

مطالعه تطبیقی ماهیت قبض در عقد رهن

مرتضی شهبازی‌نیا*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران

ابراهیم تقی‌زاده

دانشیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، تهران

مهدی رضایی امین

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور، تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۲/۳۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۲/۱۷)

چکیده

از دیرباز نقش قبض در عقود عینی مورد اختلاف فقها و حقوقدانان بوده است. نظر مشهور، قبض را جزئی از ارکان عقد می‌داند. بر این مبنا تا زمانی که قبض محقق نشود، عقد منعقد نشده و فاقد اثر است. ولی در قانون مدنی در خصوص نقش قبض در عقد رهن سکوت اختیار شده است. بدین توضیح که برخلاف موادی چون ۴۷، ۳۶۴ و ۷۹۸ قانون مدنی در خصوص نقش قبض در حبس، بیع صرف و هبه که صراحتاً قبض را از ارکان عقد دانسته و بدون تحقق آن وقوع عقد را منتفی می‌داند، چنین قیدی در خصوص عقد رهن دیده نمی‌شود. این سکوت را باید ناشی از ابهامی دانست که از نظر تحلیلی در مورد نقش قبض وجود دارد. در این نوشتار ضمن بررسی اقوال مختلف با نگاهی نو به موضوع پرداخته شده است و با تحلیل ارکان عقد و قصد مشترک طرفین به این نتیجه رسیدیم که قبض در عقد رهن در واقع نوعی تعلیق در استقرار آثار عقد است و نه یکی از ارکان عقد.

واژگان کلیدی

ارکان، آثار، تعلیق، شرط، صحت، عقد معلق.

مقدمه

با وجود تصریح قانون مدنی در شرطیت قبض در برخی از عقود مثل حبس، بیع صرف و هبه (موادی چون ۴۷، ۳۶۴، ۷۹۸ ق.م)، در مورد نقش قبض در عقد رهن سکوت کرده است، این سکوت را باید ناشی از ابهامی دانست که از نظر تحلیلی در مورد نقش قبض در عقد رهن وجود دارد. در واقع مدعیان تلقی قبض به عنوان شرط صحت رهن به مفهوم مخالف قسمت پایانی ماده ۷۷۲ استناد می‌کنند. مطابق این ماده: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست». در واقع از قسمت پایانی ماده می‌توان استنباط کرد که قبض شرط صحت معامله است، ولی استمرار آن شرط صحت نیست. در این مقاله در پی اثبات نادرستی این برداشت هستیم.

مؤلفان حقوقی به پیروی از نظر مشهور در فقه، قبض را از ارکان عقد رهن می‌دانند. در حالی که با مقایسه مواد مربوط به رهن با سایر عقود عینی تفاوت دیدگاه قانونگذار مشخص می‌شود. بدین توضیح که قانونگذار در مورد اینکه قبض در رهن، همانند قبض در هبه است، تردید دارد. از نظر تحلیلی نیز طرفین چنین نقشی برای قبض در نظر نمی‌گیرند. در عین حال قابل انکار نیست که قبض از نظر طرفین یعنی پابندی به تعهدات قرارداد و استقرار آثار و لزوم عقد. ولی این قصد مشترک کمابیش در همه عقود وجود دارد. این قانونگذار است که قبض در بیع را دارای اثری متفاوت از قبض در هبه اعلام می‌کند و مبنای آن را باید صرفاً یک قرارداد (اعتبار) دانست، زیرا به لحاظ تنوری و تحلیل قصد مشترک بین قبض در بیع با قبض در هبه تفاوتی وجود ندارد.

سکوت قانونگذار را باید مبتنی بر حکمتی دانست که از طریق تحلیل مواد قانونی و پیشینه فقهی باید به مقصود وی پی برد. در این مقاله با چالش کشیدن نظریه مشهور به قبض در رهن با دیدی دیگر نگرین شده است. مؤلفان اثر حاضر در پی اثبات این نکته برآمدند که اساساً قبض در رهن شرط صحت عقد نیست، بلکه قبض در واقع نوعی معلق علیه است که با تحقق آن آثار عقد جاری می‌شود. بر همین مبنا بین زمان ایجاب و قبول رهن و مرتهن تا زمان قبض، رهن نمی‌تواند در رهینه تصرفی کند که نافی حقوق مرتهن باشد (برخلاف هبه و وقف). در راستای این نظریه نخست پیشینه آن در فقه بررسی و سپس با مطالعه تطبیقی آن در حقوق فرانسه و مصر نظریه برگزیده در حقوق ایران ارائه و نقد و بررسی خواهد شد.

۱. ماهیت قبض در فقه

به طور کلی در فقه در خصوص ماهیت قبض در عقد رهن سه نظریه مطرح شده است. در ذیل در بندهایی جداگانه به بررسی این نظرها می‌پردازیم.

۱.۱. نظریه قبض به عنوان یکی از ارکان تحقق رهن

برخی فقها قبض را همانند ایجاب و قبول، یکی از ارکان سبب عقد دانسته و هم رده با آنها می‌دانند (شهید اول، ۱۴۱۰ق: ۱۱۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۰ق: ۴۳۱)؛ یعنی مادام که عین مرهونه تحت سلطه و اختیار مرتهن قرار نگیرد، عقد رهن شرعاً واقع نمی‌شود (خمینی، ۱۴۰۹ق: ج ۲: ۳) و عقیده دارند چون عقد رهن از احکام امضایی است (میرزای قمی، ۱۴۱۳ق: ج ۱: ۱۸۲)، عرفاً، رهن بدون قبض را تصور ننموده و قبض را جزئی از مفهوم رهن می‌دانند (طباطبایی، ۱۴۱۸ق: ج ۹: ۱۹۰)؛ یعنی مفهوم عرفی رهن این است که اگر راهن دین خود را نپردازد، وی بتواند آن را از عین مرهونه وصول کند. البته قائلان به این نظر شرطیت قبض را فقط در مقام وقوع عقد رهن (رهن ابتدایی) لازم دانسته و پذیرفته‌اند که استمرار قبض شرط صحت رهن نیست (فاضل مقداد، ۱۴۲۵ق: ج ۲: ۶۰)، زیرا چنانچه پس از قبض، عین مرهونه مجدداً به راهن برگردد، شک می‌کنیم که آیا رهن منفسخ شده است یا خیر که با تمسک به استصحاب حکم به بقای رهن می‌دهیم (علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۲: ۱۱۶). بنابراین نظریه قبض شرط صحت رهن است و مقصود از صحت به مفهوم تحقق و وقوع آن است و نه به مفهوم صحیح در مقابل بطلان عقد؛ زیرا بحث از صحت و بطلان ماهیتی که اساساً ایجاد نشده است و جاهت ندارد (سلار دیلمی، ۱۴۰۴ق: ۱۹۳).

قائلان به این نظریه برای اثبات ادعای خود به دلایل مختلفی استناد جسته‌اند: اولین دلیل آنها دلالت صریح آیه ۲۸۳ سوره بقره^۱ است که در تفسیر آن گفته‌اند به موجب این آیه تحقق رهن بدون قبض مطلوب شرع نخواهد بود (طبرسی، ۱۴۰۸ق: ج ۲: ۶۸۶). پس تا قبض صورت نگیرد، رهن از نظر شرعی منعقد نخواهد شد (شیخ طوسی، ۱۴۱۳ق: ج ۲: ۳۰۸)؛ در مقابل، در پاسخ به این استدلال، برخی فقها دلالت این آیه را امری ندانسته بلکه آن را ارشادی تفسیر کرده‌اند، بدین مفهوم که چنانچه در سفر بودید و کاتبی جهت نگارش عقد رهن نبود، رهن با قبض تکمیل می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۴: ۱۱). دلیل دوم دو روایت محمدبن قیس از ابی جعفر(ع) است، بدین مضمون: «لا رهن إلا مقبوضاً» و «لایکون الرهن إلا مقبوضاً» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۱۳: ۱۲۴). به این دلیل نیز ایراد شده که سند روایت ضعیف است (فخر المحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۲: ۲۵).

