



رهن اموال غیرمادی در حقوق ایران

شکراله نیکوند*

چکیده

قانون مدنی ایران، به تبع فقه امامیه و تأکید بر لزوم و ضرورت قبض مال مورد رهن برای تحقق عقد رهن، در ماده ۷۷۴ به صراحت اعلام می‌نماید که مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. آنچه عین معین نباشد مثل اموال کلی، دین و منفعت و برخی حقوق را به عبارتی می‌توان اموال غیرمادی نامید. اگرچه این‌گونه اموال و حقوق مالی به‌طور معمول و همانند اموال مادی قابل قبض توسط مرتهن نیستند ولی امکان حفظ حقوق مرتهن بدون قبض مادی و عرفی در غالب موارد وجود دارد و با توجه به نیاز جامعه و معمول بودن برخی از انواع رهن اموال غیر عین معین، حکم به بطلان چنین رهنی به دور از منطق حقوق و نیازهای جامعه است. لذا نویسنده در این مقاله با بررسی سابقه فقهی موضوع و نقش قبض در رهن معتقد است رهن بسیاری از اموال غیرمادی مثل منافع اموال و برخی حقوق مالی صحیح و قابل توجیه است و در رهن این‌گونه اموال لزومی به قبض مادی نیست و سختگیری در این مورد را باید کنار گذاشت.

کلید واژه‌ها

عین معین، اموال غیرمادی، رهن، قبض، منفعت، حقوق مالی.

مقدمه

ضرورت زندگی اجتماعی و نیازهای متنوع انسان‌ها به یک‌دیگر در قراردادهایی که منعقد می‌کنند نمایان است. بسیاری از این قراردادها جنبه مالی دارند و به تبع قرارداد برای هر یک از طرفین تعهد به انتقال یا تسلیم مال معین و یا تعهد پرداخت مبلغی مشخص (دین) به وجود می‌آید. عقود بیع، اجاره و قرض از معمول‌ترین قراردادهایی هستند که یکی از طرفین در مقابل دیگری مبلغ مشخصی را بدهکار می‌شود. اگرچه تعهدات طرفین طبق اصل پذیرفته شده در حقوق، حال وفوری است ولی با توجه به نیاز جامعه و احترام به اراده طرفین، گاهی تعهدات مؤجل بوده و پرداخت دین به زمان دیگری موکول می‌شود. دیون مؤجل همواره این نگرانی را برای طلب‌کار به همراه دارد که ممکن است بدهکار در سررسید به تعهد خود عمل نکند و پرداخت دین را به زمان دیگری به تأخیر اندازد و یا هرگز پرداخت نکند. طلب‌کار می‌تواند با مراجعه به دادگاه، الزام متعهد به انجام تعهد (پرداخت دین) را بخواهد و دادگاه نیز به آن حکم خواهد داد، اما بدهکاری که به هر دلیل نتواند و یا نخواهد دین خود را پرداخت کند به طرق مختلف اموال خود را از دسترس خارج کرده و یا از بین می‌برد و با اثبات اعسار خود و بی‌اثر نمودن حکم دادگاه، زیان و ضرر مضاعفی به طلب‌کار وارد می‌کند. برای پیش‌گیری و جلوگیری از چنین وضعیتی، طلب‌کار می‌تواند هنگام قرارداد تضمین مناسبی از بدهکار مطالبه کند. تضمینات یا وثایق دین متنوع و متعدد هستند و از میان آن‌ها رهن به‌عنوان وثیقه‌ای عینی، حقوق طلب‌کار را بهتر و مطمئن‌تر تأمین می‌کند. اما رهن به‌عنوان یکی از عقود معین دارای قیود و ویژگی‌های خاصی است که البته بخاطر برخی از همین خصوصیات دارای اعتبار و ارزش بیشتر شده است و طلب‌کار می‌تواند به آن اعتماد کند، اما از طرف دیگر برخی از همین قیود کار را مشکل می‌سازد. مورد رهن در قوانین ایران باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت به صراحت باطل شناخته شده است. همچنین رهن عقدی عینی معرفی شده است و قبض مورد رهن توسط مرتهن شرط صحت آن اعلام شده است. این موضوع که مورد رهن فقط باید عین معین باشد (مطابق نص صریح قانون) و یا نیازهای اجتماع و عرف می‌تواند آن را توسعه داده و نسبت به برخی اموال دیگر که عین معین نیستند، مثل منفعت، برخی اوراق بهادار و برخی حقوق، نیز تسری دهد و بتوان رهن آن‌ها را نیز صحیح دانست، مسأله مورد بررسی در این تحقیق می‌باشد.

جهت تبیین موضوع و پرداختن به آن، ابتدا مفهوم لغوی و اصطلاحی رهن مورد مطالعه قرار می‌گیرد و سپس با توضیح ویژگی‌هایی خاص عقد رهن که در حقوق ایران موجب تمایز این

عقد از دیگر قراردادها شده است و شرایط قانونی مال مورد رهن، به بررسی امکان رهن اموال غیر عین معین می‌پردازیم.

مفهوم لغوی و اصطلاحی رهن

در کتب لغت، رهن به معنی گرو گذاشتن و در گرو بودن و جمع آن رهان بیان شده است.^(۱) همچنین به معنی جایگزین نمودن چیزی به جای چیز دیگر و حبس کردن چیزی آمده است.^(۲) ثبوت و دوام و منع و بازداشتن از دیگر معانی لغوی کلمه رهن است.^(۳) در اصطلاح حقوقی رهن قراردادی است که با سپردن مالی از طرف مدیون به‌عنوان وثیقه و تضمین بدهی به طلب‌کار کامل می‌شود و به تعبیر ماده ۷۷۱ قانون مدنی: «رهن عقدی است که بموجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به دائن می‌دهد...» در معنی اصطلاحی، رهن به برخی معانی لغوی کاملاً نزدیک و همانند است؛ یعنی مورد رهن گرو گذاشته می‌شود و یا جایگزین دینی است که بدهکار دارد و با رهن گذاشتن مال، مالک در خصوص انتقال و معامله نسبت به آن بازداشته می‌شود و نوعی منع نسبت به تصرف یا انتقال مال بوجود می‌آید. در گرو بودن یا در حبس بودن مال رهن و منع و بازداشتن مالک از تصرف و انتقال رهن، در احکام و مقررات رهن مذکور در قانون مدنی - مثل مواد ۷۷۲، ۷۸۳، ۷۸۴، ۷۸۷ و ۷۹۳- به خوبی نمایان است.

قانون‌گذار برخلاف دیگر قراردادها- برای رهن شرایط خاصی را لازم دانسته است و با رعایت آن علاوه بر داشتن اعتبار حقوقی، در عمل نیز حقوق طلب‌کار کاملاً تضمین و تأمین می‌شود، هرچند که گاهی با توجه به نوع مال مورد رهن، ممکن است عرف آن شرایط را سخت‌گیری بدانند و بعضاً رعایت نکنند. لزوم وجود رابطه حقوقی سابق بین طلب‌کار و بدهکار که منجر به ایجاد دین برای بدهکار می‌شود و همچنین لزوم قبض مال رهن توسط مرتهن، جزو شرایط خاص عقد رهن است که موجب تفاوت این عقد از دیگر قراردادها می‌شود و در عمل نیز گاهی به خوبی موجب تقویت و تضمین کامل حق طلب‌کار می‌شود و گاهی مایه انتقاد بوده و آن را نوعی سخت‌گیری و نادیده گرفتن نیازهای عرف به حساب می‌آورند.

