

## ضرورت و امکان سنجی رهن منفعت در نظام حقوقی کنونی ایران\*

- محمدحسن صادقی مقدم<sup>۱</sup>
- حجت‌اله مرادی<sup>۲</sup>

### چکیده

در ماده ۷۷۴ قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور در فقه، به بطلان رهن منفعت تصریح شده است. از مبانی مهم بطلان رهن منفعت، عدم قابلیت قبض و عدم ایجاد اطمینان و عدم امکان استیفای دین از آن عنوان شده است. با این حال، تمام این موارد در فقه مورد تردید قرار گرفته‌اند. در نظام حقوقی کشور نیز مقررات بسیاری مؤخر بر قانون مدنی به تصویب رسیده‌اند که با قواعد سنتی رهن همخوانی ندارند. برخی از آن‌ها قبض را از شرایط صحت رهن خارج کرده‌اند و برخی دیگر، اموال غیر عین معین، مانند طلب و سهام ضمانت‌نامه را قابل توثیق شناخته‌اند. از سوی دیگر، بطلان رهن منفعت باعث می‌شود که این گونه اموال، تا حدی از گردش اقتصادی جامعه خارج شوند. این امر باعث وارد آمدن زیان به

\* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۴/۲۴.

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تهران (mhsadeghy@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، پردیس البرز (نویسنده مسئول)  
(moradi.hojat63@gmail.com).

چرخه اقتصادی می‌شود و مالک این اموال را از تمتع بردن تام از مال خود محروم می‌نماید. مجموع این عوامل باعث می‌شود که تلاش نظری برای شناسایی رهن منفعت ضرورت یابد. در این پژوهش، پنج راهکار مهم در این راستا مورد ارزیابی قرار گرفته‌اند که عبارت‌اند از: استفاده از قالب قراردادهای بی‌نام، استفاده از عقد وثیقه، استفاده از معاملات با حق استرداد، قبول نسخ ضمنی مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی و خروج آن‌ها از عداد مقررات آمره.

**واژگان کلیدی:** رهن منفعت، وثیقه، قواعد آمره، قبض.

### مقدمه

قانون مدنی ایران در ماده ۷۷۴، به صراحت رهن منفعت را باطل اعلام نموده است. بطلان رهن منفعت در فقه نیز نظر مشهور است و کمتر نظر مخالفی در باب آن به چشم می‌خورد. ماده ۷۷۲ قانون مدنی، قبض را شرط صحت عقد رهن دانسته و ماده ۷۷۴ قانون مدنی، پیش از اعلام بطلان رهن منفعت، در شرایط مال مرهون آن را منحصر به عین معین نموده است. در بطلان رهن منفعت علل متعددی بیان شده است، از جمله: عدم امکان قبض، عدم ایجاد استیثاق و عدم امکان استیفای دین از آن. تمام این مسائل روی هم رفته رهن منفعت را با موانعی تقریباً نفوذناپذیر مواجه ساخته و کمتر کسی به تحلیل علت واقعی آن پرداخته است و به ندرت حقوق‌دانی کوشیده که به‌جد در راه شناسایی راهکاری برای تجویز رهن منفعت برآید. هم شهرت فقهی و هم بیان صریح و تحکم‌آمیز مقنن در قانون مدنی، هر دو باعث شده‌اند که کسی، دشواری تلاش نظری در این عرصه را بر خود هموار ننماید.