سومین دلیل، نظر اکثر فقها (نجفی، ۱۴۰۴ق: ج ۲۵: ۱۰۱) و حتی اجماع آنهاست (طبرسی، ۱۴۰۸ق: ج ۲: ۶۸۶). به نظر می‌رسد ادعای اجماع فقها با توجه به مخالفت جمعی از فقها (که به

۱. قره‌آن مقبوضه.

شرح آتی خواهد آمد) قابل پذیرش و اتکا نخواهد بود. بعضی نیز در تقویت این نظر استدلال کرده‌اند که دلیلی بر صحت رهن بدون قبض وجود ندارد، بلکه ادله ولو به صورت ناقص حکایت از صحت رهن پس از تحقق قبض دارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۵: ۴۳۰). بر این نظریه این‌گونه ایراد شده است که قائلان به این نظریه که می‌گویند عقد رهن بدون قبض محقق نخواهد شد، قبض را نیز همانند قصد و رضای طرفین، از ارکان تحقق رهن دانسته‌اند و نتیجه نظریه آنها عدم امکان اجبار راهن به اقباض عین مرهونه است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۱۱۷). برخی بر آن ایراد کرده‌اند که قبض عملی خارجی است و در اجرای قصد طرفین جایی ندارد، بنابراین معقول نیست قبض که امری خارجی و مادی است بر امری باطنی و ماهوی مثل ماهیت رهن دخیل باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴: ۲۰۰). به نظر می‌رسد علاوه بر ایراد مطروحه فوق این دیدگاه از این حیث نیز واجد اشکال باشد که: از طرفی برخلاف اصل رضایی بودن عقود است، زیرا به موجب این اصل صرف ایجاب و قبول برای تحقق عقد رهن کفایت می‌کند و قبض در تحقق آن دخیل نخواهد بود؛ از طرف دیگر عرف نیز قبض عین مرهونه را از آثار عقد رهن می‌داند و از نظر ماهوی اثر عقد در تحقق آن نمی‌تواند دخیل باشد.

۲.۱. نظریه قبض به عنوان شرط لزوم رهن

طبق این نظر تا زمانی که قبض محقق نشده باشد، رهن جایز بوده و از جانب راهن قابل فسخ است و پس از قبض است که از جانب راهن لازم می‌گردد (شیخ مفید، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۶۲۲). بر این مبنا چون عقد رهن، عقدی احسانی است (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۳: ۱۸۶)، مادام که قبض صورت نگرفته است، از جانب راهن قابل فسخ خواهد بود، پس راهن را نمی‌توان اجبار به قبض کرد، چون هنوز الزامی از طرف عقد متوجه او نیست؛ یکی از اثرات جواز رهن قبل از قبض، انفساخ آن در صورت فوت یا حجر راهن قبل از اقباض عین مرهون توسط راهن است (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۴: ۵۶). لیکن برخی فقها گفته‌اند که جواز عقد رهن قبل از قبض را نباید با عقود جایز دیگر مانند وکالت، عاریه، و... قیاس کرد، چراکه در رهن قبل از قبض برعکس عقود اذنی دیگر (وکالت، عاریه) با فوت یا حجر راهن، عقد رهن منفسخ نمی‌گردد، زیرا عقد رهن به نحو صحیح واقع شده، ولی التزام طرفین به آن منوط به قبض است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۷-۱۹). این نظر در فقه حنفی و شافعی (ابن رشد، ۱۴۱۵ق، ج ۲: ۲۲۲) و خصوصاً فقه حنبلی (ابن قدامه، ۱۹۶۸م، ج ۴: ۳۶۸) نیز طرفدارانی دارد و صراحتاً قبض را شرط لزوم عقد رهن دانسته‌اند. قائلان به این نظر همانند قائلان به نظر اول استمرار قبض را شرط لزوم رهن نمی‌دانند و حتی در خصوص عدم لزوم استدام در تصرف آن ادعای اجماع نیز شده است (ابن زهره، ۱۴۱۷ق: ۲۴۳). این‌گونه استدلال کرده‌اند که با تحقق قبض، قطعاً عقد رهن کامل شده و چنانچه مجدداً عین مرهونه به

راهن برگردد، شک در انفساخ عقد رهن و برائت ذمه راهن خواهیم کرد که بقای تعهدات راهن و "لزوم رهن" استصحاب می‌گردد (محقق ثانی، ۱۴۱۴ق، ج: ۵: ۹۵). اما در فقه عامه، شافعی همانند فقه امامیه استدام قبض را شرط لزوم نمی‌داند، لیکن حنفیه و حنبلی استمرار قبض را شرط لزوم عقد دانسته و عقیده دارند چنانچه عین مرهونه از قبض مرتهن خارج گردد، عقد رهن جایز و در صورت اقباض مجدد لازم می‌گردد (ابن‌قده، ۱۹۶۸م، ج: ۴: ۳۷۰).

طرفداران این نظر برای اثبات ادعای خود دلایل چندی ارائه کرده و گفته‌اند که اولاً طرفداران نظریه شرطیت قبض در صحت رهن که جهت اثبات ادعای خود به آیه ۲۸۳ سوره بقره استناد جسته‌اند؛ به مفهوم وصف رهن که «مقبوض» است استناد جسته‌اند، این استدلال، ضعیف است، زیرا قبض عین مرهونه، وصف عقد رهن است، از وصف عقد رهن نمی‌توان ارکان آن را استنباط کرد. از طرفی از مفهوم «مقبوضاً» در آیه نیز نمی‌توان به راحتی گذشت. از این رو همانند وقف و هبه، قبض «سبب لزوم عقد رهن» می‌گردد (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج: ۴: ۵۶). ثانیاً این آیه جنبه ارشادی دارد و مؤید این توجیه این است که نه تنها استمرار قبض شرط نیست، بلکه از ابتدا قبض کردن شخص مرتهن نیز الزامی نیست (همان)؛ یعنی چنانچه آیه جنبه امری داشت، متعلق این امر از ابتدا تا انتهای عقد رهن بود، از این رو در صورت استرداد عین مرهونه به راهن، عقد رهن باید باطل می‌شد، در حالی که به اجماع فقهای امامیه این گونه نیست، بنابراین این آیه جنبه امری ندارد.

علاوه بر ایراد مذکور برخی فقها بر این نظر این گونه ایراد کرده‌اند که اگر رهن قبل از قبض از عقود جایز باشد و هر آن احتمال فسخ آن توسط راهن برود، پس تا زمانی که فسخ نشده است، باید همانند عقود جایز اثر داشته باشد، در حالی که قائلان به این نظر امکان اجبار راهن را به اقباض عین مرهونه - که از اثرات عقد رهن ولو به نحو جایز است - ممکن نمی‌دانند (فخرالمحققین، ۱۳۸۷: ج: ۲: ۲۵).

به نظر می‌رسد با توجه به مفهوم "لزوم" در فقه که اغلب در مقابل "جایز" به کار می‌رود و اینکه فقها هیچ‌گاه عقد جایز را فاقد اثر حقوقی نمی‌دانند و با توجه به اینکه قائلان به این نظریه اثری برای عقد رهن قبل از تحقق قبض قائل نیستند، بنابراین برخلاف مدعای طرفداران این نظریه که قبض را شرط "لزوم" رهن می‌دانند، مفاد نظر آنها به مفهوم لازم شدن رهن (در مقابل جواز آن) با تحقق قبض نخواهد بود، زیرا در این صورت قبل از تحقق قبض نیز باید رهن را جایز بدانند، در حالی که چنین نیست، پس این نظریه نمی‌تواند ماهیت قبض را در رهن توجیه کند.

۳.۱. نظریه قبض به عنوان اثر عقد رهن

بعضی دیگر از فقها هیچ اثری برای قبض قائل نیستند (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ج: ۵، ۳۹۹) و قبض را یکی از آثار عقد رهن می‌دانند، به عبارت دیگر طبق این نظریه رهن از نظر ماهوی با ایجاب و قبول واقع می‌شود (قاضی ابن‌براج، ۱۴۱۱ ق: ۶۵) و قبض در تحقق یا لزوم آن تاثیری ندارد (ابن‌ادریس حلی، ۱۴۱۰ ق، ج: ۲، ۴۱۷)، بلکه قبض از احکام آن است که بعد از تحقق عقد به آن می‌پیوندد (قاضی ابن‌براج، ۱۴۱۱ ق، ج: ۲، ۴۶). بنابراین پس از ایجاب و قبول رهن واقع شده محسوب و اجرای مفاد آن بر رهن نیز لازم است (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ ق: ۲، ج: ۲، ۲۹۷-۲۹۸). این نظریه البته در مذهب مالکی نیز طرفدارانی دارد (سید سابق، ۱۹۷۷ ق: ۳، ۱۵۶). یکی از آثار این نظر بی‌اثر بودن فوت و حجر رهن پیش از قبض عین مرهونه است.