ویژگی‌های خاص عقد رهن

رهن در حقوق ایران از جهات متعددی با سایر قراردادها متفاوت است. برخی از این تفاوت‌ها یا ویژگی‌های خاص مربوط به عقد رهن است؛ مثل عینی بودن عقد رهن، تبعی بودن، امانی بودن عقد، جایز بودن از طرف مرتهن و لازم بودن از طرف رهن. برخی دیگر از ویژگی‌های خاص

رهن مربوط به مال مورد رهن است که مطابق مواد ۷۷۲ تا ۷۷۴ قانون مدنی باید عین معین باشد، قابل نقل و انتقال قانونی باشد و به قبض مرتهن داده شود. در اینجا بدلیل ارتباط برخی از این ویژگی‌ها با موضوع، ابتدا به طرح و بررسی اجمالی دو ویژگی تبعی بودن و عینی بودن عقد رهن می‌پردازیم و سپس شرایط مال مورد رهن و امکان رهن اموال غیر عین معین مطالعه و بررسی می‌شود.

۱. تبعی بودن عقد رهن

برخلاف دیگر قراردادهای، عقد رهن زمانی می‌تواند منعقد شود که از قبل رابطه حقوقی بین دو نفر وجود داشته باشد که بر اساس آن یک نفر بدهکار و طرف دیگر طلبکار باشد. به عبارت دیگر رهن به تبع یک رابطه حقوقی سابق (اعم از اعمال حقوقی یا وقایع حقوقی) به وجود می‌آید که در اثر آن رابطه حقوقی یک نفر بدهکار و دیگری طلبکار شده است. فقها رهن را وثیقه دین تعریف کرده‌اند، باید دینی وجود داشته باشد تا به تبع دین بتوان مالی را به عنوان وثیقه به رهن گذاشت. بر این اساس هم زمان انعقاد رهن باید دین وجود داشته باشد و هم بعد از تحقق رهن باید همچنان دین باقی بماند و چنانچه دین سابق به هر دلیلی از بین برود، به تبع آن عقد رهن هم منفسخ می‌شود.

مطابق ماده ۷۷۵ ق.م. «برای هر مالی که در ذمه باشد ممکن است رهن داده شود ولو عقدی که موجب اشتغال ذمه است قابل فسخ باشد.» منظور از مالی که در ذمه باشد، دین و بدهی مالی است. بنابراین رهن برای تعهدات غیرمالی - مثل تعهد هر یک از زوجین برای حسن معاشرت با یکدیگر و یا تعهد آن‌ها برای تربیت اولاد خود - باطل است.^(۴) به تعبیر دیگر وثیقه و دین باید از یک سنخ باشند و نمی‌توان با قیاس جبران خسارت معنوی با بول برای حقوق غیرمالی، مالی را به وثیقه گذاشت.^(۵)

غیر از حقوق مالی که مدنظر قانون مدنی در ماده ۷۷۵ بوده است، رهن در اصل بابت حقوق دینی گذاشته می‌شود و راجع به امکان رهن گذاشتن مالی بابت اعیان اختلاف نظر وجود دارد. دلیل تردید و اختلاف نظر این است که با وجود عین مال، متعهد نمی‌تواند مثل یا قیمت آن را بدهد و به همین ترتیب وثیقه گذاشتن مالی در برابر عین (مال) دیگری دارای استدلال قوی و مقبول نبوده است، با این حال فقها پذیرش آن را نیز چندان بعید و غیرواقعی نمی‌دانستند. برخی از فقها - اگرچه رهن را در اصل وثیقه دین تعریف کرده‌اند - ولی به صراحت آن را در مورد اعیان مضمونه صحیح می‌دانستند و نیز در مواردی که امکان ضمان وجود داشته باشد - مثل ضمان بایع و مشتری در صورت مستحق‌لغیر درآمدن مبیع و ثمن - رهن را می‌پذیرفتند.

در واقع همینکه احتمال فساد و بطلان بیع به دلیل مستحق‌الغیر درآمدن هر یک از عوضین وجود داشت، گرفتن وثیقه و رهن را بابت آن صحیح می‌دانستند. در مورد اعیان غیرمضمونه مثل مال ودیعه و عاریه و مالی که به وکیل سپرده می‌شود، که بر طبق اصل متصرف امین است، برخی از فقها رهن بابت آن را با این استدلال که امکان ضامن قرار گرفتن امین وجود دارد قابل پذیرش می‌دانستند.^(۶)

وثیقه گذاشتن مالی (رهن) برای دین آینده را باطل می‌دانند.^(۷) بنابراین آنچه گاهی در عرف توسط بانک‌ها عمل می‌شود - به این صورت که قبل از پرداخت وام (قرض) و ایجاد دین، ملک رهن را در رهن خود قرار می‌دهد - را می‌توان این‌گونه تعبیر کرد که سبب دین قطعاً موجود است و یا به دلیل هم‌زمانی پرداخت وام و به رهن گذاشتن، رهن بابت دین موجود فرض می‌شود و با توجه به متعارف بودن این امر در عرف بانک‌داری، از نظر حقوقی بدون تردید صحیح است.

۲. عینی بودن عقد رهن

برخلاف دیگر قراردادهای که برای تحقق و انعقاد آنها وجود شرایط اساسی صحت قرارداد کفایت می‌کند (عقود رضایی)، در عقود عینی - مثل رهن - علاوه بر لزوم وجود شرایط اساسی صحت قرارداد، باید مورد معامله (مال مورد رهن) به قبض طلب‌کار (مرتهن) درآید. چون اصل بر رضایی بودن قراردادهاست، عقود عینی با تصریح قانون‌گذار همراه است. مطابق ماده ۷۷۲ ق.م. «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 فقه امامیه در خصوص نقش و تأثیر قبض در رهن سه نظر متفاوت وجود داشته است؛ برخی از فقها قبض مال مرهون را شرط لزوم عقد می‌دانند و به همین دلیل در مواردی که ایجاب و قبول رهن انجام شده بود ولی به قبض مرتهن نرسیده بود، رهن را عقد جایزی می‌دانستند که رهن حق رجوع (فسخ) داشت و اگر رهن فوت می‌شد یا جنون و بیهوشی پیش می‌آمد، رهن منحل می‌شد. برخی دیگر برای قبض اثری قائل نبودند و رهن را بدون قبض نیز محقق و تمام (لازم) می‌دانستند.^(۸) نظر سوم آن است که قبض شرط صحت رهن است و بدون آن عقد بوجود نمی‌آید. قانون مدنی در ماده ۷۷۲ از نظریه اخیر تبعیت نموده و از جمع دو قسمت این ماده می‌توان گفت قبض در رهن شرط صحت عقد است.^(۹) به عبارت بهتر برای انعقاد و تحقق رهن ایجاب و قبول کافی نیست بلکه باید همراه قبض باشد.

