

## Reconsidering the Contract of Mortgage and the Collateral Agreement: A Critical Analysis of Article 7 of the Law on Financing Production and Infrastructure (2023)



**Mohammad Mahdi  
Tavakoli**

PhD in Private Law and Lecturer at Imam Sadeq  
University, Tehran, Iran  
lawyer.tavakoli@gmail.com



### Abstract

The mortgage contract (rahn) stands as one of the most significant and well-established contracts in both Islamic jurisprudence and contemporary law. While it shares certain features with other contracts, rahn possesses unique characteristics concerning its validity and enforceability. In 2023, the Iranian legislature introduced a new legal instrument, the collateral agreement, under Article 7 of the Law on Financing Production and Infrastructure. This development has generated conceptual and legal tensions with the traditional mortgage contract. This paper aims to clarify the fundamental concepts underlying both the rahn and the newly introduced collateral agreement, identify their practical applications, and explore their legal relationship from the perspective of Islamic jurisprudence.

Journal of Research and  
Development in Public Law

Iranian Law and Legal Research  
Institute

Vol. 2 | No. 3 | Spring and  
Summer 2025  
(Original Article)

<https://jrpl.illrc.ac.ir>

DOI:

<https://doi.org/10.22034/jrpl.2025.726145>

Through an analysis of diverse scholarly views, the study reevaluates the mortgage contract in light of the new legislation, seeking a coherent legal and jurisprudential resolution to emerging conflicts.


The findings indicate that embracing customary interpretations of two essential elements, a tangible object (ayn) and delivery (qabd), which are core to a valid rahn, may help resolve inconsistencies. Furthermore, a secondary theoretical framework, termed here the doctrine of specification, is proposed. This approach suggests that when traditional mortgage requirements (such as tangibility and delivery) cannot be met, the collateral agreement serves as the preferable instrument, particularly in cases like pledging usufruct, while the traditional rahn continues to apply within its established scope.

**Keywords:** Mortgage (Rahn), Collateral, Tangible Object (Ayn), Delivery (Qabd), Law on Financing Production and Infrastructure.



## بازنگری در عقد رهن و قرارداد وثیقه با نقد ماده‌ی ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها

دکتری حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه امام صادق (ع)، تهران،  
ایران  
lawyer.tavakoli@gmail.com

محمد مهدی توکلی 



دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق عمومی  
پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۲ | شماره ۳ | بهار و تابستان ۱۴۰۴  
(مقاله پژوهشی)

<https://jrpl.illrc.ac.ir>

DOI:  
<https://doi.org/10.22034/jrpl.2025.726>  
145

### چکیده

یکی از عقود مهم و با سابقه‌ی فقهی پرکاربرد در حقوق، عقد رهن است. عقود مختلفی همچون: عقد رهن همواره با سایر عقود با توجه به شرایط صحت و لزوم، شباهت‌ها و تفاوت‌هایی دارند. قانون‌گذار با وضع ماده‌ی ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها مصوب ۱۴۰۲ عقد جدیدی را به نام عقد وثیقه وضع نمود که تعارضاتی با عقد رهن دارد. در این نوشتار سعی شده تا با تعریف مفاهیم هر دو عقد و تعیین مصادیق و رابطه آن‌ها بیان نظرات مختلف فقها، بازنگری در عقد رهن داشته و راه حلی در جهت برطرف کردن این اختلاف بیابیم. در نهایت این نتیجه حاصل شد که می‌توان معنای عرفی دو عنصر مهم عین بودن و شرط قبض را که ماهیت اصلی عقد رهن را تشکیل می‌دهند ملاک عمل قرار داد تا بتوان از بروز این اختلاف و تعارض جلوگیری کرد.

در وهله دوم نیز نظریه دیگری تحت عنوان نظریه تخصیص تشریح شد که ضمن آن بیان شد که در صورت عدم پذیرش رهن عرفی بایستی در شرایطی که مختص عقد رهن است مانند عین بودن و شرط قبض، از عقد رهن استفاده شود و در سایر موارد همچون رهن منفعت از عقد وثیقه استفاده گردد.

**کلیدواژه‌ها:** رهن، وثیقه، عین، قبض، قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها.

## مقدمه

افراد در زندگی خود بنابر نیازهای مختلف با یکدیگر معامله می‌کنند و در انجام معامله ممکن است که به دلایل عدم شناخت و اطمینان متعاملین به یکدیگر یا دستیابی به تضمینی برای ایفای تعهد یا پرداخت دین و یا اینکه طلبکار از وصول حق خود اطمینان خاطر یابد مالی به رهن داده شود. در میان اهل لغت، رهن با عباراتی چون استواری، حبس و ثبات معنا شده و در تعریف اصطلاحی آن آمده است که نوعی عقد است که به واسطه آن مال مدیون وثیقه طلب واقع می‌شود. رهن از دیرباز در تمامی نظام‌های حقوقی کاربرد داشته است. اثر عقد رهن در حقوق اسلامی ایجاد حق عینی تبعی برای مرتهن در صورت عدم ایفای تعهد راهن است به این معنا که پس از تحقق عقد رهن به نحو صحت، مرتهن بر عین مرهونه حق استیفای طلب خود را پیدا می‌کند.

از سوی دیگر همواره عقود مختلف ممکن است با توجه به شرایط تحققشان با یکدیگر تعارض داشته و در ایجاد هر یک از آن‌ها دچار تردید شد. بدین بیان که شرایط برخی از عقود با یکدیگر مشترک بوده و فقط برخی از شرایط و ملاک‌ها متفاوت‌اند. این مسأله امروزه به موضوعی مهم پیرامون عقد رهن تبدیل شده است. چرا که با وضع قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها در سال ۱۴۰۲ قانون‌گذار شرایط موجود در عقد رهن از جمله عین بودن مال مرهونه و شرط قبض را که به نوعی موجب محدودیت و حصر عقد رهن می‌شد تحت ماده‌ی ۷ قانون مذکور به‌عنوان عقدی جدید زدود و موجب شد تا ماهیت و استقلال عقد رهن که سبب فقهی دارد بدون کاربرد شود و از کارایی اصلی خود دور شود چراکه با رفع این محدودیت‌ها احتمالاً تمامی افراد با هر قصدی به دنبال وثیقه‌گذاری خواهند بود و نهاد فقهی عقد رهن بلااثر و بلااثر می‌شود.

البته حمایت از تولیدکنندگان نیز امری ضروری و در عین حال حیاتی بوده که با این قانون محقق خواهد شد اما وضع عقد جدیدی در تعارض با عقد رهن که محدودیتی نیز برای آن قائل نشده‌اند رویکرد خطرناکی است که ممکن است در آینده سبب حذف عقد رهن و گسترش عقد وثیقه در میان سایر افراد جامعه گردد و فقط برای تولیدکنندگان به کار

نرود. بدین منظور بایستی برای این مشکل راه حلی یافت و جایگاه این دو عقد را در نظام حقوقی بازشناساند.

## ۱. مفهوم‌شناسی

### ۱/۱ رهن

#### ۱/۱/۱ در لغت

معنای لغوی رهن دوام و ثبات است (طریحی، ۱۳۶۲: ج ۶: ۲۵۶) البته در برخی موارد حبس نیز در خصوص معنای آن استعمال می‌شود؛ همان‌گونه که آیات شریفه «کل نفس بما کسبت رهینه» (مدثر: ۳۸) و «كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهِيْنًا» (طور: ۲۱) و روایت «و أنفسکم مرهونة باعمالکم» (مجلسی، ۱۴۰۳: ج ۹۳: ۳۵۷؛ حرعاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۰: ۳۱۴) به این معانی اشاره شده است.

#### ۱/۱/۲ در حقوق

در خصوص رهن در ماده ۷۷۱ قانون مدنی آمده است: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن‌دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.» بنابراین رهن عقد است و برای تحقق آن شروطی وجود دارد که در قانون مدنی بدان اشاره شده است:

الف. مال مرهونه بایستی عین باشد که این مسأله در ماده‌ی ۷۷۴ قانون مدنی آمده است: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.»

ب. مال مرهونه باید معین باشد یعنی مجهول نباشد که این موضوع در ماده‌ی ۷۷۴ به صراحت ذکر شده است.

ج. قبض شرط صحت در عقد رهن است. ماده‌ی ۷۷۲ بدان اشاره کرده است و می‌گوید: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.» با این اوصاف رهن عقدی است که شرایط و احکام مختص به خود را دارد.

### ۱/۱/۳. در فقه

رهن در فقه امامیه با تعابیر مختلفی تعریف شده است اما در اکثر تعاریف این طور آمده است که «الرهن و هو وثیقه لدین المرتهن» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۵: ۲۱۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ج ۵: ۵۱) بدین معنا که رهن وثیقه‌ای برای دین است. البته در بعضی تعابیر، رهن را به حبس تعبیر کرده‌اند. (اصفهانی کمپانی، ۱۴۲۷: ج ۲: ۴۵۸) در کتب فقه امامیه ارکان رهن را شامل چهار رکن دانسته‌اند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۵: ۲۲۴-۴۲۳) که عبارت است از:

الف) سیغه: همان ایجاب و قبول و کیفیت انشای عقد رهن.

ب) محل: همان مورد رهن است که چهار شرط دارد: عین بودن، مملوک بودن، قبض آن برای مرتهن صحیح باشد بیع آن ممکن باشد.

پ) عاقد: یعنی طرفین قرارداد به‌ویژه شخص راهن باید شرایط انعقاد عقد رهن را داشته باشند مانند بلوغ.

ت) حق: یعنی رهن در مقابل حق یا دین منعقد می‌گردد؛ به عبارت دیگر اگر مرتهن در ذمه‌ی راهن استحقاق حقی را داشته باشد و ثابت باشد هر چند در ذمه‌ی راهن مستقر نباشد مانند: قرض یا در زمان خیار باشد. همچنین اگر بتوان حق منظور را از آنچه گرو گذاشته شده استیفا کرد بدین منظور نمی‌توان بر منفعت کسی که عین او اجیر شده رهن گذارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۵: ۴۰۴-۴۱۶).

### ۱/۲. وثیقه

#### ۱/۲/۱. در لغت

توثیق عبارت است از ایجاد اطمینان نسبت به امری که به‌طور معمول نسبت به حصول آن تردید وجود دارد (جعفرپور و همکاران، ۱۴۰۰: ۱). وثیقه در لغت به معنای استمرار و آنچه که به آن اعتماد شود و محکم کاری کردن را گویند. اصطلاحاً در معانی ذیل به کار رفته است:

الف) می‌توان گفت اصطلاحاً از جمله اموال است که ممکن است منقول یا غیر منقول باشد. شخص متقاضی وام می‌تواند به وسیله یکی از روش‌های قانونی مانند: رهن یا حق استرداد آن مال را در اختیار شخص وام‌دهنده قرار داده و زمانی که به هر دلیل نتواند در زمان سررسید آن را بازگرداند شخص وام‌گیرنده می‌تواند طلب خودش را به وسیله فروش آن وثیقه وصول نماید. البته در تصرف بودن وثیقه شرط صدق وثیقه نیست بدین معنا که ممکن است مال نزد مالک و در تصرف او باشد و در عین حال وثیقه‌گذاری نیز محقق شده باشد.

