

بخش اول

کلیات و تعاریف

فصل اول - کلیات

مبحث اول - طرح بحث

یکی از مهم ترین عقود معین در معاملات و تبادلات بازرگانی، عقد رهن است که به موجب آن بدهکار مالی را برای وثیقه به داین می دهد.

بررسی اجمالی آثار فقها و حقوقدانان اسلامی و تفحص در آراء صادره از دادگاهها و دیوان عالی کشور در زمینه عقد رهن و تصرفات حقوقی رهن و مرتهن در رهنه، بیانگر اهمیت این عقد در معاملات تجاری می باشد؛ علاوه بر این امروزه نقش ارزنده این عقد را در قراردادهای فروش اقساطی و بیع سیف شاهد هستیم، بانکها نیز در قرارداد اجاره به شرط تملیک و عقود نظیر مضاربه، مزارعه و جعاله به هنگام اعطای تسهیلات مالی به مشتریان خود برای تضمین حسن اجرای قرارداد و وثایقی مانند مال غیر منقول، سپرده ها و ضمانت نامه بانکی، اسناد و بروات تجاری و اسناد دیگر را، اخذ می کنند.

از آنجا که نظام حقوقی ایران به تبع قول مشهور فقهای امامیه مواردی نظیر لزوم قبض در عقد رهن، بطلان دین و منفعت و نیز عدم امکان رهن برای دیون آینده (به طور مطلق) را پذیرفته است با بررسی های تطبیقی تحلیلی چشم انداز آینده رهن را با ایجاد زمینه های تجدیدنظر فراهم می آوریم. به عنوان مثال مطالعه آراء فقها نشان می دهد که در فقه امامیه بطلان رهن دین اجماعی و نظرات مخالفی نیز به رسمیت شناختن آن وجود دارد، ضمن اینکه در عمده ترین دلیل بطلان رهن دین، که همان عدم امکان قبض است نیز به دلیل وجود اقوالی مبنی بر عدم نقش قبض به عنوان شرط صحت در رهن تردید وجود دارد.

در حقوق کنونی ایران هم وقوع عقد رهن موکول به تسلیم موضوع تعهد است و به اعتبار همین صورت خارجی از عقود عینی شناخته شده است.¹

لذا قبض در عقد رهن یکی از مباحث مهمی است که همواره بین فقها و حقوقدانان مورد گفتگو بوده است. گفتگوها بر سر این مسأله است که با توجه به وصف «مقبوضه» برای رهن در آیه شریفه «و ان کتتم علی سفر و لم تجدوا کاتباً فرهان مقبوضه ...» قبض چه نقشی در عقد رهن دارد؟!

¹ - دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، جلد 1، ص 93.

این اختلافات به حقوق هم سرایت کرده است، زیرا علاوه بر اختلافات مبنائی که در فقه در این زمینه وجود دارد خواه و ناخواه دامنه آن به حقوق هم کشیده می شود لذا مجموعه ایی از نظریات در این زمینه به وجود آمده است که به بررسی آنها می پردازیم.

مبحث دوم - سابقه تاریخی

مسلم است که پیدایش مفهوم وثیقه و رهن فرع بر پیدایش مفهوم قرض و دین می باشد، همچنانکه پیدایش مفهوم قرض و دین نیز فرع بر پیدایش مفهوم مالکیت شخصی است.

اینکه از چه زمانی بشر مفهوم مالکیت را شناخته و مالکیت فردی آغاز شده است به درستی معلوم نیست. چگونگی زندگی انسان در ازمنه قدیم با وجود تحقیقات فراوان هنوز هم در هاله ای از ابهام باقی مانده است.¹

در دورانهای اولیه، بشر مفاهیم حقوقی را درک نمی کرد، زیرا از یک سو زندگی انسانها بسیار ساده بود و از سوی دیگر چون نیازها منحصر به محیط اطراف و گردآوری غذاهای گیاهی و حیواناً شکارهای ساده بود، روابط چندانی بین آنها وجود نداشت.

پس از گذشت قرنهای متمادی بر زندگی بشر و پیدایش دوره کشاورزی بتدریج مفهوم معامله و داد و ستد پیدا شد و بازار معاملات بصورت بازارهای هفتگی برپا گردید و بدین وسیله بازرگانی داخلی و حتی خارجی به وجود آمد. بعضی از محققین در اینباره می گویند:

«... بر اثر فراوانی خواروبار و ذخیره خوراک، بازار داد و ستد گرم می شود. در هر ناحیه بازارهای هفتگی برپا می گردند و نیازمندیهای گوناگون مردم را با معامله پایاپای برآورده می کنند...»²

تا این زمان مالکیت به شکل مشترک یا به صورت عمومی بوده است لیکن در دوره های بعد دارایی جامعه به گروهها یا خانواده های معین انتقال می یابد و اصل مالکیت خصوصی یا مالکیت خانوادگی حکم روا می شود.³

بنابراین از این زمان به بعد است که مفهوم مال و مالکیت برای انسان مطرح می شود. لکن با این حال مفاهیم دین و تعهد و قرض و امثال اینها هنوز برای بشر ناشناخته است.

«موضوع مال و مالکیت املاک و وراثت مربوط به زمانی است که بشر به کشاورزی و درختکاری و دام پروری پرداخته است. سرمایه و قرض و دین و تصرف در مال غیر در مراحل بعدی پیش آمده و

1 - رجوع شود به ویل دورانت، تاریخ تمدن، ج 1، ص 110 به بعد.

2 - آک برن و نیم کوف، زمینه جامعه شناسی، ص 349 به بعد.

3 - همانجا.

مایه اختلاف و مرافعه گردیده و به تاریخ مؤخر سبب شده است که بشر به عهد و پیمان و عقد قرارداد توجه بیشتری داشته باشد.¹»

پس از پیدایش مفهوم دین و تعهد، قرن‌ها طول کشید تا مفهوم رهن و وثیقه مورد قبول جوامع بشری قرار گرفت، زیرا در ابتدای امر در سیستم‌های حقوقی قدیم مانند حقوق رم رابطه بین داین با مدیون و به عبارت دیگر رابطه بین متعهد له و متعهد، مبتنی بر حق شخصی بود.

این حق، دائن را بر جسم مدیون مسلط می‌گرداند نه مال او؛ این سلطه به اندازه ای وسیع بود که به موجب آن بستانکار می‌توانست بدهکار را به بردگی بگیرد و همه‌گونه حاکمیتی بر وی داشته باشد و حتی او را اعدام نماید.² یا همانطور که بعضی محققین دیگر گفته‌اند در قوانین الواح دوازده گانه روم آمده است که طلبکار می‌توانست بدهکار را در صورت عدم تأدیه قرض شقه کند.³

بعدها این سلطه بستانکار کمی ملایم‌تر شد به نحوی که دیگر نمی‌توانست بدهکار خود را در صورت عدم اداء دین بکشد بلکه تنها می‌توانست وی را حبس نماید.⁴

در مجمع‌القوانین حمورابی⁵ نیز مفهوم رهن و وثیقه ظاهراً هنوز شناخته نشده بود و رابطه بین مدیون و داین بر مبنای حق شخصی استوار بوده است؛ منتهی حق مزبور در حد حبس مدیون بوده نه سلطه کامل بر جسم وی. در این قانون آمده است که: «طلبکار می‌تواند حبس بدهکار را در صورت عدم تأدیه قرض بخواهد، ولی اگر بدهکار از بد رفتاری طلبکار بمیرد داین مسئول است ...»⁶

1 - علی پاشا صالح، سرگذشت قانون، ص 15.

