

نقش قبض در توثیق اسناد تجاری

حیدر باقری اصل*

تاریخ وصول: ۹۱/۱۰/۹؛ تاریخ پذیرش: ۹۲/۷/۲۴

چکیده

توثیق، یا رهن اسناد تجاری یکی از نیازهای جدی و ضروری در روابط تجاری و اقتصاد داخلی و بین‌المللی کشورها می‌باشد. قانونگذاران بسیاری از کشورها، توثیق اسناد تجاری را با روش «ظهرنویسی برای وثیقه» در قوانین خود پیش‌بینی کرده‌اند و اسناد تجاری - یعنی قبض انبار، سند در وجه حامل، اوراق بهادار، اوراق قرضه، اوراق سهام، بارنامه و اسناد اعتباری برات، سفته، چک و فیات یا اسناد فورواردها - را با این نهاد به رهن می‌گذارند. قانون تجارت ایران، نهادی را برای وثیقه‌گذاری اسناد تجاری پیش‌بینی نکرده است و این مسئله سبب شده است که قضات و حقوقدانان مسأله توثیق اسناد تجاری را با توجه به فقه و قانون مدنی و در قالب عقد رهن تحلیل کنند، ولی چنین عملی با مشکل لزوم قبض مورد توثیق، یا عین مرهونه مواجه است. این تحقیق، ضمن طرح این مشکل، به دنبال دستیابی راه حل برای آن با استناد به حقوق اسلامی و ایران است.

کلیدواژه‌ها: توثیق تجاری، سند تجاری، شرط، قبض، مورد رهن.

مقدمه

«توثیق تجاری» نوعی عمل حقوقی است که بانک، تاجر یا شخصی سند تجاری - یعنی قبض انبار، سند در وجه حامل، اوراق بهادار، اوراق قرضه، اوراق سهام، بارنامه و اسناد اعتباری برات، سفته و چک - را نزد بانک، تاجر یا شخص دیگری برای تضمین دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حسن انجام کار و کسب اعتبار به وثیقه و رهن می‌گذارد، تا اگر وثیقه‌گذار و رهن، تعهد خود را انجام ندهد، وثیقه‌گیر و مرتهن طلب خود را از سند تجاری که برای وثیقه انجام تعهد نزد اوست، وصول نماید و طلب خود را از آن برداشت کند. قانونگذاران بسیاری از کشورها، توثیق اسناد تجاری را با نهاد خاصی، به نام روش «ظهنویسی برای وثیقه» در قوانین خود طراحی و پیش‌بینی کرده‌اند و اسناد تجاری را با استفاده از روش ظهنویسی برای وثیقه، به رهن می‌گذارند و این نهاد حقوقی را «توثیق اسناد تجاری» می‌نامند. این نهاد حقوقی در تنظیم و تصویب قانون متحدالشکل ژنو راجع به برات و سفته در سال ۱۹۳۰ و قانون متحدالشکل ژنو راجع به چک در سال ۱۹۳۲ گنجانده شده است (ماده ۱۹ قانون متحدالشکل ژنو) و به این ترتیب، توثیق اسناد تجاری که یکی از نیازهای ضروری روابط تجاری و اقتصاد داخلی و بین‌المللی کشورهاست، در بسیاری از کشورها و قوانین یکنواخت بین‌المللی برآورده شده، ولی متأسفانه، قانون تجارت ایران، نهاد خاصی را برای توثیق اسناد تجاری پیش‌بینی نکرده است و به سبب این ویژگی قانون ایران و به دلیل نیازهای جدی و ضروری روابط تجاری، تاجر و بانکهای ایرانی اسناد تجاری را نزد بانک، تاجر یا شخص دیگری برای تضمین دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حسن انجام کار و کسب اعتبار به وثیقه و رهن می‌گذارند، تا اگر وثیقه‌گذار و رهن، تعهد خود را انجام ندهد، وثیقه‌گیر و مرتهن طلب خود را از سند تجاری که برای وثیقه انجام تعهد نزد اوست، وصول نماید و طلب خود را از آن برداشت کند. عدم وضع مقررات تجاری در این خصوص، باعث شده است که قضاوت و حقوقدانان مسأله توثیق اسناد تجاری را با توجه به قانون مدنی و در قالب نهاد فقهی - مدنی عقد رهن تحلیل کنند؛ هرچند چنین تحلیلی به علت شباهت عقد رهن فقهی - مدنی به توثیق اسناد تجاری اولین گزینه تلقی می‌شود و از این جهت، امر مقبولی است، ولی چنین عملی با مشکل لزوم قبض مورد توثیق، یا عین مرهونه مواجه است؛ زیرا بررسی اوصاف ماهوی و احکام عقد رهن اثبات می‌کند که یکی از اوصاف و یا احکام عقد رهن، لزوم قبض عین مرهونه است، چنانکه مشهور فقیهان، قبض مورد رهن را یا شرط صحت و یا شرط لزوم عقد رهن می‌دانند. قانون مدنی نیز در ماده ۷۷۲ خود از نظر مشهور فقیهان تبعیت کرده و قبض مورد رهن را شرط صحت عقد رهن اعلام نموده است، درحالی که قبض مورد توثیق، در توثیق اسناد تجاری تحقق ندارد؛ چرا که در مکانیسم

توثیق اسناد تجاری نظیر برات، سفته و چک، رهن در واقع چیزی جز سند تجاری - برگه برات، سفته و چک - را در تصرف مرتهن قرار نمی‌دهد و محل آن، نزد خود، یا براتگیر و یا غیره باقی می‌ماند و در مواردی حتی ممکن است که محل نیز در اختیار رهن، براتگیر و یا غیر قرار نگرفته باشد، لذا توثیق اسناد تجاری با عقد رهن مدنی با مشکل قبض مورد توثیق یا عین مرهونه مواجه می‌شود.

این تحقیق به دنبال دستیابی راه حل برای این مشکل بر اساس حقوق اسلامی و ایران است. از این جهت، تحقیقی کاربردی و توصیفی و از قسم تحلیل محتوای آن است و ابزار و فنون اجرایی آن، جمع آوری اطلاعات با روش کتابخانه‌ای و به‌کارگیری روش اسنادی است.

سؤال‌های تحقیق

در این تحقیق، دو سؤال اصلی و دو سؤال فرعی به شرح ذیل وجود دارد:

سؤال‌های اصلی

الف) آیا توثیق اسناد تجاری را با نهاد عقد رهن، می‌تواند تحلیل فقهی - حقوقی کرد یا چنین عملی به علت بروز مشکل لزوم قبض مورد توثیق یا عین مرهونه ممکن نیست؟
ب) در صورت اخیر، سؤال می‌شود که آیا این مشکل هیچ‌گونه راه حل فقهی - حقوقی ندارد تا با استناد به حقوق اسلامی و موضوعه ایران بتوان راه حلی را برای توثیق اسناد تجاری با عقد رهن ارائه کرد و این مشکل را از بین برد؟

سؤال‌های فرعی

الف) در حقوق اسلامی، نقش قبض در عقد رهن چیست؟
ب) در قانون مدنی، نقش قبض در عقد رهن چیست؟

واژه‌شناسی

چندین واژه در این تحقیق وجود دارد که باید پیش از ورود به اصل بحث تبیین گردند. این واژه‌ها عبارت‌اند از «توثیق»، «سند»، «شرط» و «قبض». هرکدام را تعریف می‌کنیم:

تعریف توثیق در اصطلاح حقوق تجارت

متخصصان حقوق تجارت، اصطلاح توثیق اسناد تجاری را برای «ظهنویسی برای وثیقه اسناد تجاری» به کار می‌برند و آن نوعی

عمل حقوقی است که بانک، تاجر یا شخصی سند تجاری را نزد بانک، تاجر یا شخص دیگری برای تضمین دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حسن انجام کار و کسب اعتبار به وثیقه و رهن می‌گذارد، تا اگر وثیقه‌گذار و راهن، تعهد خود را انجام ندهد، وثیقه‌گیر و مرتهن طلب خود را از سند تجاری که برای وثیقه انجام تعهد نزد اوست، وصول نماید و طلب خود را از آن برداشت کند (ستوده تهرانی، ۱۳۷۴: ۵۶-۵۵؛ اسکینی، ۱۳۷۳: ۱۱۰-۱۰۹).