ب) همچنین می‌تواند مالی باشد که جهت ایجاد اطمینان برای حسن اجرای عهد و پیمان به کار می‌رود. البته در این حالت برخلاف رهن و بیع شرط دین بالفعل در حین عقد وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۶: ۷۳۵).

### ۲/۲/۱. در حقوق

در کل طلبکار باید جهت اطمینان حاصل کردن از دریافت حق خویش در اندیشه وثیقه یا تضمینی مناسب باشد و از اعتماد بر وثیقه‌ی موهوم دارایی مدیون سودی نمی‌برد. از سوی دیگر در حقوق کشور ما به تاسی از حقوق کشور فرانسه، وثایق به دو دسته‌ی کلی وثایق عینی و شخصی تقسیم شده‌اند.

الف) در وثیقه شخصی شاهد الحاق ذمه بیگانه به ذمه بدهکار اصلی هستیم که موجب تضمین آن شده و زمانی داین می‌تواند به ضامن رجوع نماید و هر دو دارایی را به‌عنوان تضمین طلب به دست آورد که داین از وصول طلب ناامید گردد همچون ضمانت با شرط تضامن و کفالت ناقص سبب استیفای طلب می‌شود. البته باید گفت که از لحاظ قابل اعتماد بودن وثیقه نیز نمی‌تواند در خصوص وصول حق تضمین کافی باشد چراکه ممکن است شخص ضامن معسر گشته و شخص داین با دو دارایی مجهول و غیرمکفی مواجه گردد.

به خصوص در حقوق ایران که اثر طبیعی زمان انتقال دین به ذمه ضامن است این ریسک محسوس‌تر است. در نافذ بودن شرط تضامن و اینکه آیا ممکن است به مضمون عنه رجوع کرد اکثر حقوق دانان مردد هستند و نکته مهم این است هیچ‌کس به این موضوع توجه

نمی‌کند که اثر عقد زمان برائت بدهکار اصلی است و با ضامن گرفتن از بدهکار دیگری را به جای او می‌نشانند بدون اینکه تضمین جدیدی را بگیرند.

ب) در خصوص وثیقه‌ی عینی برخلاف مورد نخست، داین حق عینی بر مال معینی از اموال مدیون پیدا می‌کند این بدین معناست که آن داین دارای حق تقدمی نسبت به سایر طلبکاران در وصول طلب خود خواهد بود و با توجه به اینکه مدیون امکان تصرف در آن مال را ندارد شخص داین می‌تواند مال را در تصرف هر شخصی بیابد آن مال را توقیف نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ج ۲: ۲۴۵-۲۴۶).

نکته‌ی قابل تأمل این است که در حقوق کشور ما در خصوص وثایق عینی بیشتر عقد رهن را مثال می‌زنند که این مسأله به پشتوانه‌ی فقهی محکم و با سابقه بازمی‌گردد.

### ۱/۲/۳. در فقه

در فقه امامیه به جهت اینکه وثیقه بیشتر به‌عنوان جزئی از رهن آمده و بخشی از تعریف رهن است به‌عنوان ماهیتی مستقل تعریف نمی‌شود و همواره در کنار رهن است و در اکثر موارد در تعاریف با عبارت «الرهن وثیقه لدین...» (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۳: ۲۰۹؛ صاحب جواهر، ۱۴۲۱: ج ۱۳: ۸۱؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ج ۲۱: ۸۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ج ۵: ۴۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ج ۴: ۵۱) آمده است. بدین بیان نمی‌توان از آن در فقه تعریف و تعبیری مستقل به‌عنوان ماهیت مجزا ارائه داد و صرفاً می‌توان آن را به‌عنوان یک ضمانت یا حبس مال در جهت تحقق عقد رهن تلقی کرد.

### ۲. رابطه‌ی میان رهن و وثیقه

مسأله مهمی که با آن روبه‌رو هستیم این است که آیا به‌کارگیری قرارداد برای عنوان وثیقه، سبب ایجاد ماهیت مستقل برای وثیقه می‌شود یا این نام‌گذاری صرفاً از باب تشابه کاربرد آن با عقد رهن است؟ برای پاسخ به این پرسش بایستی بررسی کرد که آیا عقد رهن و قرارداد وثیقه ماهیتی یکسان داشته یا مستقل از یکدیگرند؟

## ۲/۱. نظریه‌ی یگانگی عقد رهن و وثیقه

با پژوهش پیشینه تاریخی این موضوع متوجه می‌شویم که فقهای امامیه قائل به وجود تمایزی بین رهن و وثیقه به‌عنوان دو عقد مستقل نبودند و در تعریف رهن آن را وثیقه دین یا عقدی که برای استیثاق به وصول دین تشریح شده است می‌دانند.

این تعابیر از رهن نشانگر این است که فقهای امامیه برای تعریف رهن از وثیقه استفاده نموده و خود و صیغه را به‌عنوان عقدی مجزا در نظر نگرفته‌اند چنین به ذهن می‌آید این تمایز از سوی فقهای اهل تسنن نیز ذکر نشده است چرا که در کتاب *مجلة الأحكام* که از کتب فقه حنفی می‌باشد در ماده‌ی ۷۰۱ آن در تعریف رهن آمده است: «الرهن حبس مال و توثیقه فی مقابل حق یمکن استیفاؤه منه و یسمی ذلک المال مرهونا أو رهنا.» (نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ج ۱: ۲۹۴)

صرف لحاظ از پیشینه تاریخی مسأله این‌گونه به ذهن می‌آید تدوین‌کنندگان قانون مدنی نیز تفکیک در بین این دو عقد را شناسایی نکرده چرا که ماده‌ی ۷۷۱ قانون مدنی در تعریف رهن می‌گوید: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن‌دهنده را راهن و طرف دیگر را مرتهن می‌گویند.»

امروزه در میان حقوق‌دانان وثیقه کارکردهای متفاوتی یافته که فراتر از عقد رهن می‌باشد. به‌عنوان نمونه در برخی موارد وثیقه تحت عنوان حق نه عقد در مورد حق ناشی از بازداشت اموال و همچنین حق ناشی از معاملات با حق استرداد استفاده می‌گردد. برخی مواقع نیز وثیقه عمومی داین به‌عنوان اموال مدیون تلقی می‌شود که البته چنین به ذهن متبادر می‌شود این مورد برگرفته از حقوق فرانسه باشد. هر چند بحث مشابهت تعلق دین به ترکه به رهن در فقه امامیه نیز بی‌سابقه نمی‌باشد. با توجه به آنچه بیان شد به‌طور معمول در آثار حقوق‌دانان از وثیقه به‌عنوان عقدی مجزا و جدای از رهن یاد نمی‌شود مگر در کتب برخی صاحب نظران که به‌طور موضوعی و جزئی به آن اشاره کرده‌اند که در ادامه به شرح آن می‌پردازیم.

## ۲/۲. نظریه‌ی دوگانگی عقد رهن و وثیقه

ریشه‌ی اعتقاد به دوگانگی رهن و وثیقه در حقوق ایران نشأت گرفته از باور به ناکارآمدی عقد رهن است. در نظام حقوق ایران که بیشتر از فقه امامیه سرچشمه گرفته است عقد رهن دارای شرایط و ضوابطی است که علاوه بر محدود ساختن مورد رهن حقی که برای آن رهن را نیز محصور دانسته است. به‌عنوان نمونه مورد رهن بایستی عین معین بوده و همچنین به قبض مرتهن داده شود و حقی که برای آن رهن داده می‌شود بایستی در ذمه رهن ثابت باشد.

با عنایت به اینکه در نظام حقوقی ایران محدودیت‌هایی وجود دارد برخی حقوق‌دانان سعی کرده‌اند برخی از این محدودیت‌ها را با ارائه‌ی تفاسیری متفاوت و جدید برطرف کنند. از جمله این دیدگاه‌ها دوگانگی عقد رهن و وثیقه است. بدین شرح که بعضی بر این باورند توثیق در نظام حقوقی ایران جایگاهی واضح به‌عنوان یک عقد مستقل ندارد و به‌طور معمول به‌عنوان نامی برای دسته‌ای از عقود و یا ماحصل عقودی خاص شناخته می‌شود. به علاوه اینکه رهن می‌تواند تحت عنوان عقدی برای وثیقه‌گذاری دین استفاده شده و معرفی گردد. بدین منظور میان وثیقه رهن و دیگر عقود که به این صورت با وثیقه در ارتباط‌اند تمایزی واقع نمی‌گردد. بنابراین عقود زمان کفالت و رهن عقود توثیقی هستند. به این اعتبار که در نتیجه آن‌ها اطمینان و ضمانت حاصل می‌گردد.

مع‌الوصف به ذهن می‌آید اتحاد میان عقد رهن و توثیق امری غیر ممکن است. توثیق ماحصل رهن است و به نوعی می‌توان گفت از رهن حاصل می‌شود هرچند در به وجود آمدن منحصر به رهن نیست؛ بدین جهت تصور اینکه تعریف رهن به توثیق تعریف به مجهول است غلط بوده و همین‌طور یکی دانستن رهن و توثیق و بیان تعریف به نفس برای آن‌ها امری اشتباه است. در واقع وثیقه‌ای که در تعریف رهن آمده است، انعکاس قرارداد مزبور است که در راستای معنای استحکام اجرای تعهدات قراردادی می‌باشد. حال آنکه قرارداد وثیقه همچون عقد رهن است که می‌تواند به نتایج اطمینان‌بخشی منتهی گشته و از جمله قالب‌های وثیقه‌گذاری باشد.

### ۳. اقوال پیرامون توجیه دوگانگی رهن و وثیقه

با توجه به مطالب گذشته این مسأله مطرح می‌شود امکان تحقق وثیقه در قالبی غیر از عقد رهن وجود دارد. در خصوص اینکه این مسأله به وسیله چه دلایلی توجیه می‌گردد و قابل اثبات است نظرات و اقوال مختلفی مطرح است:

#### ۳/۱. ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی

این مسئله‌ی خود موجب بروز این پرسش می‌گردد که آیا شمولیت ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی شامل: عقد وثیقه که هم‌ردیف عقد رهن است در چارچوب یک قرارداد خصوصی می‌شود یا عقد وثیقه خود می‌تواند تحت عنوانی ویژه و مستقل با شرایط و ضوابط خاص محقق گردد.