2 - دکتر سنهوردی، الوسیط، ج 1، ص 17.

3 - مشیرالدوله پیرنیا، تاریخ ایران باستان، ص 123 به بعد: نقل از مرتضی داوندی، تاریخ تحولات اجتماعی، ج 1، ص 45.

4 - همان مأخذ.

5 - یکی از قدیمی‌ترین قوانینی که به دست بشر تدوین شده بود به احتمال قوی مجمع‌القوانین حمورابی یا حمورابی یا خمورابی ششمین پادشاه بابل است که تاریخ تدوین آن به تحقیق معلوم نیست و تدوین آن به تحقیق معلوم نیست و مسلماً مدتها پیش از احکام موسی (ع) و قدیمی‌ترین مجموعه کتب مقدس هندوان معروف به مانو و شاید بین دو یا سه هزار سال پیش از میلاد مسیح بوده است، به روایتی زندگی او در حدود 1955 تا 1913 قبل از میلاد بوده است. پروفیسور بوستر می‌نویسد به سال 1947 پیش از میلاد به سلطنت رسیده است. به روایت دیگر دوران پادشاهی وی بین 2067 تا 2025 یا بین 1702 تا 1662 پیش از میلاد بوده و تاریخ اخیر اکنون بیشتر مورد توجه است.

مجموعه حمورابی را نمی‌توان عالی‌ترین مراحل تکامل حقوق بابل دانست، زیرا از تاریخ تدوین قوانین مزبور تا روز سرنگون شدن بابل بدست ایران بیش از 1900 سال گذشت و در این فاصله پیشرفت‌های بیشتری نصیب بابلیان گردید. ولی کاملترین اثری است که از حقوق بابل باقی مانده است.

این سند بسیار مهم در ماه دسامبر 1901 و ژانویه 1902 میلادی در حفاریات شوش به وسیله هیأت کاشفین فرانسوی به سرپرستی «دومرگان» کشف شده است.

6 - مشیرالدوله پیرنیا، همان مدرک.

این نحو رابطه بین بدهکار و بستانکار که بر مبنای حق شخصی استوار بود برای مدتهای مدید ادامه یافت تا آنکه پس از طی این دوران انسان توانست مفهوم ذمه را دریابد و با شناخت تئوری ذمه، به جای اینکه شخص را محل حق خویش بداند ذمه وی را محل حق خود بشناسد. د این دو نظریه از قدیم تا امروز همچنان اهمیت خویش را حفظ کرده و باعث پیدایش مکاتبی گردیده است که امروزه هم هر یک از آنها دارای طرفدارانی است.

مشهورترین کسانی که از نظریه شخصی طرفداری کرده اند «ساوینی» حقوقدان معروف آلمانی است. در فرانسه نیز که حقوق خود را از حقوق رم اقتباس کرده است حقوقدانان معروفی مانند پلانیول تحت تأثیر این مکتب قرار گرفته اند.¹

در مقابل مکتب فوق، مکتب مادی به وجود آمد که در رأس آن حقوقدانانی به نام ژری برک وجود داشت. بر اساس این مکتب رابطه بین متعهد و متعهد له یک رابطه شخصی نیست بلکه دارای یک مبنای مادی است که جدای از شخصیت طرفین و ناظر بر محل الزام یا تعهد می باشد.

بنابراین وثیقه های شخصی (مانند ضمان) از نظر تاریخی بر وثیقه های عینی (مانند رهن) تقدم دارد چرا که پیدایش وثیقه های عینی مستلزم پیشرفت جوامع بشری و انتظام حقوق مربوط به مالکیت و نیز شناخت حقوق عینی است که از حق مالکیت ایجاد می گردد و همین طور تشخیص حق عینی تبعی از حق عینی اصلی می باشد زیرا همانطور که می دانیم وثیقه های عینی مانند رهن بر مبنای حق عینی تبعی استوار می باشد.²

و بدین ترتیب همانطور که گفته شد وثیقه های شخصی از نظر تاریخ پیدایش بر وثیقه های عینی تقدم دارد به نحوی که مدتهای پس از پیدایش وثیقه های شخصی، وثیقه های عینی بخصوص رهن تحت تأثیر حقوق یونان به وجود آمد. علت دیگری که برای تأخیر پیدایش وثیقه های عینی ذکر کرده اند به مالکیت جمعی برمی گردد، به این صورت که وثیقه های عینی معمولاً ملک (یعنی زمین) بوده و املاک نیز ملک شخصی محسوب نمی شده بلکه ملک همه افراد قبیله بود است. از این جهت افراد قبیله به ناچار به تأمینات و وثیقه های شخصی روی می آورده اند.

در کتاب های که در زمینه تاریخ تمدن نوشته شده است نمونه های زیادی از وثیقه و رهن در زمانهای گذشته دیده می شود که گرچه همه آنها را نمی توان در اینجا آورد ولی ذکر یکی دو نمونه از آنها (آنها به صورت خلاصه شده) بی مناسبت نیست:

1- «صرافی و کارهای بانکی در بابل به رسمیت شناخته می شد و چون غالباً وثیقه وام ها را عین کشتی با محصولات کشتی قرار می دادند، باید گفت مقدمات اصول و مقرراتی که در قلمرو

¹ - دکتر عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسيط، ج 1، ص 107.

² - همان مدرک، ج 1، ص 12.

قوانین کشتی رانی متبع و مجری است از قوانین بابل سرچشمه گرفته است مثلاً در یکی از عناوین قرضه که امروز به زبان فرانسوی اصطلاحاً (prête à la grosse aventure , hypothèque sur um navire)

و در انگلیسی (Bo ttomry) متداول است. داین به ازای بهره سنگینی با مدیون قرارداد می کند که هرگاه کشتی غرق شود ذمه مدیون از پرداخت اصل وام بری باشد. این قاعده را بابلی ها نیز شناخته بودند و شاید از اصولی است که از آن دوران پیوسته دوام نیافته و با گذشت زمان رشته آن گسسته نشده است.¹

2- ویل دورانت در مورد عصر طلایی یونان در سالهای بین 480 تا 399 قبل از میلاد مسیح می نویسد:

«برخی از مردم پول خود را در ازای گروگان از قرار ربع 18 تا 16 درصد به قرض می دهند.»² به هر حال همانطور که گفته شد با آنکه در زمان اقتدار امپراطوری رم مفاهیم قرض و دین شناخته شده بود و در بین مردم رواج داشت، لکن تأمینات یا وثیقه های عینی در حقوق روم وجود نداشت و بعدها تحت تأثیر یونان به وجود آمد، لذا مفهوم رهن مدتها پس از وثیقه شخصی به وجود آمده است.

¹ - علی پاشا صالح: سرگذشت قانون. ص 67.

² - ویل دورانت، تاریخ تمدن، ج 2، ص 303، (ضمناً برای اطلاع از نمونه های دیگری از وثیقه و رهن از زمانهای گذشته می توان مراجعه کرد به همین نویسنده، تاریخ تمدن، ج 1، صفحات 217 و 271).

