

## واکاوی عقد رهن (از حیث لزوم و جواز) در فقه و قانون مدنی<sup>۱</sup>

مهدی معظمی گودرزی<sup>۲</sup>

دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

مجید رضا شیخی نصرآبادی<sup>۳</sup>

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران

### چکیده

در قانون مدنی در ماده ۷۸۷ آمده است «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است...» علی‌رغم تصریح به نسبی بودن عقد رهن از لحاظ لزوم و جواز، قانون‌گذار معین نکرده است که آیا عقد رهن را بایست به مثابه‌ی عقدی جایز نگریست یا این‌که قواعد عقد لازم را بر آن لازم دانست؟ این مسأله خود چالشی اساسی در شناسایی آثار عقد رهن ایجاد کرده و موجب پرسش است که بر فرض حدوث عوارضی از جمله اسباب حجز، فوت و بیهوشی بر طرفین عقد رهن؛ احکام کدام نوع از عقود معتبر است؟ از سوی دیگر رهن عقدی عینی است که قبض در آن مؤثر است و بنابراین احکام قبل از قبض و بعد از قبض در لزوم و جواز آن متفاوت است. در این نوشتار به بررسی همه جانبه‌ی عقد رهن از دیدگاه این‌که آیا قواعد حاکم بر عقد رهن قواعد عقد جایز یا لازم است، پرداخته شده است؟ به طور کلی در این پژوهش با تکیه بر واکاوی حقوقی و فقهی مفاهیمی بسان قبض در رهن، به دنبال تنقیح ساختار و چهارچوب عقد رهن در مستندات حقوقی و تحلیل‌های فقیهان و رفع تعارض مواد قانونی چون مواد «۷۸۷» ق. مدنی با ماده ۷۸۸ همین قانون است.

**کلیدواژه‌ها:** رهن، قبض، عقد لازم، عقد جایز، عقود عین.

۱. تاریخ وصول: ۱۳۹۷/۵/۹؛ تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۹/۱۴

۲. پست الکترونیک: goodarzi243@yahoo.com

۳. پست الکترونیک (مسئول مکاتبات): alfeghh@yahoo.com

## مقدمه

عقد از حیث دوام به عقد لازم و جایز تقسیم می‌شود<sup>۱</sup> (شهیدی، ۱۳۹۰، ص ۶۵). عقد لازم در ماده ۱۸۵ ق.م.چنین تعریف شده: «عقد لازم آن است که هیچ‌یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معین» پس عقد لازم با فوت یا جنون یا سفه طرفین منفسخ نمی‌شود و تنها در موارد استثنا با موجباتی چون ۱. خیار<sup>۲</sup> ۲. اقاله<sup>۳</sup> ۳. قانون منحل می‌شود (لنگرودی، ۱۳۶۹، ص ۱۳۳) عقد جایز در ماده ۱۸۶ ق.م.چنین مقرر می‌دارد: «عقد جایز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند». منتها این تنها ملاک در عقد جایز نیست، بلکه ماده ۹۵۴ ملاکی دیگر به عقد جایز اضافه کرده است: «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و هم‌چنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است» و از سیاق واحد ماده ۶۲۸ ق.م. نیز می‌توان جنون را از موارد فسخ شمرد (لنگرودی، ۱۳۶۹، ص ۱۳۴). از بین عقود معین، عقد رهن رابطه‌ای دوسویه دارد از سویی وصف لزوم در آن است و از طرفی عقد جایز است. چراکه در ماده ۷۸۷ ق.م. آمده است که: «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد عقد را منحل کرده، ولی راهن نمی‌تواند قبل از این که دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی بری شود و رهن را مسترد دارد». هم‌چنین امام خمینی می‌فرماید: «الرهن لازم من جهة الراهن جائز من طرف المرتهن» (امام خمینی، ۱۴۰۴، ص ۱۶۶). با این وجود عقد رهن با قواعدی که در بالا نسبت به جایز و لازم بودن وجود

۱. البته در ماده ۱۸۴ ق.م. آمده است: «عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شود: لازم، جایز، خیاری، منجز، معلق» همان‌طوری که ملاحظه می‌شود عقد به لحاظ دوام به سه قسم لازم، جایز و خیاری تقسیم شد منتها عقد خیاری یکی از عقود لازمی است که در آن خیار فسخ شرط شده است پس قرارداد عقد خیاری به عنوان قسم عقد لازم در ماده ۱۸۴ صحیح نمی‌باشد (شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادهای تعهدات، ص ۶۵).

۲. اختیارات در ماده ۳۹۶ معین شده است.

۳. در اصطلاح حقوقی عبارت از فسخ معامله به اراده طرفین عقد است. در ماده ۳۶۴ به عنوان یکی از موارد سقوط تعهدات بر شمرده شده است.

دارد، هم‌خوان نیست. چراکه این امر به وضوح در ماده ۷۸۸ ق.م.دیده می‌شود: «به موت رهن یا مرتهن رهن منفسخ نمی‌شود...». این در صورتی است که طبق موازین حقوقی و قاعده آن باید حداقل عقد از جانب مرتهن منفسخ شود. از جانب دیگر عقد رهن طبق نظر برخی از عقود عینی می‌باشد و قبل از قبض و بعد از قبض احکام مختلفی دارد. لازم به ذکر است که حقوقدانان متعرض بررسی حالت خاص عقد رهن و بررسی ماهیت آن قبل از قبض و بعد از قبض و از حیث لازم و جواز و آثار مرتبه نگشته‌اند (لنگرودی، ۱۳۸۸، صص ۱۱۰-۱۱۱؛ کاتوزیان، ج ۴، صص ۵۰۷-۵۰۸؛ امامی، ۱۳۷۲، ص ۳۳۳؛ شهیدی، ۱۳۹۰، صص ۶۰-۶۵). به همین علت چاره‌ای جز رجوع به کتب فقهی برای تفسیر حقیقی مواد ۷۷۲ و ۷۸۷ و ۷۸۸ ق.م.د نیست و لذا بایسته است که نخست به این پرسش پرداخت که رهن از جمله عقود عینی هست یا خیر؟ و سپس به ماهیت جواز از جانب مرتهن و لزوم از جانب رهن و آثار مترتب به آن‌ها خواهیم پرداخت.

### گفتار نخست: آیا رهن از عقود عینی می‌باشد؟

قبل از بحث از ماهیت عقد رهن، لازم است این پرسش طرح شود که آیا در رهن قبض شرط است یا خیر؟ متفرع بر آن احکام هر یک از انظار در پرسش پیشین چیست؟ حقوقدانان عقود را که در آن‌ها قبض نقش اساسی و رکن دارد، عقود عینی نامیده‌اند. به‌طور کلی تحلیل حقوقی قبض در آثار فقیهان و قانون با استقراء به گونه‌های مختلفی وجود دارد. نخست آن‌که قبض شرط صحت آن عقد است. بدین معنا که قبض جزء سبب است. بنابراین ارکان این عقود ایجاب، قبول و قبض است (امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، صص ۳۳۳-۳۳۴). این نوع قبض را می‌توان در حق انتفاع ماده ۴۷ ق.م.د و عقد وقف ماده ۵۹ ق.م.د و عقد هبه ماده ۷۹۸ ق.م.د مشاهده کرد. در این

۱. ماده ۴۷ ق.م.د «در حبس، اعم از عمری و غیره، قبض شرط صحت است».

۲. ماده ۵۹ ق.م.د «اگر واقف عین موقوفه را به تصرف وقف ندهد وقف محقق نمی‌شود و هر وقت به قبض داده وقف تحقق پیدا می‌کند».

فرض علاوه بر باطل بودن عقد در صورت عدم قبض، در صورتی که بر یکی از طرفین سفاهت، جنون، موت یا بیهوشی عارض شود؛ عقد باطل است (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۴۴۱) و این بیان مستفاد از ماده ۸۰۲ ق.م.ا.ست. «اگر قبل از قبض واهب یا متهب فوت کند هبه باطل است» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، صص ۳۳۳-۳۳۵).