قائلان به این نظر برای اثبات ادعای خود به دلایل متعددی تمسک جستند: اولاً اولین دلیل آنها انتقاد از دلایل روایی و دلالت آیه مورد استناد قائلان به نظریه شرطیت قبض در صحت رهن است که از آیه ۲۸۳ سوره بقره نمی‌توان شرطیت قبض را استنباط کرد، زیرا در این آیه مسائل متعددی را از جمله گرفتن شاهد برای عقود و تعهدات و نیز مکتوب کردن آنها مطرح کرده است؛ همان‌گونه که هیچ فقیهی تاکنون استدلال نکرده است که از این آیه می‌توان لزوم مکتوب بودن و گرفتن شاهد برای عقود استنباط کرد، پس نمی‌توان لزوم قبض در رهن را نیز استنباط کرد (خوانساری، ۱۴۰۵ ق، ج: ۳، ۳۴۳). به علاوه چنانچه قبض همانند ایجاب و قبول حقیقتاً شرط تحقق رهن باشد و اینکه آیه فقط به لزوم قبض برای تحقق رهن دلالت کند و از ایجاب و قبول (که همانند قبض در تحقق آن دخیل‌اند)، سخنی به میان نیاورد، صحیح نیست. بنابراین آیه جنبه ارشادی دارد (علامه حلی، ۱۴۱۳ ق، ج: ۵، ۴۰۰). ثانیاً روایت مستند شرطیت قبض در رهن به‌ویژه روایت «محمد بن قیس از ابی جعفر (ع)» از حیث سند بسیار ضعیف بوده و حجت نیست (شهبان، ۱۴۱۳ ق، ج: ۴، ۱۱). پس از رد مستندات قائلان به نظریه شرطیت قبض با تمسک به «اصل عدم شرطیت» و عموم «أوفوا بالعقود» حکم بر «عدم شرطیت قبض» در وقوع و حتی لزوم عقد رهن داده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ج: ۱۳، ۱۸۷).

۲. ماهیت قبض در عقد رهن در حقوق تطبیقی

۲.۱. حقوق فرانسه

در این نظام وثائق به دو گروه وثایق عینی^۱ و وثایق شخصی^۲ تقسیم می‌شود. وثیقه‌های عینی نیز براساس لزوم تصرف به دو گروه تقسیم می‌شوند: نخست وثیقه‌هایی که تصرف در آنها

1. Surete Re'elle.
2. Surete Personnelle

ضرورت ندارد^۱، و رهن غیرمقبوض نامیده می‌شوند؛ دوم وثیقه‌هایی که تصرف در آنها ضرورت دارد^۲ و رهن مقبوض نامیده می‌شوند، اقسام این‌گونه قراردادها در ذیل مطالعه می‌شوند.

۲.۱.۱. رهن غیرمقبوض

این نوع از قراردادهای توثیقی صرفاً در مورد اموال غیرمنقول کاربرد دارند و مبنای قانونی و حتی قضایی علاوه بر قرارداد می‌تواند سبب توثیق آنها گردد (Mozeaud, 1988: 54) (مواد ۲۱۱۴ تا ۲۱۲۱ قانون مدنی فرانسه) و قبض شرط صحت آنها نیست، اما انعقاد آنها زمانی محقق می‌شود که سند رسمی آن نزد دو سردفتر یا یک سردفتر و دو شاهد تنظیم شده باشد (ماده ۲۱۲۷ ق.م فرانسه). در این نوع رهن با اینکه مال مرهون در تصرف رهن نیست، ولی رهن می‌تواند آن را در دست هر کسی بیابد، توقیف و طلب خود را از محل فروش آن وصول کند و نسبت به سایر طلبکاران نیز حق تقدم دارد (Vocabulaire juridique, 1996: 401) با تدقیق در عبارات قانون می‌توان نتیجه گرفت که در این‌گونه قراردادها قانونگذار تنظیم سند رسمی را جایگزین قبض کرده است.

۲.۱.۲. رهن مقبوض

به موجب ماده ۲۰۷۱ قانون مدنی رهن مقبوض «عقدی است که به موجب آن مدیون شیئی را برای وثیقه دین به طلبکار خود تسلیم می‌کند» و بسته به اینکه مال موضوع توثیق منقول باشد یا غیرمنقول، به Gage - که در آن فقط اموال منقول تسلیم می‌گردند - و Antichrese - که در آنها اموال غیرمنقول به منظور رهن تسلیم می‌شوند - تقسیم می‌گردد (ماده ۲۰۷۲ همان قانون).

۲.۱.۲.۱. رهن مقبوض منقول

در ترهین اموال منقول در حقوق فرانسه (Gage) ضرورت دارد مال مرهون به تصرف مرتهن درآید و در ید مرتهن به‌عنوان امانت است و صرفاً برای تضمین وصول مطالبات خود آن را در اختیار دارد، لذا حق استفاده از منافع آن را ندارد (ماده ۲۰۷۹ قانون مدنی فرانسه) و منافع کماکان به رهن تعلق دارند. به موجب ماده ۲۰۷۶ قانون مدنی فرانسه: «در همه موارد تا وقتی که مال مرهون به طلبکار تسلیم نشود و در تصرف او یا شخص ثالث مورد توافق طرفین قرار نگیرد، حق تقدم (مرتهن) بر مال مرهون مستقر نمی‌شود». بعضی حقوقدانان فرانسه با

1. Hypotheque
2. Nantissement

استناد به همین ماده معتقدند که قبض از ارکان عقد رهن نیست، بلکه کارکردی غیر از دلیل استناد مرتهن جهت اعمال حق رجحان در برابر اشخاص ثالث ندارد، یعنی بدین وسیله است که اشخاص ثالث از وثیقه و حق رجحان مرتهن نسبت به مال آگاه می‌شوند و در روابط معاملاتی خود در خصوص آن مال دقت لازم را به عمل می‌آورند (Marty, 1978: 78). به نظر آنها مقنن در این ماده نه از عقد، بلکه از حق تقدم طلبکار دارای وثیقه سخن گفته است، پس این ماده وقوع و تحقق رهن را ولو قبل از قبض پذیرفته، لیکن قبض را شرط قابلیت استناد عقد رهن برای مرتهن در مقابل سایر طلبکاران قرار داده است. در حقوق فرانسه برخلاف حقوق ایران، استمرار قبض شرط صحت رهن است و رد اختیاری مورد وثیقه سبب انحلال رهن خواهد شد (Similer et Delebecque, 2000: 529). اما با وجود نظرهای حقوقدانان، رویه قضایی فرانسه در آرای متعددی بر عینی بودن این نوع رهن نظر داده و قبض را یکی از ارکان آن دانسته بود.^۱

اگرچه به مرور این دیدگاه در رویه قضایی فرانسه تحول یافته تا جایی که بدواً ضمن پذیرش اینکه عقد Gage جزء عقود عینی است، اما مادام که مال مرهون به مرتهن تسلیم نشود، رهن را در مقابل سایر طلبکاران قابل استناد ندانسته و وضعیت حقوقی عقد رهن را در این حالت بطلان نسبی اعلام کرده بود.^۲ سپس در رأی جدیدتر که از دیوان کشور فرانسه صادر شده است، این تحول را ادامه داد و دیدگاه عینی بودن عقد رهن را به طور کلی کنار نهاد و با این عبارت که "چنانچه قبض در رهن صورت نگیرد، آنچه واقع شده است، چیزی جز وعده رهن نیست"^۳ قبض را به عنوان یکی از ارکان تحقق عقد رهن ندانسته تا حدودی به دکترین فرانسه نزدیک شده است (همان، ش ۵۲۹).