در خصوص مسئله منظور بعضی از صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند می‌توان توثیق اموالی که در عقد رهن محدود شده‌اند را به کمک ماده ۱۰ قانون مدنی حل نموده و این را به مثابه راه حلی می‌پندارند. در حقیقت بر اساس این دیدگاه از این پس قرارداد توثیق به‌عنوان رهن اصطلاحی تلقی نمی‌شود لیکن قراردادی است مشمول ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی. دیدگاهی که بیان شد تلویحا قرارداد وثیقه را به‌عنوان یک عقد نامعین پذیرش شده و جهت تأیید صحت و نفوذ آن به ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی استناد می‌دهد اما بایستی به این مهم توجه کرد که از این ماده در مقابل دیدگاه توثیقی بودن عقود بهره برده و مدلول آن بدین بیان است که اگر انعقاد قراردادی متصف به هیچ‌یک از قالب‌های عقود معین نباشد مشروط بر اینکه مخالف قانون نباشد بایستی نفوذ آن قرارداد را تأیید کرد بنابراین تمامی عقود مستحدثی که ضوابط و الزامات آن‌ها با یکی از قالب‌های عقود معین ناهماهنگ است با این ماده توجیه می‌شوند مع الوصف هیچ زمانی امکان استفاده از این ماده جهت دور زدن قواعد امری وجود ندارد. به‌عنوان نمونه به اینکه قبض شرط تحقق هبه است واقف هستیم با این وجود امکان دارد تا دو شخص بتوانند در قالب ماده‌ی ۱۰ مالی را بی‌نیاز از قبض به یکدیگر ببخشند؟ هیچ حقوق‌دانی این مسأله را تأیید نمی‌کند چرا که این حالت موجب از بین رفتن مبنای عقود معین و قواعد امری حاکم بر آن‌ها می‌شود.

بدین جهت استفاده صحیح و درست از ماده‌ی ۱۰ صرفاً برای نفوذ عقود نامعین نه دور زدن قواعد امری حاکم بر عقود معین. در خصوص موضوع منظور نیز ماده‌ی ۷۷۴ از قواعد امری حاکم بر رهن است و همان‌طور که شرط خلاف آن پذیرفته نمی‌شود امکان استفاده از ماده‌ی ۱۰ قانون مدنی برای فرار آن قواعد امری آن وجود ندارد.

### ۲/۳. نظریه‌ی عقد معین بودن قرارداد وثیقه

عقود معین مجموعه‌ای از قراردادهاست که در قانون نام مستقلاً دارد و مقنن شرایط و آثار خاصی را برای آن‌ها مقرر کرده است. بر خلاف عقود نامعین که در مقررات و قوانین نام و شکل مستقل و خاصی نداشته و تعداد آن‌ها بی‌شمار است و ضوابط و آثار هر معاهده مطابق شرایط قرارداد مشخص می‌گردد. با بیان این مطلب اگر امکان داشته باشد که برای قرارداد وثیقه عنوان، شرایط و آثار خاص و ویژه‌ای را در نظر گرفته و ثابت کرد می‌توان گفت قرارداد وثیقه از جمله عقود معین به شمار می‌رود.

در مورد مؤلفه نخست که دارا بودن عنوان خاص و ویژه است این موضوع را باید مذاقه شود که عبارت وثیقه برای بعضی مقررات در رابطه با عقد رهن نیز استفاده شده است. مع الوصف در اکثر مصادیقی که امکان انعقاد قرارداد در قالب عقد رهن به علت نبود یکی از ضوابط وجود ندارد قانون‌گذار عبارت وثیقه را به کار برده است.

در خصوص افتراق احکام و شرایط نیز فقط بیان احکام متفاوت که ناظر بر قرارداد توثیق است اهمیت دارد که به‌طور عمده بر دو شرط عین بودن و شرط قبض تأکید شده است و این عقد را به‌عنوان عقدی مستقل مطرح می‌نماید. چراکه بسیاری معتقدند قابلیت قبض و تسلیم جزء لاینفک رهنه است و روشن است که حقوق همچون خیار قابل قبض نیست. مع الوصف چنین برداشت می‌گردد مبنای اصلی تأسیس قرارداد وثیقه پذیرفتن توثیق آن قسم از اموال است که رهن آن‌ها صحیح نیست. موضوع منظور را می‌توان به واسطه مقررات پراکنده اثبات کرد و با بررسی قوانین مربوطه این مسأله برداشت می‌شود که قانون‌گذار در چارچوب مصادیقی که در مقام امکان توثیق طلب یا حقوق بوده عبارت وثیقه را به کار برده است و در حقیقت یکی از مؤلفه‌های قرارداد وثیقه را که عبارت است از امکان توثیق طلب و حقوق در میان این قوانین را اشاره کرده است.

در این بین وجود یک ماده‌ی قانونی منحصر به فرد می‌تواند به تنهایی این موارد را به اثبات رساند و آن ماده‌ی ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها، مصوب ۱۴۰۲ است که بیان می‌دارد: «کلیه‌ی اموال و دارایی‌ها اعم از عین، منفعت طلب و حقوق مالی، اموال منقول و غیر منقول اموال مادی و غیرمادی مانند: واحدهای مسکونی یا تجاری شهری یا روستایی زمین‌های کشاورزی شهری یا روستایی، ماشین آلات و تجهیزات تولیدی فلزات گرانبها اوراق بهادار سپرده‌ها و گواهی سپرده‌های ریالی در چهارچوب مصوبات هیات عالی بانک مرکزی و سپرده‌ها و گواهی سپرده‌های ارزی، عواید قابل تصرف از سهام عواید قابل تصرف از قراردادهای اجرای طرح (پروژه)‌های تولیدی و زیربنایی اشیاء، آثار و ابنیه‌ی میراثی و تاریخی با مالکیت غیر دولتی مانده‌ی پاداش پایان خدمت و ذخیره‌ی مطالبات کارکنان حقوق و مزایای مستمر دریافتی مطالبات، قراردادی نشان تجاری (برند)، مالکیت‌های فکری، کالاهای بادوام بیمه‌های مسئولیت مجوزهای اداری یارانه‌های نقدی و موجودی انبار (مواد اولیه یا محصول) واحدهای تولیدی در چهارچوب آیین‌نامه اجرایی که حداکثر ظرف ۳ ماه از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این قانون با پیشنهاد شورا به تصویب هیأت وزیران می‌رسد قابل توثیق می‌باشند.

تبصره - قبض، شرط صحت قرارداد وثیقه نیست. این امر مانع قبض مال و دارایی توسط نهادهای وثیقه‌پذیر نمی‌باشد.»

در این ماده و تبصره‌ی آن به‌خوبی می‌توان دوگانگی عقد رهن و وثیقه را مشاهده نمود چرا که تحت این ماده، عقد جدیدی با عنوان قرارداد وثیقه تأسیس شده است. اما با وجود تمام استدلال‌های بیان شده در جهت اثبات قرارداد وثیقه و استقلال آن از عقد رهن باز هم اشکالاتی مطرح است و می‌توان بر اساس دیدگاهی جدید این مشکل را برطرف نمود که در ادامه بدان می‌پردازیم.

#### ۴. بازنگری در عقد رهن

یافتن راه حل جدیدی که بتواند ما را از تأسیس عقد جدید و ازدیاد قراردادهای مختلف نجات دهد امری بس دشوار به نظر می‌رسد چرا که تأسیس یک عقد جدید همواره از نیاز

جامعه و حقوق دانان نشأت گرفته و امری طبیعی محسوب می‌گردد. اما شاید بتوان با بازنگری در آموخته‌های پیشین این مسأله را مرتفع نمود.

#### ۴/۱. بررسی و نقد ماده‌ی ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها

پیش از تصویب این قانون در بسیاری از قوانین دیگر نیز سخن از دوگانگی عقد رهن و وثیقه شده بود. به شکلی که لفظ رهن در کنار وثیقه آورده شده بود و این مسأله موجب پدیدار شدن عقدی با عنوان وثیقه در میان حقوق دانان شد. اما در این قانون کاملاً واضح و مبرهن عقد یا قرارداد وثیقه به رسمیت شناخته شده و اجرای امور حقوقی مطابق آن وجهه قانونی دارد.

این قانون در جهت حمایت از تولیدکنندگان وضع شده است و هدف از وضع آن، رفع موانع تولید است. یکی از این موانع هم نحوه‌ی دریافت تسهیلات است که هر شخص تولیدکننده بایستی جهت دریافت آن و مطابق عقد رهن، مالی را در گرو بانک یا موسسه‌ی مالی قرار دهد. قانون‌گذار در این وهله با توجه به اینکه امر تولید متوقف به ارائه‌ی مال با شرایط مندرج در عقد رهن نباشد و تولید با سرعت بیشتری ادامه یابد عقدی را بدون شرایط موجود در عقد رهن وضع نمود تا تولیدکننده‌ای که فاقد مال معین است بتواند تسهیلات دریافت کند و نیازی به شرط قبض نباشد تا تولیدکننده متوقف به این امور نشود.

در نگاه اول شاید برخی بگویند که این قانون موجب نگرانی در خصوص تأسیس عقد جدیدی در کنار عقد رهن ایجاد نمی‌کند و صرفاً در جهت حمایت از تولیدکنندگان وضع شده و به نوعی حکم آن تخصیص خورده است. اما نکته این است که وقتی یک نهاد حقوقی در خصوص امری پذیرفته شد منحصر کردن آن چندان منطقی نیست کما اینکه سابق شورای نگهبان پذیرفته بود که خسارت تأخیر تأدیه طبق نرخ شاخص نباشد و وجه التزام برای آن تعیین شود عده‌ای گفتند که این وجه پذیرفته شده از سوی شورای نگهبان مختص بانک‌هاست اما دیوان عالی کشور رأی وحدت رویه صادر کرد و بیان داشت که وجه التزام یک قالب قراردادی است و مختص بانک‌ها نیست و هر شخصی می‌تواند ضمن قرارداد خود وجه التزام درج کند. بر این اساس یک ماهیت قراردادی زمانی که پذیرفته شود نمی‌تواند منحصر به آن موضوع باشد.

در حقوق کشور ما که برگرفته از فقه امامیه می‌باشد بسیاری از عقود مطابق آن منبع، تعریف و به رسمیت شناخته شده‌اند و پشتوانه‌ی علمی و استدلالی قدرتمندی را با خود به همراه دارند که خدشه به آن‌ها امری بسیار دشوار است. از جمله این عقود، عقد رهن است که شارع آن را جهت تنظیم روابط بین انسان‌ها وضع نموده است و قطعاً شرایط هر عقدی علاوه بر پشتوانه علمی و منطقی دارای حکمت فراوان است که التزام به این عقود را برای ما به امری یقینی تبدیل کرده است. حال اگر ما مطابق نیاز روز جامعه بخواهیم عقدی را تأسیس کنیم که تمامی شرایط اساسی این عقد را از بین می‌برد عملاً عقد رهن را کنار گذاشته‌ایم و این شیوه‌ی قانون‌گذاری موجب بی‌معنا شدن عقود وضع شده از سوی شارع است که امری قبیح محسوب می‌گردد.