فرض دوم عبارت است از این که قبض شرط لزوم است. یعنی عقد به وسیله ایجاب و قبول تحقق می یابد، ولی مادامی که عین تسلیم نشده است، در حکم عقد جایز است (امامی، ۱۳۷۲، ج ۲، صص ۳۳۳-۳۳۵). هم چنین احکام عقد جایز بر آن عقد قبل از قبض مترتب می گردد، ولی بعد از قبض عقد لازم می شود. از جمله احکام عقد جایز این است که با موت یا جنون یا بیهوشی احد طرفین منفسخ است. بنابراین تاکنون روشن شد که بین قبض به معنای شرط لزوم با قبض که شرط صحت است، تفاوت است. برخی وجه تمایز را این گونه بیان کرده اند که: «تفاوت این دو در نماند منفسخ است که اگر بین عقد و قبل از قبض به وجود آمده است. در صورتی که قبض شرط صحت باشد نماند متعلق به طرف موجب است؛ ولی اگر قبض شرط لزوم باشد، چون که ملکیت مال موضوع عقد به طرف دیگر انتقال پیدا کرده است، به تبع آن نمایی نیز که از آن در این مدت به وجود آمده است، متعلق به قابل خواهد بود» (شهید ثانی، ۱۴۳۲، ج ۲، ص ۱۴۰). شهید اول از فقهاء قبض را در عقد وقف تنها شرط لزوم دانسته اند (شهید اول، ۱۴۳۲، ج ۲، ص ۱۳۹).

فرض سوم این است که قبض شرط در تملیک است. یعنی این که موجب تا زمانی که موضوع معامله را تحویل نداده است ملکیتی به وجود نمی آید. نمونه ای این نوع قبض عقد قرض است. شهید ثانی آورده است: «هیچ گونه تردیدی در شرط بودن ایجاب و قبول برای تحقق ملکیت در عقد قرض وجود ندارد، لکن باید این ایجاب و قبول همراه با قبض باشد» (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۳، ص ۴۳۹). این دیدگاه را سید علی طباطبایی نیز در ریاض

---

۱. ماده ۷۹۸ ق.م.ا: «هبه واقع نمی شود مگر با قبول و قبض متهب اعم از این که مباشر قبض خود متهب باشد یا وکیل او و قبض بدون اذن واهب اثری ندارد».

المسائل اتخاذ کرده‌اند (طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۸، ص ۴۸۰).

بعد از ایضاح مفهومی ماهیت قبض در عقود نوبت به بررسی عقد رهن می‌رسد. در فقه امامیه نسبت به اثر قبض در وقوع عقد رهن یا لزوم آن سه نظریه‌ی گوناگون داده شده است: ۱. برخی بر این باورند که عقد رهن با ایجاب و قبول واقع می‌شود و قبض مال مرهون هیچ نقشی در نفوذ عقد ندارد (طوسی، ۱۴۱۸، ج ۳، ص ۲۲۳؛ همو، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۹۸؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۱۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۳، ص ۱۸۸؛ همو، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۴۶۴؛ همو، ۱۴۰۸، ج ۵، صص ۳۹۹-۴۰۰؛ همو، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۹۱؛ صیمری، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۱۳۵؛ کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۹۴؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۱۲؛ شهید ثانی، ۱۴۳۲، ج ۲، صص ۳۷۱-۳۷۲؛ بحرانی، ۱۴۳۱، ج ۲، صص ۲۲۵-۲۲۶؛ نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۲۰۶). برای نمونه صاحب جواهر در این باره معتقد است: «هیچ‌گونه شکی در موثر نبودن قبض در تحقق عقد رهن نیست» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۲۰۶). یا ابن ادریس در سرائر می‌نگارد که «ذهب الیه اکثریون و المحصلون» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۲۰۶). یا فاضل مقداد در کنز العرفان می‌گوید: «أن علیه المحققین» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۲۰۶). صاحب مفتاح الکرامه می‌نویسد: «أبی ثور و مالک بن أنس و أحمد بن حنبل در یکی از روایت‌هایش از میان اهل سنت نیز بر این باورند (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۴۳۱). علامه حلی در کتاب تبصرة المتعلمین می‌نویسد: «فی اشتراط الاقباض اشکال» این عبارت تمایل او را به عدم اقباض در رهن می‌رساند (علامه حلی، ۱۴۲۷، ص ۱۱۲).

۲. از جانب دیگر برخی از فقهاء، قبض را در عقد رهن دخیل دانسته‌اند، منتها برخی قبض را شرط صحت تلقی کرده و برخی دیگر قبض را شرط لزوم عقد قلمداد نموده‌اند. بنابراین اندیشمندان فقه در رابطه با قبض در رهن دو دسته‌اند: عده‌ای قبض را شرط صحت عقد دانسته‌اند (مفید، ۱۴۱۳، ص ۶۲۲؛ طوسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۳۴۴؛ ابن حمزه، ۱۴۲۷، ص ۲۶۵؛ طبرسی، ۱۳۸۸، ج ۱، ص ۴۰۰). مثلاً مفید بر این باور است که: «رهن صحیح

نیست مگر بعد از قبض» (مفید، ۱۴۱۳، ص ۶۲۲). شیخ طوسی در نهایی آورده است: «شیء داخل در رهن نیست مگر بعد از قبض از جانب مرتهن و تمکن مرتهن برای آن قبض» (طوسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۳۴۴). یا ابن حمزه طوسی در وسیله فرموده «رهن به سه شرط ایجاب و القبول و القبض برضای راهن صحیح است» (ابن حمزه، ۱۴۲۷، ص ۲۶۵). اما برخی دیگر از علماء قبض را در عقد رهن دخیل دانسته‌اند، منتها به عنوان شرط لزوم. صاحب مفتاح الکرامه در این مجال نوشته است «منحصراً یک فقیه قبض را در رهن شرط در لزوم دانسته است و آن ابن زهره در غنیه است» (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۴۳۰). ابن زهره بیان کرده است که: «قبض شرط در لزوم رهن از جهت راهن است بر خلاف مرتهن و از اصحاب کسانی بر این عقیده شده‌اند که عقد رهن با ایجاب و قبول لازم می‌شود. اما نسبت به قول به لزوم قبض ظاهراً تسالم بین فقیهان مذهب است» (حلبی، ۱۴۱۷، ج ۱، صص ۲۴۲-۲۴۳). از جانب دیگر ابن ادریس نیز قبض را شرط در صحت یا شرط در لزوم نمی‌داند، ولی در سرائر بحث و اختلاف فقیهان را نسبت به قبض دائر مدار لزوم و عدم لزوم تلقی کرده است و اصلاً اشاره‌ای به این که بعضی از فقیهان قبض را شرط در صحت دانسته‌اند نکرده است. چنانچه در جایی می‌فرماید: «اما قبض اصحاب ما اختلاف دارند در این قبض که آیا شرط در لزوم است یا این که شرط لزوم نیست» (حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، صص ۴۱۶-۴۱۷). پس در رابطه با قبض فقیهان برخی قبض را شرط ندانستند و معتقدند ایجاب و قبول کافی است، بعضی دیگر قبض را دخیل دانسته‌اند، منتها اختلاف داشتند که قبض شرط در صحت است یا شرط در لزوم.

نکته این که از حقوقدانان برجسته‌ی معاصر کسی به این بحث نپرداخته است. هر چند که برخی از فقیهان قبض را در عقد دخیل دانسته‌اند، ولی نسبت به احکامی که برای قبض در صورت شرط صحت بودن آن و یا شرط در لزوم بودن آن در رهن می‌باشد، پایبند نبوده‌اند و بایسته تحقیق است که به صورت جداگانه بررسی شود.

### گفتار دوم: بررسی آثار قبض رهن تبرعی در آثار فقیهان و قانون مدنی

در صورتی که راهن یا مرتهن بعد از عقد رهن و قبل از قبض دیوانه یا بیهوش شود و یا از دنیا برود؛ فقیهان به شدت اختلاف کرده‌اند. نسبت به آن کسانی که قبض را شرط در رهن نمی‌دانستند و بر این باورند که عقد رهن بدون قبض نیز لزوم پیدا می‌کند؛ عارض شدن اسباب حجر، فوت و بیهوشی بعد از انعقاد رهن و قبل از قبض تأثیری روی ماهیت رهن ندارد و این امر به خاطر خصوصیت عقد لازم است که در ماده ۱۸۵ ق.م.ا.هم بیان شده است. مبنای این حکم در اندیشه‌ی دو چهره‌ی درخشان میدان فقه، صاحب جواهر و شیخ طوسی جلوه می‌کند؛ مثلاً صاحب جواهر این‌گونه بیان کرده است که: «در عدم بطلان عقد رهن بنا بر مختار که قبض را در عقد رهن دخیل نمی‌دانیم در صورت عروض حجر و فوت و اغماء چه نسبت به راهن و چه نسبت به مرتهن، اشکالی به وجود نمی‌آید» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۲۱۳) و البته در ادله نیز خواهد آمد که نسبت به عارض شدن این امور، در عقد رهن جانب لازم غلبه پیدا خواهد کرد.