۲.۲.۱.۲. رهن مقبوض غیر منقول

در رهن مقبوض برای اموال غیر منقول در حقوق فرانسه (antichrèse) نیز که به موجب بند ۱ ماده ۲۰۸۵ تنها به صورت مکتوب قابل اثبات است، قبض مال ضرورت دارد و به همین لحاظ است که حقوقدانان فرانسه آن را عقد عینی دانسته‌اند (Mazeaud et Chabas, 1988, vol 3: 96). در این نوع قراردادها تمامی آثار رهن مقبوض اموال منقول از جمله لزوم قبض آن مترتب خواهد بود.

قانون مدنی فرانسه رهن اموال را بر مبنای لزوم یا عدم لزوم قبض به رهن مقبوض که در آن عین مرهونه لزوماً باید به قبض مرتهن درآید (و بسته به نوع مال مورد رهن به رهن

1. Cass. Civ. 21 Mrs 1938, DH1938, 257.

2. Cass. Com, 12 Nov 1958, Bull. Civ. III, N 387.

3. Cass. 1^{re} civ, 6 Janv 1994, Bull. civ. I, N4, JCP 1994, 13765, N18.

مقبوض منقول و رهن مقبوض غیرمنقول تقسیم می‌شود) و رهن غیرمقبوض که ضرورتی به تسلیم عین مرهونه نیست، تقسیم کرده و به هر کدام از آنها در موادی جداگانه پرداخته و احکام متفاوتی بر آنها بار شده است؛ ولی در قانون مدنی ایران این تفکیک به عمل نیامده و رهن همه اموال تابع مقرراتی واحد و یکسان‌اند (ابوعطا، ۱۳۸۷: ۲۳)؛ پس عملاً در حقوق ایران نمی‌توان احکام اقسام مختلف اموال را از همدیگر جدا کرد، از این رو ناگزیر به توجیه مقررات کنونی و پاسخ به این پرسش خواهیم بود که تأثیر قبض مورد نظر در ماده ۷۷۲ ق.م در عقد رهن چیست؟ و ماهیت قبض در عقد رهن با کدام یک از نهادهای حقوقی ما سازگار است؟

۲.۲. حقوق مصر

قانون مدنی مصر، حقوق ناشی از توثیق را که نسبت به اموال ایجاد می‌شود، به دو نوع تقسیم کرده است؛ «رهن رسمی» که به موجب ماده ۱۰۳۱ قانون مدنی مصر «... تنها به موجب سند رسمی منعقد می‌گردد» و «عقدی است که به موجب آن بستانکار حق عینی نسبت به غیرمنقول اختصاص یافته به دین خود، تحصیل می‌کند...» (ماده ۱۰۳۰) و دوم «رهن الحیازی» یا رهن تصرف که «...عقدی است که به موجب آن شخصی تعهد می‌کند به عنوان تضمین...به بستانکار...مالی موجد حق عینی به نفع بستانکار تسلیم کند...» (ماده ۱۰۹۶). رهن رسمی فقط نسبت به اموال غیرمنقول قابل تحقق است و یکی از ارکان تحقق آن ثبت رسمی عقد می‌باشد، اما قبض در آن هیچ ضرورتی ندارد (سنهوری، ۱۹۷۰، ج ۱۰: ۲۶۸). ماده ۱۲۸۵ قانون مدنی عراق نیز مورد مشابهی از رهن رسمی را در نظام حقوقی خود پذیرفته است. شایان ذکر است که در حقوق مصر صرفاً اموال غیرمنقول می‌توانند موضوع عقد رهن رسمی قرار گیرند.

اما در «رهن الحیازی» یا «رهن بالتصرف» برعکس رهن رسمی، ثبت رکن آن محسوب نمی‌شود، ولی قبض و تسلیم مال مورد رهن الزامی است؛ و اموال منقول و غیرمنقولی که به طور مستقل از طریق مزایده قابل فروش باشند، می‌توانند موضوع رهن بالتصرف قرار گیرند (ماده ۱۰۹۷ قانون مدنی مصر). بنابراین می‌توان گفت در رهن بالتصرف، تسلیم مال مورد رهن جانشین ثبت رسمی آن شده است؛ حال باید دید آیا در حقوق مصر قبض همانند ثبت در «رهن رسمی» از ارکان عقد «رهن بالتصرف» محسوب می‌شود؟ جایگاه قبض در «رهن بالتصرف» چیست؟

پاسخ به این پرسش مستلزم بررسی سوابق قانونی مصر و اصلاحات صورت گرفته در آن است. قانون مدنی قدیم مصر به موجب مواد ۵۴۰ و ۶۶۲ به صراحت قبض را رکن «رهن بالتصرف» قلمداد کرده بود (سنهوری، ۱۹۷۰، ج ۱۰: ۲۷۴). اما مواد مذکور به موجب ماده ۱۰۹۶ قانون مدنی اصلاح و لحن آن به نحوی است که دیگر نمی‌توان قبض را از ارکان تحقق رهن

بالتصرف دانست (همان). پس در قانون مدنی کنونی مصر رهن بالتصرف عقدی است رضایی که به مجرد ایجاب و قبول بدون نیاز به تسلیم منعقد می‌گردد و ماهیت قبض در این قسم از رهن را به تبعیت از فقه عامه «شرط لزوم و ترتب آثار» عقد رهن دانسته‌اند (همان). ناگفته نماند در این نوع از رهن برعکس رهن رسمی، مال مرهون تا استیفای دین نزد مرتهن می‌ماند و چنانچه در اثنای قرارداد به مرتهن برگردد، عقد رهن منفسخ می‌شود و از این حیث با رهن رسمی متفاوت است.

۳. ماهیت قبض در عقد رهن در حقوق ایران

در این قسمت نخست نظر مشهور و سپس نظریه برگزیده بررسی می‌شود.

۳.۱. نظریه مشهور

ماده ۷۷۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست». این ماده دو بخش دارد؛ بخش نخست که مقرر می‌دارد "مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود..." لزوم قبض عین مرهونه در عقد رهن از ابتدا را می‌رساند، حال اینکه ماهیت قبض چیست، نظرهای مختلفی بین فقها مطرح شده است که به تفصیل بیان شد؛ و بخش دوم که مقرر می‌دارد: "...استمرار قبض شرط صحت معامله نیست" حکمی خاص را در خصوص عدم لزوم استمرار قبض تا پایان عقد رهن صرف نظر از اینکه در ابتدای عقد رهن قبض تحقق یافته یا خیر جهت صحت آن معین کرده است. با تدقیق در ماده یادشده ممکن است به نظر برسد که در بخش نخست ماده نیز حکم مذکور در بخش دوم جهت صحت و تکمیل عقد رهن، ضرورت دارد. حال باید دید آیا این دو بخش از ماده دو حکم مجزا را بیان کرده است، پس احکام این دو بخش نیز باید به صورت مجزا تفسیر شوند؟ یا اینکه هر دو بخش با هم حامل حکمی واحد برای عقد رهن هستند، پس همزمان و توأمان باید تفسیر شوند، از این رو قبض در هر دو بخش از ماده مذکور یک ماهیت و یک نقش دارد؟ در تفسیر این ماده و نقش قبض در عقد رهن بین حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. گروهی با تفسیر هر دو بخش ماده و ارتباط آنها با هم، قبض را از ارکان عقد رهن دانسته و اعتقاد دارند چنانچه صرفاً بخش اول ماده ۷۷۲ وجود داشت، عقد رهن می‌توانست عقدی رضایی قلمداد شود. اما با دخالت بخش دوم ماده این گونه نتیجه می‌شود که قبض در ایجاد رهن عنصری بدون تأثیر نیست، بلکه برای کامل ساختن عقد ضرورت دارد، زیرا قبض استمراری مورد نظر در بخش دوم همان قبض اولیه در آغاز عقد رهن و حتی ادامه آن است

که با گذشت زمان منقضی نشده است (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۴؛ ۴۵۳؛ امامی، ۱۳۸۲، ج ۲؛ ۴۱۵). پیروان این نظریه با توسل به مفهوم مخالف بخش دوم ماده، قبض را شرط صحت عقد رهن دانسته‌اند و به عبارت دیگر ماهیت قبض را در هر دو بخش از ماده همسان پنداشته، استدلال کرده‌اند که اگرچه استمرار قبض شرط صحت عقد رهن پس از تحقق نیست، لیکن مفهوم مخالف شق دوم این ماده می‌رساند که "تحقق قبض شرط صحت رهن در حین انعقاد است"، زیرا منظور از قبض در هر دو بخش از ماده یکی است و قبضی که انقضای آن در ادامه عقد رهن سبب انحلال رهن نمی‌گردد، همان قبضی است که در ابتدای رهن واقع شده است؛ نتیجه عملی پذیرش این نظر، عدم تکمیل و عدم تحقق عقد رهن پیش از قبض است.