به علاوه‌ی اینکه وضع عقد وثیقه در ماده‌ی ۷ قانون مذکور به شیوه‌ای که عقد رهن را به کلی کنار گذاشته و عقد وثیقه را جایگزین آن نموده است که امری غیر معمول و خلاف اصول است چرا که در خصوص عین بودن مال مرهونه ما عقد رهن را داریم حداقل می‌توانستیم در غیر موارد عین بودن عقد وثیقه را وضع کنیم نه در کل عقد رهن را طرح نماییم. هر چند کنار گذاشتن عقد رهن به طور ضمنی و غیر علنی مخالف با قواعد اصولی باشد. همان‌طور که در قاعده‌ی اصولی آمده است: «الجمع مهما أمکن أولى من الطرح» این عبارت بدین معناست که میان دو امر متعارض، اولویت جمع آن‌هاست و اگر امکان نداشت آن‌گاه می‌توان با شرایطی یکی از آن‌ها را برگزید. در اینجا هم دو عقد رهن و وثیقه وجود دارد که با توجه به شرایط انعقادشان در ظاهر با یکدیگر در تعارض هستند بدین بیان اولویت جمع آن‌هاست نه وضع قانون جدید و طرح عقد رهن.

از سوی دیگر باید به عامل اختلاف این دو عقد پرداخت چرا که علت اصلی در تأسیس این عقد وجود شرایط خاص در عقد رهن بوده است که عبارت است از عین بودن مال مرهونه، شرط قبض و مختص دیون موجود بودن. هر کدام از این شروط خود عاملی مستقل در ایجاد انگیزه برای قانون‌گذار بوده تا میل به وضع عقد جدیدی داشته باشد. اما آیا در خصوص این موارد تنها راه موجود وضع قوانین جدید است؟ در پاسخ باید گفت این راه

حل سریع‌ترین راه ممکن در جهت رفع این نیاز می‌باشد اما آیا راه حل اساسی و مبنایی دیگری برای این رخداد وجود ندارد؟ یکی از روش‌های موجود که در فقه اسلامی هم به‌وفور به چشم می‌خورد شیوه‌ی بازنگری در آن مسأله و بررسی مبنایی آن موضوع به طور دقیق است. بدین منظور قصد داریم تا در ادامه به بررسی دقیق دو موضوع مورد اختلاف یعنی عین بودن و شرط قبض بپردازیم و بازنگری کنیم.

#### ۲/۴. بررسی عوامل قبض مال مرهون و عین بودن مال مرهون

در حیطه بررسی این دو عامل با توجه به سبقه فقهی بحث در خصوص شرط عین بودن و شرط قبض در عقد رهن همان‌طور که شهید ثانی در لمعه گفته است علامه در تذکره در خصوص رهن غیر از عین مانند دین تصریح کرده است که صحت و عدم صحت در رهن دین مبتنی بر قول به اشتراط قبض در رهن و عدم اشتراط آن است. سخن او در این باره چنین است: «اگر قبض را در رهن شرط بدانیم رهن دین صحیح نخواهد بود چون قبض کردن دین ممکن نیست.»

لیکن در قواعد میان حکم به عدم اشتراط قبض در رهن و حکم به عدم جواز رهن دین جمع کرده است و شهید اول در دروس از جمع میان این دو حکم در شگفت است و البته این تعجب به جاست. ممکن است در توجیه کلام علامه در قواعد گفته شود که منافاتی ندارد که قبض را در رهن شرط ندانیم اما این را معتبر بدانیم که گرو از اموری باشد که قابل قبض است و علت اینکه علامه در قواعد با آنکه قبض را شرط ندانسته رهن دین را جایز ندانسته آن است که دین قابل قبض نمی‌باشد. اما این عذر پذیرفته نیست زیرا علامه در تذکره تصریح کرده است که صحت و عدم صحت رهن دین مبتنی بر اشتراط و عدم اشتراط قبض در رهن است.

بدین منظور با توجه به نظر اکثر فقها، شرط عین بودن مال مرهونه مبتنی بر اشتراط یا عدم اشتراط قبض در رهن است بنابراین در وهله نخست شرط قبض را در رهن بررسی نموده و سپس عین بودن را در رهن بررسی خواهیم کرد.

#### ۴/۲/۱. قبض

اینکه در هر عقدی، قبض یکی از ارکان و شرایط تحقق عقد است و یکی از آثار و نتایج عقد یکی از سوال‌های اساسی است که در هر عقدی بررسی می‌گردد. در ادامه قصد داریم بررسی نماییم که قبض شرط صحت عقد است یعنی برای تحقق عقد قبض نیز لازم است یا شرط لزوم عقد می‌باشد یعنی برای تحقق عقد نیازی به قبض نیست و عقد با ایجاب و قبول واقع می‌شود و قبض صرفاً موجب لزوم عقد می‌شود و در صورت پذیرش هر یک از نظرات مزبور چه آثار و نتایجی از آن‌ها حاصل می‌شود.

با توجه به اینکه ریشه اکثر قوانین کشور ما فقه امامیه بوده و بحث رهن نیز کامل از فقه امامیه گرفته شده است بدین منظور با بررسی نظرات فقهی قصد داریم شرط قبض را مذاقه نماییم.

در ابتدا معنای لغوی قبض را بررسی می‌کنیم. قبض در لغت به معنای اخذ مطلق یا گرفتن به دست یا گرفتن به تمام کف آمده است (ابن فارس، ۱۳۹۹: ج ۵: ۵۰؛ انصاری، ۱۳۹۸: ج ۶: ۲۴۱).

در خصوص معنای اصطلاحی قبض نیز امام خمینی در تحریرالوسیله می‌نویسد: قبض و تسلیم در چیزی که منقول نیست مانند خانه و مزرعه، تخلیه آن است؛ با دست برداشتن از آن و برطرف نمودن چیزهایی که منافات با تخلیه دارد و اذن دادن وی به طرفش که تصرف کند طوری که تحت سیطره و اختیار او قرار بگیرد (خمینی موسوی، ۱۳۹۶: ج ۲۲: ۸۶؛ همان، ۱۴۰۹: ج ۱: ۵۶۶؛ همان، ۱۳۹۹: ج ۲: ۳۰۳).

البته این نکته را نیز باید متذکر شد که در یک تقسیم‌بندی، عقود سه دسته‌اند: عقود رضایی، شکلی و عینی. عقود عینی، عقود هستند که صرف تراضی طرفین و با ایجاب و قبول منعقد نمی‌گردد بلکه نیازمند تسلیم شدن مال هنگام عقد نیز می‌باشد که به آن در اصطلاح قبض می‌گویند و وجود آن را در صورت اثبات آن برای صحت عقد رهن به شرط قبض تعبیر می‌شود بدین منظور عقد رهن از مصادیق عقود عینی است (حسینی حائری، ۱۴۲۳: ج ۱: ۱۹۹-۲۰۲).

علاوه بر مفهوم شناسی قبض، شناخت و بررسی نظرات فقها پیرامون شرط قبض نیز حائز اهمیت بوده و در میان نظرات فقها مطالب ارزشمندی نهفته است که ما را در فهم صحیح‌تری از مفهوم قبض یاری می‌کند. بدین منظور فقها در خصوص شرط قبض سه نظریه متفاوت را مطرح نموده‌اند که در ادامه آن‌ها را بررسی می‌کنیم:

الف) قبض، رکن تحقق رهن: شماری از فقها معتقدند که قبض از جمله ارکان سبب عقد است و به نوعی هم‌رده و هم‌درجه با آن‌هاست (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۱۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۳۱) یعنی تا زمانی که عین مرهونه در اختیار و تسلط شخص مرتهن قرار نگرفته باشد عقد رهنی شرعاً منعقد نشده است (خمینی، ۱۴۰۹: ج ۳: ۲). همچنین برخی بر این باورند که عقد رهن از احکام امضایی است (میرزایی قمی، ۱۴۱۳: ج ۱: ۱۸۲)، از طرفی تصور رهن بدون قبض از نظر عرف ممکن نیست و قبض بخشی از مفهوم رهن محسوب می‌گردد (طباطبایی، ۱۴۱۸: ج ۹: ۱۹۰). بدین منظور که می‌توان گفت عرفی رهن بدین معناست که چنانچه راهن دین خود را تأدیه ننماید مرتهن امکان وصول آن را از عین مرهونه داشته باشد گفتنی است طرفداران این دیدگاه شرطیت قبض را فقط در مقام وقوع عقد رهن که همان رهن ابتدایی است لازم دانسته و می‌پذیرند که استمرار قبض شرط صحت رهن نمی‌باشد (فاضل مقداد، ۱۴۲۵: ج ۲: ۶۰)؛ به دلیل اینکه اگر بعد از قبض عین مرهونه توسط مرتهن، عین دوباره به راه بازگردد در اینجا در خصوص انفساخ عقد رهن شک می‌کنیم و با ورود اصل استصحاب، بقای رهن تأیید و تحکیم می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ج ۲: ۱۱۶). بدین جهت دیدگاه قبض شرط صحت رهن است و مقصود از صحت به مفهوم تحقق و وقوع آن است و نه به مفهوم صحیح در برابر بطلان عقد؛ زیرا صحبت از صحت و بطلان ماهیتی که اساساً به وجود نیامده دارای مقبولیت نیست (سلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۳).

دلایل گوناگونی در جهت اثبات این نظریه از سوی قائلان آن بیان شده است. نخستین دلیل آن‌ها آیه ۲۸۳ سوره بقره است («وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ»). مفسران بر اساس این آیه معتقدند که رهن

بدون قبض محقق نمی‌گردد چراکه خلاف شرع است (طبرسی، ۱۴۰۸: ج ۲: ۶۸۶). بنابراین تا زمانی که قبضی واقع نشود رهن مشروعیتی نخواهد داشت (شیخ طوسی، ۱۴۱۳: ج ۲: ۳۰۸).

دومین دلیل در اثبات این نظریه این است که دلالت آیه‌ی مذکور امری نبوده بلکه ارشادی است و بنابراین تفسیر چنانچه در سفر بودید و کاتبی جهت نگارش عقد رهن نبود رهن با قبض تکمیل می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۴: ۱۱). همچنین در ادامه بیان داشته‌اند که دو حدیث از محمد بن قیس از ابی جعفر (ع) با این مضامین وجود دارند که «لا رهن إلا مقبوضاً» و «لا یكون الرهن إلا مقبوضاً» (حرعاملی، ۱۴۰۹: ج ۱۳: ۱۲۴). البته برخی به دلیل سند ضعیف نمی‌توان این نظریه را توجیه نمود (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ج ۲: ۲۵).

سومین دلیل در اثبات این نظریه، اجماع و اتفاق فقهاست (نجفی، ۱۴۰۴: ج ۲۵: ۱۰۱؛ طبرسی، ۱۴۰۸: ج ۲: ۶۸۶) البته پذیرش این دلیل با تردید مواجه خواهد بود چرا که کلام برخی از فقها خلاف این ادعا می‌باشد. با این حال برخی در حمایت و تقویت نظریه مذکور بیان داشته‌اند توسل به قبض برای صحیح شمردن عقد رهن و شرط دانستن آن فاقد دلیل است علاوه بر این ادله هرچند به شکل ناقص حکایت از صحت رهن بعد از محقق شدن قبض دارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ج ۱۵: ۴۳۰).