مبحث سوم - تحدید موضوع:

موضوع بحث ما به طور کلی «بررسی شرطیت قبض در عقد رهن می باشد» در این راستا مطالبی که به عنوان موضوع مباحث اختصاصی قبض در عقد رهن مورد بحث قرار خواهد گرفت عبارتند از:

- بررسی دیدگاههای فقهی

- بررسی دیدگاههای حقوقی

لکن قبل از ورود به مباحث اختصاصی لازم دیده شد کلیاتی راجع به سابقه تاریخی و اصطلاحاتی که تشکیل دهنده این عنوان می باشند یعنی «رهن»، «وثیقه»، «قبض» گفته شود. آنچه در اینجا لازم است تذکر داده شود این است که اگر چه عنوان کلی موضوع «قبض در عقد رهن» می باشد لکن از آنجا که وثیقه نیز عنوانی است که در بسیاری از موارد بر رهن منطبق است و در بعضی موارد هم اگر کاملاً منطبق نباشد جهات اشتراک فراوانی از نظر آثار و احکام بر رهن دارد بنابراین در بخش تعاریف وثیقه نیز مورد بحث قرار خواهد گرفت.

فصل دوم - رهن

می دانیم که اسلام بسیاری از معاملات، عقد و ایقاعاتی را که بین مردم معمول بوده و در جامعه رواج داشته است را تأیید نموده که به این دسته از احکام، احکام امضایی می گویند که در قبال احکام تأسیسی قرار دارند. عقودی مانند بیع، اجاره، وکالت، عاریه، ودیعه و بعضی عقود دیگر، عقودی نیستند که ساخته دست اسلام باشند. به عبارت دیگر، عقود مزبور را اسلام برای اولین بار به مردم معرفی نکرده و همانطور که فقها نیز تصریح کرده اند الفاظ و اصطلاحات معاملات حقایق شرعی نبوده بلکه حقایق عرفی می باشد.¹

از جمله عقود که در بین مردم جامعه آن روزگار رواج داشت و اسلام آن را امضا نمود، عقد رهن است فقها اسلام از قدیم الایام در کتب فقهی خود کتاب مخصوصی را به رهن اختصاص داده اند. فقها برای اثبات جواز رهن به کتاب و نیز سنت استناد کرده اند، دلیل آنها از قرآن آیه 283 از سوره بقره می باشد که می فرماید:

«و ان کنتم علی سفرٍ و لم تجدوا کاتباً فراهانٌ مقبوضهً فان امن بعضکم بعضاً فلیؤدّ الذی اوتمت امانته ولیتیق الله ربّه ولا تکتّموا الشّهاده و من یکتّمها فانه اثم قلبه و الله بما تعملون علیم» (بقره - 283)

با توجه به اینکه قوام امور تجاری و داد و ستدها در مواردی که تعهداتی ایجاد می گردد، وجود اطمینان برای متعهد له می باشد در حقوق اسلام نیز به این امر مهم توجه شده و بر محکم کاری و گرفتن وثیقه در قبال تعهدات و دیون تأکید گردیده است.

آیه مذکور به دنبال آیه ای آمده است که حکم کلی تری در مورد گرفتن وثیقه بیان می کند. در آیه قبل یعنی آیه 282 سوره بقره دو نوع محکم کاری و استیثاق در موقع ایجاد دین مورد تأکید قرار گرفته است.

اولین وثیقه ای که درباره آن سفارش شده، این است که متعهد له از متعهد سند کتبی بگیرد:

«یا ایها الذین آمنوا اذا تداینتم بدین الی اجل مسمی فاکتبه»

و محکم کاری دوم و در واقع دومین نوع وثیقه این است که علاوه بر سند کتبی معامله را در حضور اشخاص دیگری منعقد نمایند تا بتوانند در صورت لزوم از شهادت آنها استفاده نمایند شاهد هم بر معامله بگیرند.²

¹ - شیخ مرتضی انصاری: مکاسب، ص 179 «ثم الظاهر ان لفظ البیع لیس له حقیقه شرعیه و لامشروعیه بل هو باق علی معناه العرفی»

² - اشهاد هم نوعی وثیقه محسوب می شود. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به طبرسی مجمع البیان: جلد 1، ص 4 و ابن قدامه، مغنی، ج 4، ص 596.

«و استشهدوا شهیدین من رجالکم»¹

اما گاهی ممکن است گرفتن سند کتبی و شاهد، مشکل یا غیرممکن باشد در اینگونه موارد هر گاه معامله ای بین اشخاص صورت گیرد و به موجب آن، دین یا تعهدی ایجاد گردد و متعهد له هم اطمینان کامل نسبت به متعهد نداشته باشد می تواند از وی مطالبه وثیقه عینی نماید. بدین ترتیب که متعهد مالی را نزد معهد له به وثیقه گذارد که در صورت عدم ایفای دین، متعهد له نگرانی خاطر نداشته باشد و از محل فروش وثیقه عینی به حق خویش نائل گردد. این است که قرآن کریم پس از ذکر آیه 282 که تأکید بر گرفتن وثیقه ذمه ای و شاهد نموده است می فرماید:

«و ان کتم علی سفر و لم تجدوا کاتباً فرهاناً مقبوضهً»

رهان جمع رهن است و در آیه با خبر مبتدای محذوف است یا مبتدائی است که خبر آن حذف شده است و یا فاعلی است که فعل آن حذف گردیده است.

بنابراین در «رهان مقبوضه» سه احتمال ذکر شده است:²

1- فالذی یستوثق به فرهان مقبوضه (رهان خبر مبتدای محذوف)

2- فعلیکم رهن مقبوضه (مبتدا برای خبر محذوف)

3- فلیؤخذ رهن مقبوضه (فاعل فعل محذوف است که رهن جمع است)

مرحوم طبرسی نیز برای «فرهان مقبوضه» دو گونه تقدیر قائل شده است³ و می گوید «فرهان مقبوضه» تقدیره «فالوثیقه رهن، فیکون رهن خبر مبتدا محذوف و یکون التقدير «فرهان مقبوضه» یقدم مقام الوثیقه بالصک⁴ و الشهود.

¹ - آیه ذکر شده علاوه بر این دو موضوع متضمن احکام فراوانی است که بعضی از مفسرین درصدد احصاء آنها برآمده اند که علاوه بر آنچه احصاء نموده اند مطالب دیگری نیز از آیه استفاده می شود که ذکر آنها خالی از لطف نیست یادآوری می شود که آیه مورد ذکر (آیه 282 سوره بقره) بزرگترین و طولانی ترین آیه از آیات قرآن کریم است و نکات و احکامی که می توان از آن استخراج کرد به ترتیب ذیل است:

1. اباحه تأجیل در معاملات

2. لزوم نوشتن سند در مورد دیون و تعهدات

3. لزوم امانت و عدالت نویسنده سند

4. لزوم امضاء سند توسط مدیون و متعهد

5. تأکید بر شاهد گرفتن در عقود عهده و

² - رجوع شود به: منهج الصادقین، ملافتح اله کاشانی، ج 2، صفحه 158 و شیخ جواد کاظمی، مسالک الافهام، ج 3، صفحه 73.

³ - طبرسی، مجمع البیان، ج 1، ص 400.

⁴ - صک، به فتح صاد در لغت به معنی سند و مدرک آمده است در مجمع البحرین دارد که «الصک به تشدید الکاف: الكتاب کاسجل یکتب فی المعاملات». این لغت معرب است و از فارسی وارد زبان عربی شده است. در فارسی به آن چک «به فتح اول» می گویند. در برهان قاطع می گوید: چک به فتح اول و سکون ثانی به معنی برات، وظیفه و مواجب و بیعانه و حجت و منشور و قبالة خانه و باغ و امثال آن باشد و معرب آن «صک» است به فتح صاد. بعضی از لغت نویسان عرب هم تصریح به فارسی بودن اصل آن کرده

لذا در برداشت این آیه اختلاف نظری وجود دارد که بازتاب این اختلاف در آراء فقها مشهود است عمده این اختلاف نظرها به چگونگی تفسیر «فرهان مقبوضه» باز می گردد.