اما از نظر کسانی که قبض را دخیل دانسته‌اند عارض شدن این اسباب (حجر و فوت و بیهوشی) در عقد رهن تأثیر می‌گذارد. اما نسبت به آن کسانی که قبض را شرط صحت دانسته‌اند بیان گردیده که اگر این حالات عارض شود، سبب می‌شود که عقد رهن باطل شود. زیرا تمام اسباب صحت عقد رهن که قبض نیز یکی از آنها است، در حال اختیار محقق نشده است. فقهایی که قبض را شرط در صحت عقد رهن دانسته‌اند؛ نسبت به این فرع بیان کرده‌اند که عقد رهن باطل است. برای نمونه محقق در شرایع (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۲۱۱) و شهید در دروس (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۸۵) و علامه حلی در قواعد اشاره به این مطلب کرده‌اند (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۴۴۳). صاحب جواهر نیز گفته است: «هیچ خلافتی بین فقهاء نسبت به بطلان عقد رهن در این حالت یافت نشد»

---

۱. ماده ۱۸۵ ق.م.ا.گوید: عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معین.

(نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۲۱۱). ظاهر قانون مدنی نیز چون قبض را شرط در صحت عقد رهن دانسته، همان طوری که در ماده ۷۷۲ ق.م است، بنابراین در صورت عارض شدن این حالات مزبور نسبت به رهن و یا مرتهن عقد رهن باطل است. اما نسبت به آن کسانی که قبض را شرط لزوم دانسته‌اند یا این که اگر هم قائل به این موضوع نبوده‌اند ولی بحث کرده‌اند، اختلاف وجود دارد که در مجموع می‌توان پنج دیدگاه را از فتاوی قاطبه‌ی فقیهان برداشت کرد.<sup>۱</sup>

**دیدگاه نخست:** در صورتی که قبض شرط لزوم باشد و قبل از قبض رهن یا مرتهن بمیرد، در این صورت عقد رهن باطل می‌شود. ولی اگر قبل از قبض رهن یا مرتهن مجنون یا بیهوش شوند، رهن باطل نمی‌باشد. چراکه عقد رهن تأویل به لزومی که در بیع خیار و وجود دارد برده می‌شود. این نظر از علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء است (علامه حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۳، ص ۳۸۵).

**دیدگاه دوم:** شهید اول نیز قائل به تفصیل است «اگر این حالات سه گانه قبل از قبض برای رهن عارض گردد، عقد رهن باطل است. چراکه مال مرهونه متعلق به ورثه و طلب کاران است و مرتهن نسبت به مال دارای حق تقدم نیست (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۸۵). اما از طرف مرتهن ایشان می‌فرماید: «اگر مرتهن بمیرد حق قبض به وراث او تعلق می‌گیرد، زیرا دین باقی است، پس وثیقه هم باقی می‌باشد، اما اگر مرتهن مجنون یا بیهوش شود مرتهن جانشین او در قبض رهن قرار می‌گیرد» (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۸۵). همان طوری که ملاحظه شد شهید بین رهن و مرتهن نسبت به عارض شدن حالات سه‌گانه فرق قائل شد و در واقع اگر این حالات برای رهن عارض شود عقد رهن باطل می‌شود و اگر این حالات برای مرتهن پیش بیاید عقد رهن به حال خود باقی است.

---

۱. با تتبع در آثار حقوقدانان در رابطه با رهن این مطلب روشن شد که تاکنون از حقوقدانان به این مسأله اشاره‌ای نکرده‌اند و این مقاله نخستین پژوهش‌ای است که این اقوال را از کتاب‌های فقهی بیرون کشیده و به محضر علاقمندان به بحث‌های حقوقی تقدیم می‌نماید.



**دیدگاه سوم:** برخی از فقیهان ماهیت عقد رهن قبل از قبض را هم چون ماهیت عقود جایز مثل وکالت، عاریه و قرض تلقی کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۴۳۲، ج ۲، ص ۳۷۲؛ نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۲۱۱؛ عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۴۴۳). درباره ماهیت عقد جایز در ماده ۱۸۶ ق.م آمده است: «عقد جایز آن است که یکی از طرفین بتوانند هر وقتی که بخواهد فسخ کند» و هم چنین در ماده ۹۵۴ ق.م آمده است: «کلیه عقود جایزه به موت احد طرفین منفسخ می‌شود و هم چنین به سفه در مواردی که رشد معتبر است» و از سیاق ماده ۶۲۸ ق.م نیز می‌توان جنون را از موارد فسخ برشمرد. پس عقد رهن با وجود دارا بودن ماهیت عقد جایز در صورت بروز این سه حالت باطل خواهد شد.

**دیدگاه چهارم:** برخی دیگر از فقهاء به گفته صاحب مفتاح الکرامه<sup>۱</sup> قائل به این هستند که درست است که قبل از قبض رهن عقد جایز می‌باشد منتها احکام عقد جایز که در عاریه و وکالت و امثال اینها وجود دارد رعایت نمی‌شود بلکه عقد رهن قبل از قبض ماهیتش هم چون بیع خیار و هبه بعد از قبض و قبل از تصرف می‌باشد که در اینها اگر موت یا جنون یا اغماء یا سایر موارد بطلان عقد جایز عارض شود تأثیری در اینها ندارد زیرا اینها حکم عقد لازم را دارند. لذا در عقد رهن هم در صورت عارض شدن این سه حالت نسبت به راهن و مرتهن قائل به بطلان نشده‌اند نهایت امر در صورت موت احد طرفین وراثت جانشین آنها می‌شود و در صورت جنون یا اغماء احد طرفین ولی جانشین آنها خواهد شد<sup>۲</sup> (علامه حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۳، ص ۱۴۷).

**نظریه پنجم:** این نظر را می‌توان از عبارت شهید ثانی برداشت کرد ایشان در این باره

---

۱. عاملی، سید محمدجواد، مفتاح الکرامه، ج ۱۵، ص ۴۴۳، لکن جناب سید محمد جواد نامی از علمایی که قائل به این قول هستند نبرده است.

۲. البته علامه حلی در کتاب تذکره الفقهاء دلیلی دیگر برای این قول آورده است و آن این است: وی می‌گوید عقد رهن با عارض شدن این سه حالت باطل نمی‌شود و آن به خاطر این است که عقد رهن از جانب راهن لازم می‌باشد. در واقع ایشان در این قسمت آثار عقد لازم را بر عقد جایز ترجیح داده است. علامه حلی، تذکره الفقهاء، مسأله ۲۰۱.

چنین گفته‌اند: «در صورت عارض شدن جنون یا بیهوشی بعد از عقد و قبل از قبض بر رهن و مرتهن عقد رهن باطل است. ولی در صورت فوت رهن، به علت حق ورثه و طلبکاران دیگر، که مانع از قبض مال مرهون است عقد رهن باطل است. به خلاف مردن مرتهن که در این صورت، طلب او در ذمه‌ی رهن باقی است و در نتیجه وثیقه‌ی آن یعنی مال مرهون نیز باقی خواهد بود و ورثه مرتهن می‌توانند آن را از رهن بگیرند چون مانعی از آن وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۳۲، ج ۲، ص ۳۷۲). همان طوری که ملاحظه شد از انظار پنجگانه‌ی فقیهان، این نتیجه حاصل است که فقهاء عقد رهن را در صورتی که قبض شرط لزوم باشد قبل از قبض عقد جایز می‌دانند ولی دیدگاه‌های مختلفی نسبت به آن قائل‌اند و تنها اندکی از آن‌ها به قواعد مشهور عقد جایز پایبند بودند و آن در قول سوم ظاهر شد.