اگرچه در مورد نقش و اثر قبض در رهن در بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، ولی حتی فقهای که معتقد به ضرورت وجود قبض در رهن هستند، دوام قبض را لازم ندانسته‌اند به این معنی

که برای صحت عقد رهن لازم نیست مورد رهن در دست مرتهن باقی بماند بلکه طرفین می‌توانند با تراضی مورد رهن را به راهن برگردانند تا در دست راهن باقی بماند. حتی در خصوص تحقق قبض و به تبع آن انعقاد رهن، فقها معتقدند به صرف تراضی طرفین و اقرار (راهن) به قبض کفایت می‌کند.^(۱۰) قانون مدنی در انتهای ماده ۷۷۲ که می‌گوید استمرار قبض شرط صحت معامله نیست، به همین نکته اشاره دارد.

دوام رهن را نباید با دوام قبض اشتباه کرد. در فقه می‌گویند در رهن نباید مدت تعیین کرد زیرا عقد رهن موقت با انقضای مدت از بین می‌رود و با هدف از رهن که بودن وثیقه است منافات دارد. البته اگر طرفین عقد برای رهن مدتی که طولانی‌تر از مدت دین باشد قرار دهند، این رهن موقت صحیح است و منافاتی با هدف رهن ندارد. طرفین با چنین شرطی خواسته‌اند اگر بدهکار در سررسید دین خود را پرداخت نکرد، مرتهن تنها در مدت معینی بتواند از حق خود استفاده نموده و اقدام به فروش مال رهن و استیفای حق خود نماید و در غیر این صورت، رهن بدلیل انقضای مدت منفسخ شود و دین بدون وثیقه باقی بماند.^(۱۱)

رهن به دلیل آن‌که عقدی عینی است و قبض مورد رهن جزو ارکان عقد که باید به همراه اجاب و قبول باشد، لذا در تحقق آن شرط است که قبض باید توسط راهن و با اختیار و اذن او انجام شود. البته چنان‌چه مال مورد رهن به‌عنوان دیگری مثل ودیعه، عاریه و یا وکالت در تصرف شخصی باشد و سپس اجاب و قبول رهن بین مالک و متصرف انجام شود، موجب انعقاد رهن می‌شود و نیازی به برگرداندن مال و قبض دوباره آن نیست زیرا با اذن و رضایت مالک (راهن)، عقد رهن صورت گرفته و در اختیار مرتهن قرار دارد.

در عقود عینی -مثل رهن- اصولاً مورد معامله باید به قبض طرف قرارداد درآید ولی اگر به‌موجب تراضی طرفین مورد رهن به تصرف و قبض شخص ثالثی داده شود، در تحقق قبض و صحت رهن تردیدی وجود ندارد و ماده ۷۷۲ ق.م. به آن تصریح دارد. همان‌طور که اذن راهن برای قبض توسط مرتهن شرط صحت و تحقق رهن است، بعد از تحقق رهن نیز مرتهن حق ندارد مورد رهن را بدون رضایت راهن به قبض و تصرف دیگری دهد. حتی در صورت فوت مرتهن -که به‌صورت قهری و غیرارادی مورد رهن در تصرف و قبض ورثه مرتهن قرار می‌گیرد- باز هم رضایت راهن به باقی ماندن رهن در قبض و تصرف ورثه مرتهن ضروری است؛ اما اگر راضی نباشد، همان‌طور که ماده ۷۸۸ ق.م. به آن اشاره دارد: «... در صورت فوت مرتهن، راهن می‌تواند تقاضا نماید که رهن به تصرف شخص ثالثی که به تراضی او ورثه معین می‌شود داده شود. در صورت عدم تراضی شخص مزبور از طرف حاکم معین می‌شود.»

شرایط مال مورد رهن

مطابق مواد قانون مدنی، مال مورد رهن نیز باید دارای شرایطی باشد تا عقد رهن صحیح منعقد شود. این شرایط در مواد ۷۷۳ و ۷۷۴ ق.م. به ترتیب قابلیت نقل و انتقال قانونی و عین معین بودن بیان شده است. هدف قانون‌گذار از شرط نمودن این موارد و عینی بودن عقد رهن، تضمین بیشتر حق طلب‌کار و متفاوت بودن این وثیقه از سایر وثیقه‌های دین است.^(۱۲) برای مورد رهن شرایط دیگری نیز ذکر شده است مثل این که مورد رهن باید قابل تسلیم به مرتهن باشد. این شرط به‌طور غیرمستقیم در ویژگی عینی بودن رهن بیان شده است. همچنین این شرط که مورد رهن باید ملک راهن باشد و یا راهن حق به رهن گذاشتن آن را داشته باشد. این شرط بدیهی نیز جزو قواعد عمومی قراردادها و از شرایط مورد معامله است که نیازی به توضیح مستقل آن نمی‌باشد و ضمن شرط قابلیت نقل و انتقال قانونی به آن اشاره می‌شود.

۱. قابلیت نقل و انتقال قانونی

مطابق ماده ۷۷۳ ق.م. «هر مالی که قابل نقل و انتقال قانونی نیست نمی‌تواند مورد رهن واقع شود.» تفاوت رهن با دیگر وثیقه‌های دین در این است که در رهن به طلب‌کار این حق داده شده است که چنان‌چه بدهکار بدهی خود را در موعد مقرر و سررسید پرداخت نکرد، برای فروش مورد رهن و اخذ طلب خود اقدام نماید. به همین دلیل گفته می‌شود مرتهن نسبت به مورد رهن حق عینی تبعی دارد. این حق برای طلب‌کار زمانی مفید و قابل اجراست که مورد رهن قابل فروش باشد. قابلیت فروش مال رهن در این عقد به‌قدری مهم است که حتی قانون به طرفین رهن اجازه نمی‌دهد حق فروش را به‌موجب شرط و توافق از مرتهن سلب کنند. مطابق ماده ۷۷۸ ق.م. «اگر شرط شده باشد که مرتهن حق فروش عین مرهونه را ندارد باطل است.»

مورد رهن زمانی قابل نقل و انتقال قانونی است که شرایط عمومی مورد معامله را دارا باشد یعنی مالیت داشته و متضمن منفعت عقلایی و مشروع باشد. همچنین راهن باید مالک مورد رهن باشد و یا مأذون از طرف مالک.^(۱۳) بنابراین اموالی که به ملکیت راهن در نیامده است، مثل اموال عمومی یا دولتی که قابل تملک نیستند و یا مباحات را نمی‌توان در رهن قرار داد. (مواد ۲۳ تا ۲۸ قانون مدنی).