برخی بر این باورند که حکم رهن مأخوذ از آیه است و آیه رهن را با وصف مقبوض بودن اجازه داده است؛ لذا با توجه به این آیه «قبض رهینه را از شرایط عقد رهن به حساب می آوردند. ایشان در تأیید نظر خود اشاره به معطوف آیه می کنند و می گویند از آنجائیکه آیه معطوف در بیان شرایط شهود آمده است و شرایط شهود هم امری است لذا وحدت سیاق حکم می کند که این آیه هم در بیان شرایط امری باشد.¹

برخی فقهای امامیه در تأیید این برداشت، به حدیثی از امام صادق (ع) استناد کرده اند که ایشان فرموده اند «لا رهن الا مقبوضاً»².

در مقابل نیز گروهی با استدلال به عدم حجیت مفهوم و نیز تضعیف روایت قوی عدم اشتراط قبض را نتیجه گرفته اند.³

البته در بخش دوم مفصلاً بحث خواهد شد.

و از ظاهر آیه در وهله اول چنین برمی آید که جواز رهن مشروط به دو شرط است، یکی سفر و دیگری پیدا نشدن کسی که سند معامله را بنویسد. به عبارت دیگر مفهوم مخالف ظاهر آیه این خواهد بود که در غیر موارد سفر و نیز در مواردی که در محل معامله اشخاصی وجود داشته باشند که سند معامله را بنویسند و همینطور در موارد سفر در صورتی که کسی همراه مسافر معامله کننده باشد که سند را بنویسد، رهن جایز نخواهد بود. این توهّم به هیچ وجه صحیح نیست بلکه همانطور

اند. در المنجد گفته شده است که «الصک» الکتاب: کتاب الاقرار بالمال او غیر ذلک و در المعجم الوسیط نیز آمده است که «الصک: الوثیقه بمال و نحوه و صاحب اقرب الموارد آن را با تردید ذکر کرده و گفته است: «الصک کتاب الاقرار بالمال و غیره. قیل عربی و قیل معرب» به هر حال عقیده بعضی از محققان همین معنای چک از فارسی وارد زبانهای اروپایی شده و با اندکی تغییر، یعنی با مکسور نمودن حرف اول در زبانهای انگلیسی و فرانسه به کار رفته است.

مرحوم دکتر معین در فرهنگ فارسی خود ذیل کلمه «چک» گفته است: «مأخوذ از فارسی چک، نوشته ای است که به وسیله آن پولی که در بانک دارند مبلغی دریافت دارند یا به کسی حواله دهند.» همین محقق در حاشیه برهان قاطع ذیل کلمه (چک) می نویسد: معرب آن صک ... در انگلیسی (check) و در فرانسه (heque). در فرهنگ اروپایی و به تبع ایشان مؤلف (تفسیر الالفاظ الدخلیه) کلمه را از to check به معنی رسیدگی کردن، ضبط کردن و مقابله گرفته اند و آن از انگلیسی وارد فرانسوی شده. ولی

←

← استعمال این کلمه در فارسی قدیم است چنانکه فردوسی به معنی معاهده و تصدیق نامه آورده است. ضمناً معنای دیگری که در لغت نامه های عربی برای صک ذکر کرده اند. سیلی زدن و تپانچه زدن است، که اتفاقاً این معنا نیز در لغت نامه های فارسی ذکر شده مثلاً در فرهنگ فارسی معین یکی از معنای چک را (سیلی) کشیده تپانچه ذکر کرده است.

¹ - حصاص احکام القرآن، ج 2، ص 258.

² - حر عاملی، وسائل الشیعه، ج 13، ص 123.

³ - فاضل مقدمه کنه العرفان، ج 2، ص 59 - فتح اله کاشانی، منهج الصادقین، ج 2، ص 159.

که همه مفسرین و فقها و نویسندگان آیات الاحکام گفته اند، چه در سفر و چه در حضر و نیز در صورت وجدان کاتب و یا عدم وجدان کاتب رهن صحیح است و اشتراط سفر و عدم وجدان کاتب، خارج مخرج غالب است بدین معنی که چون غالباً این حالت در سفر پیش می‌آید که کسی یافت نمی‌شود که سند معامله را تنظیم کند، از این جهت قرآن کریم به عنوان نمونه، رهن را در هنگام سفر و در حال مسافرت توصیه کرده است. در تفسیر نمونه آمده است که «این آیه که در حقیقت مکمل آیه قبل است مشتمل بر چند حکم دیگر است:

1- اگر هنگام داد و ستد دسترسی به نویسنده نبود تا قرارداد را بنویسد، مانند اینکه در مسافرت این معامله واقع گردد، در اینصورت بدهکار برای جلب اطمینان طرف، چیزی را به عنوان گروگان به طلبکار خود می‌پردازد (و ان کنتم علی سفر و لم تجدوا کاتباً فراهان مقبوضه).

گرچه از ظاهر آیه در مرحله ابتدایی به نظر می‌رسد که تشریح قانون رهن مخصوص سفر است ولی با توجه به جمله بعد (ولم تجدوا کاتباً) به دست می‌آید که منظور بیان نمونه‌ای است از مواردی که کاتب و تنظیم کننده سند پیدا نشود، بنابراین در وطن هم طرفین می‌توانند تنها به گروگان اکتفا کنند و در تفاسیر اهل البیت (ع) نیز به این حقیقت اشاره شده است در منابع حدیث شیعیه و اهل تسنن چنین آمده است که پیغمبر اکرم (ص) زره خود را در مدینه به عنوان رهن نزد شخص غیر مسلمانی گذار و مبلغی به عنوان قرض از او گرفت.¹

¹ - تفسیر نمونه: جمعی از نویسندگان زیر نظر ناصر مکارم: ج 2 ص 289 و ضمناً در این خصوص رجوع شد به ملافتح اله کاشانی، منهج الصادقین، ج 2، ص 158 و قطب داوندی: فقه القرآن ج 2، ص 58 و فاضل مقداد نهر العرفان، ج 2، ص 59 و شیخ جواد کاظمی، مسالک الافهام، ج 3، ص 13 و مقدس اردبیلی: زبده البیان، ص 455.

مبحث اول - معنای رهن

معنای رهن را از دو دیدگاه مورد توجه قرار می دهیم که عبارتند از:

1- معنای لغوی

2- معنای اصطلاحی

گفتار اول - معنای لغوی رهن

لغت نویسان درباره رهن می گویند:

- «رهن: ثبت و دام و اُدام»¹

- «رهن الشیء: ثبت و دام فهو رهن رهنته المتاع بالدين رهناً، حبسته به فهو

مرهون»²

- و هی فی اللغة: الثبات و الدوام. و منه نعمة رهنه.... و يطلق الرهن على المرهون.³

- «الراء و الهاء و النون: اصل يدل على ثبات شیء، یمسک بحق او غیره ... و الشیء

الراهن: الثابت الدائم»⁴

بنابراین همانطور که ملاحظه می شود از نظر اهل لغت، رهن به معنی ثبات و دوام و حبس می باشد و بعضی هم آن را قوت معنی کرده و الراهنه را به معنی القویه گرفته اند: یقال «هذه حجه راهنه»⁵ و به هر حال کلمه رهن هم به معنی مصدر است یعنی وثیقه گذاردن و هم به معنی اسم مفعول است یعنی شیء مرهون به هر دو معنی نیز در عبارات فقها و حقوقدانان و همینطور در قوانین و مقررات بکار رفته است.

