز غیرممکن خواهد بود. پس اگر مرتهن بعد از قبض، عین مرهونه را به راهن رد نماید بدون اینکه وکالت در تصرف اعطاء کند، باید عقد رهن را منفسخ فرض نمود. لذا نظر به مراتب فوق باید گفته شود که قبض در عقد رهن شرط لزوم عقد نسبت به راهن است و راهن تعهد به اقباض ندارد و می‌تواند قبل از قبض عقد را فسخ نماید؛ مگر اینکه رهن ضمن عقد لازمی شرط شده باشد. که در این صورت راهن ملزم به انجام تعهد خود است، هرچند که اقباض واقع نشده باشد. معذالک با وجود قسمت اخیر ماده ۷۷۲ و به دلیل مفهوم مخالف ماده مزبور، مشکل بتوان ادعا نمود که در رهن قبض شرط صحت نیست.^۱

۳- قبض عین مرهونه در عقد رهن، هم شرط صحت فعلی است و هم شرط لزوم عقد رهن از طرف راهن. در واقع، مقصود از صحت در ماده ۷۷۲ ق.م.، فعلیت تأثیر عقد رهن است. به تعبیر دیگر، عقد رهن ذاتاً صحیح بوده ولی آثار قانونی آن موقعی ظاهر می‌شود که اقباض هم محقق شده باشد. لذا قبض شرط تأثیر عقد است نه جزئی از اجزاء آن، چنانچه در سایر عقود نیز اقباض از توابع و آثار عقود محسوب می‌شود. بنابراین

عباس، فرهنگ اصطلاحات فقهی و حقوقی معاملات؛ ص: ۸۴ - دکتر حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی؛ ج ۲،

ص: ۶۷۵ - بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی؛ ص: ۳۱۲.

۱ - دکتر عدل، مصطفی، حقوق مدنی؛ ص: ۴۸۵ الی ۴۸۷.

قبض از ماهیت عقد رهن خارج است^۱ (در واقع، این دیدگاه به نوعی بیانگر شرط لزوم بودن قبض است).

۴- ماده ۷۷۲ ق.م.ا.گ. چه مبین شرط صحت بودن قبض در عقد رهن است، ولیکن از جهات گوناگون قابل انتقاد و اشکال است. زیرا برخلاف آنچه ادعا شده است، مفهوم وثیقه قراردادن با تسلیم نمودن ملازمه ندارد؛ چنانچه در مورد رهن املاک، که بر طبق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک باید به وسیله سند رسمی انجام شود، با تنظیم سند و توقیف ملک، وثیقه از نقل و انتقال مصون می ماند و طلبکار می تواند اطمینان یابد که در صورت لزوم می تواند آن را از راه اجرای ثبت به فروش رساند. پس چه لزومی دارد که مالک بیهوده از انتفاع و تصرف در مال خود محروم بماند و یا آن را به مالک بدهد و بازپس بگیرد؛ چرا که هدف از قبض مورد رهن، فراهم آوردن مقدمه انتفاع طلبکار نیست، بلکه هدف این است که مرتهن از حبس مورد رهن و امکان دسترسی به آن مطمئن شود. بر همین اساس، عرف نیز این بیهودگی را به خوبی دریافته و مرسوم شده است که مرتهن به جای قبض واقعی صرفاً در متن قرارداد به قبض عین مرهونه اقرار نماید و اعلام دارد که ملک را به رضای خود به رهن باز گردانده است. در واقع این اقرار صورت رسم القبالة را پیدا نموده است. بنابراین تعدیل حکم ماده ۷۷۲ توسط رویه قضایی که در باره مفهوم قبض نکند و استیلائی عرفی را بر مورد رهن کافی بداند، می تواند راه حلی بر این تحمیل اجباری و غیر ضروری باشد.^۲

بنابراین نتیجه می شود که، حقوق دانان علی رغم ایرادات و نظرات مختلفی که بیان کردند، قبض را در عقد رهن به عنوان یکی از اجزای تشکیل دهنده یا مؤثر در آن (شرط لزوم) پذیرفته اند.

اما قانونگذار علی رغم شرط صحت دانستن قبض، در پاره ای از موارد استثنائاتی را نیز در این رابطه قائل شده است که به شرح ذیل است:

۱- در هر مورد که وجود سند از شروط رهن بوده، قانون آن سند را قائم مقام قبض رهنینه قرار داده است. مانند: رهن املاک که دارای سند رسمی هستند، به شرح مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت اسناد و املاک.

۱- دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، رهن و صلح؛ ص: ۱۱ الی ۱۲.

۲- دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین؛ ج ۲، ص: ۵۰۸ الی ۵۰۹.

۲- قبض رسید در رهن کالاهای سپرده به انبارهای رسمی که با ظهرنویسی برگ وثیقه صورت می‌گیرد، به شرح ماده ۶ تصویب نامه انبارهای عمومی مصوب ۱۳۴۰.
۳- عدم ضرورت قبض در رهن کشتی که با سند رسمی صورت می‌گیرد، به شرح ماده ۴۲ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳.^۱