برخی دیگر از حقوقدانان تفسیر دیگری از این ماده ارائه داده و با دخالت نقش فعال ایجاب و قبول در تشکیل ماهیات اعتباری، ماهیتی هرچند ناقص برای عقد رهن که هنوز قبض آن صورت نگرفته است، قائل شده و بر این عقیده‌اند که عقد رهن قبل از اقباض باطل و خلاف قانون نیست. اگر باطل بوده باشد، اقباض بعدی رهنه نمی‌تواند باطل را صحیح کند. مثلاً اگر راهن مجنون دائمی بوده، آیا اقباض رهنه عقد رهن باطل را صحیح می‌کند. بنابراین نتیجه گرفته‌اند که عقد رهن ولو بدون قبض نیز صحیح است، ولی از جانب راهن قابل فسخ است، اما آثار قانونی رهن زمانی ظاهر می‌شود که اقباض هم محقق شده باشد (لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۱). پس قبض، منشأ آثار عقد رهن است، یعنی رهن واقع شده و صحیح هم است، اما به لحاظ جواز آن از جانب راهن هنوز اثری ندارد (همان) و پس از قبض است که آثار آن شروع شده و اعمال می‌شوند (همان). مبنای این نظر را می‌توان نظریه «قبض شرط لزوم عقد رهن» در فقه دانست، با این تفاوت که علاوه بر «لزوم»، منشأ «آثار عقد رهن» را نیز قبض دانسته است.

در انتقاد از این نظریه می‌توان گفت اولاً در حقوق ایران از نظر ماهوی منشأ آثار قراردادها را اغلب «رضا» به عنوان رکنی از اراده دانسته‌اند و نمی‌توان جایی غیر از اراده طرفین (مثل قبض) برای ترتب آثار قراردادها در نظر گرفت؛ ثانیاً یکی از مقدمات این نظریه، صحت و وقوع عقد رهن ولو به صورت جایز از جانب راهن قبل از تحقق قبض (همانند سایر عقود جایز) است، در قراردادهای جایز مثل وکالت و عاریه پس از ایجاد مادام که فسخ نشده‌اند واجد آثار حقوقی‌اند، اما براساس این نظریه رهن پیش از قبض با اینکه ایجاد شده است، هیچ اثری نخواهد داشت. بنابراین این نظریه نیز که بر مبنای جواز عقد رهن ارائه شده است، نمی‌تواند بیانگر مقصود قانونگذار باشد.

۲.۳. نظریه برگزیده

پس از طرح نظریات مختلف اکنون نظریه برگزیده را بررسی می‌کنیم

۳.۲.۱. مفاد این نظریه

ادله و استدلال‌ها هر کدام از نظرهای مطروحه در تفسیر قانون مدنی از مبانی محکمی برخوردار است و هیچ‌کدام از آنها را نمی‌توان به راحتی کنار گذاشت؛ از طرفی نظر نخست مبنی بر رکن بودن قبض در تحقق رهن بر پایه نظرهای فقهایی بنا نهاده شده است که حتی ادعای اجماع آنها نیز مطرح شده است. از طرف دیگر نظر دوم نیز مبانی استدلالی قوی و قابل پذیرشی دارد که به راحتی انکارشدنی نیست؛ مشکل زمانی بیشتر می‌شود که از متن قانون به عنوان اولین پایگاه تفسیر آن نیز نمی‌توان مصادیقی در تأیید یا انکار هر کدام از این نظرها درآورد؛ پیروان هر دو نظر حتی نظری که قانون مدنی را قائل به رکن دانسته، قبض در تحقق رهن می‌داند به شدت به آن انتقاد دارند، انتقادی به حق و قابل استماع که از واقعیاتی اجتماعی آب می‌خورد و ذهن ناخودآگاه و مصلحت‌اندیش حقوقدان را به سمتی سوق می‌دهد که نظری را که بیشتر با واقعیات عرفی سازگار است، بپذیرد که نه از صراحت قانون مدنی عبور کرده باشیم و نه مصلحت اجتماعی را فدا کنیم، از این رو ضرورت دارد راهکاری مبتنی بر اصول و قواعد قابل پذیرش حقوقی ارائه شود.

از طرفی با تدقیق در عبارات قانون مدنی می‌توان دریافت که قانونگذار نیز در رکن دانستن قبض در عقد رهن تردید داشته و از لزوم قبض در ابتدای انعقاد رهن با سکوت گذشته و گرنه همانند عدم لزوم استمرار قبض در ادامه عقد رهن صراحتاً تعیین تکلیف می‌کرد؛ بنابراین قانونگذار در خصوص لزوم قبض در ابتدای عقد رهن سکوت کرده است. از طرف دیگر، با بازخوانی پروسه انعقاد عقد رهن و بررسی نقش قبض در آن شاید بتوان حسنات هر دو نظر را با هم جمع کرد و ماهیت جدیدی از رهن و لزوم قبض در آن ارائه داد؛ مهم‌ترین حُسن نظر اول (که در نتیجه تفسیر همزمان دو شق از ماده استنباط شده است) صراحت قانون مدنی مبنی بر نقش داشتن قبض در عقد رهن صرف نظر از نوع نقش آن است، یعنی از مجموع دو بخش ماده، نفس لزوم قبض در عقد رهن قابل استنباط است، پس در دخیل بودن قبض در عقد رهن (صرف نظر از نوع تأثیر آن) نباید تردید داشت. حُسن نظر دوم هم صحیح دانستن عقد رهن قبل از قبض است، این حُسن البته با اصل صحت، اصل رضایی بودن عقود و بسیاری از اصول و مبانی حقوقی تقویت می‌شود؛ یکی دیگر از حسنات نظریه دوم نبود هر گونه اثر برای عقد رهن پیش از تحقق قبض است (صرف نظر از اینکه رهن پیش از قبض را جایز دانسته پس باید اثر داشته باشد)، یعنی نظریه دوم با وجود تحقق عقد رهن به نحو صحیح اثری برای آن قائل نشده است. پس از یک طرف از صراحت قانون مدنی بر دخالت قبض در عقد رهن (صرف نظر از نوع و زمان دخالت آن) نمی‌توان گذشت و از طرف دیگر، اصول و مبانی حقوقی حکم بر صحت رهن پیش از قبض می‌دهند، البته رهنی که هنوز اثر ندارد. از برآیند حسنات این دو

نظریه می‌توان رهن قبل از قبض را عقدی دانست که به‌نحو صحیح واقع شده است، ولی هیچ‌گونه اثری ندارد تا زمانی که قبض تحقق می‌یابد؛ شبیه‌ترین نهادی که در حقوق ما به این ماهیت نزدیک است، نهاد عقد معلق است که تأثیر آن موقوف بر امر دیگری شده است، یعنی با وجود تحقق عقد به‌نحو صحیح اثر قانونی ندارد. پس شاید بتوان در نتیجه این شباهت نظریه «رهن معلق» را که جامع این حسنات است، به‌عنوان نظریه برگزیده معرفی کرد. بدین صورت که «به حکم قانون، عقد رهن، معلق بر تحقق قبض» شده است، از این رو رهن تا حصول معلق‌علیه (قبض) علی‌رغم صحت، آثار قانونی ندارد. به این ترتیب هم حُسن نظریه اول را دارد، زیرا همانند نظریه اول قبض را در عقد رهن دخیل دانسته‌ایم، چرا که مادام که قبض تحقق نیابد رهن اثر نخواهد داشت، و هم حُسن نظریه دوم را، زیرا ایجاب و قبول طرفین را برای انعقاد رهن کافی دانسته‌ایم. از طرف دیگر از انتقادات وارده بر این نظریات نیز مصون است، زیرا انتقاد وارد بر نظریه اول را که ایجاب و قبول طرفین را برای تحقق عقد کافی ندانسته بر آن وارد نیست، و انتقاد وارد بر نظریه دوم را که قائل به جواز رهن بوده ولی اثری برای آن قائل نشده نیز وارد نخواهد بود، زیرا نه‌تنها رهن معلق بلکه هیچ عقد معلق آثار قانونی ندارد.