این است که بعضی در مورد معانی مختلف رهن گفته اند: «کلمه رهن هر گاه به فاعل اضافه شود. معنای آن رهن دادن است و هر گاه به مفعول اضافه شود معنای آن، در رهن قرار گرفتن است. مثل موردی که اگر زید عمرو را کشته باشد، اگر گفته شود: قتل زید مراد از آن کشتن زید است و اگر گفته شود. قتل عمرو، منظور کشته شدن عمرو است. البته گاهی هم کلمه رهن به گیرنده رهن اضافه می شود، چنانکه اگر زید خانه خود را به عمرو رهن داده باشد ممکن است گفته شود رهن عمر، گاهی نیز کلمه رهن اسم مصدر است بدون اینکه به فاعل یا مفعول یا طرفی اضافه شده باشد و همینطور ممکن است کلمه رهن اسم و به معنی شیء مرهون باشد»⁶

¹ - فیروز آبادی: القاموس المحيط: ج 4، ص 327.

² - القيومی، المصباح المنیر، ص 242.

³ - الطریحی مجمع البحرین، ج 6، ص 258.

⁴ - ابن فارس: معجم مقایس اللغة: ج 2، ص 452.

⁵ - المنجد: ص 284.

⁶ - آیه الله سید محمد شیرازی، الفقه: کتاب القرض و الرهن: ص 139.

گفتار دوم - معنای اصطلاحی رهن

معنای اصطلاحی رهن نیز تا حدود زیادی با معنای لغوی آن هماهنگی دارد چنانچه بعضی نویسندگان نیز به این اشاره کرده‌اند. منتهی با توجه به چند معنایی که از نظر اهل لغت برای رهن ذکر شد بعضی از مؤلفین تعریف رهن و معنای اصطلاحی آن را با بعضی از معانی ذکر شده مناسب-تر دیده‌اند. به عنوان مثال شهید ثانی در مسالک تعریف شرعی رهن را به معنای حبس که در لغت برای کلمه رهن آمده است مناسب‌تر دیده، می‌گوید:

«الرهن لغة الثبوت و الدوام، يقال رهن الشيء اذا ثبت و دام و منه نعمه راهنه و يطلق على الحبس بأى سبب كان، قال الله تعالى: (كل نفس بما كسبت رهينه)، اى محبوسه بما كسبت من خير و شر. و اخذ الرهن من هذا المعنى استب ان افتقر الى المناسبه، من حيث ان الرهن تقتضى حبس العين عن مالکها ليستوفى»¹

البته بعضی به این امر ایراد گرفته، می‌گویند کلمه واحد دارای معنای واحد است و اگر برای کلمه ای چند معنی ذکر شده باشد بدین معنی نیست که واقعاً آن کلمه معانی متعدد داشته باشد بلکه بنا به مناسبت‌های مختلف ممکن است در معنای کلمه نیز اختلاف حاصل شود.

کلمه رهن یک معنی بیشتر ندارد. حبس و دوام دو مصداق از مفهوم دوام می‌باشد. زیرا غیر محبوس آزاد است برخلاف محبوس که آزاد نیست و نمی‌تواند از جای خود دور شود. بنابراین همانطور که محبوس از محل خود جدا نمی‌شود، رهن هم از دین جدا نمی‌شود و این دو با یکدیگر ملازمه دارد؛ چنان که نفس هم ملازم با عمل خویش است و برعکس، بنابراین معنای حبس و دوام دو معنای مختلف نمی‌باشند، همانطور که محبوس از محل خود جدا نمی‌باشد بلکه یک مفهوم است با چند مناسبت.²

به هر حال فقها تعاریف مختلفی از رهن به عمل آورده‌اند از جمله اینکه:

1- «هو وثيقه لدين المرتهن».³

2- «هو وثيقه للدين».⁴

3- «عقد شرع للاستيثاق على الدين».⁵

4- «هو جعل المال عند صاحب الدين وثيقه له على ماله».⁶

¹ - شهید ثانی، مسالک الافهام، ج 1، ص 224. ضمناً رجوع شود به ابن قدامه. المغنی، ج 4، ص 361.

² - سید محمد شیرازی، الفقه. کتاب القرض و الرهن. صفحه 140.

³ - محقق حلی: شرایع، ج 2، ص 329، مختصر ص 327، علامه حلی، قواعد، ج 1، ص 158.

⁴ - شهید اول، لمعه، ص 117.

⁵ - علامه حلی، تذکره الفقها، ج 2، ص 11- امام خمینی (ره)، تحریر الوسیله، ج 2، ص 3.

⁶ - ابن براج، المهدب، ج 2، ص 44.

- 5- «فأته اسم لجعل المال وثيقه في دين اذا تعذر استيفاؤه و ممن عليه، استوفى من ثمن الرهن».¹
- 6- «الرهن شذعاً جعل المال وثيقه على الدين ليستوفى منه اذا تعذر استيفاؤه من المديون».²
- 7- «ان الرهن اسم لجعل المال وثيقه لدين ثابت على الراهن ليستوفى منه المرتهن حقه اذا تعذر استيفاؤه من هو عليه».³
- 8- «و هو دفع العين للاستيثاق على الدين».⁴
- 9- «و الرهن في الشرع المال الذي يجعل وثيقه بالدين ليستوفى من ثمنه ان تعذر استيفاؤه ممن هو عليه».⁵
- 10- «انه سلطنه على العين من المالك لدائنه في استيفاء دينه منها عند عدم الدفع في الاجل».⁶
- حقوقین نیز تعاریف گوناگونی از رهن دارند:

- 1- «رهن عقدی است که به موجب آن، مديون مالی را برای وثيقه به داین می دهد».⁷
- 2- «الرهن حبس مال و توقیفه (و امساکه) فی مقابله حق یمکن استيفاؤه منه»⁸
- 3- رهن عبارت از عقدی است که به موجب آن مالی وثيقه دین قرار می گیرد»⁹
- 4- عقدی را که به موجب آن، مال مديون وثيقه طلب قرار می گیرد، رهن می نامند.¹⁰
- همانطور که ملاحظه شد تعاریف ذکر شده چه از لحاظ لفظ و چه از لحاظ مفهوم با یکدیگر اختلاف دارند. و ما در اینجا بنا نداریم به نقد تعاریف و بحث درباره آنها بپردازیم چرا که این امر ما را از موضوع اصل، یعنی شرطیت قبض باز می دارد.
- لکن ذکر این نکته لازم است که ذکر تعاریف فوق اولاً برای اطلاع اجمالی از تعاریف موجود و ثانیاً برای بهره‌برداری‌های بعدی در مورد بحث‌های اختصاصی، لازم به نظر رسید.
- از نوشته بعضی از نویسندگان چنین برمی آید که به نظر ایشان رهن هم یک نوع ضمان است، همانطوریکه در عقد ضمان، شخصی دین دیگری را به عهده می گیرد و به تعبیر دیگر، ذمه شخصی به شخص دیگر منتقل یا ضمیمه می گردد در عقد رهن هم، دین در ذمه، عین مال مرهون قرار گرفته

1 - شیخ طوسی، المبسوط، ج 2، ص 196.