با این حال، دو مسئله وجود دارد که بررسی رهن منفعت و نگاه و تفسیری متفاوت به آن را ضروری می‌سازد. نخستین ضرورت در مورد این است که منفعت یک مال، به هر حال مال تلقی می‌شود و باید در گردش اقتصادی جامعه نقش داشته باشد. مالک یک مال باید بتواند از تمام جنبه‌های مال خود استفاده ببرد و محروم کردن وی از امکان به رهن نهادن منفعت مال خود، در واقع بدین معناست که یک حیث از مالیت مال وی نادیده انگاشته شده و از چرخه اقتصادی جامعه حذف گردیده است. از سوی دیگر، بسیاری از طلبکاران نیز می‌خواهند از امکان وصول طلب خود اطمینان حاصل

کنند و در این راه از به رهن گرفتن منفعت ابایی ندارند. همچنین بسیاری از بنگاه‌های اقتصادی برای ارائه تسهیلات مالی، ارائه وثیقه را ضروری می‌شمارند. اگر درخواست‌کننده تسهیلات و تسهیلات‌دهنده هر دو راضی به وثیقه نهادن منفعت باشند، ضرورتی برای جلوگیری از ترهین منفعت وجود ندارد. تمام این ضرورت‌ها ایجاب می‌کند که راهکاری برای شناسایی رهن منفعت ارائه گردد. ضرورت دوم در مورد سرگردانی خود مقنن و تشتت مقررات در باب رهن است. مقنن در قانون مدنی، موضعی سرسختانه اتخاذ نموده، اما به تدریج از آن عقب نشسته و طی سال‌های متمادی با مقررات متعدد و مختلف و مکرر، از دایره شمول مواد قانون مدنی کاسته و رهن اموال غیر عین معین و حتی غیر مادی را پذیرفته است. این تشتت زیننده یک نظام حقوقی نیست. لذا شایسته است با ارائه تفسیری هماهنگ در این خصوص، نظام حقوقی را از این پراکندگی برهانیم.

به طور خاص در خصوص رهن منفعت، پژوهش‌های اندکی (دو مقاله و یک پایان‌نامه) انجام شده است. موضوع یکی از دو مقاله مذکور، بررسی قوانین موضوعه و تحلیل صحت رهن منفعت بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی است. در حالی که بررسی تجویز رهن منفعت بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی تنها یکی از راهکارهایی است که در این مقاله بدان می‌پردازیم. مقاله دیگر نیز به چشم‌انداز رهن منفعت از حیث اجرا در نظام حقوقی ایران پرداخته که راجع به نحوه اجرای رهن منفعت در حقوق است و ارتباطی با راه حل‌های نظری در خصوص تجویز رهن منفعت ندارد. پایان‌نامه مورد اشاره نیز عمدتاً همان مباحثی است که در دو مقاله پیشین به آن اشاره شد. غیر از این موارد، هیچ پژوهشی با عنوان رهن منفعت انجام نشده است. با این حال، بسیاری از نویسندگان در کتب و مقالات خود در خصوص رهن دین و رهن اموال غیرمادی و رهن اسناد تجاری، به موضوع این مقاله پرداخته و راهکارهایی را ارائه داده‌اند. این مقاله با نقد و بررسی راه حل‌های موجود، در نهایت بر پذیرش یک راهکار میانه، که هم نوآوری‌های تقنینی را به رسمیت بشناسد و هم از نسخ غیر ضروری مواد قانون مدنی پرهیزد، تأکید می‌کند. هدف اصلی این پژوهش، ارائه راهکارهایی عملی است که در نظام کنونی حقوقی کشور و با همین شرایط فعلی، رهن منفعت را به رسمیت بشناسد.

برای طرح این راهکارها، چندین بحث مقدماتی ضرورت دارد. بحث اول، مروری

کوتاه بر تاریخچه فقهی رهن منفعت و بررسی نظرات موافق و مخالف در باب آن است. مقدمه دوم نیز مروری اجمالی بر فرایند تقنین در خصوص رهن می‌باشد. مقدمه سوم نیز بیان کردن ضرورت‌هایی است که کوشش نظری در باب تجویز و به رسمیت شناختن رهن منفعت را ضروری می‌نماید. لذا در این مقاله ابتدا به سه مقدمه مذکور می‌پردازیم تا در بخش اصلی این مقاله، به امکان‌سنجی رهن منفعت در نظام کنونی حقوق ایران برسیم.