تعریف سند در قانون تجارت

پیرامون معنای اسناد تجاری دو اصطلاح وجود دارد: یکی اصطلاح خاص و دیگری اصطلاح عام است. حقوقدانان در گستره معنای این دو اصطلاح و نیز مصادیق آنها با یکدیگر اختلاف زیادی دارند. اسناد تجاری در معنای خاص، به اسنادی اطلاق می‌شود که در قانون تجارت دارای عنوان خاصی مانند: چک، سفته، سند در وجه حامل و جزو اینها هستند، (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲: ۳۶۴) قابل نقل و انتقال اند، جایگزین پول نقد، نماینده وجه نقد و اعتبارند، به صرف ظهنویسی قابل نقل و انتقال اند. اسناد و اوراق مالی هستند که قرض حاصل را اثبات می‌کنند (همان؛ ابراهیم انیس، ۱۴۱۲: ۴۵۴) و به اصطلاح معرف طلبی به سررسید مدت کوتاه می‌باشند (ستوده تهرانی، پیشین: ۱۳؛ صقری، ۱۳۸۰: ۱۵)، حتی اگر میان اشخاص غیر تاجر رد و بدل شوند نیز تابع قانون تجارت هستند (اسکینی، پیشین: ۵)، قابلیت تأدیة ثمن در معاملات و گردش سریع از طریق صدور و ظهنویسی می‌باشند (صقری، پیشین، ص ۱۵)، با گردش خود سخت گردش طلب یا مال منعکس در آنها را متروک و منزوی ساخته‌اند، به نحوی که دست به دست شدن این اوراق به طور کامل واجد ارزش نقل و انتقال اصل مال یا طلب است (همان: ۱۲).

اسناد تجاری در معنای عام کلمه، علاوه بر اسناد تجاری در معنای خاص، شامل کلیه اسنادی نیز می‌شوند که در مراودات بازرگانی داخلی و بین‌المللی مهمترین نقش را ایفا می‌کنند (نصیری، ۱۳۸۱: ۱۹۸)، لذا عنوان کلی اسناد تجاری به برات، سفته و چک محدود نمی‌شود، بلکه شامل: قبض انبار، سند در وجه حامل، اوراق بهادار، اوراق قرضه، اوراق سهام، بارنامه و اسناد اعتباری (اسکینی، پیشین: ۵) برات، سفته، چک، اوراق و اسناد فیاتا^۱ یا فورواردها^۲ نیز می‌شود.

تعریف شرط در اصطلاح حقوق اسلامی

واژه شرط کاربردهای مختلفی در علوم دارد. مراد ما از این واژه، اصطلاح اصولی، فقهی و حقوقی است، لذا معنای اصطلاح فلسفی

شرط در اینجا منظور نیست که در آن تقدم وجود شرط بر مشروط لازم است، بلکه معنای مجازی اصطلاح فلسفی شرط مقصود است، یعنی مراد از شرط در اینجا جزء سبب است (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۳) و یا مراد از شرط، امری است که باید در زمان حصول مشروط، حاصل گردد و چنین تعبیرهایی نزد فقیهان مرسوم است (بحرانی، ۱۳۷۷: ۲۲۸)؛ زیرا مقام بحث، وضع احکام و قانون است که در عالم اعتبار و تشریح صورت می‌پذیرد، نه در عالم تکوین که تقدم وجودی شرط بر مشروط لازم است.

تعریف قبض در اصطلاح حقوق اسلامی

واژه قبض، در لغت مصدر است و فعل آن قبض؛ یقبض بوده (طریحی، بی‌تا: ۲۳۶) و به معنای گرفتن با تمام کف دست (ابن منظور، ۱۴۰۵: ۳۱۴)، تملیک، تملک و تصرف (دهخدا، بی‌تا: ۱۴۸) آمده است. حقوق اسلامی و موضوعه ایران، این واژه را مطابق معنای لغوی به کار می‌برند و به طور کلی، اصطلاح قبض، حقیقت شرعیه ندارد، بلکه به معنای لغوی و عرفی خود باقی است (شهید ثانی، بی‌تا: ۵۲۳) و هر جا که لفظ قبض در کتاب، یا سنت یا موارد اجماع استفاده شده است، به معنای عرفی و لغوی است که همان استیلای عرفی و استقلال است، لذا حقوق اسلامی و موضوعه، قبض را در هر جا موضوع برای حکم قرار داده است نظیر تلف مبیع، قبل از قبض، از مال بایع است یا قبض، شرط معامله سلم، یا سلف است یا قبض، شرط صحت هبه است و عبارت از این است که عین مرهونه در تسلط و تصرف مرتهن باشد، به گونه‌ای که بتواند از تصرف دیگران در آن خودداری کند (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴: ۱۹۸).

شهید ثانی در شرح لمعه، سه قول را در معنای عرفی قبض نقل می‌کند و قول اول را که بهترین قول می‌داند، شهید ثانی ضمن نقل متن لمعه در این مورد، چنین شرح می‌دهد: «قبض در منقول نظیر حیوان، پارچه، مکیل، موزون و معدود، نقل است و در غیر منقول، مثل زمین، تخلیه کردن میان مبیع و مشتری بعد از رفع ید از مبیع است. علت اختلاف این معنا آن است که شارع قبض را تعریف نکرده است، لذا در معنای قبض به عرف لغت‌شناسان و مردم رجوع می‌شود و معنای عرفی قبض به معنایی که ذکر شد دلالت می‌کند» (شهید ثانی، پیشین: ۵۲۳).

تقریر محل نزاع در شرطیت قبض مورد

رهن

سخنان فقیهانی که محل اختلاف و نزاع فقیهان را در شرطیت قبض مورد رهن تقریر کرده‌اند، مضطرب، مشوش و مخدوش

1. Fiata
2. Forward

است؛ زیرا او در قول اول، قبض را شرط لزوم معرفی می‌کند: «اصحاب اختلاف کرده‌اند که آیا قبض شرط لزوم عقد رهن است یا خیر؟ قول اول، نظر شیخ طوسی در نهاییه و شیخ مفید در مقنعه، ابن جنید، ابوالصلاح، ابن براج، سلار، طبرسی، ابن حمزه، محقق حلی در شرایع و شهید اول در دروس، نکت و لمعه است» (بحرانی، پیشین: ۲۲۵).

و در قول دوم، قبض را شرط چیزی ندانسته و قبض را از احکام عقد رهن تلقی کرده است:

«قول دوم، نظر شیخ طوسی در خلاف است و شیخ در خلاف تصریح می‌کند که عقد رهن، تنها با ایجاب و قبول لازم می‌شود. قول ابن ادریس، علامه در مختلف و ظاهر شهید ثانی در مسالک نیز این قول دوم است» (همان: ۲۲۶).

بنابراین، علامه حلی می‌گوید: «یک قول شیخ طوسی، در نهاییه آمده است و در آن می‌گوید: قبض شرط صحت عقد رهن است و قول شیخ مفید در مقنعه، ابن براج در مهذب، ابن جنید و ابوالصلاح در کافی، سلار در مراسم، طبرسی و ابن حمزه در وسیله نیز این قول است»، درحالی‌که محقق بحرانی می‌گوید: «یک قول شیخ طوسی، در نهاییه آمده است و در آن می‌گوید: قبض شرط لزوم عقد رهن است. قول شیخ مفید در مقنعه، ابن براج در مهذب، ابن جنید و ابوالصلاح در کافی، سلار در مراسم، طبرسی و ابن حمزه در وسیله نیز این قول است»

این تعارض آشکاری در محل نزاع و اختلاف است که فقیهان بزرگ به آن گرفتار شده‌اند و حل آن خیلی هم آسان نیست و گرنه فقیهان بزرگ به این اشتباه عجیب گرفتار نمی‌شدند. این مشکل در بیان شهید ثانی نیز دیده می‌شود. شهید ثانی می‌فرماید: «فقیهان در پاسخ این سؤال باهم اختلاف دارند که آیا قبض شرط عقد رهن است، به این معنا که قبض جزو اسباب ماهوی لزوم عقد رهن از سوی راهن است، نظیر قبض در هبه که قبض از اسباب لزوم هبه نسبت به متبذ است یا عقد رهن چنین شرطی را ندارد؟ مصنف و عده‌ای دیگر از فقیهان [طوسی، بی‌تا: ۴۳۱؛ سلار، ۱۴۱۴: ۱۹۲؛ شهید، ۱۴۱۲: ۳۹۵] قول اشتراط را اختیار کرده‌اند» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۱).

طرح، تحلیل و ارزیابی نظریه‌های قبض در عین مرهونه

به نظر می‌رسد تعیین حدود مسئله تا حدی ما را به حقیقت راهنمایی می‌کند. حدود مسئله، سه امر است و نزاع و اختلاف در سه محور صورت گرفته است: یکی، قبض، شرط صحت عقد رهن است،

است؛ زیرا ظاهر گفتار بعضی از فقیهان، در تقریر محل نزاع این است که محل نزاع نفیاً و اثباتاً در شرطیت قبض برای صحت یا لزوم است، ولی این گفتار مشوش است و تنها می‌توان گفت: قایل به شرطیت قبض برای صحت می‌گوید: عقد رهن، بدون قبض مورد رهن باطل است و قایل به شرطیت قبض برای لزوم می‌گوید: عقد رهن، بدون قبض مورد رهن، جایز است. نظر علامه حلی و بحرانی را در این مورد می‌آوریم و تحلیل می‌کنیم: آقای بحرانی در مسئله دوم کتاب رهن «حداق الناضرة» به اختلاف اصحاب در مسئله پرداخته و عنوان محل نزاع فقیهان را این قرار می‌دهد:

«آیا قبض شرط لزوم عقد رهن است یا خیر؟» (بحرانی، پیشین: ۲۲۵)، درحالی‌که علامه حلی عنوان را در مختلف الشیعه چنین آورده‌اند: «شیخ طوسی در اینکه آیا قبض شرط در رهن است یا خیر؛ دو قول دارد» (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۳۹۹).