2 - علامه حلی، تذکره الفقها، ج 2، ص 46.

3 - شیخ عبدالله مامقانی، منابع المتقین، ص 259.

4 - سید ابوالحسن اصفهانی، وسیله النجاه ج 2، ص 124.

5 - ابن قدامه، المغنی، ج 4، ص 361.

6 - محمد الحسین آل کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج 2، ص 294.

7 - قانون مدنی ایران، ماده 771.

8 - مجله الاحکام، ماده 701، نقل از سلیم رستم باز شرح المجله، ص 384.

9 - دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج 2، ص 331.

10 - دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی (عقود ادنی وثيقه های دین)، ص 496.

ذمه عين مال مرهون به ذمه انسان ضميمه می گردد. این نظر توسط یکی از محققین سرشناس اعلام گردیده و متن آن چنین است:

«ان الحق كما يكون في ذمه الانسان و في عهده. كذلك قد يكون في عهده المال و ذمته، يعني في ذمه العين الماليه. فالرهن في الحقيقه ضم ذمه الاعيان الى ذمه الانسان فالمال، الذي اقرضته لزيد تاره تتعهد لك ذمته به فقط و هو الدين المطلق و تاره ذمته و ذمه العين المرهونه و هو الدين الموثوق»¹

همانطور که ملاحظه می گردد مطابق این نظر همانطور که انسان می تواند محل ذمه قرار گیرد، مال هم ممکن است محل ذمه قرار گیرد. ولی با توجه به معانی ذمه و تعاریفی که برای آن ذکر کرده اند نظر فوق را نمی توان صحیح دانست چرا که اهل لغت در معنای ذمه گفته اند:

- «الذمه بالكسر، العهد الكفاله»²

- «تفسر الذم بالعهد و بالامان و بالضمان ايضاً»³

البته معنای دقیق تر ذمه چیزی است که نقض و اضعاف آن موجب نکوهش و سرزنش باشد. چنانکه بعضی به ان اشاره کرده اند:

«الذال و الميم في المضاعف اصل واحد يدل كله على خلاف الحمد فاما العهد سيمي ذماماً لان الانسان يذم على اضعاء منه⁴. توضیح اینکه در لغت ذمام هم به معنی ذم آمده و گفته اند:

«الذمه و الذمام و هي بمعنى العهد و الامان و الضمان و الحرمه و الحق»⁵

«الذمه لغه، العهد لان نقضه يوجب الذم»⁶

از نظر اصطلاح نیز، درباره ذمه نظریات مختلفی وجود دارد که صاحبان آنها را می توان به سه دسته تقسیم کرد:

دسته اول علمائی هستند که ذمه را وصفی در انسان می دانند که به واسطه آن وصف انسان قابلیت و صلاحیت الزام و التزام اهلیت تمتع پیدا می کند. بعضی از تعاریفی که از این دسته نقل شده است چنین است:

1- الذمه «وصف يصير الشخص به اهلاً للايجاب له و عليه»⁷

¹ - محمد الحسين ال كاشف العطاء، تحرير المجله. ج 2. (از مجله 1): ص 294.

² - فيروز آبادی: القاموس المحيط، ج 4، ص 162، ماده ذم- ابن منظور لسان العرب - ماده ذم.

³ - القيومي، المصباح المنير، ص 21. ماده ذم.

⁴ - ابن فارسی، معجم مقابيس اللغه، ج 2، ص 348 و بعد ماده ذم.

⁵ - ابن اثير، النهاية، ج 2، ص 168، ماده ذم.

⁶ - همان مدرک.

⁷ - جرجانی، التعريفات، ص 47، ماده ذمه.

2- الذمه «وصف شرعی به الاهلیه لوجوب ماله و ما علیه» این تعریف به حنیفه نسبت داده شده است.¹

3- الذمه «وصف قائم بالانسان، صالح للالزام و للالتزام و هو يزول بالموت» این تعریف نیز به شافعیه منسوب است.²

4- «انّ الذمه شرعاً وصف يصير به الانسان اهلاً لماله و لما علیه»³

دسته دوم کسانی هستند که ذمه را ذات انسان دانسته در تعریف آن گفته اند.

1- «المراد بالذمه فی الشرع، نفس و رقبه لها ذمه و عهد»⁴ بنابراین تعریف، وقتی گفته می شود فلان شخص، فلان چیز را بر خود واجب گردانید، به اعتبار این است که نفس محل عهد و ذمه و به عبارت دیگر از باب تسمیه محل به اسم حال است.⁵

2- الذمه «نفس لها عهد. فان الانسان يولد و له ذمه صالحه للوجوب له و علیه عند جميع الفقهاء بخلاف سائر الحيوانات».⁶

و بالاخره دسته سوم کسانی هستند که ذمه را نه به وصف تفسیر کرده اند و نه به ذات بلکه آن را به «معنا» تفسیر نموده اند که دو نمونه از آن ذیلاً نقل می گردد:

1- الذمه، معنی مقدر فی المكلف قابل للالتزام و الالزام»⁷

همانطور که ملاحظه می شود، شهید ذمه را معنائی می داند که در شخص مکلف فرض شده است و همین امر مفروض است که در شخص مکلف قبول الزام و التزام می نماید. بنابراین از نظر شهید، ذمه یک وجود حقیقی نیست بلکه یک معنای اعتباری است که شارع آن را در وجود شخص مکلف اعتبار کرده است. از این جهت است که وی بعد از بیان مطالبی درباره ذمه می گوید:

« ... و ظهران الذمه و اهلیه التصرف من خطاب الوضع من باب اعطاء المعدوم حکم الموجود و ذلك لانه لا شيء قائم بالمحل من الصفات الموجوده كاللون و الطعم و انما هو نسبه مخصوصه يقدرها صاحب الشرع موجوده عند سببها ... و لذلك تذهب هذه المقادير بذهاب اسبابها و يثبت بتوابعها »

2- نظیر تعریف فوق با اندکی اختلاف از قول مالکیه نقل شده است.

¹ - سعدی ابو حیب، القاموس الفقهی، ص 138، ماده ذم.

² - همان.

³ - قاضی امام ابو زید، التلویح، باب الکفاله، نقل از کشاف اصطلاحات المتون به نقل از لغتنامه دهخدا، ماده ذمه.

⁴ - همان مدرک، به نقل از فخر الاسلام.

⁵ - همان مدرک و ضمناً رجوع شود به سلیم رستم باز، شرح المجله، ص 333.

⁶ - جرجانی، التعریفات، ص 47، ماده ذمه.

⁷ - شهید اول، القواعد و الفوائد، ص 252.

«معنی شرعی، مقدر فی المکلف قابل للالزام و اللزوم»¹.

آنچه که در اینجا قابل توجه به نظر می رسد این است که طبق دو تعریف فوق الذکر ذمه تنها ممکن است در اشخاص مکلف فرض شود و اشخاص غیرمکلف مانند صغار، مطابق تعاریف ذکر شده نمی تواند دارای ذمه باشند که این موضوع قابل بحث می باشد. لکن با توجه به اینکه بحث در اینگونه موضوعات ما را از موضوع اصلی دور می کند. به همین مقدار اکتفا و از بحث بیشتر خودداری می گردد.²

حال، با توجه به آنچه که درباره ذمه ذکر شد، چه از نظر معنای لغوی و چه از نظر معنای اصطلاحی به هیچ وجه نمی توان غیر انسان را دارای ذمه شمرد و تنها انسان است که دارای ذمه می باشد. فرقی نمی کند که ذمه را وصفی در انسان بدانیم، یا ذات و نفس یعنی خود انسان و یا آن را معنایی بدانیم که شارع، آن را در انسان اعتبار کرده است. به هر حال موجودی غیر از انسان نمی تواند دارای ذمه باشد و در عرف نیز به نظر نرسیده است که ذمه را به غیرانسان مثلاً به خانه یا اتومبیل و غیر آن نسبت داده باشد. مثلاً گفته باشد خانه فلان شخص به فلان شخص مشغول الذمه است، ولو اینکه این اشیاء اعیانی باشند که متعلق حق غیر قرار گرفته باشند. در اینباره یکی از اساتید حقوق تعبیر خوبی دارد. وی می گوید «در جهان حقوق، اموال موضوع حق و تعهد قرار می گیرد نه مدیون آن»³.