برخی از اموال به‌واسطه عمل مالک قابل نقل و انتقال نیستند مثل اموالی که وقف می‌شوند و امکان به رهن گذاشتن آن‌ها وجود ندارد.^(۱۴)

در خصوص اموالی که به‌طور موقت منافع یا حق انتفاع آن به دیگری واگذار شده است مثل اجاره و یا عمری، رقبی و سکنی که به آن‌ها حبس موقت می‌گویند، برخی از استادان معتقدند رهن آن‌ها صحیح است، «زیرا در اثر حبس موقت مال مورد حبس از ملکیت حبس‌کننده خارج نمی‌شود و موقتاً حق انتفاع از آن به منتفع‌واگذار می‌شود و مالک به اعتبار ملکیت عین آن را رهن می‌دهد.»^(۱۵) به‌نظر می‌رسد برای صحت رهن چنین اموالی، علاوه بر اطلاع مرتهن باید نحوه قبض مورد رهن مشخص شود زیرا چنین اموالی در قبض و تصرف مستأجر و یا منتفع است. اگر مرتهن بپذیرد که متصرف (مستأجر و یا منتفع) از طرف او امین و وکیل است در قبض، رهن صحیح است. همچنین است اگر مرتهن (اعلام) قبض کند و بلافاصله به مالک و یا متصرف برگرداند (با علم به این‌که مورد رهن در استفاده دیگری است). در رهن این‌گونه اموال مدت رهن یا باید دائم باشد (بدون قید مدت) و یا مدت رهن طولانی‌تر از زمان انتفاع متصرف (مستأجر و دارنده حق انتفاع یا حبس موقت) و نیز طولانی‌تر از سررسید دین.

اموالی که به‌وسیله طلب‌کار و با عنوان تأمین خواسته توقیف شده است و یا اموالی که متعلق حق غیر قرار گرفته است و در رهن شخص دیگری است، هرچند که هنوز مالکیت مالک سلب نشده است، ولی باید پذیرفت که به‌طور معمول و متعارف نمی‌تواند مورد رهن قرار گیرد،^(۱۶) همان‌طور که به راحتی نمی‌توان آن اموال را فروخت.

ممکن است برخی مقررات نقل و انتقال برخی اموال را توسط مالک تا مدت محدود و معینی ممنوع کند، مثل برخی خانه‌های سازمانی که اداره یا سازمان مذکور تا مدتی مثلاً ده سال حق هرگونه فروش و نقل و انتقال را از خریدار ساقط می‌کند. در این‌گونه اموال به شرط اطلاع مرتهن از محدودیت مذکور و تراضی امکان به رهن گذاشتن وجود دارد. اگر مدت ممنوع بودن انتقال بسیار طولانی باشد، مثلاً تا پنجاه سال حق فروش و هرگونه انتقال مال ممنوع باشد، رهن چنین مالی را نیز باید باطل دانست.^(۱۷)

اشاعه در مالکیت عین معین از نظر قانون مدنی، مانعی برای قابلیت نقل و انتقال قانونی محسوب نشده است و در مواد ۳۵۰ و ۵۸۳ ق.م. انتقال سهم مشاع بدون اذن دیگر مالکین مجاز دانسته شده است، ولی تردیدی وجود ندارد که به‌طور معمول و متعارف انتقال مال مشاع به لحاظ موضوع تسلیم مبیع، به سهولت انجام نمی‌شود. این مشکل در تسلیم مورد معامله به لحاظ تصرف در مال غیر بدون اجازه مالک در اموال منقول بیشتر نمایان می‌شود. در خصوص امکان رهن مال مشاع نیز همین بحث مطرح است که به‌دلیل عینی بودن عقد رهن و لزوم تسلیم مورد رهن به مرتهن، در صورت عدم رضایت شریک، بدلیل امکان تسلط و تصرف در مال غیر به راحتی و به‌طور مطلق نمی‌توان رهن مال مشاع را امکان‌پذیر دانست.

در فقه امامیه رهن مال مشاع به دلیل آن که مستلزم تصرف در مال شریک می‌شود، نیاز به اذن شریک دارد و یا در صورت عدم اذن، نیازمند رضای بعدی شریک است و در این خصوص تفاوتی بین اموال منقول و غیرمنقول قائل نشده‌اند. البته برخی از فقها احتمال داده‌اند که اگر مال مشاع مثل ملک و زمین باشد که قبض آن به تخلیه رهن و رفع تصرف خود باشد می‌توان بدون اذن و رضایت شریک رهن داد.^(۱۸)

۲. عین معین بودن

یکی از شرایط مال مورد رهن در ماده ۷۷۴ قانون مدنی آمده است که مقرر می‌دارد: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.» منظور از عین معین واضح است، مالی که در زمان عقد وجود مادی و فیزیکی دارد، قابل لمس و مشاهده است. با توجه به این که در فقه امامیه تحقق قبض مورد رهن شرط صحت عقد است^(۱۹) و قانون مدنی نیز در ماده ۷۷۲ به آن تصریح دارد، شرط عین معین بودن رهن نیز بدیهی به نظر می‌رسد چون عین معین است که در زمان عقد موجود و قابل قبض است. منظور از دین -در قسمت دوم ماده ۷۷۴ ق.م.- جنبه منفی دارایی و نقطه مقابل طلب نیست، بلکه دین در برخی متون فقهی به معنی مال کلی است که موقع عقد وجود خارجی نداشته و بعداً به وجود می‌آید و به دلیل آن که امکان قبض آن نیست، رهن آن را باطل می‌دانند.^(۲۰) استادان حقوق نیز در شرح و توضیح ماده مذکور به تبعیت از نظر فقها منظور از دین را کلی فی‌الذمه یعنی مالی که در آینده به وجود می‌آید تفسیر کرده‌اند: «کلی فی‌الذمه پس از عقد دین می‌باشد و دین نمی‌تواند وثیقه دین قرار گیرد چون نمی‌توان آن را به قبض مرتهن داد و آنچه بعداً در اثر ایفا تعهد حاصل می‌شود دین نیست بلکه یکی از افراد و مصادیق کلی می‌باشد.»^(۲۱) در خصوص علت یا فلسفه این شرط (عین معین بودن) همان‌طور که در برخی کتب فقهی و حقوقی ذکر شده است و به‌طور مختصر اشاره شد، لزوم تحقق قبض در رهن است که در صورتی امکان‌پذیر می‌شود که مورد رهن عین معین باشد. ضرورت تحقق قبض در رهن را فقها به دلیل آیه ۲۸۳ سوره مبارکه بقره و به تبع آن روایت می‌دانستند و نظر مخالف نیز وجود داشته است.^(۲۲)

رهن غیر عین معین

اگرچه ماده ۷۷۴ ق.م. تصریح دارد که مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است، ولی با توجه به این که ماده مذکور از فقه امامیه اقتباس و ترجمه شده است و در

فقه نیز در خصوص ضرورت تحقق قبض در رهن اختلاف نظر وجود دارد و در نظر برخی از فقها دلیل بطلان رهن دین و منفعت عدم امکان قبض آن‌ها بیان شده است و از طرف دیگر نیاز اجتماع و عرف گاهی ایجاب می‌کند رهن برخی دیگر از اموال را صحیح بدانیم لذا با نگاهی دوباره به موارد مذکور به بررسی و مطالعه امکان رهن اموال غیر عین معین می‌پردازیم. ابتدا دلایل بطلان رهن غیر عین معین یعنی آنچه ماده ۷۷۴ ق.م. به صراحت باطل اعلام نموده بررسی می‌شود و سپس به تفکیک مصادیق غیر عین معین و چگونگی به رهن گذاشتن آن‌ها بیان می‌شود.