## ۱. وضعیت رهن منفعت در فقه

در فقه، بطلان منفعت نظریه‌ای است که کمتر دیدگاه مخالفی در آن به چشم می‌خورد. حتی کسانی که قبض را در صحت یا لزوم عقد رهن شرط ندانسته‌اند، غالباً رهن منفعت را باطل به حساب آورده‌اند. در ادامه، دو دلیل مهم مطرح شده در خصوص بطلان رهن منفعت و نقد این ادله را طرح می‌کنیم.

### ۱-۱. شرطیت قبض

شرطیت قبض در عقد رهن، نظر اکثر فقهای امامیه است. بیشتر فقهای این گروه، قبض را شرط صحت عقد رهن به حساب آورده‌اند (آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۱۱۸/۱۲؛ طباطبایی حائری، ۱۴۰۹: ۱۲۲/۲؛ همو، ۱۴۱۸: ۱۹۱/۹؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۵/۶؛ سآر دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۲؛ ابن فهد حلّی، ۱۴۱۰: ۱۹۰؛ مفید، ۱۴۱۳: ۶۲۲؛ طوسی، ۱۴۰۸: ۲۶۵؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۴۴۷/۲؛ ابن سعید حلّی، ۱۴۰۵: ۲۸۷؛ همو، ۱۳۹۴: ۸۵؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۴۳/۳؛ تمیمی مغربی، ۱۳۸۵: ۸۲/۲؛ قطب‌الدین راوندی، ۱۴۰۵: ۵۸/۲؛ همدانی، ۱۴۱۶: ۵۴۶/۱۴؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳: ۷۷/۲؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳/۲). یکی از استدلال‌های طرفداران بطلان رهن منفعت این است که چون منفعت، وجود خارجی ندارد و قابل قبض نیست، لذا رهن آن باطل است. اشتراط قبض در عقد رهن، هم به آیه ۲۸۳ سوره بقره و هم به برخی احادیث مستند شده است. اما برخی فقها با انکار دلالت آیه بر شرطیت قبض، و تأکید بر سیاق ارشادی آن و نیز با استناد به ضعف سند حدیث، قبض را شرط صحت عقد ندانسته‌اند (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۲۵/۲؛ ابن فهد حلّی، ۱۴۰۷: ۴۹۳/۲؛ علامه حلّی، ۱۴۱۳: ۴۰۰/۵ و ۴۲۰؛ فخرالمحققین حلّی، ۱۳۸۷: ۹/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۳/۲۵؛ طوسی، ۱۴۰۷: ۲۲۳/۳؛ ابن ادریس حلّی،

۱۴۱۰: ۴۱۷/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۶/۴؛ همو، ۱۴۱۳: ۵/۴؛ همو، ۱۴۲۲: ۳۹۴؛ همدانی، ۱۴۱۶: ۵۴۶/۱۴). برخی دیگر از فقها، صرف نظر از دلالت آیه بر شرطیت قبض، قبض منافع را ممکن شمرده‌اند. از نظر ایشان، مستولی شدن بر عین یک مال دقیقاً قبض و استیلاء منافع آن مال است (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۷؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۹/۲۵؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۶۵/۲۰؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۸۲/۲۱).