### گفتار سوم: بررسی آثار قبض رهن مشروط، در ضمن عقد لازم

در پاره‌ای اوقات طرفین ضمن عقد لازم (اعم از بیع و غیره) متعهداند مال معین خود را رهن بدهد.<sup>۱</sup> رهن به صورت شرط ضمن عقد به دو صورت امکان‌پذیر است، فرض نخست: رهن به صورت شرط فعل است. در این صورت باید مشروط علیه بعد از عقد لازم، اقدام به انعقاد عقد رهن کند و با انعقاد عقد رهن، ملزم است که مال مرهون را نیز به اقباض مرتهن برساند. البته در صورتی که قائل به دخیل بودن قبض در عقد رهن باشیم. صورت دوم: رهن به صورت شرط نتیجه، در این صورت کسانی که قبض را شرط صحت دانسته‌اند بیان کرده‌اند که در این صورت هم رهن باید مال مورد رهن را تحویل مرتهن بدهد<sup>۲</sup> بدون این که

۱. ماده ۲۴۱ می‌گوید: ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که به واسطه‌ی معامله مشغول الذمه می‌شود رهن یا ضامن بدهد.

۲. ماده ۲۸ می‌گوید: عقود که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آن‌ها لازم الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود. هم‌چنین ماده ۷۷۲ می‌گوید: مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

محتاج به انعقاد عقد دیگری جدای از آن عقد لازم اصلی باشد. ولی آنانی که قبض را شرط در لزوم دانسته‌اند بر این باورند که در این قسم از رهن هم راهن قانوناً مکلف به اقباض نیست و قادر است که از اقباض اجتناب کند. در این صورت تخلف راهن از اقباض در عقد لازم که رهن در ضمن آن شرط شده این فرصت را به مرتهن داده که آن را فسخ کند. اما به باور فقیهانی که قبض را دخیل ندانسته‌اند، با شرط نتیجه عقد رهن منعقد می‌شود (لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۱۵).

برای مثال اگر فروشنده خانه‌ای را به قیمت دویست میلیون تومان به مشتری بفروشد و مشتری پرداخت ثمن را مشروط به مدت یکسال نماید، از طرفی فروشنده به خاطر تضمین پرداخت ثمن از طرف مشتری ماشین مشتری را رهن نماید و عقد رهن در ضمن بیع به صورت شرط نتیجه قرار گیرد، نحوه‌ی تحویل ماشین بستگی به تحلیل حقوقی نقش قبض در قرارداد دارد. اگر قبض شرط صحت عقد باشد تحویل ماشین بر مشتری لازم است چرا که خودداری از تحویل موجب بطلان عقد رهن است و اگر قبض شرط لزوم باشد، در صورت خودداری از تحویل عقد رهن به صورت جایز منعقد می‌گردد و بنابراین آثار عقد جایز بر رهن مترتب می‌گردد.

نکته حائز اهمیت این‌که شرط نتیجه‌ی مذکور پیوندی بین مرتهن و عین مرهونه بر قرار کرده است؛ ولی از حیث اقباض رهن خاصیت شرط فعل را داراست و با عنایت بمدلول ماده ۲۳۷ ق.م.طبق ضابطه‌ی کلی شرط فعل حاکم شرع قادر به اجبار راهن به تسلیم مرتهن است.<sup>۱</sup> با توجه به مطالب بالا اگر راهن یا مرتهن بعد از عقد و قبل از قبض بمیرد یا مجنون شود یا به حال اغماء در آیند تکلیف عقد به لحاظ ماهیت چه می‌شود؟ آن چه از کلام فقهاء برداشت می‌شود این است که همان دیدگاه‌های که نسبت به قبض در رهن تبرعی بود، در

---

۱. ماده ۲۳۷ ق.م. می‌گوید: هرگاه شرط درضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفا شرط بنماید.

این فرض نیز می‌آید و در صورت عارض شدن اسباب حجر و موت و اغماء همان احکام در این جا نیز جاری می‌گردد. برخی این دیدگاه را تأیید کرده که «از مطالبی که در رابطه با عقد رهن تبرعی بیان گردید وضعیت عقد رهنی که در ضمن عقد لازم شرط شده است و هم چنین صوری که یکی از طرفین قبل از عقد رهن یا بعد از عقد رهن و قبل از اقباض بمیرد روشن می‌گردد» (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۴۴۴).

هم چنین برخی دیگر درباره عقد رهن «تبرعی» نوشته‌اند «بعد از احاطه به مطالبی که در مورد عارض شدن حالات اسباب حجر و فوت و اغماء در مورد عقد رهن "تبرعی" بیان گردید وضعیت رهن مشروط در ضمن عقد لازم نیز روشن می‌گردد و وضعیت اسباب حجر و فوت و اغماء قبل از رهن یا بعد از عقد رهن و قبل از اقباض مشخص شد» نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۲۱۳).

پس در حقیقت حکم عقد رهن که مشروط در ضمن عقد لازم است. بر مبانی مزبور یعنی ۱. عدم اشتراط قبض ۲. اشتراط قبض به صورت شرط صحت ۳. اشتراط قبض به صورت شرط لزوم این گونه می‌شود: «بنابر دیدگاه نخست مبنی بر این که قبض شرط در انعقاد عقد رهن نیست، اگر عقد رهن در ضمن عقد لازم شرط شود؛ منعقد می‌گردد و بر رهن تسلیم و تحویل دادن عین مرهونه واجب نیست؛ در این صورت اگر عارضی از اسباب حجر و فوت و اغماء بعد از عقد و قبل از قبض رخ داد در عقد تأثیرگذار نیست (شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۱۳؛ حلی، ۱۳۷۸، ج ۲، صص ۲۵-۲۶). بنابر دیدگاه دوم که قبض شرط صحت عقد رهن است. در صورتی که به صورت شرط ضمن عقد لازم بیان شود عقد رهن واقع می‌گردد، چه در شرط فعل و چه در شرط نتیجه باید قبض به صورت جداگانه به مشروط له داده شود در صورت بروز یکی از اسباب حجر و فوت و اغماء باعث می‌شود که عقد رهن باطل شود چراکه در این صورت کما این که گفته شد عقد رهن سه رکن دارد: ایجاب، قبول، قبض و اینها همه باید در زمان زنده بودن رهن یا مرتهن و عقل داشتن و قصد داشتن هر دو منعقد شود. ولی چون بین ایجاب و قبول با قبض یکی از اینها مفقود

شده پس عقد رهن باطل می‌شود. این سخن را صریح مجمع البرهان اردبیلی بیان کرده است (اردبیلی، ۱۴۳۰، ج ۲، ص ۱۳۹).

اما بر بنیان دیدگاه سوم که قبض به صورت شرط لزوم است. بدین خاطر که قبل از قبض عقد رهن به صورت جایز واقع شده است و همان طوری که قبلاً بیان شد طبق نظر برخی فقیهان عقد رهن قبل از قبض احکام عقد جایز را در بر نمی‌گیرد و در این رابطه هم پنج دیدگاه وجود داشت و احکام هر یک به تفصیل بیان گردید. اما شهید ثانی در روضه نسبت به این امر سکوت کرده است. منتها در پایان نکته‌ی شایان توجهی ذکر کرده است که حتی کتب مفصل فقهی به این نکته اشاره نکرده است و در واقع با این عبارت بحث جدیدی را باز می‌کند و آن این است: «الّا أن یکونَ مشروطاً فی عقدٍ لازمٍ فیینی علی القولین» (شهید ثانی، ۱۴۳۲، ج ۲، ص ۳۷۲). شهید ثانی در این عبارت تفاوت میان قبض عقد رهن تبرعی و قبض عقد رهنی را که به صورت شرط ضمن عقد لازم است بیان می‌کند. در حقیقت وی بر این باور است که هر چند در لزوم رهن قبض شرط است<sup>۱</sup> اما قبل از قبض نمی‌توان رهن را اجبار به تسلیم عین مرهونه کرد چراکه پیش از قبض، هنوز عقد لزوم پیدا نکرده است. ولی اگر رهن در ضمن عقد لازم شرط شده باشد، مثل این که مرتهن چیزی را به طور نسیه‌ی یک ماهه به رهن بفروشد و در ضمن آن، رهن را شرط کند، به این گونه که در متن قرارداد ذکر کند که این کالا را به صورت نسیه فروختم، به شرط آن که در مقابل ثمن که مشتری بدان بدهکار است، مشتری مالی را به فروشنده رهن دهد» در این صورت دو قول بین فقهاء یا دو مبنا مطرح است:

قول اول: بعضی گفته‌اند که رهن را نمی‌تواند اجبار به قبض دادن نمود، منتها اگر رهن، آن را به قبض مرتهن نداد، مرتهن می‌تواند عقد لازم را فسخ نماید چون وقتی که به شرط آن عقد عمل نشد، مرتهن حق خیار اشتراط پیدا می‌کند. قول دوم: بعضی‌ها گفته‌اند که رهن را می‌توان اجبار به قبض دادن نمود و اگر چنانچه نتواند او را اجبار به قبض نماید،

۱. البته شهید ثانی این گفته را بر مبنای کسانی بررسی می‌کند که قبض را در عقد رهن شرط لزوم می‌داند.