عنوان علامه حلی در کلمه «قبض شرط» مطلق آمده است و معلوم نیست مراد از «قبض شرط» در عنوان بحث چیست؟ آیا قبض شرط به این معناست که قبض، شرط صحت عقد رهن است، یا شرط لزوم عقد رهن است تا کلمه «یا خیر» که در مقابل عنوان قبلی قرار گرفته است نیز معنا گردد، ولی اگر بخواهیم معنای «قبض شرط» را از توضیحات بعدی به دست آوریم، این کار ممکن است، زیرا علامه حلی، قول اول را در کلام خود، در مقابل قول دوم قرار داده و معنای «قبض شرط» را در قول دوم ارائه نموده و نوشته است: «و قول دیگر شیخ طوسی در خلاف آمده و در آن گفته است: رهن، تنها با ایجاب و قبول لازم می‌گردد. قول ابن ادریس در سرائر نیز این قول است» (همان: ۴۰۰).

این بیان، قبض را شرط لزوم عقد رهن قرار داده است. از این بیان معلوم می‌شود که قول نخست مذکور در متن گفتار علامه حلی به این معناست که قبض، شرط صحت عقد رهن است، لذا علامه حلی آنچه را که در اصطلاح قبض به فقیهان مذکور نسبت داده است، به این معنا خواهد بود که قبض، شرط صحت عقد رهن است؛ زیرا او می‌فرماید:

«شیخ طوسی در اینکه آیا قبض شرط در رهن است یا خیر، دو قول دارد: یک قول او در نهاییه آمده است و در آن می‌گوید: قبض شرط عقد رهن است. قول شیخ مفید در مقنعه، ابن براج در مهذب، ابن جنید و ابوالصلاح در کافی، سلار در مراسم، طبرسی و ابن حمزه در وسیله نیز این قول است [که قبض را شرط صحت عقد رهن می‌دانند]» (همان).

ما اگر این گفتار علامه را بپذیریم، با این مشکل مواجه می‌شویم که اقوالی که محقق بحرانی به فقیهان مذکور نسبت داده‌اند، غلط

دیگری، قبض، شرط لزوم عقد رهن است و سومی، قبض، شرط صحت یا لزوم عقد رهن نیست، بلکه قبض از احکام عقد رهن است که بعد از عقد رهن به آن پیوسته می‌شود، چنانکه محل اختلاف قبض در مورد عقد هبه نیز سه قول دارد (بحرانی، پیشین: ۲۲۷). این است که شهید در کتاب دروس، سه قول را همانند اقوال مذکور، در عقد رهن نقل کرده است (شهید، پیشین: ۳۸۴-۳۸۳). لذا می‌توان گفت: فقیهان امامیه، همانند فقیهان اهل سنت، سه نظریه را نسبت به نقش قبض در وقوع عقد رهن ارائه داده‌اند و محور اختلاف آنها این سه نظریه است. ابتدا نظریه‌های فقیهان در نقش قبض در عقد رهن را از منظر فقه اسلامی و قانون مدنی، طرح و تحلیل می‌کنیم، سپس ادله آنها را ارائه می‌نماییم، آنگاه آنها را نقد و ارزیابی می‌کنیم:

نظریه قبض شرط صحت عقد رهن

طرح، تحلیل و ارزیابی نظریه قبض شرط صحت عقد رهن به شرح ذیل است:

طرح نظریه قبض شرط صحت عقد رهن

عده‌ای از فقیهان، تنها ایجاب و قبول را برای تحقق عقد رهن کافی نمی‌دانند، بلکه قبض را نیز یکی از اسباب شرط صحت و تحقق عقد رهن می‌دانند و عقد رهن را بدون قبض عین مرهونه از سوی مرتهن صحیح و محقق نمی‌دانند، لذا شرط صحت عقد رهن را سه امر: ایجاب، قبول و قبض به رضای راهن می‌دانند. این قول، یکی از دو قول شیخ طوسی در مبسوط (۱۳۸۷: ۱۹۶) و قول او در نهاییه (بیتا: ۲۴۴) و قول ابن حمزه در وسیله (۱۴۰۸: ۲۶۵)، شهید در لمعه (۱۴۰۶: ۱۱۷)، خوانساری در جامع المدارک (۱۳۵۵: ۳۴۲)، محقق حلی در شرائع الاسلام (۱۴۱۵: ۱۸۱)، فاضل مقداد در کنز العرفان (۱۳۸۴: ۶۰)، طباطبایی در ریاض المسائل (۱۴۰۴: ۵۸۱) و میرزای قمی در جامع الشتات (۱۴۱۰: ۱۸۲) است. همه فقیهان نامبرده، اسباب ماهوی عقد رهن را سه امر: ایجاب و قبول و قبض می‌دانند.

محقق بحرانی، قول شیخ مفید در مقنعه، ابن جنید، أبو‌الصلاح، ابن براج، سلار، طبرسی، شهید اول در دروس، نکت و لمعه را این قول دانسته است (بحرانی، پیشین: ۲۲۵).

مؤلف جواهر الکلام نیز نقل می‌کند که شیخ مفید، ابن جنید، ابن براج و طبرسی قبض مورد رهن را شرط تحقق و صحت عقد رهن می‌دانند (نجفی، ۱۹۶۱: ۱۰۰).

ولی در انتساب قول مذکور به برخی از فقیهان مذکور، جای شک یا تأمل است، لذا سؤال می‌شود که آیا قول شیخ مفید در مقنعه (۱۴۱۰: ۶۲۳)، ابن براج در مهذب (۱۴۰۶: ۲۳)، ابن جنید و أبو‌الصلاح در کافی (۱۴۰۳: ۳۳۴)، سلار در مراسم العلویه

(پیشین: ۱۹۲)، طبرسی و ابن حمزه در وسیله (پیشین: ۲۶۵)، مطابق این قول است و آیا فقیهان مذکور، قبض را شرط صحت عقد می‌دانند، چنانکه علامه حلی به این قایل است (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۴۰۰-۳۹۹) یا آنها قبض را شرط لزوم عقد رهن می‌دانند، چنانکه آقای بحرانی به آن قایل می‌باشد (پیشین: ۲۲۵)، همان‌طوری‌که گفتیم مسئله در خور بررسی بیشتر است و آن مجال و فرصت بیشتری طلب می‌کند.

ادله نظریه

پیروان این نظریه، دلایل متعددی را برای اثبات نظریه خود، به شرح زیر، ارائه داده‌اند:

اولاً، به مفهوم وصف آیه «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره/۲۸۳) تمسک کرده (طوسی، ۱۴۱۷: ۲۲۳) و رهن غیر مقبوض را صحیح ندانسته‌اند. (نجفی، پیشین: ۱۰۰)

ثانیاً، برخی نیز با استناد به قول برخی لغت‌شناسان چنین دلیل آورده‌اند که بدون قبض، مُسَمَّای عقد رهن تحقق نمی‌یابد (همان: ۹۹)، زیرا قبض در لغت به معنای گرفتن با تمام کف دست (ابن منظور، پیشین: ۳۱۴) و یا تملیک، تملک و تصرف (دهخدا، پیشین: ۱۴۸) آمده است (نجفی، پیشین: ۱۰۰).

ثالثاً، عده‌ای نیز به نصوصی که در مورد رهن وارد شده است استناد می‌کنند، نظیر روایت محمد بن قیس از امام باقر، علیه‌السلام، که فرموده است: «لَا رَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضًا: رهنی بدون قبض وجود ندارد» (طوسی، ۱۳۶۵: ۱۷۶؛ حرعاملی، ۱۳۸۷: ۱۲۳) اینگونه فقیهان معنای روایت «لَا رَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضًا» را عبارت از این می‌دانند که عقد رهن از نظر شرع، پیش از تصرف مرتهن در عین مرهونه تحقق نمی‌یابد (طوسی، ۱۴۱۷: ۲۲۳). به عبارت دیگر، احکام و آثار عقد رهن صحیح، هنگامی بر آن مترتب می‌گردد که مرتهن عین مرهونه را در رهن بگیرد و در آن، تصرف کند، به‌گونه‌ای که از تسلط راهن، خارج شود (موسوی بجنوردی، پیشین: ۱۹۹-۱۹۸).

رابعاً، فقیهان، اجماع طبرسی (نجفی، پیشین: ۱۰۰) را دلیل دیگر قول خود دانسته‌اند.