به دیدگاه فوق این‌گونه اشکال کرده‌اند که طرف‌داران به این دیدگاه که معتقدند در صورت فقدان قبض عقد رهن محقق نمی‌گردد قبض را نیز همچون قصد و رضای طرفین از ارکان تحقق رهن به شمار آورده و ماحصل دیدگاه عدم امکان اجبار رهن به اقباض عین مرهونه است (علامه حلی، ۱۴۱۳: ج ۲: ۱۱۷). در این خصوص عده‌ای اشکال وارد نموده‌اند که قبض عملی خارجی می‌باشد و جزئی از ارکان قصد طرفین نیست بدین جهت قابل پذیرش نیست که این امر مادی و خارجی بر امری ماهوی و باطنی مانند ماهیت رهن دخیل باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴: ۲۰۰).

علاوه بر اشکالی که در خصوص این نظریه مطرح شد چنین گمان می‌رود که این دیدگاه با اشکال دیگری نیز روبه‌روست که این نظریه برخلاف اصل رضایی بودن عقود است زیرا

فقط به واسطه این اصل، عقد رهن با صرف ایجاب و قبول محقق خواهد شد و قبض نقشی در تحقق آن ایفا نخواهد کرد؛ از سوی دیگر عرف نیز قبض عین مرهونه را از آثار عقد رهن دانسته و از نظر ماهوی امکان دخالت اثر عقد در تحقق آن وجود ندارد.

ب) قبض، شرط لزوم رهن: مطابق این نظریه تا هنگامی که قبضی تحقق نیابد رهن جایز و قابل فسخ از طرف راهن است و زمانی عقد لازم می‌شود که قبض صورت گیرد (شیخ مفید، ۱۴۱۳: ج ۱: ۶۲۲) بر اساس این ملاک به دلیل اینکه عقد رهن از جمله عقود احسانی است (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۳: ۱۸۶) تا زمانی که قبض محقق نشده باشد راهن می‌تواند آن را فسخ نماید بنابراین اجبار راهن به قبض مال مرهونه جایز نیست چرا که هنوز الزامی از طرف عقد متوجه او نیست؛ از جمله آثار جواز رهن قبل از قبض این است که در صورت فوت یا حجر راهن پیش از قبض مال مرهونه، عقد منفسخ می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ج ۴: ۵۶). بدین منظور بعضی از فقیهان بیان داشته‌اند که قیاس عقد جایزی همچون وکالت، عاریه و سایر عقود جایز با جواز عقد رهن قبل از قبض اشتباه است زیرا در رهن قبل از قبض برخلاف سایر عقود اذنی مانند وکالت و عاریه، فوت یا حجر راهن، سبب انفساخ عقد رهن نمی‌گردد چرا که عقد رهن به شکل صحیحی منعقد شده اما لزوم عقد برای طرفین وابسته به تحقق قبض است (بجنوردی، ۱۴۱۹: ۷-۱۹).

دیدگاه مذکور در فقه حنفی و شافعی (ابن رشد، ۱۴۱۵: ج ۲: ۲۲۲) بالأخص فقه حنبلی (ابن قدامه، ۱۹۶۸: ج ۴: ۳۶۸) قائلان زیادی دارد که به صراحت قبض را شرط لزوم عقد رهن می‌دانند. طرفداران این نظریه همچون طرفداران نظر اول، استمرار قبض را شرط لزوم رهن نمی‌دانند و حتی نسبت به عدم لزوم استدام در تصرف آن ادعای اجماع نیز شده است (ابن زهره، ۱۴۱۷: ۲۴۳). بدین صورت استدلال شده است که عقد رهن با قبض، کامل محقق شده و اگر عین مرهونه مجدد به راهن بازگردد در اینکه عقد رهن منفسخ شده و راهن برائت ذمه شده شک می‌کنیم و در این صورت بقای تعهدات راهن و «لزوم رهن» استصحاب می‌گردد (محقق ثانی، ۱۴۱۴: ج ۵: ۹۵). با این حال فقه امامیه و فقه عامه استدام قبض شرط لزوم نمی‌باشد؛ در مقابل این نظر اما فقه حنفی و حنبلی بر این باورند که استمرار قبض شرط لزوم عقد رهن بوده و اگر عین مرهونه از قبض شخص مرتهن خارج

شود عقد رهن جایز می‌گردد و هرگاه مال مرهونه مجدد به مرتهن بازگردد عقد لازم می‌شود (ابن قدامه، ۱۹۶۸: ج ۴: ۳۷۰).

قائلین این نظریه در جهت اثبات ادعایشان دلایل مختلفی را ارائه کرده و بیان می‌دارند که در وهله‌ی نخست استناد جستن به آیه‌ی ۲۸۳ سوره‌ی بقره در جهت اثبات ادعای قائلین به قول شرطیت قبض در صحت رهن، استناد به مفهوم وصفی رهن که همان مقبوض است می‌باشد. اما این استناد جستن و استدلال بر مبنای آن خالی از ضعف نیست زیرا قبض عین مرهونه، وصف عقد رهن است و امکان استنباط ارکان عقد رهن از وصف آن وجود ندارد. به علاوه اینکه معنای نهفته در لفظ «مقبوضا» در آیه‌ی شریفه نیز با اهمیت بوده و نیاز به بررسی دارد. بدین جهت مانند عقود وقف و هبه، قبض سبب لزوم عقد رهن می‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ج ۴: ۵۶). و همین‌طور می‌توان بیان داشت که آیه‌ی مذکور ارشادی است و نمایانگر این موضوع است که نه تنها استمرار قبض شرط نیست بلکه قبض عین مرهونه توسط مرتهن از ابتدا لازم نبوده است (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ج ۴: ۵۶). بدین معنا که اگر آیه‌ی مذکور امری بود امری بودن آن نسبت به عقد رهن از اول تا انتهای آن بود در نتیجه چنانچه عین مرهونه دوباره به راهن بازگردد عقد رهن می‌بایست باطل می‌شد حال آنکه به اجماع فقهای امامیه این‌طور نیست بدین منظور این آیه جنبه امری ندارد.

همچنین اشکال دیگری نیز در این خصوص مطرح شده است. با این مضمون که اگر رهن پیش از قبض از عقود جائز باشد و هر لحظه احتمال برود که راهن آن را فسخ نماید بنابراین تا هنگامی که فسخ صورت نگرفته بایستی همچون عقود جائز دارای اثر باشد حال آنکه طرفداران دیدگاه مذکور امکان اجبار راهن را به اقباض عین مرهونه که از اثرات عقد رهن ولو به شکل جایز است ممکن نمی‌دانند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ج ۲: ۲۵).

با توجه به اینکه در فقه مفهوم لزوم همواره در مقابل مفهوم جایز به کار رفته است و در میان فقها عقد جایز هیچ‌گاه فاقد اثر حقوقی نبوده است و همچنین عدم اعتقاد طرفداران این نظریه به وجود اثری برای عقد رهن پیش از قبض در نتیجه چنین برداشت می‌گردد که برعکس ادعای قائلین این دیدگاه که قبض را شرط «لزوم» رهن می‌پندارند مفهوم و مدلول دیدگاه آن‌ها به معنای لازم شدن رهن (در برابر جواز آن) با تحقق قبض نخواهد بود چراکه

در این حالت بایستی جواز رهن را پیش از تحقق قبض صحیح ببیندارند حال آن که این چنین نیست بنابراین دیدگاه مذکور امکان توجیه ماهیت قبض در رهن را ندارد.

ج) قبض، اثر عقد رهن: برخی از فقها بر این باورند که قبل از قبض هیچ اثری بر عقد رهن مترتب نیست (علامه حلی، ۱۴۱۳: ج ۵: ۳۹۹) و قبض از جمله آثار عقد رهن است. این دیدگاه بر این اساس پابرجاست که رهن از لحاظ ماهوی با ایجاب و قبول واقع می‌گردد (قاضی ابن‌براج، ۱۴۱۱: ۶۵) و امری مانند قبض نمی‌تواند در محقق شدن یا لازم شدن آن اثری داشته باشد (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰: ج ۲: ۴۱۷) در این صورت قبض یکی از آثار عقد رهن است که پس از تحقق عقد به آن ملحق می‌گردد که از مصادیق احکام عقد رهن به‌شمار می‌رود (قاضی ابن‌براج، ۱۴۱۱: ج ۲: ۴۶). در نتیجه با ایجاب و قبول طرفین عقد منعقد شده و عمل به مفاد عقد برای طرفین لازم‌الاجرا خواهد بود (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹: ج ۲: ۲۹۸-۲۹۷). لازم به ذکر است که این نظریه از سوی مذهب مالکی نیز قائلانی دارد (سید سابق، ۱۹۷۷: ج ۳: ۱۵۶). از جمله آثار دیدگاه مزبور این است که پیش از قبض عین مرهونه توسط راهن، فوت و حجر او فاقد اثر است.

طرفداران این نظریه نیز دلایلی جهت اثبات نظر خود بیان نموده‌اند: نخست آنکه دلالت بر روایات و آیه‌ی ۲۸۳ سوره‌ی بقره که قائلین به نظریه‌ی قبض در صحت رهن مطرح کردند قابل استناد نبوده و پذیرفتنی نیست زیرا در آیه‌ی مذکور مسائل گوناگونی را از جمله شاهد گرفتن برای عقود و تعهدات و نیز نگارش کتبی آن‌ها ذکر کرده است همان‌گونه که هیچ فقهی تا به حال در خصوص امکان استنباط در جهت لزوم مکتوب بودن و شاهد گرفتن از آیه‌ی مذکور را اشاره نکرده است. بدین منظور امکان استنباط لزوم قبض در رهن وجود ندارد (خوانساری، ۱۴۰۵: ج ۳: ۳۴۳). به‌علاوه چنانچه قبض همچون ایجاب و قبول در واقع شرط تحقق رهن باشد و اینکه آیه صرفاً به لزوم قبض جهت تحقق رهن دلالت نماید و از ایجاب و قبول که همچون قبض در محقق شدن آن نقش دارد صحبتی نکند غلط است. پس با این اوصاف جنبه‌ی ارشادی آیه‌ی مذکور آشکار می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۳: ج ۵: ۴۰۰). در وهله‌ی دوم باید گفت حدیث مستند برای شرطیت قبض در رهن به خصوص حدیث «محمد بن قیس از ابی‌جعفر(ع)» از لحاظ سندیت شدید ضعف داشته و حجیت

ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ج ۴: ۱۱). بنابراین بعد از رد ادله و مستندات طرفداران دیدگاه شرطیت قبض با تمسک به «اصل عدم شرطیت» و عموم آیه «أوفوا بالعقود» حکم بر «عدم شرطیت قبض» در وقوع و حتی لزوم عقد رهن داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ج ۱۳: ۱۸۷).

#### ۲/۲/۴. عین بودن

در خصوص تعریف عین و تقسیمات آن، فقیهان عبارات گوناگونی دارند اما می‌توان دقیق‌ترین تعریف را تعریف مرحوم خوئی در کتاب مصباح‌الفقاهه دانست که چنین آمده است: «المراد من العین ما إذا وجد في الخارج كان جسماً مشتملاً علی الأبعاد الثلاثة: العرض، والطول، والعمق.» (خوئی، ۱۴۱۷: ج ۲: ۱۶) البته در خصوص تقسیمات عین، اکثر فقها به تبع از فیلسوفان قائل هستند که عین به دو دسته‌ی کلی و معین تقسیم می‌شود (خمینی موسوی، ۱۳۹۰: ج ۱: ۵۴).