۲.۲.۳. انتقادات وارد بر این نظریه و پاسخ آنها

آنچه گفته شد تلاشی است به‌منظور پاسخگویی به جدلی که تا کنون نیز ادامه داشته، پس مصون از ایراد نخواهد بود. اولین ایرادی که می‌توان بر این نظر گرفت، این است که در قراردادهای معلق شرط تعلیق با اراده طرفین، ماهیت اعتباری را عقیم کرده است؛ یعنی طرفین با آگاهی و آزادی کامل این‌گونه خواسته‌اند که ماهیت اعتباری معلق بر امری محتمل باشد، ولی در این نظریه شرط تعلیق را (قبض را) قانون بر رهن بار کرده است، بنابراین رهن قبل از قبض را نمی‌توان رهن معلق دانست، زیرا معلق‌علیه آن از اراده طرفین نشأت نگرفته است، پاسخ به این ایراد را باید در قابلیت یا عدم قابلیت قانونگذار در ایجاد معلق‌علیه جست‌وجو کرد و برای اثبات توان قانونگذار مثال‌های متعددی از قوانین را آورد که قانون حتی منشأ ایجاد تعهد – که کامل‌ترین چهره آزادی اراده در ایجاد ماهیات اعتباری است – نیز می‌باشد، از جمله ماده ۲۱۹ قانون مدنی که عقود را که بر طبق قانون واقع شده باشند، به «علت قانونی» یعنی به حکم قانون (و نه اراده طرفین) از جمله خیارات مجلس، حیوان،... که هیچ‌کدام مبنایی ارادی ندارند قابل فسخ دانسته است؛ پس قانونی که می‌تواند تعهدی بر شخص بار کند یا قراردادی که اراده طرفین آن را ایجاد کرده است بر هم زند، به طریق اولی می‌تواند شرطی تعلیقی نیز برای قراردادی خاص تعیین کند و در عقد رهن این کار را کرده است.

دومین ایراد بر این نظر ناشی از اوصاف معلق‌علیه است و اینکه چنانچه رهن را معلق بر قبضی بدانیم که در اختیار و با اراده رهن صورت می‌گیرد، نمی‌توان معلق‌علیه واقعی دانست، زیرا معلق‌علیه نباید امری ارادی و در اختیار یکی از طرفین باشد؛ در پاسخ به این ایراد نیز می‌توان گفت آنچه در اوصاف معلق‌علیه منع شده، اموری است که تنها عنصر وجودی آنها اراده یکی از طرفین است، مانند ماهیات اعتباری مثل بیع و وکالت، مثلاً رهن بگوید این ساختمان را در رهن طلب شما می‌گذارم معلق بر اینکه این خودرو را بیع کنم، قطعاً این معلق‌علیه حقیقی نخواهد بود. اما چنانچه معلق‌علیه امری مادی صرف باشد یا اینکه ترکیبی از امر مادی و ارادی باشد، می‌تواند معلق‌علیه قرار گیرد، قبض نیز این‌گونه است؛ عرف، قبض را امری مادی می‌داند اگرچه باید با اختیار مالک مال انجام گیرد، اما ذات آن را این اختیار ایجاد نمی‌کند، به همین لحاظ چنانچه مال مورد رهن از قبل و بدون اراده رهن در تصرف مرتهن باشد عرف قبض و تسلیم را تحقق یافته می‌داند (ماده ۳۷۴ ق.م)، پس همان‌گونه که در مفهوم قبض در بخش اول این مقاله آمد، عرفاً قبض به اعمال فیزیکی مادی اطلاق می‌گردد که سبب استیلا طرف مقابل ولو بدون اراده مالک بر مال می‌گردد (امامی، ۱۳۸۲: ۴۴۹). بنابراین عنصر وجودی قبض برعکس ماهیات حقوقی اراده نیست. به علاوه، نمونه‌هایی از پذیرش افعال مادی ارادی را به‌عنوان معلق‌علیه در آثار نویسندگان حقوقی نیز می‌توان یافت. از جمله مثال ساخت ارادی خانه در مسئله «خانه‌ای را فروختم اگر ظرف یک سال برای من خانه بسازی» (شهیدی، ۱۳۸۴: ۷۰) یا در عقد بیع، «انفساخ آن معلق بر رد ثمن از سوی خریدار به بایع ظرف شش ماه شود» (همان: ۵۶-۶۴). ملاحظه می‌شود که «ساخت خانه» در مثال اول و «استرداد ثمن» در مثال دوم همانند قبض «افعال مادی ارادی» هستند که در معلق‌علیه بودن آنها تردیدی نیست. از این رو این ایراد نیز وارد نیست؛ پس، با همین استدلال ایراد احتمالی نبودن تحقق قبض نیز وارد نیست، زیرا قبض عملی ارادی صرف نیست که بگوییم کاملاً در اختیار رهن است و اگر بخواهد می‌تواند آن را به تأخیر بیندازد، پس چنانچه مال الرهانه به تصرف مرتهن ولو بدون اراده رهن در بیاید قبض تحقق یافته است.

۳.۲.۳. ارزیابی نظریه و آثار آن

ممکن است در بادی امر به نظر برسد که «رهن معلق» همانند نظریه «قبض به‌عنوان شرط صحت» رهن باشد. اما با آن تفاوت‌های اساسی دارد، زیرا اولاً از حیث وقوع و عدم وقوع با همدیگر متفاوت‌اند، چه، در نظریه «رهن معلق» عقد رهن ایجاد شده و صحیح است، ولی در نظریه «شرط صحت» عقد رهن اساساً به‌وجود نیامده است، ثانیاً اگرچه در نظریه شرط صحت هیچ‌گونه آثاری را به لحاظ عدم تحقق عقد نمی‌توان برای رهن قائل شد، چراکه قبل از تحقق

قبض ماهیت حقوقی در هر درجه‌ای به وجود نیامده است، لیکن در نظریه «رهن معلق» چون رهن وجود اقتضایی یافته است، مرتهن می‌تواند مانع تصرفات منافی با این حق خود توسط راهن گردد. مثلاً مانع تغییر ماهیت مال مورد رهن مثلاً تخریب کامل ساختمان و تبدیل آن به زمین شود (همان: ۷۶) که مهم‌ترین اثر این نظریه نیز همین است. نکته دیگری که ذکر آن در اینجا ضروری است و نتیجه آن به هماهنگ کردن این نظریه با مفاد ماده ۷۷۲ قانون مدنی می‌انجامد، این است که با توجه به اینکه مبنای نظریه رهن معلق بر پایه اصل رضایی بودن عقود و اصل عدم دخول شرط بنا نهاده شده است، بنابراین در صورت تحقق معلق‌علیه (قبض) عقد رهن از زمان انشا اثر می‌گذارد و قبض اثر قهقرایی دارد، زیرا این اثر از رهن مورد تمایل طرفین هنگام انعقاد عقد بوده است، وگرنه عقد رهن رضایی نبود، به عبارت دیگر «رهن معلق» از بین اصناف عقد معلق (همان: ۱۰۳) «عقد معلق فرضی» محسوب می‌شود؛ یعنی فرض طرفین در صورت تحقق معلق‌علیه بر جریان آثار عقد از زمان انشاست. بر عکس نظریه شرط صحت که قبض را از ارکان عقد رهن می‌داند و با تحقق قبض عقد رهن تکمیل شده و از زمان قبض (نه از زمان انشا) آثار خود را می‌گذارد.