ارزیابی نظریه

اولاً، لازمه این نظریه، حجیت قول لغت‌شناسان است، درحالی‌که استناد به قول لغت‌شناسان و بیان اینکه: «بدون قبض مُسَمَّای عقد رهن تحقق نمی‌یابد»، درست نیست؛ زیرا همانطور که در جای خود اثبات شده است، قول لغوی حجیت ندارد (خراسانی، ۱۳۶۶: ۶۸-۶۵) و حتی در صورت حجیت قول لغوی، چنانکه مشهور آن را حجت می‌داند، این استدلال ضعیف است؛ زیرا لفظ رهن، نظیر سایر الفاظ عقود است و بسیار

الافهام و ظاهر گفتار علامه حلی در تذکره، ارشاد و قواعد، شهید اول در نکت الارشاد و دروس و محقق کرکی در جامع المقاصد را این قول دانسته است (بحرانی، پیشین: ۲۲۷-۲۲۵). مؤلف جواهر الکلام می‌نویسد:

«قول ابن ادریس، فاضل و فرزندش، محقق ثانی، شهید ثانی ... جواهر الفقه، تلخیص التلخیص، مختصر، غایه المرام و ایضاح النافع... تذکره، تحریر، تنقیح، مسالک و روضه نیز این قول است و در کتاب سرایر، این قول به اکثر محصلین و در کتوز العرفان به اکثر محققان نسبت داده شده است» (نجفی، پیشین: ۹۹).

در نسبت این قول به برخی از فقیهان مذکور، جای تأمل است، برای مثال نظر ابن ادریس چنین نیست، لذا مؤلف مفتاح الکرهامه می‌نویسد:

«از کسانی که قبض را شرط لزوم عقد رهن می‌دانند، تنها مؤلف کتاب غنیه به لزوم قبض در عقد رهن تصریح کرده است» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۱۳۹).

ادله نظریه

فقیهانی که این نظریه را داده‌اند، ادله زیر را برای اثبات نظریه خود ارائه کرده‌اند: اولاً، این گروه از فقیهان به مفهوم وصف آیه: «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره/ ۲۸۳) تمسک کرده‌اند (طوسی، ۱۴۱۷: ۲۲۳) و رهن غیر مقبوض را عقد جایز تلقی کرده‌اند. تقریب استدلال به این آیه چنین است که خداوند متعال مکلف را در این آیه، به قبض مورد رهن امر کرده است، لذا مطلوب شرعی، یعنی رهن شرعی بدون قبض مورد رهن تحقق نمی‌یابد، چنانکه تراضی در تجارت و عدالت در شهادت شرط است و بدون تراضی، تجارت محقق نمی‌شود و بدون عدالت، شهادت تحقق نمی‌یابد، زیرا آن دو به هم قرین شده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۱؛ بحرانی، پیشین: ۲۲۶-۲۲۴).

ثانیاً، عده‌ای نیز به نصوصی که در مورد رهن وارد شده است استناد می‌کنند، نظیر روایت شیخ طوسی از محمد بن قیس، و او از ابی جعفر، علیه السلام، که آن حضرت فرمودند: «لَا رَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضاً» (طوسی، تهذیب الأحکام، ۷/۱۷۶)، همچنین این روایت را عیاشی در تفسیر خود از طریق محمد بن عیسی از ابی جعفر، علیه السلام، نقل کرده است (حرعاملی، ۱۳۸۷: ۱۲۴). معنای روایت مذکور این است که عقد رهن، پیش از قبض مورد رهن از سوی مرتهن، لازم نمی‌گردد (طوسی، ۱۴۱۷: ۲۲۳) و احکام عقد رهن لازم بر آن مترتب نمی‌شود.

ثالثاً، مؤلفان غنیه و سرایر ادعای اجماع بر صحت عقد رهن بدون قبض کرده‌اند و قبض را شرط لزوم عقد رهن دانسته‌اند (نجفی، پیشین: ۹۹).

واضح است که الفاظ عقود، متوقف بر صدق قبض نمی‌باشد و هر عقدی، حداکثر به اسباب عقود، یعنی ایجاب و قبول متوقف است و قبض از اسباب عقد نمی‌باشد؛ هرچند، قبض در ترتب اثر عقد رهن، نظیر قبض و اقباض در عقد صرف و سلم یا قبض در هبه، معتبر باشد. بنابراین، لفظ رهن بدون قبض نیز بر عقد رهن اطلاق می‌شود و قبض، شرط ماهوی تحقق عقد رهن نیست، بلکه قبض، شرط خارجی عقد رهن است، یعنی شرط تحقق خارجی عقد رهن، قبض عین مرهونه است و به نظر می‌رسد وصف آیه: «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» و روایت «لَا رَهْنَ إِلَّا مَقْبُوضاً» نیز ناظر بر این توضیح است.

ثانیاً، طبق این نظریه، رهن بر مدار قبض می‌چرخد، حقیقت و ماهیت رهن با نفی قبض، نفی می‌شود. از این رو، اگر قبض صورت نگیرد، رهن تحقق پیدا نمی‌کند (موسوی بجنوردی، پیشین: ۱۹۹). این دیدگاه، اشکال دارد؛ زیرا معقول نیست که قبض، دخالت در ماهیت رهن داشته باشد؛ هرچند که بپذیریم زمانی که عقد ایجاد می‌شود، وثیقه باید نزد مرتهن باشد (نجفی، پیشین: ۱۰۰). به نظر ما حقیقت رهن، همان معاوضه‌ای است که راهن و مرتهن از طریق ایجاب و قبول خود انجام می‌دهند و قبض، عملی خارجی است؛ زیرا هویت هر عقدی به قصد و مبرزی است که آن قصد را ابراز و اظهار می‌کند (موسوی بجنوردی، پیشین: ۱۹۹) و این مبرز و مظهر همان ایجاب و قبول عقد و سایر مبرزات است (ماده ۱۹۰ ق.م.) و عقد رهن نیز چنین است. زمانی که راهن، قصد می‌کند مال خود را نزد مرتهن قرار دهد و این قصد خود را با لفظی ابراز می‌کند، عقد حاصل می‌شود، لذا قبض شرط صحت عقد رهن نیست.

نظریه قبض شرط لزوم عقد رهن

طرح، تحلیل و ارزیابی نظریه قبض شرط لزوم عقد رهن به توضیح زیر است:

طرح نظریه قبض شرط لزوم عقد رهن

قول دیگر فقیهان در نقش قبض در عقد رهن، این است که قبض شرط لزوم عقد رهن است. در این دیدگاه، ایجاب و قبول تنها، عقد رهن را محقق می‌سازد، ولی مادامی که عین مرهونه به قبض مرتهن داده نشده است، عقد رهن جایز است و راهن می‌تواند آن را به هم بزند و اگر عین مرهونه را به قبض مرتهن یا قائم مقام وی داده باشد، رهن لازم می‌گردد. این نظریه، یکی از دو قول شیخ طوسی در مبسوط است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۹۸).

محقق بحرانی، قول شیخ طوسی در خلاف، ابن ادریس در سرایر، علامه حلی در مختلف الشیعه، ظاهر شهید ثانی در مسالک

ارزیابی نظریه

اگر قبض را شرط لزوم عقد رهن بدانیم، نام عقد رهن، بدون قبض تحقق می‌یابد و تحقق آثار شرعی آن به پیدایش قبض بستگی دارد، ولی این نظریه هم درست نیست؛ زیرا عقد رهن، نظیر سایر عقود، تنها با ایجاب و قبول تحقق می‌یابد و به دنبال آن، رهن مؤثر واقع می‌شود و زمانی که عقد ایجاد گردید، آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بر آن جاری می‌شود و عقد را الزام‌آور می‌کند، لذا عقد رهن، قبل از قبض، لازم و مؤثر است. این است که گروهی از فقیهان بر اساس نظریه دیگر بر این باورند که قبض عین مرهونه، تاثیری در صحت و لزوم عقد رهن ندارد، بلکه عقد رهن، به وسیله ایجاب و قبول، به طور لزوم محقق می‌شود. رهن، در اثر عقد یاد شده، ملزم به تسلیم عین مرهونه به مرتهن است. مستند ایشان، عموم «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» است.

نظریه قبض جزء احکام عقد رهن

طرح و تحلیل و ارزیابی نظریه قبض جزو احکام عقد رهن، به شرح ذیل است:

طرح نظریه

قول سوم در قبض این است که قبض عین مرهونه، نقشی در صحت و یا لزوم عقد رهن ندارد؛ زیرا طبق این نظریه، عقد رهن با ایجاب و قبول به طور لزوم محقق می‌شود و قبض، هیچ دخالتی در تحقق نام رهن، صحت رهن و لزوم رهن ندارد، بلکه قبض از احکام رهن است که بعد از تحقق عقد به آن می‌پیوندد. این قول را ابن ادریس در سرائر (۱۴۱۰: ۴۱۷)، شیخ طوسی در خلاف (۱۴۱۷: ۲۲۳) و در موضعی از مبسوط (۱۳۸۷: ۶۸) داده‌اند. شیخ طوسی از قول اولی که در نهاییه داده است، در خلاف به این قول برگشته (ابن ادریس، پیشین: ۴۱۷) و گفته‌اند: «احوط این است که بگوییم: رهن با قبول رهن لازم می‌گردد و بر رهن واجب است که مورد رهن را به اقباض مرتهن بدهد» (طوسی، ۱۴۱۷: ۲۲۳؛ همو، ۱۳۸۷: ۷۹).