## ۲-۱. عدم ایجاد استیثاق و تعذر استیفای دین از منفعت

یکی از اهداف عقد رهن این است که برای طلبکار، اطمینان و وثوق ایجاد کند. این اطمینان از آنجا ناشی می‌شود که در صورت ناتوانی یا عدم اراده مدیون برای پرداخت دین خود در هنگام سررسید، دائن می‌تواند با فروش مال مرهون، طلب خود را استیفا کند. بدیهی است که مال مرهون باید مالی باشد که بتواند چنین اعتماد و اطمینانی را ایجاد نماید. فقها در مورد قابلیت منفعت برای ایجاد چنین اطمینان و استیثاقی تردید کرده‌اند. از نظر برخی از ایشان، برای منافع بقایی نیست و لذا مرتهن از آن نفعی نمی‌برد. (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۲۵/۱۳؛ کرکی عاملی، ۱۴۱۴: ۴۴/۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۸/۴). منافع یک مال، چون ذره ذره حاصل می‌شود و ایجاد هر ذره از منافع با انعدام ذره پیشین ملازمه دارد، از این رو هنگامی که موعد ادای دین فرا برسد، تنها منافع همان لحظه وجود دارد و منافع پیشین تلف شده است (آل عصفور بحرانی، بی‌تا: ۳۲۴/۱۲؛ گیلانی قمی، ۱۴۱۳: ۴۴۸/۲). برخی فقها نیز در مورد منافع معتقدند اصلاً مالی وجود ندارد که امکان استیفای دین از آن فراهم باشد (آل عصفور بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۴۶/۲).

در ردّ تعذر استیفای دین از منفعت آورده‌اند که استیفای دین از خود عین مرهونه شرط نیست؛ بلکه ممکن است هم از محل خود عین مرهونه این کار را کرد و هم از محل عوض آن. همان طور که در مورد اموال سریع‌الفسادی که در رهن قرار می‌گیرند، استیفای طلب مرتهن از محل فروش آن‌ها صورت می‌گیرد (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۶۵/۴). بنابراین می‌توان عین را اجاره داد و از اجرت آن، طلب را پرداخت و یا اینکه به خود مرتهن اجازه داد که به میزان طلبش از منافع بهره‌مند شود (نجفی کاشف الغطاء، ۱۴۲۲: ۷؛ موسوی سبزواری، ۱۴۱۳: ۸۲/۲۱).

## ۲. ضرورت شناسایی رهن منفعت

حقوق علم ضرورت‌هاست؛ دانش یا فنی که می‌کوشد نیازها و مصالح و منافع یک جامعه را شناسایی نماید و سپس با شیوه‌ای هماهنگ با نظام حقوقی و تا حد ممکن سازگار با سنت‌ها، این منافع و مصالح را برآورده کند. لذا گام نخست این است که بینیم اصلاً ضرورتی برای تغییر در نظام حقوقی وجود دارد یا خیر. ثبات، یکی از ویژگی‌های مهم یک نظام حقوقی است که موجب امنیت حقوقی می‌شود. اما این ثبات نباید چنان به افراط گراید که ضرورت‌ها را قربانی کند. بنابراین ایجاد هر تغییر در نظام حقوقی، فرع بر شناسایی و توجیه ضرورت آن است.

### ۱-۲. ضرورت‌های اقتصادی

امروزه طیف وسیعی از اموال وجود دارند که در مالیت آن‌ها تردیدی نیست و لازم است که علم حقوق خود را با پیشرفت‌های جهان جدید تطبیق دهد (حبیب‌و دیگران، ۱۳۹۴: ۷۴). یک اقتصاد برای رشد و شکوفایی باید از تمام ظرفیت‌های خود استفاده نماید و تمام توان بالقوه خود را به فعلیت برساند. برای نیل به این مهم لازم است که تمام امکانات اقتصادی یک جامعه به کار گرفته شوند؛ برای مثال، یک عین هم می‌تواند به رهن گذاشته شود و هم می‌تواند به اجاره داده شود تا بدین ترتیب هم از عین آن استفاده شود و هم از منفعت آن. بنابراین قوانین و مقررات نیز در حوزه اقتصادی باید به نحوی تنظیم شوند که از راکد نهادن بیهوده و غیر ضروری اموال جلوگیری نمایند. منفعت، یک مال است و باید اجازه داد تا تمام بهره‌ای که مالک یک مال می‌تواند از مال خود ببرد، شامل منفعت هم بشود؛ برای مثال، مستأجری که مالک منافع ده ساله یک ملک کشاورزی است، باید بتواند از هر عوض قابل تصویری در ازای انتقال این منافع برخوردار گردد. با بطلان رهن منفعت، یکی از مهم‌ترین استفاده‌هایی را که مالک اموال می‌تواند از مال خود ببرد، از میان می‌بریم. با منع بهره‌گیری از بخشی از یک مال، عملاً آن را از چرخه اقتصادی جامعه خارج کرده‌ایم. در مثال فوق، یکی از بهره‌هایی که مالک منافع می‌تواند از مال ببرد این است که آن را اجاره دهد. یکی دیگر از این بهره‌ها آن است که مالک منافع زمین کشاورزی بخواهد در اراضی مذکور کشت و زرع نماید.