مرتین می‌تواند عقد لازم را فسخ نماید (قارویی، ۱۴۱۶، ج ۱۳، ص ۱۶۵). همان‌طوری که بیان شد در اجبار راهن به قبض فرق بوده بین عقد رهن تبرعی و عقد رهنی که مشروط در ضمن عقد دیگری شده است.

### گفتار چهارم: بررسی شرایط نحوه‌ی انعقاد عقد رهن

در ماده ۷۸۷ م.آ.م.ه است: «عقد رهن نسبت به مرتین جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتین می‌تواند هر وقت بخواهد آن را برهم زند؛ ولی راهن نمی‌تواند قبل از این که دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد». به صراحت این ماده عقد رهن را از طرف راهن لازم و از طرف مرتین جایز اعلام می‌دارد و صاحب جواهر نیز در مورد این حکم نوشته است «مخالفی در این حکم نیافتم» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۴۳۴). و همچنین علامه حلی در تذکره الفقهاء و اردبیلی در مجمع الفائدة و البرهان ادعای اجماع بر این حکم می‌کنند (علامه حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۳، ص ۸۹؛ اردبیلی، ۱۴۳۰، ج ۹، صص ۱۴۱-۱۴۲). البته برخی اشاره به خلاف در این زمینه کرده‌اند و آن این است «با این وجود نظر صحیح‌تر این است که عقد رهن از جانب راهن قبل از آزاد شدن دین لازم است» (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۳۶۵). با به کار بردن الأقرب اشاره به وجود داشتن قول مخالف دارد؛ البته با تتبع راقمان این سطور در کتب فقهی به نظر مخالف برخورد نشد و احتمالاً این بیان تعریض به وجود نظر مخالف در نزد علمای اهل سنت باشد. بنابراین این حکم در عقد رهن جاری است چه ما این عقد را از عقود عینی بدانیم یا ندانیم یعنی زمانی که تمام شرایط عقد محقق شد عقد رهن از جانب راهن لازم و از جانب مرتین جایز می‌باشد.

صاحب جواهر می‌گوید: «دلیلی که دلالت بر این که عقد رهن از جانب راهن لازم است عموم آیه‌ی «أوفوا بالعقود» می‌باشد. البته آیه در مورد مرتین جاری نیست چراکه عقد رهن برای تضمین حق است و مرتین به همین خاطر تسلط به اسقاط حق خودش دارد»

(نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۴۴۳). در حقیقت شامل قاعده «لکل ذی حق اسقاط حقه» می‌شود.

نکته‌ی دیگر در عقد رهن این است که این عقد هم‌چون عقد نکاح (یزدی، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۴۸۵)، وقف و صلح جزء عقود حکمی می‌باشد و عقود حکمی هم حق شرط گذاشتن خیار در آن‌ها از لحاظ شرع منع شده است. صاحب جواهر بر این باور است که: «ظاهر این است شرط گذاشتن خیار شرط برای رهن صحیح نیست؛ چراکه در تنافی مستقیم شرط با استیثاق و حبس مقتضی عقد رهن است» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۴۳۴). از این عبارت صاحب جواهر دو نکته می‌شود برداشت کرد: ۱. عبارت «الظاهر عدم صحة اشتراط الخيار للرهن» شروع کرد و همین که گفته الظاهر اشاره به قول مخالف دارد که ممنوع گذاشتن خیار شرط نظر همه‌ی علماء نیست. ۲. ایشان در توجیه ممنوع بودن گفتند: «لمنافاته الاستیثاق و الحبس الذی هو مقتضی عقد رهن» به خاطر منافات داشتن این شرط با استیثاق و حبسی که مقتضی عقد رهن، یعنی این‌که اگر رهن حق خیار شرط در عقد رهن بگذارد و مثلاً بگوید تا ۳ ماه من حق خیار دارم طبق بند ۱ ماده ۲۳۳ق.م که فرموده است «شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱. شرط خلاف مقتضی عقد ۲. شرط مجهولی که جهل آن موجب جهل به عوضین شود» نه تنها شرط باطل بلکه باعث بطلان عقد نیز است. چرا که این شرط خلاف مقتضی ذات عقد رهن است.

نکته دیگر این‌که آیا برای تشکیل صیغه عقد رهن باید شرایط لزوم رعایت شود یا شرایط جایز یا از طرف رهن شرایط لازم و از طرف مرتهن شرایط جایز و بعد از فارق شدن از این بحث آیا آثار لازم بر عقد رهن بار می‌شود یا آثار جایز یا این‌که آثار لازم از طرف رهن و آثار جواز از طرف مرتهن اقوال فقهاء و نظریه‌ی قانون مدنی چیست؟

به علت این‌که رهن از طرف رهن لازم و از طرف مرتهن جایز می‌باشد فقهاء در رابطه با این‌که شروط عقد لازم در هر دو طرف یا شروط عقد جایز در هر دو طرف یا شروط عقد لازم فقط از طرف رهن و شروط عقد جایز فقط از طرف مرتهن رعایت شود یا اصلاً شرطی

رعایت شود، اختلاف دارند و صاحب جواهر علت این اختلافات را چنین بازگو نموده است: «شاید همه این اختلافات همان طوری که در مسأله شهادت نیز است، به خاطر این است که رهن در حد عقود لازمه نیست؛ به خاطر این که اگرچه از طرف رهن لازم می باشد، لکن از طرف مرتهن جایز است. بنابراین ترجیح لزوم و بالتبع آن اعتبار آن چیزی که در عقد لازم "مثل: ایجاب و قبولی که به لفظ عربی ماضی که مقارن با هم باشد در صورتی هم که ایجاب مقدم بر قبول باشد" (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۲۲۵) است ترجیح بلامرجح می باشد، هم چنین آن کسی که جانب جایز را معتبر بداند و بالتبع آن همه شرایطی که در عقد لازم بود رعایت نکند، ترجیح بلامرجح می باشد» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۱۸۹).

علامه حلی (ره) در کتاب تذکره الفقهاء فرموده اند: «رهن به دو قسم، تقسیم می شود: نخست رهن ابتدائی "تبرعی" یعنی رهنی که به صورت شرط در ضمن عقد لازم دیگری نیامده است و قسم دیگر رهنی که در ضمن عقد دیگر شرط شده است که هر یک از این دو قسم در رابطه با شرایط صیغه حکمشان فرق می کند» (علامه حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۳، صص ۹۱-۹۲).

در این جا نیز در رابطه با شرایط صیغه دو قسمت به بحث می پردازیم: قسم اول: شروط صیغه در عقد رهن ابتدایی. قسم دوم: شروط صیغه در عقد رهنی که به صورت شرط ضمن عقد لازمی آمده است.

#### گفتار پنجم: شروط صیغه در عقد رهن ابتدایی

با جست و جو در کتب فقهی چهار نظر راجع به این موضوع بین علماء بیان گردیده است: نظر نخست این که هر آن چیزی که در عقد لازم شرط است «از قبیل ایجاب و قبولی که به صیغه ماضی، عربی، تقدّم ایجاب بر قبول باشد؛ در عقد رهن نیز شرط است». (طوسی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۴۹؛ ابن حمزه، ۱۴۲۷، ص ۲۶۵؛ حلبی، ۱۴۱۷، ص ۲۴۲؛ حلبی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۱۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۹۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۷، ص ۱۱۲).