با توجه به تأسی از نظرات فلاسفه همواره در میان نظرات و دیدگاه‌های آنان مفهوم کلی در مقابل مفهوم جزئی قرار داشته و به نوعی را تناقض میان آن‌ها پابرجاست. ارسطو شأن کلی را آن دانسته که بر بیش از یکی حمل شود و به قرینه‌ی مقابل جزئی را فاقد این شأنیت می‌داند. فقها به تبع فلاسفه عین را اعم از کلی و معین می‌دانند. در دقیق‌ترین تعریف عین را می‌توان این‌گونه معنا کرد.

برخی فقها در تعریف عین و تعیین مصادیق آن در عقد رهن این‌گونه بیان داشته‌اند که در خصوص مناقشات عقد رهن در خصوص عین بودن مال مرهونه باید ابتدا معنای عین را بررسی کرد. ابتدا عبارتی از شرایع آورده‌اند: «الفصل الثاني في شرائط الرهن: و من شرائطه ان يكون عیناً مملوكاً یمكن قبضه و یصح بیعُه سواء كان مشاعاً أو منفرداً» (ابن ادریس، ۱۴۰۳: ج ۲: ۶۷) گفته‌اند مرهون باید عین مملوک باشد.

پیش از ورود به بحث یک مطلب راجع به عین وجود دارد. مراد از «عین» در اینجا چیست؟ چون در چند سطر بعد، صاحب جواهر می‌فرماید: «اعتبار العینیه بهذا المعنی» (صاحب جواهر، ۱۴۲۱: ج ۲۵: ۱۱۶) مراد از این چیست؟ مگر عین معنای دیگری هم دارد که ایشان این‌گونه می‌فرماید؟

عین مشترک لفظی است و دو معنا دارد: گاهی عین را در مقابلش منفعت و دین قرار می‌دهند که در اینجا بحث است. اینجا که می‌گوییم شرطش این است که عین باشد یعنی دین و منفعت نباشد. گاهی هم عین می‌گویند و مرادشان وجود خارجی و مادی است در مقابل اعتبار. مثلاً می‌گویند عین که در مقابلش حق است مثل حق تحجیر یا حق سلطنتی که بر اموال وجود دارد.

فرق این دو به چه نحو است؟ در جایی که عین را در مقابل منفعت یا دین قرار می‌دهید این دین و منفعت می‌توانند به صورت عین یعنی جسم خارجی هم دربیایند. شما پشم روی گوسفند را منفعت می‌دانید و وقتی جدا می‌شود خودش یک عین می‌شود. پس عینی که در مقابل دین و منفعت باشد آن دین و منفعت گاهی به صورت عینی که در اینجا مراد است درمی‌آید؛ یعنی یک شیء خارجی که وجود دارد. اما جایی هست که در مقابل عین یک وجود مادی قرار دارد مثل حق التحجیر. حق التحجیر هیچ‌گاه به صورت عین در نمی‌آید. پس مراد از عین در اینجا مخصوصاً با این عبارت که فرموده «اعتبار العینیهی بهذا المعنی» چیست؟ البته مشخص است که وقتی در اینجا عین گفته در مقابل دین و منفعت است و مهم‌تر اینکه آیا معنای دیگری هم برای عین ذکر شده یا نه؟ در اینجا گفته‌اند عین دو معنا دارد و در این دو معنا هم دو تقابل است: یکی تقابلی بین منفعت و دین که این‌ها خودشان می‌توانند تبدیل به عین بشوند دیگر یک وجود مادی در مقابل اعتبار مثل حق التحجیر که قابلیت به عینیت رسیدن ندارد.

همچنین مطابق دیدگاه فلاسفه عین آن امری است که چنانچه در خارج از ذهن تجلی یابد به یقین به شکل جسم خواهد بود. ظاهراً قانون مدنی عین را سه نوع دانسته و در ماده‌ی ۳۵۰ مقرر می‌دارد: مبیع ممکن است مفروض باشد یا مشاع یا مقدار معین در کل از شیء متساوی‌الاجزا و همچنین ممکن است کلیه فی الذمه باشد.

در حقوق ایران به تبعیت از فقه عین لزوماً وجود خارجی نداشته و ممکن است بعد تشخیص پیدا کند. علی‌رغم ظاهر ماده‌ی فوق نباید پنداشت که قانون مدنی عین را سه قسم می‌داند چرا که عین به عنوان مقسم شامل دو قسم معین و کلی است. سپس این کلی

خود مخزن کلی در معین و کلی در ذمه می‌باشد. تفاوت این دو قسم کلی نیز روشن است. ظرف کلی در معین همان معینات خارجی و ظرف کلی در ذمه همان ذمه اعتباری است. مفاهیم کلی و جزئی را در بسیاری از آثار منطقیون و فلاسفه می‌توان دید. ایشان این دو مفهوم را همواره در برابر یکدیگر به کار برده و رابطه‌ی منطقی آن را تناقض دانسته‌اند. ارسطو شأن کلی را آن دانسته که بر بیش از یکی حمل شود و به قرینه‌ی مقابل جزئی را فاقد این شأنیت می‌داند (ارسطو، ۱۹۸۰: ج ۲: ۱۵۰).

با این اوصاف می‌توان گفت که تا حدودی مفهوم عین در میان فقها تعریف مشخصی داشته و مؤلفه‌هایی برای آن ترسیم شده است البته همواره در میان نظرات، اختلافاتی وجود دارد اما با این حال فهم و درک مفهوم عین به وسیله این تعاریف امری مشکل محسوب نمی‌شود.

## ۵. ارائه‌ی دیدگاه جدید

همان‌طور که بیان شد در معاملات امروزی در خصوص عقد رهن محدودیت‌های به چشم می‌خورد که موجب نیازمندی به وضع روش‌های نوینی برای حل این مشکلات هستیم. از جمله این مشکلات نیاز جامعه به افزایش رشد اقتصادی در کنار توسعه و افزایش تولید و حمایت از تولیدکنندگان است. بدین منظور شاهد وضع قوانینی در جهت حمایت از تولیدکنندگان مانند قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها بودیم.

یکی از محدودیت‌های برطرف شده در این قانون، کاهش محدودیت‌ها و رفع موانع ارائه‌ی تسهیلات به تولیدکنندگان از طریق وثیقه‌گذاری است. در قانون مدنی عقد رهن می‌تواند چنین فرآیندی را برای تولیدکننده فراهم کند اما شرایطی مانند عین بودن مال مرهونه و شرط قبض در عقد رهن موجب می‌گردد بسیاری از تولیدکنندگان به دلیل نبود وثیقه‌ی مورد تأیید قانونی نتوانند تسهیلات دریافت کرده و اقدام به تولید کنند. بنابراین ماده‌ی ۷ قانون که در بالا به تفصیل شرح داده شد این روند را برای تولیدکنندگان تسهیل نمود.

موضوع بسیار مهمی که در این میان به چشم می‌خورد این است که اگر این ماده‌ی قانونی در میان تولیدکنندگان گسترش یابد و تبدیل به عقد جدیدی شود تکلیف عقد رهن

که سابقه و پیشینه فقهی و شرعی دارد چه خواهد شد؟ آیا سبب نمی‌شود تا این عقد به دست فراموشی سپرده شود؟ آیا در خصوص این مسأله راه حل بهتری وجود ندارد؟ این سوالات سبب می‌شود تا برخی دیدگاه‌ها و نظرات نو و جدیدی را در این خصوص مطرح نمایند. در اینجا دو دیدگاه بررسی می‌گردد که در برخی نظرات نگاه انتقادی به وضع قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها نیز وجود دارد که به تفصیل بیان می‌گردد. پیش از بیان دو دیدگاه جدید نیازمند بیان چند مقدمه هستیم:

الف) تمامی قوانین کشور ما تابع دین اسلام و مذهب تشیع امامیه می‌باشد. این مسأله شامل تمامی قوانین جزایی و خصوصی می‌گردد و در صورت نبود قانون در خصوص مسأله موجود به مبانی فقه امامیه و کتب اسلامی رجوع می‌شود که نشان از مقام والای فقه در میان وضع قوانین است.

ب) از جمله مواردی که برگرفته از فقه امامیه بوده و در قوانین ما نیز به عین وجود دارد عقود معینی است که شارع آنان را با شرایط خاصی تأیید کرده و مشروع دانسته است. یکی از مصادیق عقود معین نیز عقد رهن است که شارع شرایط خاصی برای انعقاد آن معین نموده است.

ج) هر فعل یا ترک فعل در جهت ایجاد تغییر در ماهیت عقد رهن و شرایط آن امری قبیح است چرا که دیدگاهی بر خلاف نظر شارع بوده و با آن در تداخل است البته در کنار این مسأله بایستی نیاز جامعه را نیز به وضع قوانین جدید در نظر داشت اما فی الحال در خصوص عقد رهن که با وضع عقد جدیدی به نام وثیقه‌گذاری روبه‌رو شده است امری قبیح محسوب می‌گردد. بدین جهت بایستی برای این موضوع چاره‌ای اندیشید.

### ۵/۱. نظریه رهن عرفی

بسیاری الفاظ و اصطلاحات عقود دارای حقیقت شرعی نبوده و از حقایق عرفی محسوب می‌شوند به عبارت دیگر چنین نیست که اسلام برای نخستین بار این دسته از عقود را تأسیس نموده باشد؛ اینها عقود هستند که پیش از ظهور این دین نیز جریان داشته‌اند در واقع این عقود، تنظیم‌کننده روابط اقتصادی و اجتماعی میان افراد جامعه‌اند؛ دین اسلام صرفاً رهن را که از جمله این عقود است اعمال حقوقی را امضا و بر احکام آن‌ها

صحه گذاشته است که از بدو پیدایش با هدف ایجاد اطمینان و تضمین دیون و تعهدات و ایجاد وثیقه عینی در مقابل آن‌ها قوام یافته و به تدریج عمومیت پیدا کرده است. همچنین مقنن با قبول عقد رهن از سوی شارع و همین‌طور ترویج آن در میان عموم افراد، عقد مزبور و احکام و آثار آن را در قوانین موضوعه خود وارد نموده است؛ به شکلی که می‌توان به جرئت بیان داشت که قدیمی‌ترین نهادی که جهت توثیق دین در نظام حقوقی ایران وجود دارد عقد رهن می‌باشد (شکری، ۱۳۹۰: ۷۶).