چنانچه وی برای انجام فعالیت‌های کشاورزی نیاز به ابزار و آلات داشته باشد و با فرض اینکه فاقد نقدینگی برای فراهم آوردن این ابزار باشد، تنها راهی که باقی می‌ماند استقراض است. اشخاص حقیقی و حقوقی در صورتی که متقاضی وجوه، دارای مالی برای ترهین باشد، بسیار ساده‌تر و سریع‌تر به وی وام می‌دهند. در مثال مذکور، مالک منافع می‌تواند منافع زمین را برای مدتی معین، مثلاً پنج سال، به رهن نهاده و تسهیلات را دریافت کند و با استفاده از تسهیلات، در زمین کشت و زرع نماید و با کسب منافع و محصولات علاوه بر کسب سود، دین خود را ادا نموده و مال را از رهن خارج کند. حال، با منع ارتهان منافع، مالک زمین را از تمام این مزایا محروم می‌کنیم که باعث می‌شود مال وی معطل و بلااستفاده بماند و هیچ نقشی در تولید و گردش ثروت نداشته باشد، بدون اینکه هیچ ضرورت و مصلحتی در میان باشد. هنگامی که در نظر آوریم هر عین دارای منافی است، به راحتی می‌توان دریافت که با منع ارتهان منافع، در واقع بخشی از تمام اموال را به رکود کشانده‌ایم و بخش اقتصادی را از بهره‌وری آن‌ها محروم کرده‌ایم و می‌توان تصور کرد که با تجویز ارتهان منافع، چه حجم عظیمی از اموال دوباره به حرکت درمی‌آیند.

مثالی را که در خصوص مالک منافع یک زمین کشاورزی زده شد، در نظر بگیرید. چنانچه این شخص بتواند با به رهن نهادن منافع زمین، تسهیلات دریافت نماید و با استفاده از این تسهیلات، ابزار و ادوات و مواد خام برای کشت و زرع تهیه کند و پس از برداشت محصول، از محل سود، بدهی و تسهیلات را تسویه نماید و مقداری نیز سود برای خود وی باقی بماند، می‌توان مشاهده کرد که در این فرایند چه بخش‌هایی از اقتصاد به گردش درمی‌آید. بانک یا مؤسسه مالی تسهیلاتی پرداخت می‌کند و این تسهیلات را همراه با سود مورد انتظار خود دریافت می‌دارد و از این رهگذر می‌تواند مجدداً منابع خود را تجهیز کرده و دوباره به اشخاص دیگری تسهیلات بدهد؛ ضمن اینکه فعالیت خود این بانک یا مؤسسه مالی نیز به عنوان یک بنگاه اقتصادی که کارمندی دارد، ادامه خواهد یافت. مالک منافع با دریافت تسهیلات می‌تواند مواد خام و ابزارآلات و ادوات کشاورزی خریداری نماید. این خرید و فروش باعث رونق بخش تولید و توزیع ابزارآلات و مواد اولیه کشاورزی می‌شود که به عنوان یک بنگاه تولیدی یا