۱- دلایل بطلان رهن غیر عین معین

ماده ۷۷۴ ق.م. حاوی بطلان رهن، دین و منفعت، از فقه امامیه گرفته شده است. علت بطلان رهن دین و منفعت در نظر عده‌ای از فقها شرط بودن قبض و لزوم آن در رهن است که در دین و منفعت امکان قبض وجود ندارد. البته همین فقها هم در خصوص لزوم و ضرورت قبض در رهن و هم در مورد عدم امکان قبض در رهن دین و منفعت نظر مخالف هم ابراز نموده‌اند، به این معنی که این موارد را قطعی و مسلم ندانسته‌اند بلکه احتمال داده‌اند نظر مخالف - که در رهن قبض را لازم و ضروری ندانیم و در رهن دین و منفعت نیز امکان قبض وجود دارد - نیز صحیح باشد.^(۲۳)

برخی از فقها دلیل لزوم تحقق قبض در رهن را آیه ۲۸۳ سوره بقره دانسته‌اند.^(۲۴) مخالفین استناد به آیه مذکور نیز معتقدند همان‌طور که در آیه شریفه ذکر شده، ناظر به مواردی است که طرفین در سفر بوده و امکان نوشتن قرارداد توسط شخص ثالثی وجود نداشته است.

ممکن است گفته شود دلیل عینی بودن عقد رهن و ضرورت قبض، لزوم رعایت حقوق مرتهن و اهتمام قانون‌گذار به حمایت از اوست. قانون‌گذار خواسته است رهن عقدی باشد که بطور قطع مرتهن به طلب خود برسد و برای تضمین آن قبض را شرط صحت رهن قرار داده است. این استدلال نیز کامل و قطعی به نظر نمی‌رسد زیرا اگر قبض مال مرهون در نظر قانون‌گذار بقدری مهم بود که بدون آن حفظ حقوق مرتهن را امکان‌پذیر نمی‌دانست، نباید اجازه می‌داد که بعد از عقد با تراضی مورد رهن به تصرف راهن برگردد. قانون‌گذار استمرار قبض را شرط صحت رهن ندانسته است (م ۷۷۲ ق.م.) و چنانچه بلافاصله بعد از عقد، مورد رهن به تصرف راهن برگردانده شود رهن صحیح باقی می‌ماند. در واقع قانون‌گذار بقا و استمرار قبض را منوط به میل و اختیار مرتهن قرار داده است و عقد رهن را نیز بر کلی از طرف مرتهن جایز و قابل فسخ دانسته است (م ۷۸۷ ق.م.)

حفظ حقوق طلب‌کار همیشه منوط به تحقق قبض مورد رهن نیست بلکه در بسیاری از اموال که بوسیله سند رسمی مورد معامله قرار می‌گیرند مثل زمین، ساختمان و اتومبیل، بدون آن‌که از تصرف راهن (بدهکار) خارج شود - و بدون قبض به معنی قانونی و عرفی آن - با ذکر در سند رسمی مورد رهن قرار می‌گیرد و حقوق طلب‌کار نیز حفظ می‌شود.

۲- مصادیق رهن غیر عین معین

با توجه به معنی و مفهوم لغوی و اصطلاحی «عین معین»، اموالی را که عین معین نباشند می‌توان غیر عین معین نامید. اما رهن همه آن‌ها را به‌طور کلی نمی‌توان باطل دانست. به همین دلیل و با توجه به نیاز عرف و جامعه و خصوصاً دلایلی که در خصوص رهن اموال غیر عین معین ذکر شد، به بررسی امکان رهن هر یک از آن‌ها به تفکیک می‌پردازیم:

۲-۱- رهن کلی در معین

کلی در معین، اصطلاحی خاص و حقوقی است و به موردی گفته می‌شود که مورد معامله مقدار مشخص و معلومی از یک کل موجود باشد مثل یک تن گندم از ده تن گندم موجود در انبار معین و معلوم. عبارت دیگر کلی در معین - بر خلاف کلی - مالی موجود و معین است ولی در بین دیگر اموال مثلی، و به همین دلیل مال کلی در معین وقتی مورد معامله قرار می‌گیرد در حکم عین معین فرض می‌شود.

وقتی که مورد معامله مالی کلی در معین است، بر حسب نوع قرارداد می‌تواند دارای آثاری متفاوت از عین معین باشد. به‌عنوان مثال چنانچه مبیع مالی کلی در معین باشد، با عقد بیع انتقال مالکیت صورت نمی‌گیرد بلکه این انتقال تا زمان تسلیم به‌وسیله فروشنده به تأخیر می‌افتد. به عبارت دیگر وقتی مبیع کلی در معین است تملیک تنها با عقد بیع انجام نمی‌شود بلکه موکول به انتخاب و جداسازی مبیع از کل توسط فروشنده می‌شود،^(۲۵) در حالی که اگر مبیع عین معین باشد بلافاصله پس از عقد و قبل از تسلیم مبیع انتقال مالکیت صورت می‌گیرد.^(۲۶)

در خصوص رهن مالی که کلی در معین است، مشکلی که متصور است نحوه قبض رهن و زمان تحقق عقد است. چون در رهن، قبض شرط صحت است باید نحوه تحقق قبض مشخص شود. برخی از استادان حقوق ضمن بیان صحت رهن مال کلی در معین، تحقق عقد رهن را موکول به تسلیم مورد رهن به مرتبه‌ن نموده‌اند یعنی پس از آن‌که مورد رهن توسط راهن انتخاب شد و

به قبض مرتهن رسید، رهن منعقد شده است.^(۲۷) در خصوص نحوه قبض در این نوع رهن گفته شده است که به یکی از دو صورت انجام می‌پذیرد:

(۱) تسلیم تمام مالی که بخشی از آن وثیقه قرار گرفته است.

(۲) انتخاب مقدار معین به وسیله راهن و تسلیم آن به مرتهن.^(۲۸)

البته در موردی که پس از ایجاب و قبول رهن، راهن مقدار معین و مورد رهن از مال کلی در معین را جدا و انتخاب می‌کند و به مرتهن تسلیم می‌نماید، دیگر نمی‌توان به آن رهن کلی در معین گفت، بلکه این رهن عین معین است. با توجه به عینی بودن عقد رهن، فرض بر این است که با توافق طرفین عقدی بوجود نیامده و با تسلیم بوسیله راهن، عقد بوجود می‌آید. بنابراین در موردی که رهن کلی در معین است، با تسلیم تمام مالی که بخشی از آن جهت وثیقه در نظر گرفته شده، به دلیل تحقق قبض، رهن منعقد شده و تمام است. مرتهن را می‌توان وکیل از طرف راهن فرض نمود که به‌طور ضمنی اذن در انتخاب مقدار معین مورد رهن دارد.