بنابراین، شیخ طوسی بر خلاف یکی از دو قول خود در مبسوط، در مسئله پنجم کتاب خلاف قبض را نه تنها از اسباب ماهوی عقد رهن محسوب نکرده است و تحقق این عقد را تنها به ایجاب و قبول دانسته است، بلکه حتی قبض را شرط لزوم عقد رهن نیز ندانسته است. متن فرمایش شیخ طوسی در خلاف، به این شرح، است:

«رهن، تنها با ایجاب و قبول لازم می‌گردد» (طوسی، ۱۴۱۷:

۲۲۳).

ابن ادریس در سرائر می‌نویسد:

«اصحاب ما در نقش قبض در عقد رهن اختلاف کرده‌اند که آیا قبض شرط لزوم عقد رهن است یا خیر؟ بعضی از فقیهان می‌گویند: قبض شرط لزوم عقد رهن از سوی رهن است، نه مرتهن، ولی اکثر فقیهان محصل قایلند که عقد رهن با ایجاب و قبول لازم می‌گردد و نیازی به قبض در لزوم ندارد و این قول نیز صحیح می‌باشد... قول اول، مذهب شیخ طوسی در نهاییه و شیخ مفید در مقنعه می‌باشد و قول دوم، مذهب شیخ طوسی در خلاف است و او از قول اول خود که در نهاییه بنا نموده برگشته است» (ابن ادریس، پیشین: ۴۱۷).

ابن براج، اسباب ماهوی عقد رهن را در مسئله‌های ۲۴۴ و ۲۴۵ جواهر الفقه، تنها ایجاب و قبول می‌داند و قبض را شرط صحت یا شرط لزوم عقد رهن نمی‌داند. وی در مسئله ۲۴۴ می‌نویسد:

«اگر رهن قبض رهن را به مرتهن اجازه دهد و سپس مجنون و یا بیهوش گردد، آیا مرتهن می‌تواند مورد رهن را قبض کند یا خیر نمی‌تواند؟ جواب این است که می‌تواند قبض کند؛ زیرا قبض عین مرهونه با ایجاب و قبول برای وی لازم شده است» (ابن براج، ۱۴۱۱: ۶۴).

همچنین ایشان، این مطلب را در مسئله ۲۴۵ همان مدرک مورد تأکید قرار می‌دهد:

«اگر رهن، قبض مورد رهن را به مرتهن اجازه بدهد، آیا او می‌تواند از اجازه خود برگردد و مرتهن را از قبض عین مرهونه منع کند یا نمی‌تواند؟ جواب: این است که او نمی‌تواند چنین کاری را بکند؛ زیرا ایجاب و قبول عقد، قبض مورد رهن را واجب کرده است، لذا مرتهن می‌تواند در هر صورت، عین مرهونه را قبض نماید و رهن نمی‌تواند او را از این کار باز بدارد» (همان).

طبق این نظریه، اگر رهن عین مرهونه را به قبض مرتهن ندهد، وفق یک دیدگاه، باید رهن، عین مرهونه را به مرتهن تسلیم نماید و در صورت استنکاف رهن از تحویل مورد رهن، مرتهن می‌تواند، اجبار تسلیم عین مرهونه رهن را از حاکم شرع بخواهد و اگر اجبار رهن ممکن نباشد و یا مورد رهن قبل از تحویل از بین برود، مرتهن، حق فسخ عقد را پیدا می‌کند (امامی، ۱۳۷۱: ۳۳۳) و مطابق رأی دیگر، اگر رهن عین مرهونه را به قبض مرتهن ندهد، اجبار به تسلیم نمی‌شود و مرتهن، تنها حق فسخ عقد رهن را خواهد داشت، لذا اگر به اختیار تسلیم کند عقد رهن با تسلیم لازم می‌گردد (ابن قدامه، بیتا: ۳۹۹).

ادله نظریه

اولاً، قبض مورد عقد رهن، شرط لزوم عقد رهن نیست؛ زیرا

است: بخشی از نقدها به یک نظریه خاص مربوط می‌شوند و بخشی دیگر نقدها بین هر دو نظریه مشترک‌اند. نقدهای ویژه هر نظریه در ذیل همان نظریه بیان شد. در این قسمت به بیان نقدهای مشترک دو نظریه اول می‌پردازیم:

دلایلی که برای شرط بودن قبض، به نحو صحت یا لزوم استناد کرده‌اند، یکی، اجماع طبرسی و دیگری، آیه «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» و سومی، روایات مربوط است، ولی کیفیت استدلال به آنها ایراد دارد و ما ایرادات و نقدهای هر کدام از ادله مذکور را بیان می‌کنیم:

نقدهای استدلال به اجماع

اولاً، ادعای اجماع طبرسی بر اعتبار قبض در صحت عقد رهن معارض با نقل اختلاف فقیهان در مسئله است، چنانکه ادعای اجماع ابن زهره و ابن ادریس بر عدم اعتبار قبض در صحت عقد رهن، معارض با نقل اختلاف فقیهان در مسئله، به ویژه ادعای اجماع طبرسی بر اعتبار قبض در صحت عقد رهن است، لذا اجماعی در مسئله نیست تا طبرسی، ابن زهره و ابن ادریس یا دیگری آن را نقل نمایند.

ثانیاً، اگر حتی اجماعی نیز می‌بود، آن اجماع متهم به مدرکی می‌شد و اصولاً وقتی در یک مسئله اقوال متعددی وجود دارد و صاحب هر قولی برای قول خود، ادعای اجماع می‌کند، چنین اجماعی نمی‌تواند دلالت و حجیت داشته باشد، زیرا تحقق چند اجماع در یک مسئله معنایی ندارد و چنین اجماع‌هایی نمی‌تواند دلیل شرعی تلقی شوند حکم شرعی با آنها اثبات گردند. این است که شیخ طوسی از رأی خود در نهاییه مبنی بر شرطیت قبض در صحت عقد رهن بر گشته است و در کتاب خلاف قبض را شرط لزوم عقد رهن دانسته است (طوسی، ۱۴۱۷: ۲۲۳) و باز به این دلیل است که مؤلف جواهر الکلام شرط لزوم را از عبارت شیخ مفید در مقنعه و شیخ طوسی در نهاییه فهمیده است و تقریر محل نزاع را در کلمات اصحاب مضطرب دانسته است (نجفی، پیشین: ۱۰۱)، لذا قبض نه شرط صحت است و نه شرط لزوم، بلکه قبض از آثار و احکام عقد رهن است که بعد از تحقق عقد رهن به آن می‌پیوندد و هیچگونه دخالتی در اسباب ماهوی رهن ندارد. این است که مؤلف مفتاح الکرامه می‌نویسد:

«از کسانی که قبض را شرط لزوم عقد رهن می‌دانند، تنها مؤلف کتاب الغنیه به لزوم قبض در عقد رهن تصریح کرده است.» (حسینی عاملی، پیشین: ۱۳۹)

اصل عدم اشتراط رهن به قبض است (طوسی، ۱۴۱۷: ۲۲۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۲: ۴۰۰-۳۹۹).

ثانیاً، آیه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده/ یک) دلیل دیگر عدم شرطیت قبض مورد رهن است؛ زیرا عقد رهن با ایجاب و قبول عقد می‌شود و بر اساس این آیه وفا به آن واجب می‌شود، لذا فقیهانی که از این نظریه پیروی می‌کنند، آیه: «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره/ ۲۸۳) را به دلیل آیه قبلی متروک دانسته و به آن عمل نکرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۴۰۰-۳۹۹؛ ابن ادریس، پیشین: ۴۱۷).

ثالثاً، دلیل اصلی این گروه از فقیهان، تمسک به ظهور نصوص مربوط به رهن است. کیفیت استدلال به این نصوص چنین است که نصوص رهن، ظهور در ترتب احکام بر صدق رهن دارند و این صدق با مسمای رهن، تحقق پیدا می‌کند. بدون اینکه به مسمای قبض یا عدم قبض تعرضی نماید. بدیهی است که صدق رهن، متوقف بر صدق قبض نیست؛ زیرا اگر قبض در صحت یا در لزوم رهن معتبر و دخیل باشد، باید میان رهن مقبوض و رهن غیر مقبوض تفصیل باشد. در غیر این صورت، اغرا به جهل پدید می‌آید؛ در حالیکه پذیرش اولی درست نیست و دومی نیز بر حکیم محال است، لذا ترک تفصیل در این مسئله دلالت بر تعمیم و عمومیت می‌کند. لذا قبض نقشی در صحت و لزوم عقد رهن ندارد و نقش قبض در وثیقه گردیدن عین مرهونه است؛ زیرا اصل، مشروعیت توثیق و رهن است و غالباً آن به قبض مورد رهن انجام می‌پذیرد، بلکه نصوص رهن، قبض عین مرهونه را مفروغ عنه گرفته‌اند، لذا به مجرد اینکه گفته می‌شود: «چیزی رهن است» احکام رهن به ذهن می‌آید. شاید این مسئله موجب توهم شرطیت قبض را در نزد قایل به شرطیت شده است، در حالی که آن اعم از شرطیت است؛ زیرا قول اقوا این است که زمانی که مرتهن قبض مورد رهن را درخواست بکند، تسلیم عین مرهونه بر رهن واجب می‌شود؛ هر چند، قبض مورد رهن شرط صحت و لزوم عقد رهن نباشد. به نظر ما مقصود آیه از: «رهانه» این معناست، چنانکه مؤلف جواهر الکلام می‌گوید: علامه در تحریر این قول را بر گزیده است؛ هر چند علامه در قواعد قول به توقف را انتخاب کرده است (نجفی، پیشین: ۱۰۲)، لذا آیه «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» و جوب قبض رهن را نمی‌رساند.