خدماتی که خود کارمندانی دارد، به حیات اقتصادی خود ادامه دهد. با دریافت مواد اولیه و ابزار کشاورزی، شخص یا اشخاصی جهت کار بر روی زمین کشاورزی استخدام می‌شوند که خود بخشی از اشتغال است. با تولید محصولات کشاورزی، یکی از مهم‌ترین بخش‌های اقتصاد، یعنی تولید محصولات کشاورزی رونق می‌گیرد و با ارائه این محصولات به بازار، گردش بخش توزیع و مصرف نیز تضمین می‌شود که به نوبه خود باعث تثبیت قیمت یا کمک به خودکفایی در خصوص یک محصول می‌شود. در مثال فوق، چنانچه مالک منافع زمین کشاورزی، تسهیلات دریافتی را در امر تولید به کار نبرد یا به هر علتی از بازپرداخت دیون خود باز ماند، بانک می‌تواند از محل مال مرهون، یعنی منافع زمین، طلب خود را استیفا نماید. ساده‌ترین راه برای این کار آن است که بانک، منافع پنج‌ساله‌ای را که در رهن دارد، به اجاره دهد و از محل اجاره، طلب خود را یک‌جا یا به اقساط دریافت نماید.

## ۲-۲. ضرورت حقوقی

فارغ از تمام ضرورت‌های پیش‌گفته، مهم‌ترین ضرورت‌هایی که به آن خواهیم پرداخت، ضرورت‌های حقوقی هستند. در این مبحث به دو ضرورت حقوقی اشاره می‌کنیم که تجویز رهن منفعت را ایجاب می‌کنند: جلوگیری از تشتت قانون و ممانعت از دور زدن قانون.

### ۱-۲-۲. جلوگیری از تشتت قانون

نظام حقوقی ایران در خصوص رهن، پس از قانون مدنی تغییرات گسترده‌ای کرده است؛ به نحوی که در حال حاضر، تکلیف مال قابل رهن در نظام حقوقی ایران روشن نیست. یکی از ویژگی‌های نظام حقوقی کارآمد این است که تا حد امکان، عاری از تشتت باشد و بتوان به سادگی حکم موارد مهمی مانند مال قابل رهن را در آن یافت. در حال حاضر، ماده ۷۷۴ قانون مدنی به عنوان قاعده اولیه در باب رهن، فقط عین معین را قابل رهن می‌داند. اما مقررات متعدد دیگر، تقریباً ارتهان هر نوع مالی، اعم از منفعت و حق و دین را جایز شمرده‌اند؛ از جمله برخی از این مقررات می‌توان به موارد زیر اشاره کرد: آیین‌نامه صدور ضمانت‌نامه و ظهرنویسی از طرف بانک‌ها مصوب هشتصد و

بیست و ششمین جلسه شورای پول و اعتبار در تاریخ ۱۳۷۳/۴/۱۸، امکان ارتهان اسناد خزانه، اوراق قرضه و مشارکت و سهام شرکت‌ها را به رسمیت شناخته است. قانون معادن مصوب ۱۳۷۷/۳/۲۳، اجازه ارتهان پروانه بهره‌برداری از معادن را صادر کرده است. ماده واحده عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها و دستگاه‌ها و سایر مؤسسات و شرکت‌های دولتی به منظور تسهیل امر سرمایه‌گذاری و ایجاد اشتغال بیشتر در طرح‌های تولیدی و صادراتی مصوب ۱۳۸۰/۳/۲۷، ذی‌نفع شدن در قراردادهای لازم‌الاجراء و ارتهان اصل طرح را مجاز اعلام کرده است. آیین‌نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب ۱۳۸۲/۸/۱۱ هیئت وزیران، یکی از وثایق قابل قبول را مطالبات تأییدشده قراردادها از سوی دستگاه‌های اجرایی و ذی‌حسابان محسوب نموده است. هیچ یک از موارد فوق را نمی‌توان در معنای دقیق کلمه، عین به حساب آورد. مشخص نیست که نسبت این مقررات با قاعده عام قانون مدنی چیست؟ آیا باید تمام این موارد را تخصیصی بر حکم عام بدانیم و به قبح تخصیص اکثر تن دهیم یا با تکثر این مواد و گستردگی دامنه آن‌ها، دست از حکم عام قانون مدنی بشویم و آن را منسوخ ضمنی به شمار آوریم؟ یکی از عوارض مهم تشتت قانون، افزایش تفسیرهای بی‌ضابطه است که خود به پراکندگی و عدم انتظام نظام حقوقی دامن می‌زند.