۲-۲-۲- رهن دین

ماده ۷۷۴ قانون مدنی، رهن دین را به صراحت باطل اعلام کرده است. منظور از دین همان مال کلی (فی‌الذمه) است، نه دینی که جزء منفی دارایی و در مقابل طلب است، بلکه منظور خود طلب است. فقها علت بطلان رهن دین را کلی بودن آن و این‌که وجود خارجی نداشته و امکان قبض آن نیست بیان داشته‌اند. البته نظر مخالف و احتمال صحت رهن دین را نیز بیان نمودند. برخی از فقها احتمال داده‌اند چنانچه قبض را شرط ندانیم رهن دین صحیح باشد و اگر قائل به لزوم قبض در رهن باشیم به ناچار رهن دین را باید باطل بدانیم.^(۲۹)

همان‌طور که ذیل مباحث و عناوین سابق اشاره شد در فقه نیز به‌عنوان منبع و مأخذ ماده ۷۷۴ قانون مدنی، اختلاف نظر وجود داشته است و همواره قول به صحت رهن مال کلی وجود داشته است. تضمین حق طلب‌کار نیز دلیل قطعی یا قابل قبولی برای بطلان رهن مال کلی نیست، زیرا رهن از طرف مرتهن جایز است و او می‌تواند در خصوص مورد رهن تصمیم بگیرد. بنابراین در صورت نیاز و تراضی طرفین در خصوص رهن مال کلی، نباید به سادگی حکم به بطلان قرارداد بدهیم.

همان‌طور که در خصوص عین معین گاهی سند مال را به رهن می‌گذارند و در عرف معمول بوده و شائبه بطلان آن به ذهن نمی‌رسد، نظیر در رهن قرار دادن سند رسمی ملک، در مورد مال کلی نیز چنانچه سند مال کلی به رهن گذاشته شود، مثل فاکتور یا رسید خرید یک تن برنج که فروشنده متعهد گردیده شش ماه آینده تحویل دهد، با تسلیم رسید به طلب‌کار

به‌عنوان مرتهن، می‌توان رهن را صحیح دانست. برای صحت چنین رهنی علاوه بر معقول و منطقی بودن آن و نیاز جامعه و عرف به چنین قراردادهایی، می‌توان آن را قرارداد بی‌نامی برای تضمین پرداخت بدهی طلب‌کار فرض نمود و حکم به صحت آن داد.^(۳۰) البته در چنین مواردی باید به قصد واقعی و مشترک طرفین توجه نمود؛ در مثال فوق ممکن است بدهکار بابت تضمین پرداخت بدهی خود صرفاً رسید و فاکتور خرید کالای کلی (یک تن برنج) را به منظور رهن به طلب‌کار تسلیم نماید و یا ممکن است بدهکار جهت ادای دین، کالای کلی را که خریداری نموده به طلب‌کار خود بفروشد و با تسلیم فاکتور و سند، طلب‌کار را جایگزین خود در وصول آن نماید. بدیهی است در صورت اخیر عقد رهن منعقد نشده است.

استفاده از برخی اسناد تجاری مثل برات، سفته و چک نیز برای وثیقه و اعتبار که بین بدهکار و طلب‌کار مبادله می‌شود و در عرف بانک‌داری یا روابط تجاری افراد جامعه معمول است نیز مباحث حقوقی خاص خود را بدنبال دارد. در این‌که به‌عنوان وثیقه این اسناد مورد استفاده قرار می‌گیرند و در عرف متداول و مورد نیاز است، تردیدی نیست. اما آیا روابط طرفین تابع عقد رهن است؟ استفاده از اسناد تجاری خاص یا اسناد براتی بدلیل داشتن ویژگی‌های خاص و پذیرفته شده در حقوق تجارت، طرفین را در وضعیت خاص قرار می‌دهد و تعهداتی را در مقابل دارنده این اسناد بوجود می‌آورد که شاید مدنظر بدهکار یا صادرکننده نبوده است. یکی از ویژگی‌های این اسناد، وصف تجریدی بودن آن است که بموجب آن صادرکننده (بدهکار) در هر صورت باید در مقابل دارنده پاسخ‌گو بوده و نمی‌تواند به روابط شخصی خود و طلب‌کار (یا دارنده اولیه سند) استناد نماید. در خصوص چک به‌موجب ماده ۳ قانون صدور چک اصلاحی سال ۸۲ هرگاه در متن چک شرطی برای پرداخت ذکر شده باشد بانک به آن شرط ترتیب اثر نخواهد داد. بنابراین چنان‌چه بدهکار برای تضمین و وثیقه از این سند تجاری استفاده نماید و در متن آن قید نماید که دارنده فقط در صورتی حق وصول آن را دارد که بدهکار (صادرکننده) اقساط ماهیانه را نپردازد، این شرط در مقابل دارنده‌ای که این سند به او منتقل شده قابل استناد و ایراد نیست و بانک اقدام به پرداخت یا صدور گواهی عدم پرداخت می‌نماید. البته لازم به ذکر است استفاده از این سند تجاری به‌عنوان تضمین و وثیقه، اعم از آن‌که در متن چک قید شده باشد که چک بابت تضمین است و یا در متن چک نوشته نشده باشد ولی ثابت شود بابت تضمین بوده است و یا وصول وجه آن منوط به تحقق شرطی بوده، سند ضمانت اجرای کیفری خود را از دست می‌دهد. (ماده ۱۳ قانون صدور چک اصلاحی سال ۱۳۸۲). در هر صورت استفاده از اسناد تجاری (خاص) هرچند به‌عنوان وثیقه و ضمانت باشد، حقوق و تعهدات

خاصی را بوجود می‌آورد که روابط طرفین را نمی‌توان صرفاً در قالب عقد رهن قرارداد و تابع آن بود.^(۳۱)

اوراقی که دارای ارزش ذاتی نیست ولی معرف مقدار یا مبلغ مشخصی است و قابل خرید و فروش باشد مثل ارز (پول یک کشور خارجی) و یا سهام بی‌نام شرکت‌های تجاری که قابل نقل و انتقال است، اگرچه عین معین محسوب نمی‌شوند ولی می‌توان رهن آن‌ها را صحیح دانست. این‌گونه اموال هم قابل قبض و تسلیم هستند و هم قابل انتقال، به طوری که دارنده می‌تواند به آسانی اقدام به فروش آن‌ها نماید.

به رهن گذاشتن اسکناس یا پول داخلی کشور معمول نیست زیرا رهن به تبع بدهی است و به طور معمول چنانچه بدهکار مبالغی پول داشته باشد آن را بابت بدهی خود پرداخت می‌کند، در غیر این صورت چنانچه یکی از طرفین به‌عنوان وثیقه یا رهن مقداری پول یا اسکناس به دیگری بدهد مثل مال کلی (سهام بی‌نام) قابل قبض بوده و تابع همان حکم خواهد بود.