بنابراین تحلیلی، که صاحب تحریرالمجله نسبت به حقیقت رهن ارئه کرده و آن را در حقیقت، ضم ذمه اعیان به ذمه انسان معرفی کرده و دین را بر ذمه مال قرار داده است، صحیح به نظر نمی رسد.

حال با رد نظریه فوق باید ببینیم پس حقیقت رهن چیست؟

برای به دست یافتن به حقیقت رهن باید از روش تجزیه و تحلیل استفاده نمائیم.

می دانیم که یکی از آثار مالکیت امکان همه گونه تصرف مشروع در مال، از جانب مالک است ماده 30 قانون مدنی اشعار می دارد: «هر مالکی نسبت به ما یملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استناد کرده باشد. این قاعده به نام قاعده سلطنت یا قاعده تسلیط شهرت یافته و مبنای آن علاوه بر جنبه عقلایی آن، نبوی مشهور «الناس مسلطون علی اموالهم» می باشد. لکن وقتی مالک مال خود را به رهن می گذارد، حق تصرف او نسبت به آن مال به مقدار زیادی محدود می گردد. با اینکه در رهن مالکیت رهن نسبت به مال مرهون زایل نمی شود لیکن به موجب ماده 793 قانون مدنی «رهن نمی تواند در رهن تصرفی کند که منافی حق مرتهن باشد مگر به اذن مرتهن».

¹ - سعدی ابوجیب، القاموس الفقہی، ص 138، ماده ذم.

² - در این مورد علاوه بر مدرک فوق می توان رجوع کرد به فاضل مقداد، تضاد القواعد الفقہی، ص 379 به بعد.

³ - دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین 3، ص 326.

یکی از نمونه های تصرف در مال، انتقال مال به دیگری است. لکن با توجه به فلسفه وجودی رهن و ماهیت وثیقه ای آن، مالک حق انتقال عین مرهونه را به دیگری ندارد زیرا همانطور که اشاره شد، اصولاً مال برای این منظور در اختیار مرتهن قرار می گیرد که در صورت عدم پرداخت دین از طرف مدیون، مرتهن بتواند از محل فروش مال مرهون به طلب خود دست یابد. بنابراین، در صورتی که مالک حق داشته باشد مال مرهون را به دیگری منتقل نماید، رهن ماهیت اصلی خود را از دست خواهد داد.¹ ماده 787 قانون مدنی هم که اشعار می دارد: «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند ولی راهن نمی تواند قبل اینکه دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد.» دال بر محدودیت حق تصرف راهن در مال خود می باشد، چه اگر حق او محدود نگردیده بود وی می توانست هر زمان که بخواهد عقد رهن را فسخ کند و مال مرهون را مسترد دارد. بنابراین مهمترین اثری که از رهن ناشی می گردد محدود شدن سلطنت مالک نسبت به مال مرهون می باشد. این محدودیت را میتوان به عنوان نوعی حبس و یا توقیف برای مال مرهون تلقی کرد، در واقع همان مفهومی که در معنای لغوی رهن ملاحظه گردید. [البته در جای دیگر بحث می شود که اگر گفته شود رهن نسبت به راهن لازم و نسبت به مرتهن جایز است، کلامی به دور از تحقیق است].²

به هر حال، محدودیت حق تصرف برای مالک، به تنهایی، نشان دهنده حقیقت رهن نیست چرا که محدودیت در تصرف مال برای مالک، از طرق دیگر هم حاصل می شود. نمونه آن عقد اجاره است که در اثر این عقد حق تصرف مالک در مال خود محدود می شود بنابراین در عقد رهن علاوه بر اینکه اراده راهن بر این قرار می گیرد که حق تصرف خویش را در مال معین خود به نفع مرتهن محدود سازد، این را نیز اراده می کند که مرتهن نسبت به آن مال حق اولویت (حق عینی) پیدا نماید و هیچ طلبکار دیگری نتواند چشم به آن مال داشته باشد و در نتیجه، در صورت لزوم مرتهن بتواند از محل فروش آن مال معین طلب خویش را وصول نماید.

بنابراین باید گفت: حقیقت رهن همان توثیق و ایجاد اطمینان برای طلبکار از طریق حبس یا توقیف مال (محدود شدن حق تصرف مالک) به نفع داین است به نحوی که وی بتواند از محل ثمن آن مال به تمام یا قسمتی از حق خود برسد، این حقیقت را می توان در کلمه وثیقه یا استیثاق که در بیشتر تعاریف رهن به کار گرفته شده است جستجو کرد. بعضی نیز با تجزیه مفهوم وثیقه، اجزاء حقیقت ذکر شده را در تعریف رهن به کار گرفته و گرفته اند:

¹ - رجوع شود به: دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج 2، ص 368، به بعد. - دکتر محمد جعفر لنگرودی رهن و صلح، ص 98 به بعد. - شیخ انصاری، مکاسب، ج 11، ص 9 به بعد. - محقق قمی، جامع الشتات، ج 2 (چاپ کیهان)، ص 450. سید محمد طباطبایی، مناهل ص 402 به بعد.

² - سید محمد بجنوردی، اندیشه حقوقی (2)، ص 118.

«الرهن حبس مال و توقیفه (و امساکه) فی مقابله حق یمکن استیفاؤه منه»¹

و یا:

«عقد الرهن شرعاً، حبس شیء بحقی مکن استیفاؤه منه»²

صاحب تحریر المجله که برای معرفی حقیقت رهن نظریه ضم ذمه مدیون به ذمه مال مرهون را اظهار کرده خود در تعریفی که از رهن به دست داده است توجهی به نظریه مزبور نداشته بلکه تعریف وی دربردارنده حقیقتی است که ما با تجزیه و تحلیل آثار رهن به آن اشاره کردیم. او در تعریف رهن می گوید:

«والاقرب الی حقیقه انه سلطنه علی العین من المالك لدائنه فی استیفاء دینه منها عند عدم الدفع فی الاجل»³

براساس این تعریف، رهن و مالک، به موجب عقد رهن دائن را بر عین مرهونه مسلط می کند تا از محل آن عین، دین خود را استیفاء نماید. این همان چیزی است که ما آن را به عنوان حقیقت رهن بیان کردیم و معلوم است که تسلیط یک شخص بر مال توسط مالک آن مال به هیچ وجه به این معنا نیست که ذمه آن در مقابل آن شخص مشغول شده باشد بلکه همانطور که گفته شد براساس توافق دو اراده مالک مال طرف دیگر را که این می باشد بر مال خود مسلط می کند تا در صورت لزوم مال را به فروش رسانده، دین خود را از محل ثمن آن مال استیفاء نماید.