اعتبار عرف به‌عنوان یک منبع حقوقی قابل تردید نیست حتی عرف حادث بعد از قانون‌گذاری نیز می‌تواند به‌عنوان یک منبع حقوقی تلقی شده و گاهی نیز به‌عنوان منبع تفسیری استفاده شود. با پیدایش و ظهور مذاهب و نفوذشان در زندگی اجتماعی جوامع بشری عادات و رسوم مذهبی گسترش و رشد افزونی پیدا کرد تا آنجا که در حقوق اسلامی فقها تلاش کردند تا علاوه بر تعریف و شمارش عرف‌های اجتماعی، ادله وجودی آن‌ها را نیز بررسی کنند. به‌علاوه در بسیاری از آثار و کتب فقهی و اصولی شیعیان، مفهوم عرف استفاده شده است. از زمانی که مجتهدان اصولی بر فقه‌های اخباری برتری یافتند در آثار فقهی و اصولی، عرف را با عباراتی همچون: اهل بلد، «تواضع اهل بلد او لغة علی لفظ...» (شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۷۹۴) تعارف (علم الهدی، ۱۳۶۳: ۳۰۷)، عاده الناس (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۳۶۳)، عاده البلد (طرابلسی، ۱۴۰۶: ۴۸۵)، عرف (حلی، ۱۴۰۳: ۷۱۵)، عادت (شیخ مفید، ۱۴۱۰: ۵۳۴) استفاده کرده‌اند.

در فقه مطلب مجزا و ویژه‌ای با موضوع عرف دیده نمی‌شود و نویسندگان بسیاری این مسأله را در میان مباحث فقهی و اصولی دیگری بررسی و تتبع کرده‌اند. هرچند که در حجیت آن میان فقه‌های شیعه و اهل تسنن اختلافاتی به چشم می‌خورد. در خصوص منابع اصلی حقوق اسلامی چنین عنوان شده است که علاوه بر قرآن، سنت، اجماع و عقل (در اهل سنت، قیاس و استحسان) در بعضی موضوعات هم عرف و عادت به تأیید شرع اسلامی درآمده است.

در حقوق اسلامی عرف از جمله منابع حقوقی به شمار می‌رود و نظام حقوقی ایران توانسته است با تأیید عرف‌های محلی و امکان ارجاع قاضی به آن‌ها و اعتبار بخشیدن در

کنار عقل و اجماع و استصلاح و استحسان ساماندهی پویایی به نظام حقوقی بدهد که همواره دستخوش تغییرات مثبت و روبه جلو باشد و از سوی دیگر حقوق اسلامی به عرف تا حدی اعتبار بخشیده است که در جهت موافق با شئون انسانی و اصل عدالت، حرمت و شرافت ذاتی آدمی واقع گردد.

از جمله عوامل بازدارنده در برابر فرسایش و کهنه شدن حقوق می‌توان به مواردی چون: عرف، عادت، عقل و اجماع اشاره کرد که به‌طور مداوم با نیازها و اقتضائات روز جامعه در حال تغییر و انطباق بوده و به نوعی نقش مکمل را ایفا می‌کنند. این مهم سبب می‌گردد تا این سیستم حقوقی با شیوه و روش‌های جدیدی در جهت پیشرفت‌های بزرگ دنیا جلو رفته و از انعطاف کافی و مناسب برخوردار باشد.

البته حقوق اسلامی تمامی عرف‌ها را تأیید نمی‌کند بالعکس نهادی است که برتر و مافوق قصد و اراده افراد بوده و همواره در مقابل افراط و تفریط انسان‌های گمراه و فسادطلب ایستادگی کرده و در جهت اجرای عدالت و اصول آن، تمامی اراده‌ها را منطبق می‌سازد. غایت نهایی در آن عنصر اصلی و هسته‌ی اساسی است نه تبعیت از عرف قبیح. حقوق اسلامی دارای ریشه قانونی بوده و ایجاد آن به سبب اقتضائات زمان و مکان از تلاقی و درگیری مسالمت‌آمیز اجتماع می‌باشد. به همین دلیل اشاره به برخی موارد که در حقوق اسلامی به عرف ارجاع داده شده است، الزامی است:

۱. در عقود معاطاتی به اقتضای عرف عقد به صرف قبض و تسلیم مال بدون نیاز به ایجاب و قبول لفظی واقع می‌شود.

۲. در صورت سکوت عقد در خصوص پرداخت ثمن بر حسب عرف بایستی از پول رایج‌تر استفاده کرد.

۳. از لحاظ فقهی شیوه تنظیم اسناد و قراردادهای و اصطلاحاتی که در آن به کار می‌رود تابع عرف می‌باشد.

۴. ارزش مالی اشیاء در مبیع از لحاظ فقهی وابسته به عرف است (سلجوقی، ۱۳۸۹: ۴۶).

همان طور که دانستیم دلیل اصلی گرایش عموم جامعه به سوی عقد وثیقه، وجود برخی محدودیت‌ها در عقد رهن بود. از جمله مهم‌ترین آن‌ها عین بودن و شرط قبض بود. حال که معنای لغوی و اصطلاحی این دو مسأله را بررسی نمودیم و دانستیم که معنای لغوی این دو موضوع از گستردگی نسبی برخوردارند و صرفاً به مفهوم واحدی اشاره ندارند می‌توان ادعا کرد که می‌توان معنای دیگری نیز برای آن‌ها ارائه داد. از سوی دیگر هر لغت و عبارت فقهی یا حقوقی با توجه به معنای مشخص و دقیقی که داشته همواره از سوی برخی فقها و حقوق‌دانان نقض شده یا از آن اشکال گرفته‌اند.

بنابر آنچه بیان شد مطابق نظریه‌ی رهن عرفی عین بودن و شرط قبض می‌تواند در نگاه عرف معنا شده و مصادیق آن مطابق عرف مشخص گردد. در ادامه قصد داریم معانی عرفی هریک از دو شرط مهم عقد رهن را که سبب محدودیت آن شده است در نگاه عرف معنا کرده و مصادیق آن را معین نماییم:

۱. شرط قبض: در خصوص شرط قبض باید گفت که عین بودن مال مرهونه در گرو تحقق شرط قبض معنا می‌شود بدین بیان که برای صحت عقد رهن، قابلیت قبض در رهینه و به دنبال آن «عین» بودن آن، شرط است. به عبارت دیگر بایستی در وهله‌ی اول شرط قبض را بررسی کند چرا که عین بودن مال مرهونه پس از مشخص شدن ماهیت شرط قبض محقق خواهد شد.

در خصوص معنای عرفی قبض باید گفت بسیاری از محدودیت‌های امروزی عقد رهن می‌توانست با تجدیدنظر در مورد مصادیق قبض و اقباض برطرف گردد. بدین بیان که معنای مصطلح قبض میان فقها و حقوق‌دانان از قبض و اقباض فیزیکی خارج می‌شد و معنای آن عمویت بیشتری می‌یافت. در مقام اجرای این نظر می‌توانیم معنای عام و کلی - تری برای قبض قائل شویم و ماهیت و فلسفه قبض و اقباض را استیلاء بر مال بدانیم که این استیلاء بر مال مصادیق گسترده‌تری نسبت به معنای قبلی قبض دارد. یکی از مصادیقی که می‌تواند عقد رهن را از محدودیت خارج سازد تنظیم سند رسمی و انتقال مال از طریق آن است که نسبت به قبض و اقباض فیزیکی مزیت‌های بیشتری نیز داشته و شرایط محدودی برای عقد رهن ایجاد نمی‌کند.

بنابراین می‌توان متناسب با عرف جامعه معنای قبض را گسترده‌تر و عام‌تر دانست تا علاوه بر تأمین نیاز جامعه به‌ویژه تولیدکنندگان، نیازی به تغییر قوانین شرعی و الهی وضع شده از سوی شارع نیز نباشد و با تعیین مصداق و میزان شمولیت در معنای هر مفهوم این مشکل را حل نمود. البته این موضوع فقط از طریق عرف که همواره در حال تکاپو و تغییر است قابلیت اجرا داشت.

۲. عین بودن: مقصود اصلی از وضع این شرط در عقد رهن این است که مال مرهونه مشخص باشد و قابل رؤیت اما در نگاه عرف ممکن است این‌گونه تعریف شود که مال قابل دسترس و قابل وصول باشد. همان‌طور که معنای عین را در مطالب پیشین بیان کردیم برخی فقها عین در مال مرهونه را دارای دو معنای دانستند و اگر ما معنای عین را در مقابل منفعت و دین بدانیم یعنی معنای عین را چیزی دانستیم که علاوه بر قابلیت وصول، مشخص و قابل رؤیت نیز باشد. اما اگر بتوانیم معنای عمیق‌تر و عام‌تری برای آن قائل شد می‌توانیم منفعت را نیز داخل در عقد رهن بدانیم البته بایستی نظر فقها پیرامون عدم امکان رهن سپردن منفعت را قابل احترام شمرد با این حال این احتمال قابل استدلال و دفاع است.

## ۲/۵. نظریه‌ی تخصیص

این دیدگاه را می‌توان به‌عنوان دیدگاه کسانی تلقی کرد که نظریه‌ی رهن عرفی را نپذیرفته یا حداقل یکی از دو مفهوم مهم مورد بحث را مورد مناقشه می‌دانند. این دیدگاه بیان می‌دارد که قائلین به وجود عقد وثیقه، اگر آن را به‌عنوان عقدی کارآمد و قابل اتکاء مورد استفاده برای تولیدکنندگان و حتی عموم افراد جامعه می‌دانند و با معنای عرفی عقد رهن نیز مخالف بوده و معنای عرفی برای آن قائل نیستند باید به نظریه‌ی تخصیص پایبند باشند.

نظریه‌ی تخصیص در خصوص مسأله عقد رهن و وثیقه چنین می‌گوید که اگر عقد رهن را با شرایط مشخص بررسی کنیم معیارها و ملاک‌های مشخصی را برای آن قائل می‌شویم. این موضوع در مورد عقد وثیقه نیز با توجه به ماده‌ی ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها مصوب ۱۴۰۲ به وضوح قابل تصدیق است. حال در مواردی که ما معیارهای

عقد رهن مانند عین بودن را در پیش رو داریم دیگر نباید عقد دیگری به نام عقد وثیقه تولید کنیم و نهایتاً باید عقد وثیقه را در سایر موارد که نمی‌توان از رهن استفاده کرد، به کار ببریم. مثل دیون که نمی‌توانند به‌عنوان مال مرهونه به رهن گذارده شوند با عقد وثیقه می‌توان آن‌ها را به وثیقه گذاشت.

به عبارت دیگر در مواردی که ما عین بودن، شرط قبض و سایر موارد مشروط در عقد رهن را داریم باید از عقد رهن استفاده کنیم اما ماده‌ی ۷ قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها مصوب ۱۴۰۲ به دلیل اینکه تمام موارد مشروط در عقد رهن را نیز در عقد وثیقه لحاظ کرده نوعی اختلال در ماهیت این دو عقد ایجاد کرده و استقلال عقد رهن را با خدشه روبه‌رو ساخته است. در صورتی که می‌بایست مواردی را که در عقد رهن قابل رهن‌گذاری نبود به‌عنوان عقد وثیقه معرفی می‌نمود.

در نهایت این اختلاط و پیچیدگی در دو عقد به دلیل وضع قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌ها ایجاد شده و بایستی بر اساس دیدگاه تخصیص، ماهیت این دو عقد را با توجه به شرایط ایجاد و صحت این دو عقد از یک‌دیگر جدا کرده و استقلال هر دو عقد را حفظ نماییم.