استدلال این نظریه این است که «جانب لزوم در عقد رهن غلبه داشته و هر آن چه در عقد لازم معتبر است، در عقد رهن نیز بایسته اعتبار است. چرا که اصل نخستین در عقود لزوم است و شروط عقد لازم منحصراً در عقود قابل اعمال نیست که از جانب طرفین عقد جایز است. این در حالی است عقد رهن از سوی یکی از طرفین لازم است، بنابراین بدین خاطر برای مخالفت از اصل به قدر متقین که همان عقد جایز است؛ کفایت کرده و لازم است که این شرایط عقد لازم در عقد رهن نیز رعایت گردد» (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۲۲۸). برخی دیگر نیز این سخن را وجیه دانسته‌اند «تردیدی نیست که مجرای احتیاط نیز همین است» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۱۹۰). نظریه‌ی دیگر در مسأله این است که عقد رهن در شرایط به مثابه عقدی جایز است (شهید اول، ۱۴۳۲، ج ۲، صص ۳۷۰-۳۷۱؛ شهید ثانی، ۱۴۳۲، ج ۲، صص ۳۷۰-۳۷۱؛ شهید ثانی، ۱۴۲۵، ج ۴، صص ۸-۱۰؛ عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، صص ۲۲۴-۲۳۰). شهید ثانی دلیل بر این قول را این طوری بیان می‌کند: «عقد رهن منحصر در لفظ خاصی هم چون عقود لازمه نیست به خاطر این که عقد رهن از طرف مرتهنی که مقصود ذاتی از تشکیل عقد می‌باشد جایز است پس در عقد رهن جانب جایز مطلقاً غلبه پیدا می‌کند» (شهید ثانی، ۱۴۳۲، ج ۲، صص ۳۷۰-۳۷۱). نظر سوم: چون عقد لازم از طرف راهن لازم می‌باشد پس شروط لزوم باید از جانب ایجاب رعایت شود از طرف دیگر شروط لزوم از جانب مرتهن احتیاج نیست رعایت شود زیرا عقد از جانب او جایز می‌باشد. این قول را صاحب جواهر از عبارت محقق حلی در شرایع الاسلام برداشت می‌کند آن جا که محقق می‌گوید: «یفتقر الی الإیجاب و القبول» الی أن قال و «القبول هو الرضا بذلك الإیجاب». صاحب جواهر می‌گوید از عبارت ایشان در صدر این فهمیده می‌شود که باید شرایط عقود لازم در طرف ایجاب رعایت شود ولی احتیاج نیست این شرایط از جانب قبول رعایت شود (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، صص ۱۸۶-۱۹۲).

نظر چهارم: عده‌ای از علماء متعرض بحثی نسبت به شرایط صیغه در عقد رهن

نشده‌اند. آن‌ها عبارتند: شیخ مفید در المقنعه و شیخ طوسی در النهایه و سلاردیلمی در المراسم (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۲۳۱). شاید علت این امر را می‌توان از نقل شیخ انصاری از شیخ مفید برداشت کرد که گفته است: «در معاطاة شش قول وجود دارد که یکی از آن‌ها قول شیخ مفید در المقنعه است که معاطاة را مفید ملکیت ملزمه می‌داند» (انصاری، ۱۴۱۸، ج ۳). شاید از این عبارت این برداشت شود که شیخ مفید الفاظ و صیغه را در تشکیل قرارداد شرط نمی‌داند و همین که دالّ قولی وجود داشته باشد کفایت می‌کند.

#### گفتار ششم: بررسی شروط صیغه در عقد رهن مشروط در عقد لازم

اختلاف در شروط صیغه در این قسم در صورتی است که عقد رهن را در ضمن عقد لازم دیگری به صورت شرط فعل بیاورد که در این صورت اگر رهن در ضمن عقد بیاید به این صورت که «بعثک هذا الشی بشرط أن ترهننی عبدک فتقول: اشتریت و رهنّت» یا در ضمن عقد نکاح بیاید «زوّجتک نفسی علی مهر قدره کذا بشرط أن ترهننی دارک علی المهر فبقول الزوج قبلت و رهنّت» (علامه حلی، ۱۴۲۵، ج ۱۳، صص ۹۱-۹۲). در این رابطه سه نظریه بین فقهاء وجود دارد. نخست: برخی به جواز شرط قرارداد در ضمن عقد لازم نظر دارند (طوسی، ۱۴۲۹، ج ۲، صص ۱۹۷-۱۹۸؛ عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۲۳۱). چون که شرط به منزله‌ی قبول است و مقدم شده است و این عده از فقهاء تقدیم قبول بر ایجاب را در خصوص این مقام جایز دانسته‌اند و هم‌چنین قائل به این هستند که چون شرط به منزله قبول است در نتیجه بعد از ایجاب احتیاج به قبول دیگری نیست. مثل این که بایع به مشتری بگوید: این خانه را به قیمت یک میلیون تومان می‌فروشم به شرط این که آن عبت را به من رهن دهی و مشتری جواب دهد که خریدم و آن عبت را به رهن تو در آوردم. در این جا چون شرط به منزله‌ی قبول می‌باشد دیگر احتیاج به تکرار نیست.

نظر دوم: شرط قرارداد عقد رهن در ضمن عقد لازم جایز نیست. علامه حلی در نقد شیخ طوسی که به جواز این نوع شرط باورمند است، نوشته است: «کلام شیخ طوسی

مخدوش است. چراکه رهن وثیقه دین است و مقارنت زمانی بین رهن و دین صحیح نیست» (علامه حلی، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۴۱۹). ایشان معتقد است که دین باید کاملاً مستقر شود و بعد از گذشتن زمانی عرفی، برای وثیقه گذاشتن آن دین ایرادی نیست والا اگر این طور نباشد و بین عقد رهن و دین مقارنت است، عقد رهن صحیح نیست.

نظر سوم: فتوای برخی عدم جواز شرط قراردادن عقد رهن در ضمن عقد لازم است (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۶؛ عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۲۳۱). علت این نظر این است که «صحت رهن متوقف بر حصول صیغه معتبر است شرعاً و از جانب دیگر اصل بر عدم اعتبار تقدّم قبول بر ایجاب است؛ چراکه قبول عبارت از رضا به ایجاب پس قبل از حصول ایجاب موضوعی برای تحقق رضایت نیست. در ما نحن فیه هم چون که شرط متضمن قبول می‌باشد؛ پس مقدم بر ایجاب است و اصل هم عدم اکتفاء به این قبول است» (کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۴۶)، زیرا قبول متقدم بر ایجاب است.

صاحب ایضاح الفوائد هم در این باره آورده است «اقوی این است که تقدیم قبول بر ایجاب مطلقاً صحیح نیست»<sup>۱</sup> (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، ص ۲۳۱). البته انصاف این است که شرط قرارداد عقد رهن ضمن عقد لازم جایز است چرا که تقدیم قبول بر ایجاب نزد بسیاری از فقهاء پذیرفته شده است. وجه عدم اشتراط تقدیم نیز به خاطر اصالة صحت است و هم عرف تقدیم قبول بر ایجاب را به عقد دانسته است و از طرف دیگر هم آیه قرآن «وفوا بالعقود» به طور مطلق شامل این موارد است. به بیان افزون‌تر، بسیاری از فقیهان شرط قراردادن عقود را در ضمن عقود دیگر جایز دانسته‌اند و این شرط را به منزله قبول تلقی کرده‌اند. و این استدلال که مقارنت بین عقد دین و عقد رهن نباید باشد مخدوش است چراکه در تعریف رهن آمده است «الرهن وثیقه للدین» بدین معنا که می‌بایست اصل دین وجود داشته

۱. همان‌طوری که ملاحظه شد در رابطه با این بحث سه موضع از فقهاء بیان شد این در حالی است که در کتب حقوقی اصلاً به اختلاف آرا در این زمینه اصلاً اشاره‌ای نکرده‌اند و درستی این مورد از بحث را مفروض الصحة دانسته‌اند.

باشد؛ در حقیقت وجود دین ملاک است نه چیز دیگری که در این جا نیز دین موجود است. پس در نهایت نظر کسانی چون شیخ طوسی و صاحب مفتاح بیشتر به صواب نزدیک تر است.