ترجیح نظریه سوم بر دو نظریه پیشین

نظریه سوم، بر دو نظریه پیشین ترجیح دارد. این مطلب از نقدهای وارد شده بر دو نظریه مذکور و عدم ورود آن نقدها بر نظریه سوم به دست می‌آید. توضیح اینکه دو نوع نقد بر دو نظریه اول وارد

نقدهای استدلال به آیه «فَرِهَانَ مَقْبُوضَةً»

اولاً، توجه به صدر و ذیل آیه: «فَرِهَانَ مَقْبُوضَةً» اثبات می‌کند که این آیه در مقام بیان اسباب ماهوی و یا شرایط وجود الزام رهن نیست، بلکه این آیه، وابسته بودن عقد رهن به قبض را می‌رساند، ولی معنای وابستگی عقد رهن به این معناست که آن از احکام عقد رهن است و بعد از تحقق عقد رهن، به آن می‌پیوندد و هیچ‌گونه دخالتی در صحت یا لزوم عقد رهن ندارد، زیرا قبض در عقد رهن، مانند سایر عقود است و زمانی که عقد رهن با ایجاب و قبول واقع می‌شود، بر رهن لازم است که عین مرهونه را به قبض مرتهن بدهد و اگر قبض، مانند ایجاب و قبول، شرط تحقق باشد، در این صورت، قول خداوند متعال که فرموده است: «مقبوضه» تکرار بی‌فایده می‌شود (علامه حلی، ۱۴۱۲: ۴۰۰-۳۹۹).

ممکن است کسی بگوید آیه مذکور، به قبض مورد رهن امر می‌کند، لذا دلالت بر عدم تحقق رهن بدون قبض می‌نماید؛ زیرا اگر رهن بدون قبض محقق گردد، وصف رهن به قبض خوب نمی‌شد، چنانکه رهن مقبول و موجب خوب نیست، ولی این گفتار، به دو دلیل، ضعیف است: یکی اینکه وصف گاهی برای کشف است، نظیر وصف تجارت به تراضی و دیگری، اینکه قایل به اشتراط، قبض را شرط صحت قرار نمی‌دهد تا عقد رهن بدون قبض تحقق نیابد، بلکه قبض را شرط لزوم قرار می‌دهد و شبهه‌ای نیست که اسم عقد حقیقتاً بر عقد جایز از دو طرف اطلاق می‌شود، ولی بر خلاف آنچه که آن شرط صحت عقد است چنین اطلاقی درست نیست، لذا ظهور عدم اشتراط قوت می‌گیرد (شهید ثانی، پیشین: ۱۲).

ممکن است کسی بگوید: آیه بر رهن شرعی که قبض از اسباب آن است، دلالت می‌کند، لذا اگر مورد رهن قبض نگردد، عقد رهن تحقق پیدا نمی‌کند و در این صورت، عقد رهن با اصل استصحاب عدم منتفی می‌گردد و نوبت به دلیل خطاب [مفهوم وصف] نمی‌رسد و جواب از تکرار آیه در کلمه «مقبوضه»، این است که تکرار در «مقبوضه» وجود ندارد؛ زیرا قول لغوی حجت است، لذا عقد رهن با قبض مورد رهن، شرعی می‌گردد (بحرانی، پیشین: ۲۲۶).

جواب اشکال فوق این است که عنوان رهن بر عقد بدون قبض، صدق می‌کند و عقد رهن، بدون قبض تحقق دارد و این مسئله موجب می‌شود که رهن در تحت عنوان عقد در «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/ یک) و «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۷۱) داخل شود و این دخول، ادعای مذکور را منع می‌کند و اطلاق اخبار زیادی که در برخی احکام رهن وارد شده‌اند، گفتار

ما را تأیید می‌کنند؛ زیرا همه این اخبار، رهن را ذکر کرده، ولی رهن را به قبض مقید نموده‌اند، لذا اگر قبض شرط صحت، یا لزوم عقد رهن می‌بود باید آن قید ذکر می‌گردید و شرط بودن قبض و عدم ذکر آن در اخبار امر مورد پسند نیست، بلکه اگر قبض شرط عقد رهن باشد، تفصیل در عقود پدید می‌آید و در جای خود بیان شده است که عدم ذکر تفصیل، دلیل عموم است. ثانیاً، دلالت آیه بر شرط بودن قبض - اعم از اینکه قبض، شرط صحت یا شرط لزوم باشد - به مفهوم وصف مربوط می‌شود، ولی وصف، در اصل خود، مفهوم ندارد (خراسانی، ۱۳۶۶: ۳۲۰-۳۲۴) و حمل آیه بر مفهوم وصف بر خلاف اصل در وصف است (نجفی، پیشین: ۱۰۰). ممکن است کسی بگوید: شهید ثانی، خلاف این را فرموده است: «صفت گاهی مفهوم دارد، زیرا صفت گاهی برای کشف است.» (شهید ثانی، پیشین: ۱۲)! ولی پاسخ آن، این است که اصل در وصف این است که چنین نباشد، لذا خود او می‌نویسد: «دلالت آیه از جهت مفهوم وصف درست می‌شود و مفهوم داشتن وصف ضعیف است» (همان: ۱۱).

ثالثاً، سیاق آیه در مقام ارشاد به حفظ مال است و حفظ مال، با اقباض تمام می‌شود، چنانکه حفظ مال بدون ارتهان تمام نمی‌شود، پس قبض مقتضای احتیاط است، چنانکه مقتضای احتیاط رهن می‌باشد. همان‌طور که رهن، شرط در دین نیست، همچنین قبض، شرط در رهن نمی‌باشد، لذا شهید ثانی می‌فرماید: «حقیقت این است که وصف در آیه ارشاد برای حفظ مال است، چنانکه کتابت قرض در سفر، ارشاد برای حفظ مال می‌کند» (همان). شهید اول گفته‌اند: «حفظ مال، واجب است و مقدمه آن قبض و واجب است؛ زیرا مقدمه واجب، واجب است» (بحرانی، پیشین: ۲۲۶)، جواب او این است که فقهی به وجوب اخذ رهن قایل نیست.

نقدهای استدلال به روایات

اولاً، روایت: «فَرِهَانَ مَقْبُوضَةً» (حرعاملی، پیشین: ۱۲۴-۱۲۳)، علاوه بر اینکه مشتمل بر اضممار است (یعنی در سند حدیث به جای اسم امام ضمیر آورده شده است و چنین حدیثی حجت نیست)، سند خبر محمد بن قیس از امام باقر یا امام صادق ضعیف است (شهید ثانی، پیشین: ۱۱)، زیرا سند بین ثقة و ضعیف مشترک است؛ زیرا اگر مراد از محمد بن قیس، همان محمد بن قیس بجلی باشد سند شیخ طوسی به او موثق است، ولی اگر این مطلب معلوم نباشد سند حدیث ضعیف است و چون آن معلوم نیست، لذا شهید اول و دیگران آن را مردود

دانسته‌اند. (نجفی، پیشین: ۱۰۳)

اگر کسی بگوید: فقیهان حدیث را مقبول تلقی کرده‌اند، لذا ضعف سند حدیث، به آن ضرری نمی‌زند و عمل به حدیث اضرار نیز اولویت دارد! ولی پاسخ می‌دهیم که ادعای ترجیح اضرار حدیث، دلیل می‌خواهد و کسی بر این ادعا دلیلی نیاورده است و نیز اگر به فرض حدیث تلقی به قبول شده باشد، ولی دلالت آن ظاهر نیست و به اضافه اینکه چنین تلقی در کار نیست. اگر کسی بگوید: مؤلف جواهر الکلام ثقه بودن این حدیث را پذیرفته است و مراد از محمد بن قیس را اینجا به قرینه روایت عاصم بن حمید از وی، محمد بن قیس بجلی و مقصود از ابن سماعه را همان حسن بن محمد بن سماعه دانسته است و طریق شیخ طوسی به آن قوی است، پس روایت از قسم موثق است! (همان: ۱۰۲) جواب این گفتار آن است که مؤلف جواهر الکلام، این مطلب را به این سبب بیان نموده‌اند که مراد از عاصم، همان عاصم بن حمید باشد و مراد از ابن سماعه، همان حسن بن محمد بن سماعه باشد تا منظور از محمد بن قیس معلوم گردد و برای اثبات هر کدام به دلیل نیاز است و ادعا کافی نیست، به عبارت دیگر، مؤلف جواهر الکلام، این مطلب را بنا بر احتمال نهاده است.