## نتیجه گیری

الف) در خصوص رابطه منطقی میان رهن و وثیقه باید گفت که رابطه عموم و خصوص مطلق برقرار است؛ بدین بیان که ما در تعریف فقهی رهن می‌گوییم: رهن وثیقه دین است. با توجه به این تعریف، وثیقه جنس برای تعریف رهن است و در علم منطق، جنس از نوع عام‌تر و کلی‌تر است. در نتیجه با توجه به تعاریف، وثیقه کلی‌تر از رهن است. به عبارت دیگر هر رهنی وثیقه است اما هر وثیقه‌ای رهن نیست. قسمت اول این عبارت بدین معناست که هر رهنی یک وثیقه و گرو گذاشتن مال است اما هر وثیقه، رهن نیست مانند وثیقه گذاشتن مبلغی جهت خروج از کشور که در این گرو گذاشتن مال، دینی سابق موجود نبوده و صرفاً به جهت تضمین به اجرای درست قوانین و تأمین کافی برای طرف مقابل یا شخص ثالث استفاده می‌گردد.

ب) نکته‌ی مهم در خصوص این دو موضوع این است که اگر بخواهیم عقد و قرارداد رهن و وثیقه را بررسی کنیم نمی‌توان به صورت پیشین مورد ارزیابی منطقی قرار داد چرا که هردوی آن‌ها را مقید به قید عقد و قرارداد کرده‌ایم.

ج. دو عنصر و مفهوم مهم و حیاتی در عقد رهن یعنی عین بودن و شرط قبض را می‌توان به صورت عرفی بررسی کرد و مصادیق گسترده‌تری را از آن‌ها استخراج نمود تا زمینه‌ی اختلافات میان فقها و حقوق دانان را به حداقل رسانده و موارد استفاده از آن دو عقد را مشخص نمود.

د) معنای عرفی عین و قبض اگر تأیید و پذیرش نکنند به ناچار بایستی به نظریه‌ی تخصیص روی آورد. بدین معنا که در مواردی که شرایط عقد رهن مانند عین بودن مال مرهونه و شرط قبض فراهم هستند بایستی عقد رهن منعقد نمود و در سایر موارد قواعد عقد وثیقه حکم‌فرما خواهد بود.

ه) علت اصلی این اختلافات وضع قانون تأمین مالی تولید و زیرساخت‌هاست که شرایط هر دو عقد را جمع کرده و تحت یک عقد جدید به نام عقد وثیقه قرار داده است و با این اقدام، عقد رهن را که عقدی با سابقه و برگرفته از فقه اسلامی است به کلی کنار گذاشته است. بدین منظور اصلاح این قانون بایستی در دستور کار قانون‌گذاران قرار گیرد.

## منابع

### ۱) منابع فارسی

- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۶ ش.). ترمینولوژی حقوق. تهران: کتابخانه ابن سینا، چاپ اول.
- سلجوقی، محمود (۱۳۸۹). نقش عرف در حقوق مدنی ایران و مطالعه اجمالی آن در نظام‌های بزرگ حقوقی. تهران: میزان، چاپ اول.
- طریحی، فخرالدین بن محمد (۱۳۶۲ ش.). مجمع البحرین. تهران: مرتضوی، چاپ اول.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰ ش.). حقوق مدنی دوره مقدماتی: درس‌هایی از عقود معین. جلد ۲. تهران: گنج دانش، چاپ شانزدهم.
- جعفرپور، جمشید و سیاه‌بیدی کرمانشاهی، سعید (۱۴۰۰). تأملی بر رابطه‌ی عقد رهن و قرارداد وثیقه. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۳، ۲۳، ۶۹-۹۰.
- شکری، فریده (۱۳۹۰). رهن دین در نظام حقوقی ایران. مجله حقوقی دادگستری، ۷۵، ۱۱۲-۷۵.
- موسوی بجنوردی، سیدمحمد (۱۳۷۴). نقش قبض در عقد رهن. مجله فقه اهل بیت (ع)، ۳، ۱۸۹-۲۰۶.

### ۲) منابع عربی

- قرآن کریم
- ابن‌ادریس حلی، محمدبن منصور بن احمد (۱۴۱۰ ق.). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- ابن‌رشد، محمدبن احمد (۱۴۱۵ ق.). بدایة المجتهد و نهاية المقتصد. قم: دارالفکر، چاپ دوم.
- ابن‌زهره، حمزه‌بن علی حسینی (۱۴۱۷ ق.). غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ سوم.
- ابن‌فارس، احمدبن فارس (۱۳۹۹ ق.). معجم مقاییس اللغة. بیروت: دارالفکر، چاپ اول.
- ابن‌قدامه، عبدالله بن احمد (۱۹۶۸ م.). المغنی. قاهره: مکتبه القاهره، چاپ اول.
- ارسطو (۱۹۸۰ م.). منطق ارسطو. بیروت: چاپ عبدالرحمان بدوی، چ اول.
- اصفهانی کمپانی، محمدحسین (۱۴۲۷ ق.). حاشیه‌ی المکاسب. قم: ذوی‌القربی، چاپ پنجم.
- انصاری، مرتضی‌بن محمدامین (۱۳۹۸ ش.). کتاب المکاسب. قم: مجمع فکر الاسلامی، چاپ بیست و هشتم.

- بغدادی (شیخ مفید)، محمدبن محمدبن نعمان (۱۴۱۳ ق.). المقنعه. قم: انتشارات کنگره جهانی شیخ مفید، چاپ دهم.
- حرعاملی، محمدبن حسن (۱۴۰۹ ق.). تفصیل وسائل الشیعة إلى تحصیل مسائل الشریعة. قم: موسسه آل البيت عليهم السلام لاحیاء التراث، چاپ نهم.
- حسینی حائری، کاظم (۱۴۲۳ ق.). فقه العقود. قم: مجمع الفکر الإسلامی، چاپ پانزدهم.
- حسینی عاملی، سیدجواد (۱۴۱۹ ق.). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ هشتم.
- حسینی عاملی، محمدجوادبن محمد (۱۴۱۹ ق.). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: مؤسسة النشر الإسلامی، چاپ پنجم.
- حلی، ابی جعفر محمدبن منصوربن احمدبن ادريس (۱۴۰۳ ق.). شرایع الاسلام. قم: انتشارات دارالهدی، چاپ چهارم.
- حلی، حسن بن یوسف مطهر (۱۴۱۳ ق.). مختلف الشیعه. قم: مؤسسة نشر الاسلامیه، چاپ دوم.
- حلی، حسن بن یوسف مطهر (۱۴۱۴ ق.). تذکره الفقها. قم: مؤسسة آل البيت (ع)، چاپ سوم.
- حلی، حسن بن یوسف مطهر (۱۳۸۷ ش.). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ سوم.
- خوئی، ابوالقاسم (۱۴۱۷ ق.). مصباح الفقاهه. قم: موسسه انصاریان، چاپ دوم.
- خمینی موسوی، روح الله (۱۴۰۹ ق.). تحریر الوسیله. قم: دارالکتاب العلمیه، چاپ دوم.
- خمینی موسوی، روح الله (۱۳۹۰ ش.). مباحث حقوقی تحریر الوسیله. تهران: انتشارات مجد، چاپ اول.
- خمینی موسوی، روح الله (۱۳۹۶ ش.). موسوعة الامام الخميني. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، چاپ دوم.
- خمینی موسوی، روح الله (۱۳۹۹ ش.). کتاب البیع، القول فی القبض و التسليم. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ سوم.
- خوانساری، سید احمدبن یوسف (۱۴۰۵ ق.). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسة اسماعیلیان، چاپ دوم.
- سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۰۴ ق.). المراسم العلویه. قم: المنشورات، چاپ دوم.
- سید، سابق (۱۹۷۷ م.). فقه السنه. بیروت: دارالکتاب العربی، چاپ سوم.
- سیوری، مقدادبن عبدالله (۱۴۲۵ ق.). کنزالعرفان فی فقه القرآن. قم: انتشارات مرتضوی، چاپ چهارم.

- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق.). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، قم: مكتبة الداوري، چ دوم.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر (۱۴۲۱ق.). جواهر الكلام. قم: مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (علیهم السلام)، چاپ هشتم.
- طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق.). ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل. قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ سوم.
- طبرسی، فضل بن حسن (۱۴۰۸ق.). مجمع البیان فی تفسیر القرآن. بیروت: دارالمعرفة للطباعة و النشر، چاپ دوم.
- طرابلسی، عبدالعزیز قاضی ابن براج (۱۴۱۱ق.). جواهر الفقه. قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم.
- طرابلسی، عبدالعزیز قاضی ابن براج (۱۴۰۶ق.). المهذب. قم: موسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- طوسی، ابوجعفر بن محمد بن حسن (۱۴۰۰ق.). النهایة فی مجرد فقه و الفتاوی. بیروت: دارالکتاب العربی، چاپ اول.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۳ق.). التبیان فی تفسیر القرآن. قم: مؤسسه نشر اسلامی، چاپ دوم.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق.). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية. قم: کتابفروشی داوری، چاپ دوم.
- عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق.). مسالك الأفهام الى تنقيح شرايع الاسلام. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیة، چاپ اول.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن حلی (۱۴۱۰ق.). اللمعة الدمشقية. بیروت: دالتراث-دارالاسلامیة، چاپ دوم.
- عاملی کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق.). معروف به محقق ثانی. جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت (ع)، چاپ دوم.
- علم الهدی، سید مرتضی (۱۳۶۳ش.). الذریعة الى اصول الشريعة. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، چاپ اول.
- مجلسی، محمد باقر بن محمد تقی (۱۴۰۳ق.). بحار الأنوار الجامعة لدرر أخبار الأئمة الأطهار. بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ دوم.
- محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی (۱۴۰۸ق.). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: اسماعیلیان، چاپ دوم.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق.). جامع المقاصد في شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام لاحیاء التراث. چاپ دوم.

- مفید، محمدبن النعمان (۱۴۱۰ق.). المقنعه. بی جا: موسسه نشر اسلامی، چاپ اول.
- موسوی بجنوردی، حسن (۱۴۱۹ق.). القواعد الفقیه. قم: نشر الهادی، چاپ دوم.
- موسوی سبزواری، عبدالاعلی (۱۴۱۳ق.). مهذب الأحكام في بيان الحلال و الحرام. قم: السيد عبدالاعلی السبزواری، چاپ سوم.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن (۱۴۱۳ق.). جامع الشتات فی اجوبة السؤالات. تهران: مؤسسه کیهان، چاپ دوم.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۴۰۴ق.). جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: داراحیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نجفی، محمدحسن بن باقر (۱۴۰۴ق.). جواهرالکلام فی شرائع الاسلام. بیروت: دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نجفی کاشف الغطاء، محمدحسین بن علی بن محمدرضا (۱۳۵۹ق.). تحریرالمجلة. نجف اشرف: المكتبة المرتضوية، چاپ اول.