۳-۲- رهن منفعت

در فقه امامیه برخی از فقها رهن منفعت را به دلیل آن که امکان قبض آن وجود ندارد و نیز به دلیل آن که امکان استیفای طلب از آن دشوار و یا ناممکن است، باطل دانسته‌اند؛^(۳۲) و به تبع نظر این دسته از فقها قانون مدنی در ماده ۷۷۴ رهن منفعت را باطل اعلام نموده است. اما همان‌طور که برخی دیگر از فقهای امامیه عقیده داشتند دلایل بطلان رهن منفعت مسلم و قطعی نیست.^(۳۳) قبض منفعت با قبض عین امکان‌پذیر و معمول است، همان‌طور که عقد اجاره، تملیک منفعت است و مورد معامله فقط منافع مال است ولی موجر عین را تسلیم مستأجر می‌کند و هیچ‌کس در صحت آن تردیدی ندارد. امکان استیفای طلب از منافع نیز غیرممکن نیست. منفعت اعم از آن که مادی باشد مثل منفعت یک باغ دارای درختان میوه، و یا منفعت غیرمادی مثل منفعت یک ساختمان یا یک واحد آپارتمان، در هر دو صورت منافع دارای ارزش مالی و قابل تقویم به پول است و چنانچه بدهکار منفعت مالی را به رهن بگذارد، هر آنچه که به‌عنوان منفعت از عین مال بدست می‌آید (مثل قیمت میوه‌های درختان و اجاره‌بهای یک ساختمان) می‌تواند به‌عنوان رهن و وثیقه در دست مرتهن باشد و در صورت لزوم طلب خود را از آن استیفا نماید.

با وجود نص صریح قانونی در ماده ۷۷۴ ق.م. مبنی بر بطلان رهن منفعت، برای امکان وقوع رهن منفعت در حقوق ایران باید به فکر اصلاح ماده مزبور بود، زیرا با بررسی متون فقهی به‌عنوان مبدا و منشا این مقررات معلوم می‌شود علاوه بر وجود نظر مخالف در فقه امامیه،

دلایل ارائه شده نیز قطعی و مسلم نیستند. نیاز جامعه و تکمیلی بودن مقررات مذکور در قراردادهای خصوصی بین مردم مؤید نظریه صحت این نوع رهن است. شاید استفاده از عنوان و قالب قرارداد بی‌نام در این قراردادها (رهن منفعت) با ذکر دقیق حقوق و تعهدات طرفین عقد، نیز راهکار مناسبی برای استفاده از این قرارداد باشد. تکمیلی بودن مقررات مربوط به عقد رهن که قراردادی خصوصی بین راهن و مرتهن است و جایز بودن عقد رهن از طرف مرتهن در هر زمان و هر مرحله این از رهن، نشان می‌دهد سخت‌گیری در این خصوص مدنظر قانون‌گذار نبوده و بنای قانون در موارد مذکور مسامحه و تسهیل امور مردم و صحیح دانستن معاملات و قراردادهای آنهاست.

نتیجه‌گیری

قوانین و مقرراتی که مربوط به روابط خصوصی افراد جامعه است و منافاتی با نظم عمومی جامعه یا اخلاق حسنه ندارد جزو قواعد تکمیلی بوده و بنای مقنن تا حد ممکن بر تایید و صحیح دانستن آنهاست. یکی از قراردادهای معمول و مورد نیاز افراد جامعه عقد رهن است که به تبع دین و بدهکاری به وجود می‌آید. این عقد در حقوق ایران عینی است و قانون‌گذار قبض مورد رهن را شرط صحت این عقد دانسته است یعنی مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود... (ماده ۷۷۲ قانون مدنی). ضرورت تحقق قبض مورد رهن برای وقوع این عقد امتیازی است برای طلب‌کار که مالی از اموال بدهکار را در قبض و تصرف خود می‌گیرد تا بدهکار نتواند مالش را بفروشد یا از بین ببرد و طلب‌کار هم بتواند در نهایت با فروش این مال به طلب خود برسد. در کنار این امتیاز، عیوبی هم وجود دارد که این قرارداد را با مشکل مواجه می‌سازد. مال مورد رهن در قبض و تصرف طلب‌کار (مرتهن)، هم مالک را از استفاده از مالش محروم می‌کند و هم نگهداری این مال برای مرتهن دارای هزینه و سختی است و هیچ حق بهره‌برداری یا استفاده هم ندارد. به همین دلیل است که در بسیاری موارد طرفین به‌طور صوری اعلام می‌کنند که مورد رهن به قبض مرتهن رسید و با توافق مجدداً به تصرف راهن داده شد. این رویه و اعلام صوری در قراردادهای رهنی که بانک از مشتری خود مالی را به رهن می‌گیرد بسیار شایع و معمول است و چون مورد رهن مال غیرمنقول است و قرارداد رهن هم به‌موجب سند رسمی تنظیم می‌شود حقوق مرتهن (بانک) کاملاً محفوظ و مطمئن بوده و مال مرهون نیز در تصرف مادی خود راهن (مالک) باقی می‌ماند تا از آن استفاده نماید.

در خصوص اموال غیرمادی و یا اموالی که عین معین نیستند مثل اموال کلی (یک تن برنج درجه یک شمال) که در شش ماه آینده قابل برداشت است یا زمان تحویل آن چند ماه آینده است و یا اموالی که منفعت نامیده می‌شوند مثل منافع یک آپارتمان مسکونی یا منافع یک باغ و یا حقوقی که دارای ارزش مالی بوده و قابل تقویم به مبلغی پول است مثل حق تألیف یک مؤلف یا حق بهره‌برداری انحصاری از آرم به ثبت رسیده یک شرکت بزرگ تجاری و یا طلبی که زمان سررسید آن چند ماه آینده است و وجه رایج یک کشور است، همگی این ویژگی را دارند که فعلاً به صورت مادی و عین موجود و قابل قبض نیستند. رهن این‌گونه اموال در حقوق ایران از لحاظ مقررات قانون مدنی مشکل است و نص صریح قانون بعضی از مصادیق آن را باطل اعلام نموده است، اما جای اشکال و انتقاد جدی وجود دارد. چرا قانون‌گذار رهن این‌گونه اموال را علی‌رغم معمول بودن برخی از اقسامش و نیاز جامعه و مردم به چنین قراردادهایی باطل دانسته است. با بررسی علت عینی بودن رهن و ضرورت تحقق قبض می‌توان به این نتیجه رسید که به هر طریقی حقوق مرتهن نسبت به مال مورد رهن حفظ شود کفایت می‌کند و نیاز و ضرورتی به قبض مادی مال مورد رهن نیست. تشخیص این نکته که چگونه و به چه طریقی قرارداد رهن به نفع مرتهن باشد کاملاً در اختیار مرتهن و بدست اوست زیرا رهن از طرف مرتهن جایز است و او حق دارد به کلی از آن صرف‌نظر نماید و فقط طلب‌کار عادی از بدهکار باشد. بنابراین در روابط دائن و مدیون زمانی که طرفین نسبت به در رهن قرار دادن مالی از اموال مدیون (اموال غیرمادی) که قبض مادی آن‌ها در زمان عقد رهن امکان‌پذیر نیست) به توافق می‌رسند، چنین قراردادی هیچ منافاتی با نظم عمومی یا اخلاق حسنه جامعه ندارد و قراردادی خصوصی است و از هر جهت می‌تواند صحیح فرض شود. قانون‌گذار باید در جهت رفع نیازهای مردم و در راستای احترام به قراردادهای خصوصی و جاری ساختن اصل صحت در معاملات آن‌ها، چنین قراردادهایی را صحیح بداند و بهتر است ماده ۷۷۴ ق.م. نیز اصلاح شود تا به صراحت امکان رهن اموال غیر عین معین یا اموال غیرمادی فراهم شود.^(۳۴)