فرق رهن و معامله با حق استرداد:

این اصطلاح برای اولین بار در قانون ثبت اسناد و املاک مصوب 1310 بکار گرفته شد و از آن پس در قانون ایران وارد گردید و در بعضی قوانین دیگر مانند قانون آئین دادرسی مدنی مورد استفاده قرار گرفت.

بعضی از حقوقدانان، معامله با حق استرداد را با توجه به مواد 33 و 34 قانون ثبت عقد مستقلی می دانند که به موجب آن، احد از طرفین مبلغی را به دیگری قرض می دهد و در مقابل مالی را به عنوان وثیقه برای مدت معینی می پذیرد که پس از انقضای مدت طلب خود را دریافت و وثیقه را مسترد دارد. بنابراین معامله با حق استرداد را عقد واحدی می دانند که از نظر تحلیلی حقوقی دارای اثر قرض و وثیقه است.⁴

¹ - مجله الاحکام: ماده 701.

² - الدكتور وهبه الزحیلی: الفقه الاسلامی و ادلته، ج 5، ص 180 - المیرائی، الباب فی شرح الكتاب، ج 2، ص 54.

³ - محمد الحسین آل کاشف العطاء، تحریر المجله، ج 2 (از جمله 1) ص 214

⁴ - دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج 1، ص 571

این تعریف صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا در این تعریف اولاً معامله با حق استرداد از لحاظ ماهیت اصلی و اولیه خود تعریف نگردیده بلکه معاملات با حق استرداد صوری که منظور از آنها گرفتن قرض وثیقه می‌باشد مورد تعریف قرار گرفته است و ثانیاً تعریف شامل موردی که پس از انقضاء مدت، بدهکار طلب خود را نپردازد نمی‌باشد. به عبارت دیگر، این تعریف مشخص نکرده است که اگر بدهکار پس از انقضاء مدت طلب خود را نپرداخت تکلیف وثیقه چه می‌شود؟

تعریف معامله با حق استرداد در «ترمینولوژی حقوق» چنین آمده است:

«هر عقدی که موضوع آن مال غیرمنقول بوده و به عنوان وثیقه دین یا حسن انجام تعهد در اختیار قانونی بستانکار قرار داده شود تا تحت شرایط قانونی در صورت امتناع مدیون از پرداخت دین از محل آن وثیقه طلب را تامین کند.»¹

این تعریف در واقع تعریف معامله با حق استرداد نیست بلکه تعریف معاملات رهنی یا وثیقه‌ای غیرمنقول می‌باشد و نویسنده در تعریف معامله با حق استرداد تحت تاثیر قانون ثبت اسناد و املاک بوده و به جای تعریف این اصطلاح حکم این نوع معامله را که از نظر قانون ثبت در حکام معامله رهنی تلقی شده و اثر معامله رهنی بر آن بارگردیده است بیان نموده است کما اینکه بعد از بیان این تعریف می‌گوید:

چون در این معاملات اساساً نقل عین نمی‌شود (ماده 34 مکرر قانون ثبت) لذا ذکر کلمه استرداد که موهم نقل مال است درست نیست و عنوان صحیح این معاملات را باید معاملات وثیقه‌ای غیرمنقول نهاد.

در حالی که جا داشت مولف مزبور ابتدا معاملات با حق استرداد را از لحاظ ماهیتی که دارند تعریف و سپس حکم آنها را بیان نماید. همانطور که بعضی مولفین دیگر چنین کرده و در معرفی معاملات با حق استرداد گفته‌اند:

«مقصود از معامله با حق استرداد هر عقد تملیکی و معوض است که در آن انتقال دهنده حق دارد با رد عوضی که دریافت کرده است، مال تملیک شده را استرداد کند خواه صورت معامله بیع باشد یا خیار باشد یا وکالت»²

بنابراین با توجه به مفهوم معامله با حق استرداد که فوقاً ذکر شد اینک به بیان تفاوت این نوع معامله با رهن می‌پردازیم:

بین معامله با حق استرداد و رهن هیچ نوع سنخیتی وجود ندارد تا بتوان آنها را مقایسه کرد. معمولاً مقایسه وقتی صورت می‌گیرد که دو چیز از یک سنخ یا یک خانواده باشند ولی وجوه افتراق و

¹- دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص 664 اصطلاح معامله با حق استرداد

²- دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج 5، ص 177 شماره 934

اشتراکی نیز با هم داشته باشند. اما معامله با حق استرداد و رهن اصولاً از یک خانواده نیستند که وجوه اشتراک و افتراق آنها برشمرده شود. آری، از یک دیدگاه وسیع همه عقود و معاملات از یک خانواده می‌باشند و وجوه اشتراکی نیز دارند. مثلاً همه عقود حداقل دو طرف دارد که یک طرف ایجاب کننده و طرف دیگر قبول کننده است و همه عقود موضوع معینی دارند که مورد معامله تلقی می‌شود و امثال اینها. لکن این امر باعث نمی‌شود که بتوان هر عقدی را با عقد دیگر مقایسه کرد. مثلاً هرگز کسی عقد بیع را با عقد کفالت مقایسه نمی‌کند و نیز هرگز عقد نکاح با عقد مضاربه مقایسه نمی‌شود. اما مثلاً عقد بیع با عقد اجاره ممکن است مورد مقایسه قرار گیرد زیرا هر دو از عقود تملیکی و معوض می‌باشد. منتهی در یکی مورد معامله عین است و در دیگری منفعت.

همینطور عقد مضاربه ممکن است با عقد شرکت مقایسه شود چرا که در هر دو عقد به نحوی عنصر مشارکت یافت می‌شود کما اینکه عقد حواله و ضمان نیز به خاطر ماهیت مشترکی که دارند و در هر دو نقل ذمه صورت می‌گیرد با یکدیگر قابل مقایسه‌اند. با این حال هر کجا بحث از رهن به میان می‌آید خواه ناخواه بحث از معاملات با حق استرداد هم به میان کشیده می‌شود وقتی بحث از رهن منجر به بحث از معاملات با حق استرداد می‌گردد مسیر بحث نویسنده را به آنجا سوق می‌دهد که مقایسه‌ای هم بین این دو نوع معامله به عمل آورد.

علت این امر واقعاً اشتراک در ماهیت بین آن دو نوع عقد مزبور نمی‌باشد بلکه صرفاً از این جهت است که به خاطر بعضی جهات اجتماعی، قانون اسناد و املاک این نوع معامله را با یک چشم نگرینسته و احکام مشترکی را بر آنها تحمیل کرده است. این اشتراک در حکم به حدی این دو نوع معامله را ظاهراً به هم نزدیک کرده است که بعضی از بزرگان علم حقوق، امروزه این دو نوع معامله را یکی می‌پندارند.¹

نمونه‌ای از این تفکر را نیز در تعریفی که از معامله با حق استرداد در ترمینولوژی حقوق به عمل آمده بود مشاهده کردیم.

عقیده وحدت معاملات با حق استرداد و رهن پس از اصلاحیه سال 1351 قانون ثبت بیشتر تقویت شد. زیرا قبل از این اصلاحیه دو تفاوت از نظر قانون ثبت بین عقد رهن و معاملات با حق استرداد وجود داشت که با اصلاح قانون در سال 1351 این دو تفاوت نیز از بین رفت. این دو تفاوت عبارت بودند از:

1- امکان اعراض از رهن و عدم امکان اعراض در معامله با حق استرداد.

¹ دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج 5، ص 358 به بعد