## ۲-۲-۲. ممانعت از دور زدن قانون

عرف هنگامی که با مقررات دست‌وپاگیر رودررو می‌شود، در دور زدن آن تردید به خود راه نمی‌دهد و راه حل‌های مبتکرانه‌ای به کار می‌گیرد تا اثر مضر قانون را خنثی سازد. لزوم قبض در رهن، یکی از این مقررات است که عرف مدت‌هاست راه‌گریز از آن را شناخته و به کار برده است. در این موارد، مرتهن اقرار به قبض مال مرهونه نموده و اعلام می‌کند که پس از قبض، آن را به رضای خود به راهن بازگردانده است؛ در حالی که هیچ یک از این امور در عالم واقع رخ نداده است. اما با توجه به نقش موضوعی اقرار در حقوق مدنی، در صورت وجود اختلاف، قاضی از ورود به این حیطه ممنوع است و باید به این اقرار ترتیب اثر بدهد. بدین ترتیب، حقیقت رهن در عالم اعتبار منعقد نشده است؛ زیرا حقیقتاً قبضی رخ نداده و تمام این تمهیدات برای فرار از

مقررات بیهوده است. گاه نیز مرتهن در ضمن عقد رهن اعلام می‌کند که به راهن وکالت داده تا مال مرهون را از جانب وی قبض کند، در حالی که کمترین قصدی در این زمینه وجود ندارد و حتی شاید طرفین از مفاد این شرط و علت آن هم آگاهی نداشته باشند. برای فرار از بطلان رهن منفعت نیز راه‌های متعددی وجود دارد. یکی از آن‌ها این است که مرتهن، راهن را وکیل خود می‌کند تا منافع را به دیگری منتقل نموده و عوض آن را به عنوان وثیقه نزد خود نگاه دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۵۴۳/۴)؛ راه حل پیچیده و طولانی‌ای که طرفین برای دور زدن مقررات در پیش می‌گیرند؛ در حالی که اگر رهن منافع جایز بود، نیازی به این تلاش نظری و عملی احساس نمی‌شد.

دور زدن قانون، ایرادات و مشکلات بسیار زیادی دارد. یکی از مهم‌ترین آن‌ها، بی‌حرمت شدن قانون است. هنگامی که عرف بدانند می‌شود مقرره‌ای را دور زد و با استفاده از برخی راهکارهای هوشمندانه، اثر آن را خنثی کرد، صلابت قانون در هم می‌شکند. آنگاه عرف این تلقی را خواهد داشت که پس تمام مقررات قانونی را می‌توان با اندکی زیرکی و ابتکار، پشت سر نهاد و به مقصود دلخواه خود رسید. اولین اثر این طرز تلقی، شکست اقتدار قانون به عنوان نهادی دارای قوه قاهره است. اما چه باید کرد؟ آیا می‌توان در این موارد نیز به قدرت قهرآمیز اتکا کرد و تمام عقود را که به نحوی حاوی فرار از قانون هستند، باطل شناخت؟ چنانچه قوه قضاییه و قوای انتظامی مصمم باشند که مقررات را به هر قیمتی اجرا کنند، نابسامانی‌ها و مسائل گوناگون اجتماعی ایجاد می‌شود، مردم اعتماد خود را به دستگاه قضا از دست می‌دهند و نارضایتی عمومی در کل جامعه افزایش می‌یابد (صانعی، ۱۳۸۹: ۱۴۵).