در حقوق فرانسه که قانون مدنی ایران نیز تا حدودی متأثر از آن است، برای جلوگیری از بروز مشکلات احتمالی که در اثر قبض وجود می‌آید، عقد رهن به دو قسم رهن مقبوض و غیرمقبوض تقسیم شده است. چنانچه بر طبق ماده ۲۱۱۴ قانون مدنی فرانسه، رهن غیر مقبوض،^۲ در بردارنده یک حق عینی است و به اموال غیر منقول اختصاص یافته است، که در آن موضوع رهن از تصرف بدهکار خارج نمی‌گردد و وثیقه همچنان در اختیار مالک آن می‌ماند، ولیکن همین که زمان دین فرا برسد، طلبکار حق دارد وثیقه را توقیف و به فروش رساند. همچنین مرتهن در این نوع وثیقه از حق تقدم نسبت به سایر طلبکاران نیز برخوردار است. اما رهن مقبوض یا رهن تصرف^۳ طبق ماده ۲۰۷۱ قانون مدنی فرانسه، قراردادی است که به موجب آن مدیون، مالی را به‌عنوان وثیقه به طلبکار می‌دهد و می‌توان گفت با ماده ۷۷۱ قانون مدنی ایران تناسب دارد. در این رهن، ضمانت اجراها برحسب اینکه مورد عقد مال منقول باشد یا غیر منقول متفاوت است. البته این نوع رهن بیشتر در اموال منقول رواج دارد. و از خصوصیات بارز و مشترک آن طبق ماده ۲۰۷۲ قانون فرانسه، لزوم قبض برای صحت عقد است، که این نوع از رهن همیشه با تسلیم موضوع آن به طلبکار همراه است و مانند ضمان ریشه قراردادی دارد و از توابع وجود دین محسوب می‌شود. در حالی که در رهن غیر مقبوض قانونگذار رهن را در قالب قرارداد توثیق معرفی نکرده است؛ بلکه از حیث اثر رهن که ایجاد حق عینی بر مال است به آن توجه داشته است. زیرا که به موجب ماده ۲۱۱۶ ق.م.فرانسه، این صنف از وثیقه، فقط حاصل از عقد نبوده و دارای سه منشأ متفاوت قانونی، قضایی و قراردادی است.^۴

۲-۱-۳: استمرار قبض

۱- دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، محشی قانون مدنی (علمی، تطبیقی، تاریخی)، ص: ۳۹۷.

2-Hypothèque.

3 - Nantissement.

۴- به نقل از: دکتر کاتوزیان، ناصر، عقود معین؛ ج ۲، ص: ۵۰۲ الی ۵۰۴.

در صحت رهن دوام قبض شرط نیست، بلکه مسمای آن کافی است. پس اگر رهن عین مرهونه را پس از قبض مسترد نماید، مورد رهن از رهن بودن خارج نمی‌گردد.^۱ شرط نبودن دوام قبض موضع وفاق بوده و علامه در تذکره نسبت به آن ادعای اجماع نموده است.^۲ البته برخی از فقهای عامه مخالف این نظر بوده و استمرار قبض را به خاطر نظر به وصف متقدم (یعنی قبض) در آیه ۲۸۳ سوره بقره، شرط می‌دانند.^۳ اما عدم دلالت آیه بر استمرار قبض واضح و روشن است، لزوماً اینکه اصل بر عدم استمرار قبض است.^۴

نظر مقنن و حقوق دانان

حقوقدانان نیز بر طبق نص صریح ماده ۷۷۲ ق.م. که استمرار قبض را شرط صحت معامله نمی‌داند، معتقدند که برای صحت رهن کافی است لحظه‌ای عین مرهونه به قبض مرتهن داده شود. بنابراین، خروج عین مرهونه از ید مرتهن به علت از علل، خللی بر صحت رهن وارد نمی‌کند و موجب زوال حق رهن نمی‌گردد،^۵ که از نمونه‌های آن، اعطای وام‌های خرید خانه و خودرو و در رهن ماندن آنها تا زمان تصفیه حساب و استرداد این اموال بلافاصله بعد از قبض است. اما در اینکه آیا استرداد عین مرهونه باید به اذن مرتهن باشد یا مالک حق دارد آن را مسترد گرداند؟ برخی از استادان حقوق معتقدند که، اگرچه استمرار قبض شرط نیست، ولیکن مرتهن حق استمرار ید را بر عین مرهونه دارد و مالک بدون اذن وی حق استرداد را ندارد، مگر اینکه شرط خلاف شده باشد. بنابراین خلع ید مرتهن از عین مرهونه بدون اذن وی جایز نخواهد بود.^۶ اما برخی دیگر از حقوق دانان معتقدند که، مالک حق استرداد مال را حتی بدون اذن مرتهن دارد، مگر اینکه شرط عدم استرداد شده باشد.^۷

۱ - شهید ثانی، زین الدین علی عاملی، مسالك الألفهام؛ ج ۴، ص: ۱۵ - محقق حلی، نجم الدین، شرائع الإسلام؛ ج ۲، ص: ۶۶ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام؛ ج ۲۵، ص: ۱۰۴ - علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الأحکام (ط - الحدیثه)؛ ج ۲، ص: ۴۶۵.

۲ - علامه حلی، حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء (ط - الحدیثه)؛ ج ۱۳، ص: ۱۸۷.

۳ - ابو حنیفه از پیشوایان فقهی اهل سنت بر این نظر است. ابن قدامه، عبدا... المعنی؛ ج ۴، ص: ۴۰۱.

۴ - شهید ثانی، منبع پیشین.

۵ - دکتر کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص: ۵۰۹ - دکتر طاهری، حبیب... حقوق مدنی؛ ج ۴، ص: ۵۲۶ - دکتر عدل، مصطفی، حقوق مدنی؛ ص: ۴۸۵ - دکتر جعفری لنگرودی، محمد جعفر، رهن و صلح؛ ص: ۱۱.

۶ - بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی؛ ص: ۳۱۲ - دکتر حائری شاه باغ، سید علی، شرح قانون مدنی؛ ج ۲، ص: ۶۷۶.

۷ - دکتر باریکلو، علیرضا، عقود معین (عقود مشارکتی، توثیقی)؛ ج ۲، ص: ۱۹۴ - دکتر طاهری، حبیب... حقوق