ثانیاً، معنای نصوص، نظیر: «لَا رَهْنَ إِلَّا مُبَوَّضاً» این است که عقد رهن از نظر شرع، پیش از تصرف مرتهن در عین مرهونه، تحقق می‌یابد و قبض از احکام و آثار عقد رهن صحیح است که بعد از عقد رهن به آن می‌پیوندد.

بنابراین، نظریه‌ای که مبانی آن صحیح و منطبق با فقه اسلامی است، نظریه سوم می‌باشد. طبق این نظریه، قبض جزو احکام عقد رهن است و نقش آن در عقد رهن ایجاد وثیقه دین مرتهن است و شارع مقدس، قبض را برای وثیقه شدن رهن، مطرح کرده است و این استنباط آنگاه قوی می‌شود که بدانیم، عقد رهن از جمله عقود عهدیه است و دو طرف، عهد می‌بندند که فلان چیز، در برابر قرض رهن وثیقه باشد. قبض و اقباض از سوی مرتهن و رهن در عالم خارج از آثار معامله است، لذا دلیلی بر شرطیت قبض برای صحت یا لزوم عقد رهن باقی نمی‌ماند.

نظریه تحقیق در ارائه راه حل مشکل

این تحقیق دو راه حل را برای توثیق اسناد تجاری پیشنهاد، طرح و اثبات می‌کند: راه حل اول، این است که ما نظریه سوم را مبنا و راه حل فقهی - حقوقی اصلاح ماده ۷۷۲ قانون مدنی تلقی کنیم؛ زیرا اگر این ماده مطابق نظریه سوم اصلاح گردد،

مشکل لزوم قبض عین مرهونه حل می‌گردد، آنگاه این راه حل وجیه خواهد بود که نقدهای خاص و عام بیان‌شده را بپذیریم و نظریه سوم را بر دو نظریه نخست ترجیح دهیم، ولی تا زمانی که قانونگذار ماده ۷۷۲ قانون مدنی را در عمل قانونی بر اساس نظریه سوم اصلاح نکرده است، باید این ماده را و نیز نظریه اول مشهور فقیهان که هردو، قبض عین مرهونه را شرط صحت عقد رهن می‌دانند مبنای تفسیر توثیق اسناد تجاری و هر رهن دیگری قرار داد و حکم به عدم امکان توثیق اسناد تجاری با عقد رهن فقهی - مدنی به علت بروز مشکل لزوم قبض مورد رهن گردد. در این صورت، راه حل دوم این تحقیق مبنای توثیق اسناد تجاری خواهد بود.

راه حل دوم و اصلی تحقیق حاضر برای حل مشکل این است که توثیق اسناد تجاری عقدی نامعین و مستحدثه یا نوپیداست و مقررات حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی - اعم از پیمان‌ها، کنوانسیون‌ها و قوانین یکنواخت بین‌المللی - بر احکام اختصاصی آن حاکم و ناظر هستند و اینگونه منابع حقوقی تجارت، احکام اختصاصی آن را تفسیر می‌کنند، چنانکه احکام اساسی و عمومی آن مطابق احکام اساسی و عمومی سایر عقود است. این گفتار بدان معناست که وثیقه‌گذاری اسناد تجاری از نوع عقود مستحدثه است که به علت نیازهای جدید روزگار پدید آمده است و عقد رهن فقهی - مدنی و معین قانون مدنی آن ناسازگار با آن است. اسم این عقد نامعین را عقد توثیق تجاری یا عقد رهن بازرگانی می‌گذاریم و این اصطلاح را در مقابل دو اصطلاح عقد رهن معین و رهن قضایی استعمال می‌کنیم. عقد رهن معین، عبارت از عقدی است که مواد ۷۷۱ تا ۷۹۴ قانون مدنی بر آن دلالت می‌کنند و آن، وفق ماده ۷۷۱ این قانون، عبارت از عقد معینی است که به موجب آن، مدیون، مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. رهن قضایی، عبارت یک نوع عمل حقوقی است که مواد ۲۲۴ تا ۲۶۹ - مبحث چهارم فصل هشتم - قانون آیین دادرسی مدنی سابق، مواد ۱۰۸ تا ۱۲۹ - مبحث اول فصل ششم باب سوم - قانون آیین دادرسی مدنی فعلی، مواد ۹۹ تا ۱۰۴ - مبحث هشتم فصل دوم - قانون اجرای احکام مدنی و ماده ۲۹۲ قانون تجارت ایران بر آن دلالت می‌کنند. مستفاد از مواد مذکور، این است که رهن قضایی، یک نوع عمل حقوقی است. این عمل حقوقی، به درخواست مدعی علیه یا محکوم علیه و به موجب حکم و قرار تأمین دادگاه تحقق می‌پذیرد و اموال محکوم علیه یا مدعی علیه توقیف می‌شود، لذا می‌توان گفت رهن قضایی صفت مالی از اموال محکوم علیه یا مدعی علیه است که به موجب قرار تأمین دادگاه توقیف می‌شود. به عبارت دیگر، مالی

که از جهت قضایی در قید است و طلق نیست را توثیق قضایی می‌گویند، ولی توثیق تجاری، عبارت از یک نوع عمل حقوقی و در قالب عقد نامعین است که طرفین عقد، آن را بر اساس اراده خود ایجاد می‌کنند و طبق این عمل حقوقی، بانک، تاجر یا شخصی سند تجاری را نزد بانک، تاجر یا شخص دیگری برای تضمین دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حسن انجام کار و کسب اعتبار به وثیقه و رهن می‌گذارد تا اگر وثیقه‌گذار و رهن، تعهد خود را انجام ندهد، وثیقه‌گیر و مرتهن طلب خود را از سند تجاری که برای وثیقه انجام تعهد نزد اوست، وصول کرده و طلب خود را از آن برداشت کند.

ادله فقهی - حقوقی این راه حل، مبانی حاکمیت اراده بر عقود و قراردادهای، نظیر: آیه: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/ یک) و روایت: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (طوسی، ۱۳۶۵: ۳۷۱) در حقوق اسلامی و ماده ۱۰ قانون مدنی هستند و به این ترتیب، راه حلی در توثیق اسناد تجاری ایجاد می‌شود و ویژگی آن این است که: اولاً، مبنای آن منطبق با حقوق اسلامی و قانون مدنی است و ثانیاً، مقررات تجارت داخلی و بین‌المللی بر آن حاکم است.

نتیجه‌گیری و بحث

طبق نظر مشهور فقیهان، قبض عین مرهون، شرط صحت یا شرط لزوم عقد رهن است و طبق صراحت ماده ۷۷۲ قانون مدنی، قبض عین مرهون، شرط صحت رهن می‌باشد، ولی در توثیق اسناد تجاری نظیر برات، سفته و چک، رهن، چیزی، جز برگ یا سند تجاری را در تصرف مرتهن قرار نمی‌دهد و محل آن، نزد مثلاً، نزد رهن، براتگیر و غیر باقی می‌ماند، لذا توثیق اسناد تجاری با عقد رهن مدنی با مشکل قبض مورد رهن مواجه می‌شود.

بررسی فقهی - حقوقی دو نظریه مشهور فقیهان که قبض مورد رهن را یا شرط صحت و یا شرط لزوم عقد رهن دانسته‌اند، اثبات می‌کند که مبانی نظریه‌های آنها قابل نقد بوده و این تحقیق اثبات نمود که ادله آنها مخدوش هستند و تنها نظریه‌ای که مبانی فقهی - حقوقی آن صحیح است و بر مبانی درستی بنا گردیده است، نظریه سوم، یا قول خلاف مشهور فقیهان است. این قول، قبض مورد رهن را جزو احکام عقد رهن می‌داند ولیکن باید دانست که قانون مدنی در ماده ۷۷۲ خود از نظریه اول مشهور فقیهان پیروی کرده است و قبض مورد رهن را شرط صحت عقد رهن اعلام کرده است و نظریه دوم و سوم فقیهان با نظر قانون مدنی تعارض دارند، لذا نظریه سوم، دو ایراد ظاهری دارد: یکی،

تعارض آن با ماده ۷۷۲ قانون مدنی است و دیگری، تعارض آن با دو قول مشهور فقیهان است، ولی نظریه سوم، مزایایی نیز دارد: اولین مزیت این نظریه، صحت مبانی فقهی - حقوقی آن است و مخالفت قول مشهور با ادله قوی و مبانی صحیح‌تر مشکلی ایجاد نمی‌کند و این مبنا، به ویژه در مواردی که راه حل ایجاد می‌نماید، موضع صحیح و مورد تأکید است، لذا به این ترتیب، ایراد تعارض این نظریه با قول مشهور حل می‌شود. مزیت دوم این نظریه، آن است که زمینه‌ساز اصلاح قانون مدنی، به ویژه ماده ۷۷۲، برای انطباق آن با توثیق اسناد تجاری است و اگر چنین عمل قانونی اتفاق بیفتد و قانون مدنی در مسئله قبض مورد رهن اصلاح گردد، توثیق اسناد تجاری با عقد رهن فقهی - مدنی ممکن می‌شود و تعارض این نظریه با ماده ۷۷۲ قانون مدنی پایان می‌یابد، ولی تا زمانی که چنین مسئله‌ای در عمل قانونی اتفاق نیفتاده است، مشکل بیان‌شده باقی است و باید قبض مورد رهن را در قانون مدنی، شرط صحت عقد رهن تلقی کرد و حکم به ناسازگاری عقد رهن مدنی و توثیق اسناد تجاری در مسئله قبض داد.