۱. فرهنگ فارسی عمید، حسن عمید، ص ۷۱۹- فرهنگ فارسی معین، محمد معین، ص ۴۹۹.
۲. ر.ک. الروضه البهیه، زین‌الدین الجبعی العاملی، ج ۴، ص ۵۱.
۳. دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۳۳۱.
۴. ر.ک. دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۳۵۱.
۵. ر.ک. دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین (۴)، ص ۵۶۵.
۶. ر.ک. الروضه، ج ۴، ص ۵۲: «و التخصیص بالذین اما مبنی علی عدم جواز الرهن علی غیره و ان کان مضموناً کالغصب، لکن فیه (نظر) ان المصنف قائل بجواز الرهن علیه، و علی ما یمکن تطرق ضمانه کالمبیع و ثمنه لاحتمال فساد البیع... بل بالودیعه و العاریه و مطلق وضع الید فیوخذ مقاصه عند جحود المدیون الذین، و هو توثیق فی الجملة.» همچنین ر.ک. دکتر سیدحسن امامی، ج ۲، ص ۳۵۲- دکتر ناصر کاتوزیان، عقود معین (۴)، ص ۵۶۵.
۷. دکتر کاتوزیان، همان، ص ۴۹۷.
۸. شهید اول در لمعه به استناد آیه ۲۸۳ سوره بقره «فرهان مقبوضه» در تحقق رهن، قبض را شرط لزوم می‌داند ولی شهید ثانی در شرح لمعه نظری را که بدون قبض هم رهن محقق و لازم می‌شود نظر قوی‌تر می‌داند: الروضه، ج ۴، ص ۵۶ «و انما یتم الرهن بالقبض علی الاقوی للآیه و الروایه... و قیل یتم بدونه للاصل و ضعف سند الحدیث و مفهوم الوصف فی الآیه و اشتراطه بالسفر و عدم الکاتب... و هذا اقوی.»
۹. ر.ک. دکتر سیدحسن امامی، ج ۲، ص ۳۳۳- دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ص ۴۹۸- همچنین در فقه رجوع شود به ملا علی قزوینی، صیغ العقود و الایقات، ص ۸۰، می‌نویسد: «رهن خواستن از برادر مؤمن مکروه است... و قبض رهن به اذن راهن شرط صحت رهن است...»
۱۰. ر.ک. شهید ثانی، الروضه، ج ۴، ص ۵۹: «و لا یشرط دوام القبض للاصل بعد تحقق الامتثال به فلو اعاده الی الراهن فلا باس و هو موضع وفاق و یقبل اقرار الراهن بالاقباض لعموم اقرار الاعقلاء.»
۱۱. همان، ص ۵۵- دکتر سید حسن امامی، همان، ص ۳۳۲.

۱۲. دیگر وثیقه‌های دین، ضمان، حواله و کفالت است که به آن‌ها وثیقه‌های شخصی گفته می‌شود زیرا هر یک از آن‌ها به صورتی وثیقه طلب طلب‌کار هستند و به گونه‌ای موجب تسهیل در وصول طلب می‌شوند.
۱۳. جزو شرایط عمومی همه قراردادهاست. رجوع شود به مکاسب، ج ۵، ترجمه و شرح آیت-الله پایانی، ص ۱۳۷: «و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالکين او مأذونين من المالك...» و در وقف نیز ماده ۵۷ قانون مدنی این شرط را تأکید و تکرار می‌کند.
۱۴. در فقه می‌گویند مورد معامله باید طلق باشد. رجوع شود به الروضه، ج ۳، ص ۲۵۳: «يشترط في المبيع ان يكون طلقا فلا يصح بيع الوقف.» همچنین در خصوص مال آزاد و مقید رجوع شود به حقوق اموال، دکتر جعفری لنگرودی، ص ۵۰.
۱۵. دکتر سیدحسن امامی، همان، ص ۳۳۸.
۱۶. برای دیدن نظر مخالف رجوع شود به دکتر امامی، همان، ص ۳۳۹.
۱۷. ر.ک. دکتر کاتوزیان، همان، ص ۵۴۸.
۱۸. ر.ک. الروضه، همان، ص ۶۴.
۱۹. ر.ک. الروضه، همان، ص ۶۵: «شرط الرهن ان يكون عينا مملوکه يمكن قبضها و يصح بيعها... فلا يصح رهن المنفعه كسكنى الدار و خدمه العبد لعدم امكان قبضها اذ لا يمكن الا باتلافها... و لا الدين بناء على ما اختاره من اشتراط القبض لان الدين امر كلى لا وجود له فى الخارج يمكن قبضه و ما يقبض بعد ذلك ليس نفسه...».
۲۰. منبع سابق، همان ص.
۲۱. دکتر سیدحسن امامی، همان، ص ۳۳۷-همچنین ر.ک. حائری شاه باغ، شرح قانون مدنی، ج ۲، ص ۶۷۸.
۲۲. الروضه، همان، ص ۵۶.
۲۳. الروضه، ج ۴، ص ۵۶ و ۶۵.
۲۴. آیه ۲۸۳ سوره بقره: «و ان كنتم على سفر و لم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضه...».
۲۵. برای مطالعه بیشتر ر.ک. مهدی شهیدی، حقوق مدنی ۶، عقود معین ۱، انتشارات مجد، چاپ هشتم، ۱۳۸۶، ص ۲۲.
۲۶. مواد ۳۳۹ و ۳۶۲ قانون مدنی.
۲۷. سیدحسن امامی، همان، ص ۳۳۸.
۲۸. منبع سابق، همان ص- ناصر کاتوزیان، همان، ص ۵۴۰.
۲۹. ر.ک. الروضه، ج ۴، ص ۶۶.

شکراله نیکوند

۳۰. برخی از استادان و مؤلفین استناد به ماده ۱۰ قانون مدنی و عقد بی نام برای صحت این گونه رهن را صحیح ندانسته‌اند و معتقدند چون قانون به صراحت خلاف آن را مقرر نموده (ماده ۷۷۴ ق.م.ا)، چنین توافقی اعتبار ندارد. ر.ک. دکتر ربیعا اسکینی، حقوق تجارت، چاپ یازدهم، سمت، ۱۳۸۶، ص ۱۱۹.

۳۱. ر.ک. منبع سابق، ص ۱۲۰.

۳۲. شهید ثانی، همان، ص ۶۵.

۳۳. همان، ص ۶۵ و ۶۶.

۳۴. در حقوق فرانسه عقد رهن می‌تواند بدون قبض منعقد شود. این نوع رهن در خصوص اموال غیرمنقول انجام می‌شود و به آن Hypotheque گفته می‌شود. بدین ترتیب در کنار رهنی که قبض در آن ضروری است Nantissement، به افراد اجازه داده شده است که با توافق یکدیگر رهن بدون قبض منعقد شود. قانون مدنی فرانسه در ماده ۲۰۷۱ به تعریف رهنی می‌پردازد که بدهکار مالی را به قبض طلب‌کار می‌دهد تا تضمین پرداخت بدهی‌اش باشد و در ماده ۲۰۷۲ چنین عقد رهنی (رهن مقبوض) هرگاه مورد رهن مال منقول باشد را Gage می‌نامد و اگر مورد رهن مال غیرمنقول باشد به Antichrese نامیده می‌شود.