### گفتار هفتم: تأثیر اسباب حجر فوت و بیهوشی در عقد رهن

در ماده ۱۸۵ ق.م.آمه است «عقد لازم آن است که هیچ یک از طرفین معامله حق فسخ آن را نداشته باشد مگر در موارد معینه» و در ماده ۲۱۹ ق.م.آمه است: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است، مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

وجه جمع دو ماده این است که در عقد لازم حق فسخ معامله وجود ندارد مگر به وسیله اقاله یا علت قانونی که می تواند اختیارات باشد که در ماده ۳۹۶ ق.م.پیش بینی شده یا می تواند یک سری از قواعد فقهیه هم چون تلف مبیع قبل القبض برعهده بایع است و امثال آن باشد. پس عقد لازم با عارض شدن اسباب حجر و فوت و بیهوشی به هیچ عنوان فسخ نگشته و هم چنان به استحکام خود باقی است. از جانب دیگر عقد جایز به خلاف عقد لازم می باشد. چرا که در تعریف عقد جایز در ماده ۱۸۶ ق.م.آمه است: «عقد جائز آن است که هر یک از طرفین بتواند هر وقتی بخواهد فسخ کند». بنابراین عقد جایز مطابق قانون مدنی آن است که طرفین عقد در هر زمانی تصمیم انحلال عقد را اتخاذ کنند، عقد به هم بخورد. این در حالی است که موارد دیگر به جز اراده طرفین در فسخ عقد جایز در قانون مدنی پیش بینی شده است و آن در ماده ۹۵۴ ق.م.آمه که می گوید: «کلیه عقود جایز به موت احد طرفین منفسخ می شود و هم چنین سفته در مواردی که رشد معتبر است»، برخی بر این باورند «جنون» در این ماده حذف شده است؛ اما می توان به وحدت ملاک جنون را از موارد انفساخ عقد جایز معتبر شمرد (شهیدی، ۱۳۹۰، ج ۲ ص ۲۴۳)؛ چرا که به ملاک ماده ۶۲۸ ق.م.آمه که مبنی بر «اگر در احوال شخص امانت گذاری تغییری حاصل گردد، مثلاً اگر امانت

گذار محجور شد عقد ودیعه منفسخ و ودیعه را نمی‌تواند مسترد نمود؛ مگر به کسی که حق اداره کردن اموال محجور را دارد» برداشت کرد، چراکه جنون از موارد بارز حجر است و از سوی دیگر «ودیعه» عقود جایز است.

از جانب دیگر برخی عقود جایز با اندراج در ضمن عقد لازم دیگر قابلیت لزوم می‌یابند. طبق قانون مدنی این عقود دو نوع است. نخست عقود جایزی که در ضمن عقود لازم است؛ ولی با درج عقد جایز ضمن عقد لازم عقد جایز به عقد لازم تغییر ماهیت نمی‌دهد و تنها اثر انضمام عقد جایز به عقد لازم، صرفاً غیر قابل انفساخ شدن آن به اراده مشروط علیه است و آثار دیگر عقد جایز هم‌چنان باقی است. بدین معنا که در صورت اسباب حجر، فوت و بیهوشی یکی از طرفین عقد منفسخ است. نوع دیگر عقدی که در ضمن عقد لازم است؛ آن عقد واجد کلیه خواص عقد لازم است و نه تنها غیر قابل انفساخ است؛ بلکه در صورت حجر، فوت و بیهوشی یکی از طرفین، عقد منفسخ نمی‌شود.

با ذکر این مقدمات نوبت به این می‌رسد که چون عقد رهن از طرف راهن لازم و از طرف مرتهن جایز در رابطه‌ی با احکام عقد لازم و جایز در عقد رهن تبرعی و عقد رهنی که ضمن عقد لازم دیگری شرط می‌شود چه احکامی را به خود می‌گیرد. قانون مدنی در ماده ۷۸۷ می‌گوید: «عقد رهن نسب به مرتهن جایز و نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند، ولی راهن نمی‌تواند قبل از این که دین خود را ادا نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود، رهن را مسترد دارد. همان‌طوری که ملاحظه شد در رابطه با این که طرفین در عقد رهن می‌توانند با اراده فسخ کنند قانون مدنی در عقد رهن همان ملاک ماده ۱۸۵ ق.م. در رابطه با عقد لازم را نسبت به راهن قائل شد و در رابطه با مرتهن هم از ملاک ماده ۱۸۶ ق.م. در رابطه با عقد جایز هم تخطی نکرد. پس قانون مدنی طبق ضابطه‌ای که در مورد عقد جایز و لازم در موارد ۱۸۵ ق.م. و ۱۸۶ ق.م. گفته بود تخطی نکرد. لکن در ماده ۷۸۸ ق.م. آمده است: «به موت راهن با مرتهن رهن منفسخ نمی‌شود؛ ولی در صورت فوت مرتهن راهن می‌تواند تقاضا نماید که رهن به تصرف

شخص ثالثی که به تراضی او و ورثه معین می‌شود داده شود. در صورت عدم تراضی شخص مزبور از طرف حاکم معین می‌شود». در این ماده چند نکته لحاظ می‌شود، نخست، قانون‌گذار در صورت عارض شدن موت برای یکی از طرفین عقد رهن را به لحاظ آثار هم‌چون عقد لازم دانسته است و از این جهت تفاوتی بین رهن و مرتهن نیست. دوم این‌که ظاهراً هیچ‌گونه فرقی برای عقد رهن تبرعی و عقد رهنی که ضمن عقد لازم دیگر شرط شده است، نیست و هر دو حکمی یکسان دارد. وانگهی در ماده ۷۸۷ ق.م.ب.ر خلاف قاعده در عقد لازم و جایز عمل نکرده، اما ظاهر ماده ۷۸۸ ق.م.ب.ر از قواعد عقد جایز تخلف کرده است؛ چرا که طبق قاعده و ملاکی که در مواد ۱۸۶ و ۹۵۴ و ۶۲۸ ق.م.ب.ر برای عقد جایز گفته شد باید در صورت عارض شدن موت برای مرتهن عقد منفسخ است؛ در حالی که در این ماده قائل به انفساخ نشده است. نکته سوم این‌که چون در موارد تخلف از قاعده که در ماده ۷۸۸ ق.م.ب.ر گفته شد باید به قدر متیقن که همان موت است؛ تمسک کنیم پس در نتیجه در صورتی که جنون یا اغماء یا سفه بر شخص رهن عارض گردد عقد انفساخ نمی‌یابد. بلکه در صورت عروض این امور بر مرتهن، چون عقد رهن از جانب مرتهن عقد جایز است، سبب منفسخ شدن عقد رهن می‌شود. اما با ذکر همه‌ی این امور در قانون مدنی، آیا نظر فقهاء هم همین‌گونه است یا نه؟

شهید ثانی در باب رهن آورده است که «حق رهانه با موت به وارث می‌رسد، ولی به خاطر مقتضی لزوم عقد از جانب رهن و به خاطر این‌که رهن وثیقه‌ی دین است و مادامی که دین باقی است و مرتهن آن را ساقط نکرده است؛ عقد رهن به حالت خودش باقی است» (شهید ثانی، ۱۴۳۲، ج ۲، صص ۳۹۱-۳۹۲). در عبارت شهید دو نکته حائز اهمیت است، نکته نخست: «چون که عقد از طرف رهن لازم می‌باشد، پس موت در طرف رهن تأثیر گذار نیست» (اشاره به مفاد ۱۸۵). نکته دوم: عقد رهن از طرف مرتهن جایز می‌باشد، ولی موت به این عقد جایز خدشه‌ای نمی‌رساند. چراکه مقتضی عقد رهن به خاطر وجود دین باقی است و تا وقتی دین باقی است رهن نیز استوار است. لذا این مصلحت حمایت از دین

دائن که فلسفه‌ی وجودی انعقاد عقد رهن است بر قواعد جواز عقد (مفاد مواد ۱۸۵، ۹۵۴، ۶۲۸) ترجیح دارد و موت تأثیری بر عقد نمی‌گذارد (شهید ثانی، ۱۴۳۲، ج ۲، صص ۳۹۱-۳۹۲). صاحب جواهر گام را از شهید فراتر نهاده و نبشته «این حکم منحصر در مورد عقد رهن تبرعی «ابتدایی» نیست و در مورد عقد رهن که در ضمن عقد دیگری شرط شده، نیز جاری است» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۱۹۲). در نتیجه با بیان صاحب جواهر زیرساخت تفسیر موسع از ماده ۷۸۸ ق.م.فراهم است. چرا که با توجه به حکم وی این ماده مشمول عقد رهن تبرعی و عقد رهنی که در ضمن عقد دیگری است، نیز می‌گردد و بیان شهید مطابق نظرگاه صاحب جواهر است» (نجفی، ۱۳۷۳، ج ۲۶، ص ۱۹۲).