نکته مهم دیگر اینکه در نظریه رهن معلق همانند کلیه قراردادهای معلق اگرچه نمی‌توان راهن را الزام به اقباض کرد، ولی نمی‌توان نتیجه گرفت که رهن معلق کالعدم است و روابط حقوقی طرفین آن همانند روابط حقوقی پیش از وقوع آن است، زیرا رهن معلق پیش از تحقق قبض وجودی اقتضایی یافته است و اتفاقاً پس از تحقق قبض (برعکس نظریه شرط صحت) از زمان انشا اثر خواهد داشت.

اثر عملی دیگری که رهن در این نظریه خواهد داشت، این است که با توجه به اینکه رهن وجود اقتضایی یافته است، اگرچه هنوز اثری ندارد، ولی نمی‌توان آن را نیز باطل انگاشت، بنابراین محاکم هرگز حکم بر بطلان رهنی که مرتهن در انتظار قبض آن نشسته است، نخواهند داد. آخرین نکته اینکه «رهن معلق» از بین صور سه‌گانه واجب، «واجب معلق» محسوب می‌شود، همانند حج تمتع که انشای وجوب حج، معلق به استطاعت مالی است یا تکلیف قانونگذار به پرداخت مالیات سالانه که معلق به کسب حد نصاب مقرر در قانون توسط مؤدی است. چنانچه حد نصاب را کسب کند، حج واجب سال مالی گذشته باید ادا شود یا مالیات سال ولو گذشته باشد را پرداخت کند، در هر دو مثال مذکور اثری را بر وضعیتی که زمان آن

۱. عقد معلق با تعلیق ماهیت را به دو گونه می‌توان تحلیل کرد: یکی «عقد معلق فرضی» که در آن طرفین اراده می‌کنند اگر معلق علیه واقع شود عقد در همان زمان انشا محقق گردد، پس در صورت تحقق معلق‌علیه آثار عقد از زمان انشا جریان می‌یابد. و دوم: «عقد معلق ترتبی». اراده طرفین انشای عقدی است که پس از حصول معلق‌علیه محقق می‌گردد، پس آثار عقد بعد از تحقق معلق‌علیه جریان می‌یابد (شهیدی، ۱۳۸۴، ش ۷۰).

گذشته است بار کرده و رهن معلق نیز این گونه است، یعنی ماهیت رهن، معلق بر تحقق قبض است، در صورت حصول قبض، رهن از زمان انشا آثار خود را می‌گذارد. این کاشفیت معلق علیه در ماده ۱۱۷۹ قانون مدنی فرانسه نیز پذیرفته شده است. از این رو می‌توان نتیجه گرفت که اگرچه قانون ایران در مورد اثر قهقرایی آن ساکت است، لیکن اثر قهقرایی داشتن آن با مبانی فقهی و قانونی ما منافاتی ندارد.

براساس این نظریه مقصود از «صحت» در شق اول ماده ۷۷۲ قانون مدنی «صحت» به معنی «نفوذ» آن است و نه صحت به معنی تحقق عقد؛ از این رو در صورت حصول معلق علیه (قبض) رهن از حالت تعلیق درمی‌آید و «نافذ» می‌شود و آثار قانونی خود را می‌گذارد. ناگفته نماند قانونگذار ایران با تصویب ماده ۴۲ قانون دریایی در سال ۱۳۴۳- که قبض را شرط صحت رهن کشتی ندانسته-، تحول در نظام توثیقی خود را آغاز کرد و با تصویب قانون معادن در سال ۱۳۷۷ (ماده ۹) که شناسنامه معدن را قابل توثیق معرفی کرده و ماده ۱۰ قانون تسهیلات بانکی و کاهش هزینه‌های طرح و تسریع در اجرای طرح‌های تولیدی و افزایش منابع مالی بانک‌ها مصوب ۱۳۸۶- که صراحتاً عواید آتی طرح موضوع قرارداد را وثیقه معرفی می‌کند- و دستورالعمل توثیق اوراق بهادار مصوب ۱۳۸۹ هیأت مدیره سازمان بورس که هیچ‌یک از مصادیق آنها عینیت ندارند که قابل قبض و رهن باشند، کماکان این تحول را ادامه می‌دهد.

۴. نتیجه‌گیری

جایگاه قبض در ارکان عقد رهن همواره مورد بحث و اختلاف نظر فقها و حقوقدانان بوده است، این اختلاف نظر مختص فقه امامیه و حقوق ایران نیست، بلکه در فقه عامه و نیز حقوق کشورهای خارجی از جمله فرانسه و مصر نیز وجود داشته و دارد؛ مشهور فقها با استناد به آیه ۲۸۳ سوره بقره و روایت محمد بن قیس از ابن جعفر (ع) قبض را شرط صحت عقد رهن دانسته‌اند و برای اثبات ادعای خود به مفهوم عرفی رهن تمسک کردند؛ بدین توضیح که عرف رهن بدون قبض را تصور نکرده و قبض را جزئی از مفهوم عرفی رهن می‌داند؛ بر مبنای این نظر، قبض همانند ایجاب و قبول یکی از ارکان عقد رهن است و بدون تحقق قبض، رهن واقع نمی‌شود، البته صرف نظر از ایرادات وارده بر دلالت ادله نقلی این نظر، این گونه ایراد شده است که قبض عملی خارجی است، و در اجزای قصد طرفین جایی ندارد، پس معقول نیست که برامری باطنی و ماهوی مثل ماهیت رهن دخیل باشد.

بعضی فقها و حقوقدانان، ضمن پذیرش تأثیر قبض در عقد رهن، اثر آن را صرفاً التزام راهن به مفاد رهن یعنی شرط لزوم عقد رهن می‌دانند، براساس این نظر مادام که قبض محقق نشده رهن جایز بوده و از جانب راهن قابل فسخ است. بر این نظر نیز این گونه ایراد شده

است که حال که عقد رهن بدون قبض از عقود جایز است، پس تا زمانی که قبض صورت نگرفته، رهن همانند سایر عقود جایز باید اثر داشته باشد، درحالی که قائلان به این نظر هیچ اثری برای رهن قبل از تحقق قبض قائل نیستند.

برخی فقها با تمسک به اصل عدم شرطیت و اصل رضایی بودن عقد هیچ گونه جایگاهی برای قبض در انعقاد عقد رهن قائل نیستند و عقیده دارند که قبض اثر رهن است؛ البته این نظر با توجه به انگیزه مرتهن در انعقاد عقد رهن که وصول مطالبات از طریق تملک عین مرهونه است، طرفداران زیادی پیدا نکرده است.

در فرانسه و مصر نیز همین مسائل مطرح شده است. تا جایی که حتی قانونگذاران آنها در مواردی اقدام به تقنین مفهوم قبض در بعضی از مصادیق اموال کرده‌اند.

اگرچه هر کدام از نظریات مطروحه درباره توجیه نقش قبض در عقد رهن مورد ایراد و انتقادات متعددی قرار گرفته‌اند، هر کدام از آنها از مبانی محکمی برخوردار است. از طرف دیگر، ضروریات زمان اقتضای پذیرش نظری را می‌کند که به راحتی حکم بر بطلان عقدی ندهیم که مدلول اراده طرفین بوده است، آن هم به لحاظ عدم تحقق شرطی (قبض) که اکنون عملاً دیگر واقع نمی‌شود؛ بنابراین نظریه رهن معلق را که به موجب آن عقد رهن، معلق بر قبض است، به نظر وجیه‌ترین نظر جهت تحلیل ماهیت و نقش قبض در رهن دانست، زیرا اولاً ایجاب و قبول طرفین عقد رهن، عقیم نمانده است، چه، فرض این است که ایجاب و قبول رهن تحقق یافته و همین برای صحت آن کافی است؛ ثانیاً قبض نیز در جریان انعقاد عقد رهن واجد اثر قلمداد شده، زیرا مادام که قبض محقق نشده است، رهن اثر حقوقی ندارد، پس از صراحت قانون مدنی نیز عدول نکرده‌ایم؛ ثالثاً اگرچه رهن علی‌رغم وقوع اثر ندارد، با انعقاد آن ولو به صورت معلق روابط حقوقی طرفین آن متحول شده و دیگر همانند پیش از انعقاد آن نیست؛ به علاوه همانند عقود جایز نیز نیست که اثر داشته ولی قابل فسخ باشد؛ رابعاً همین وجود اقتضایی نیز مانع پاره‌ای دخالت‌ها توسط راهن می‌گردد، عرف نیز همین حد از تأثیر قبض در عقد رهن را می‌پذیرد. بنابراین نظریه رهن معلق برای توجیه ماهیت قبض در عقد رهن را می‌توان نظریه‌ای عرفی و مبنایی دانست که در عین حال از صراحت قانون نیز عدول نکرده است.