این تحقیق با لحاظ وضع موجود قانون مدنی این راه حل اصلی را برای حل مشکل توثیق اسناد تجاری پیشنهاد و اثبات کرد که ماهیت توثیق اسناد تجاری را عقد نامعین یا توثیق قراردادی مستحدثه و نوپیدا تلقی کنیم و مبنای فقهی - حقوقی آن را ادله حاکمیت اراده بر عقود و قراردادهای، نظیر آیه «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و روایت «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» در حقوق اسلامی و ماده ۱۰ قانون مدنی بدانیم و این نهاد فقهی - حقوقی را با مقررات حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی تفسیر نماییم.

منابع

- قرآن کریم.
ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰). السرائر. ج ۲. قم: مؤسسه النشر الاسلامیه. چاپ دوم.
ابن براج، قاضی عبدالعزیز. (۱۴۰۶). المهدب. ج ۲. تحقیق به اشراف سبحانی. قم: مؤسسه النشر الاسلامیه.
----- (۱۴۱۱). جواهر الفقه تحقیق ابراهیم محمدر قم: مؤسسه النشر الاسلامیه. چاپ اول.
ابن حمزه، محمد بن علی الطوسی. (۱۴۰۸). الوسيلة الي نيل الفضيلة، تحقیق شیخ محمد حسون. قم: مکتبه السید المرعشی. چاپ اول.
ابن قدامه، عبدالله بن احمد بن محمد. (بی‌تا). المغنی. ج ۴. تحقیق جماعتی از علما. بیروت: درالکتاب العربی.

- ابن منظور، محمد بن مكرم. (۱۴۰۵). لسان العرب. ج ۷. ق: نشر ادب الحوزه. ابراهیم أنیس. عبد الحليم منتصر. عطيه صوالحي و محمدخلف الله احمد. (۱۴۱۲). المعجم الوسيط. ق: مكتب نشر الثقافة الاسلامية. چاپ چهارم. اسكینی، ربیعا. (۱۳۷۳). حقوق تجارت. اسناد تجاری. تهران: سمت. چاپ اول. امامی، سیدحسن. (۱۳۷۱). حقوق مدنی. ج ۲. تهران: کتابفروشی اسلامیه. چاپ یازدهم. بحرانی، یوسف. (۱۳۷۷). الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة. ج ۲. تحقیق محمدتقی ایروانی. ق: مؤسسه النشر الاسلامیه. چاپ اول. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۲). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش. چاپ ششم. حرعالمی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). وسائل الشیعة الي تحصيل المسائل الشریعة. ج ۱۳. تصحیح محمد رازی. بیروت: احیاء دارالتراث. حسینی عاملی، محمد جواد. (۱۴۱۹). مفتاح الكرامة. ج ۵. تحقیق محمدباقر خالصی. ق: مؤسسه النشر الاسلامیه. چاپ اول. حلّی، ابوالصلاح. (۱۴۰۳). الكافي في الفقه. تحقیق رضا استادی. اصفهان: مكتبة اميرالمؤمنين. حلّی، حسن بن یوسف بن علی مطهر حلّی اسدي [علامه حلّی]. (بی تا). تذکرة الفقهاء. المكتبة الرضوية لاحیاء التراث الجعفریه. ق: چاپ سنگی. ----- (۱۴۱۲). مختلف الشیعة. ج ۵. تحقیق لجنة التحقيق. ق: مؤسسه النشر الاسلامیه. چاپ اول. حمزه بن عبدالعزيز الدیلمی، (۱۴۱۴). المراسم العلویة في احكام النبوة، تحقیق سیدمحسن حسینی امینی. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی. چاپ اول. خراسانی، محمدکاظم. (۱۳۶۶). کذایة الاصول. کتابفروشی اسلامی. چاپ ششم. خوانساری، سیداحمد. (۱۳۵۵). جامع المدارک في شرح المختصر النافع. ج. تحقیق علی اکبر غفاری. تهران: مکتبه الصدوق. چاپ دوم. دهخدا، علی اکبر. (۱۳۴۱). لغت نامه دهخدا. ج ۱۴. تهران: دانشگاه تهران. بی جا. زیدی، محمدمرتضی حسینی. (بی تا). تاج العروس. بیروت: المکتبه الحیاء. ستوده تهرانی، حسن. (۱۳۷۴). حقوق تجارت. ج ۳. نشر دادگستر. چاپ اول. شهید ثانی. (بی تا). الروضة البهیة في شرح اللمعة الدمشقیة. ج ۳. تعلیق محمد کلانتری. بیروت: دارالعالم الاسلامی. ----- (۱۴۱۳). مسالك الافهام الي تنقیح شرائع الاسلام. ج ۴. ق: تحقیق و نشر مؤسسه المعارف الاسلامیه. چاپ اول. صقری، محمد. (۱۳۸۰). حقوق بازرگانی اسناد. تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ اول.
- طباطبای، سیدعلی. (۱۴۰۴). ریاض المسائل في بیان الحكم بالدلائل، ج ۱. مؤسسه آل البيت. ق: چاپ سنگی. طریخی، فخرالدین. (بی تا). مجمع البحرین. ق: نشر الثقافة الاسلامیه. طوسی، محمدبن حسن [شیخ]. (۱۳۸۷)، المبسوط، ج ۲، تصحیح و تعلیق محمدتقی کشفی، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، تهران. ----- (۱۴۱۷). الخلاف. ج ۳. تحقیق سیدعلی خراسانی. سیدجواد تهرانی و محمدمحمدی نجفی. ق: النشر الاسلامیه التابعه لجامعه المدرسین. چاپ اول. ----- (بی تا). النهاية في مجرد الفقه و الفتاوی. ق: قدس محمدی. ----- (۱۳۶۵). تهذیب الاحکام في شرح المتعنة. ج. تحقیق سیدمحمدحسن موسوی خراسانی و تصحیح محمد آخوندی. تهران: دارالکتب الاسلامیه. چاپ چهارم. عاملی، محمد جمال الدین مکی [شهید]. (۱۴۰۶)، اللمعة الدمشقیة، ق، دارالناصر. چاپ اول. ----- (۱۴۱۲). الدروس. ق: انتشارات اسلامی. چاپ اول. فاضل مقداد، ابوعبدالله جمال الدین مقداد سیوری حلّی. (۱۳۸۴)، کزالعرفان. ج ۲. تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی. چاپ اول. قانون آیین دادرسی مدنی سابق. قانون آیین دادرسی مدنی فعلی. قانون اجرای احکام مدنی مصوب اول آبان ماه ۱۳۵۶. قانون تجارت. قانون متحدالشکل زانو راجع به برات و سفته در سال ۱۹۳۰. قانون متحدالشکل زانو راجع به چک در سال ۱۹۳۲. قانون مدنی ایران. محقق حلّی، جعفر بن حسین [محقق حلّی]. (۱۴۱۵)، شرائع الاسلام، ج ۱. بیروت: مؤسسه المعارف الاسلامیه. چاپ اول. مراغهای، میر عبدالفتاح الحسنی المراغی. (۱۴۱۷). العناوین الفقهیة، ق، مؤسسه النشر الاسلامیه. چاپ اول. مفید، محمدبن محمدبن نعان. (۱۴۱۰). المتعنة. ق، تحقیق و نشر مؤسسه النشر الاسلامیه. چاپ دوم. موسوی بجنوردی، محمد. (۱۳۷۴). «نقش قبض در عقد رهن». فقه اهل بیت. شماره ۳. صفحات ۱۷۹-۲۰۱. میرزای قمی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰). جامع الشتات. ج ۱. تهران: کیهان. چاپ دوم. نجفی، محمدحسن. (۱۹۶۱). جواهر الکلام. ج ۲۵. تحقیق و تعلیق محمد قوجانی. بیروت: دارالاحیاء التراث العربیة. چاپ هفتم. نصیری، مرتضی. (۱۳۸۱). حقوق تجارت بین المللی در نظام حقوق ایران، تهران: امیر کبیر. چاپ اول.