پرسش دیگر این که آیا با حجر و فوت و بیهوشی یکی از طرفین عقد رهن، حق رهانه به وراثت انتقال می‌یابد یا باطل است؟ پاسخ فقیهان این که عقد رهن زمانی که انعقاد یافت، از عقود لازم است و جزء در موارد خیرات یا اقاله یا به حکم شرع، قابل فسخ یا انفساخ نیست. در این رابطه علامه حلی فرموده است: «اگر ذمه مدیون از دین برداشته شود، عقد رهن باطل است» (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، صص ۶۱۴-۶۱۵). صاحب مفتاح الکرامه از جمله موارد برداشتن ذمه مدیون را این موارد دانسته‌اند: «قضاء دین، ابراء دین، حواله دین، ضمانت دین از جانب ثالث، اقاله‌ای که مسقط ثمنی است که به خاطر آن رهن گذاشته شده است و هم‌چنین اقاله‌ای که مسقط مثنی است که به خاطر آن رهن گذاشته شده است، هم‌چنین فسخ از جانب مرتهن و تلف عین مرهونه به آفت سماوی» (عاملی، ۱۴۲۱، ج ۱۵، صص ۶۱۴-۶۱۵) در این موارد رهن باطل است. وی با این که به تفصیل در صدد بیان موارد بطلان عقد رهن است؛ ولی سخن از بطلان رهن به وسیله‌ی اسباب حجر و فوت و اغماء به میان نمی‌آورد. بی‌تردید علت آن این است که عقد رهن از جانب راهن لازم است و هیچ‌کدام از جنون و غیره در هنگام عارض شدن به عقد رهن از طرف راهن خدشه‌ای به عقد نمی‌نماید. همین‌طور از جانب مرتهن نیز تأثیری بر عقد نیست. سرّ آن این است که هرچند عقد رهن از جانب مرتهن جایز است؛ ولی فلسفه‌ی وجودی انعقاد عقد رهن به خاطر

حمایت از مال مرتهن است و تا موقعی که حق او اداء نگردد عقد رهن به قوت خود هم چنان باقی است و این فلسفه‌ی وجودی که چنان شرط ارتکازی در عقد است، آن چنان فراگیر است که شامل مواردی هم که اسباب حجر یا فوت و بیهوشی عارض مرتهن گردد، کارایی دارد. علاوه بر این باید قانون‌گذار حمایتش را از مال مرتهن در صورت عارض شدن این موارد تقویت کند و تقویت حمایت هم راهی جز خلاف قواعد موجود در عقد جایز نیست. با این گفته روشن می‌شود، درست است که ماده ۷۸۸ فقط موت را در ضمن موارد عدم تأثیر در عقد رهن گذاشته است لکن با وجود سایر موارد هم این حکم ماده ۷۸۸ ق.م.جاری می‌شود و علت ذکر موت هم به خاطر تبعیت از کتب فقهاء می‌باشد که تنها موت را ذکر کرده‌اند نه چیز دیگر را. بنابراین نتیجه این که در صورت عارض شدن این موارد می‌توان گفت در عقد رهن قواعد عقد لازم غلبه پیدا می‌کند و این به خلاف شروط صیغه بود که علماء در آنجا در غلبه دادن قواعد عقد جایز یا لازم اختلاف داشت. در نهایت کلیه امور مذکور توانایی مستند قرار گرفتن فتوای امام خمینی (ره) در این مسأله را داراست؛ چرا که ایشان می‌فرماید: «رهن با موت راهن و (یا) با موت مرتهن، باطل نمی‌شود؛ پس رهن به ورثه‌ی راهن در حال رهن بودن بر دین مورث آن‌ها منتقل می‌شود و حق رهن به ورثه‌ی مرتهن منتقل می‌شود» (امام خمینی، ج ۳، ص ۱۷).

#### نتیجه

با امعان نظر در ادله عقد رهن عقدی حکمی است، ولی از سوئی عقدی عینی نیز است که به همین جهت مورد اختلاف فقیهان قرار گرفته است تا جایی که عده‌ای از فقهاء عقد رهن را جزء عقود عینی نمی‌شمارند. نظریه‌ی صواب این است که عقد رهن جزء عقود عینی که در آن قبض شرط صحت است و ظاهر ماده ۷۷۲ ق.م.ج نیز موید این دیدگاه است که: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود؛ ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست». بعد از منعقد شدن عقد رهن، چون که عقد



رهن از طرف راهن لازم و از طرف مرتهن جایز است و مدرک این حکم تسالم فقیهان است و ماده ۷۸۷ ق.م که آورده است: «عقد رهن نسبت به مرتهن جایز نسبت به راهن لازم است و بنابراین مرتهن می تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند؛ ولی راهن نمی تواند قبل این که دین خود را اداء نماید و یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود رهن را مسترد دارد» تأیید می کند. نهایتاً در این که برای تشکیل صیغه‌ی عقد رهن جانب لازم رعایت شود یا جایز در رهن تبرعی و عقد رهنی که ضمن عقد دیگر شرط است، تفاوت وجود داشت. در رابطه با عارض شدن مواردی چون جنون، موت، اغماء و غیره جانب لازم تقویت می شود و تقویت شدن احکام لازم در عقد رهن نه تنها اجماع فقهاء است؛ حتی تجلی این اجماع در ماده ۷۸۸ ق.م مبنی بر این که: «به موت راهن یا مرتهن رهن منفسخ نمی شود ولی در صورت فوت مرتهن راهن می تواند تقاضا نماید که رهن به تصرف شخص ثالثی که به تراضی او و ورثه معین می شود داده شود...» می توان مشاهده کرد.

## منابع

- امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات کتاب فروشی اسلامیه، ۱۳۷۲ش.
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، (دوره شش جلدی)، انتشارات الهادی، ۱۴۱۸ق.
- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، قم، جامعه مدرسین، ۱۴۳۰ق.
- بجنوردی، محمد حسن، قواعد الفقهیه، قم، انتشارات نشر الهادی، ۱۳۷۷ش.
- بحرانی، شیخ یوسف، الحدائق الناضره، بیروت، المطبعه الهادی، ۱۴۳۱ق.
- حلی، ابن ادریس، ابوجعفر محمد بن منصور، کتاب سرائر، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- حلی، فخر المحققین، ایضاح الفوائد، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۳۷۸ق.
- حلی محمد بن حسن بن یوسف بن مطهر، (علامه حلی)، ارشاد الاذهان، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ق.
- همو، تحریر الاحکام، قم، موسسه الامام صادق، ۱۴۲۰ق.
- همو، مختلف الشیعہ، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۸ق.

- همو، تبصره المتعلمین، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۷ق.
- همو، تذکره الفقهاء، قم، آل البيت عليه السلام، ۱۴۲۵ق.
- حلبی ابن زهره، حمزه بن علی، غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم، موسسه الامام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۹ش.
- همو، حقوق مدنی رهن و صلح، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۸۸ش.
- خمینی، سید روح الله موسوی، زیده الأحکام، سازمان تبلیغات اسلامی، تهران، ۱۴۰۴ق.
- همو، تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، ۴جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، ۱۴۲۵ق.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ هشتم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۰ش.
- صیمری شیخ مفلح، غایه المرام، بیروت، المطبعة الهادی، ۱۴۲۰ق.
- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، المبسوط فی الفقه الامامیه، قم، موسسه انشر الاسلامی، ۱۴۲۹ق.
- همو، النهایه، قم، موسسه قدس محمدی، ۱۴۰۳ق.
- همو، الخلاف، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸ق.
- طوسی ابن حمزه، الوسیله، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۲۷ق.
- طبرسی، ابی علی الفضل بن حسن، مجمع البیان، قم، انتشارات نوروحی، ۱۳۸۸ش.
- طباطبایی، سید محمد علی، ریاض المسائل فی شرح المختصر النافع، قم، ال بیت، ۱۴۱۸ق.
- عاملی جبعی، زین الدین بن علی، الروضه البهیة فی شرح المعه الدمشقیه، چاپ ششم، قم، مجمع الفكر الاسلامی، ۱۴۳۲ق.
- همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلامی، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۵ق.
- عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ق.
- عاملی، سید جواد، مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۲۱ق.
- قارویی تبریزی، شیخ حسن، النضید فی شرح الروضه البهیة، قم، انتشارات مهدیه، ۱۴۱۶ق.
- کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، چاپ سی و سوم، تهران، انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۰ش.
- همو، حقوق مدنی، عقود اذنی - وثیقه‌های دین، تهران انتشارات بهشر، ۱۳۶۴ش.
- کرکی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.

مفید، محمد بن محمد بن نعمان، المقنعه، قم، کنکره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ق.  
نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۳ش.  
یزدی، سید محمد کاظم بن عبد العظیم، العروه الوثقی، تهران، حدیث دل، ۱۳۸۲ش.