منابع

الف) فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۸۲). حقوق مدنی، ج شانزدهم، تهران: نشر اسلامیه.

۲. ابوعطا، محمد (۱۳۸۷). شرطیت قبض در رهن در حقوق ایران و فرانسه، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، سمنان، ش ۲۳.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۵). مجموعه محشی قانون مدنی، ج پنجم، تهران: گنج دانش.
۴. ----- (۱۳۸۸). الفارق، ج دوم، تهران: گنج دانش.
۵. ----- (۱۳۸۸). رهن و صلح، ج سوم، تهران: گنج دانش.
۶. شهیدی، مهدی (۱۳۸۳). اصول قراردادهای و تعهدات، ج دوم، تهران: مجد.
۷. ----- (۱۳۸۶). سقوط تعهدات، ج چهارم، تهران: مجد.
۸. صفایی، سید حسین (۱۳۵۱). حقوق مدنی - تعهدات و قراردادهای، تهران: مؤسسه عالی حسابداری.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۴). عقود معین، وثیقه‌های دین، ج هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. ----- (۱۳۸۳). قواعد عمومی قراردادهای، ج ششم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۶). قواعد فقه، ج دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلام.
۱۲. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۴). «نقش قبض در عقد رهن»، فقه اهل بیت (ع)، قم، ش ۳.

ب) عربی

۱۳. ابوالولید محمد بن احمد، معروف به ابن رشد حنفی (۱۴۱۵ق). بدایه المجتهد و نهایه المقتصد، ج دوم، قم: دارالفکر.
۱۴. ابومحمد، موفق الدین، عبدالله بن احمد، معروف به ابن قدامه (۱۳۸۸ ه.ق، ۱۹۶۸ م). المغنی، قاهره: مکتبه القاهره.
۱۵. اسدی حلی، حسن بن یوسف مطهر، معروف به علامه حلی (۱۴۱۴ق). تذکره، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۱۶. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱ق). کتاب المکاسب مصحح: محمدجواد رحمتی - سید احمد حسینی، قم: منشورات دارالذخائر.
۱۷. بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان (۱۴۱۳ق). معروف به شیخ مفید، المقنعه، قم: انتشارات کنگره جهانی شیخ مفید.
۱۸. حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم، تصحیح محمداقبر خالصی.
۱۹. حلبی، حمزه بن علی حسینی، معروف به ابن زهره (۱۴۱۷ق). غنیه النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
۲۰. حلی، حسن بن یوسف مطهر، اسدی، معروف به علامه حلی (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۲۱. ----- (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۲. حلی، حسن بن یوسف مطهر، معروف به فخرالمحققین (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، تصحیح سید حسن، کرمانی و عبدالرحیم، بروجردی، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. حلی، حسن بن یوسف، علامه حلی (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۴. حلی، محمد بن منصور بن احمد، معروف به ابن ادریس حلی، (۱۴۱۰ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، ج دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۵. خمینی موسوی (ره)، روح‌الله (۱۴۰۹ق). تحریر الوسیله، قم: دارالکتب العلمیه.
۲۶. ----- (۱۴۲۱). البیع، (تقریرات محمدحسن قدیری)، تهران: انتشارات مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
۲۷. موسوی بجنوردی، حسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقیه، تصحیح مهدی مهریزی، قم: نشر الهادی.

۲۸. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، ج دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۹. سلار دیلمی، حمزه بن عبدالعزیز (۱۴۰۴ق). *المراسم العلویه*، قم: منشورات.
۳۰. السنهوری، عبدالرزاق احمد، (۱۹۵۸). *الوسیط فی شرح قانون مدنی، فی التامینات الشخصیه و العینیه*، ج ۱۰، بیروت: دارالاحیاء التراث.
۳۱. سید، سابق (۱۳۹۷ق، ۱۹۷۷ م). *فقه السنه*، ج سوم، بیروت: دارالکتب العربی.
۳۲. سیوری، مقداد بن عبدالله، معروف به فاضل مقداد (۱۴۲۵ق). *کنزالعرفان فی فقه القرآن*، قم: انتشارات مرتضوی.
۳۳. طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۸). *حاشیه المکاسب*، تهران: دارالمعارف الاسلامیه.
۳۴. طباطبایی، سید علی (۱۴۱۸ق). *ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل*، تصحیح: محمد بهره‌مند، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۳۵. الطبرسی، فضل ابن حسن (۱۹۸۸م-۱۴۰۸ق). *مجمع البیان فی تفسیر القرآن*، ج دوم، بیروت: دارالمعرفه للطباعه و النشر.
۳۶. طرابلسی، عبدالعزیز، قاضی ابن براج (۱۴۱۱ق). *جواهرالفقه*، قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمی قم تصحیح: ابراهیم بهادری.
۳۷. طرابلسی، عبدالعزیز (۱۴۰۶ق). *المهذب*، قم: دفتر انتشارات اسلامی جامعه مدرسین.
۳۸. طوسی، ابوجعفر بن محمد بن حسن (۱۴۰۰ق). *النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی*، بیروت: دارالکتب العربی.
۳۹. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۱۳ق). *التبیین فی تفسیر القرآن*، ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین حوزه علمی قم.
۴۰. عاملی کرکی، علی بن حسین، معروف به محقق ثانی (۱۴۱۴ق). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج دوم، قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
۴۱. عاملی، زین‌الدین بن علی، شهید ثانی (۱۴۱۰ق). *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، شرح: محمد کلانتر، قم: کتابفروشی داوری.
۴۲. ----- (۱۴۱۳ق). *مسالك الافهام إلى تنقيح شرايع الاسلام*، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۴۳. عاملی، محمد بن حسن، حر عاملی (۱۴۰۹ق). *تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه*، قم.
۴۴. عاملی، محمد بن حلی، شهید اول (۱۴۱۰ق). *اللمعه الدمشقیه*، بیروت: دارالتراث- دارالاسلامیه.
۴۵. علامه حلی (۱۴۱۳ق). *قواعد الاحکام*، قم: دفتر انتشارات حوزه علمی قم.
۴۶. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۴۱۳ق). *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران: مؤسسه کیهان، تصحیح: مرتضی رضوی.
۴۷. نجفی، شیخ محمد حسن (۱۴۰۴ق). *جواهر الکلام فی شرح شرايع الاسلام*، تصحیح: عباس، قوچانی و علی آخوندی، ج هفتم، بیروت: دارالحياء التراث العربی.
۴۸. نجفی، محمد بن حسین بن علی، کاشف الغطاء (۱۳۵۹). *تحریر المجله*، نجف: مکتبه المرتضویه.
۴۹. یوسفی، معروف به فاضل آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷ق). *کشف الرموز فی شرح مختصر النافع*، قم: دفتر انتشارات حوزه علمی قم.

ج) خارجی

- 50.Rey, Henson,(1979). *Handbook on Secured Transactions*, Minnesota: West Publishing Company.
- 51.Boris kozolchik, "Implementaion of the OAS model Law in Latin America: Current Status", *Arizona Journal of international comparative Law* , 2011, 2811.

-
52. Leon, Levi, (1863). *International Commercial Law*, London: Stevens & Haynes.
53. A.G, Guest, (1977). "Chity on Contracts", London: *Sweet & Maxwell*, vol 3, N.3399.
54. Vocabulaire, Juridique, (1996). *Publie Sous La direction de Gerard Gornu*, Paris: Press universitaire de France.
55. Simier, Philippe et Philippe Delebecque, *Droit civil, les sûretés - la publicité foncière*, Paris, Dalloz, 3^{ème} éd., 2000.
56. Mozeaud, (Henri, Leon et Jean) et Francois Chabas (1988). *Leçons de droit civil*, TIII, Paris: Publicite foncière, 7th ed, vol3.
57. Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Jestaz, (1987). *Les Sûretés- La Publicite foncière*, Paris: sirey, 2th ed.