### ۳. راهکارهای شناسایی رهن منفعت در نظام حقوقی کنونی ایران

همان‌طور که به تفصیل گذشت، در حال حاضر به رسمیت شناختن رهن منفعت امری ضروری است. این ضرورت از بُعد اقتصادی به این علت است که از طریق آن، هم ارائه تسهیلات و استقراض تسهیل گردد و هم منافع اموال معطل نماند. از بُعد حقوقی نیز لزوم این شناسایی کاملاً احساس می‌شود؛ از جمله جهت جلوگیری از تشتت و پراکندگی مقررات و نیز جلوگیری از امور صوری و تصنعی‌ای که برای دور زدن قوانین

دست و پاگیر به کار می‌رود. ضرورت‌هایی که تشریح شد، مستلزم به رسمیت شناختن رهن منفعت در حقوق ایران است. بدین منظور ساده‌ترین راه تغییر در قوانین است، اما به این امید نمی‌توان نشست؛ چرا که مقنن در مقررات رهن بسیار متشتت عمل کرده است و نشانه‌ای از تغییر آهنگ او نیز به چشم نمی‌خورد. لذا باید دست به تفسیر زد و تا آنجا که طرق تفسیری تاب می‌آورد، به تجویز رهن منافع کوشید. در ادامه به بررسی مهم‌ترین راهکارهایی که در این خصوص وجود دارد، می‌پردازیم.

### ۳-۱. استفاده از قالب قراردادهای بی‌نام (عقود نامعین)

مطابق این نظریه، اگر نمی‌توان منافع یک مال را به علت موانع قانونی به رهن نهاد، می‌توان آن را در قالب یک عقد نامعین مطابق ماده ۱۰ قانون مدنی منعقد ساخت و همان آثار رهن را بر آن بار کرد؛ برای مثال چنانچه شخصی به دیگری مدیون باشد و مدیون می‌خواهد منافع یک باغ را در قبال این دین به رهن بگذارد، طرفین می‌توانند چنین قراردادی منعقد کنند: مدیون متعهد می‌شود که ظرف مدت یک سال، دین خود را ادا نماید، وگرنه دائن می‌تواند منافع باغ معینی را که متعلق به مدیون است، به مدت پنج سال از لحظه سررسید دین، به اجاره یا هر عقدی که خود مایل است، منتقل نماید و از عوض آن استفاده کند یا اینکه منافع مذکور را شخصاً به مصرف برساند. از این قرارداد تقریباً همان آثاری تحصیل شده است که طرفین عقد رهن به دست می‌آورند. اما آیا این قرارداد صحیح است؟

اشخاص می‌توانند قرارداد را زیر هر عنوانی که مایل باشند، منعقد نمایند و آثار آن را به دلخواه تعیین کنند. اصل آزادی قراردادهای در عقود معین نیز می‌تواند به کار بست؛ زیرا هدف اصلی ماده ۱۰ قانون مدنی این است که در موارد اجمال یا سکوت قانون، اراده طرفین بر روابط ایشان حاکم باشد و از این لحاظ میان عقود معین و نامعین تفاوتی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱۴۶/۱). اما به باور برخی استادان، در استناد به آزادی اراده نباید چنان افراط کرد که به قواعد امری در عقود معین نیز تجاوز شود؛ برای مثال نمی‌توان عینی را در برابر عوض معین تملیک کرد و به بهانه اینکه طرفین نام بیع بر آن نهاده‌اند، از اجرای قواعد آن گریخت (همو، ۱۳۸۷: ۶/۱). اصل آزادی قراردادهای نیز مانند

هر اصل دیگری با محدودیت‌هایی روبه‌روست و یکی از محدودیت‌های اصلی آن، قوانین امری است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۹: ۵۲؛ صفایی، ۱۳۹۲: ۵۱). نمی‌توان پذیرفت که یک معامله طبق برخی از مقررات قانونی، باطل و مطابق برخی دیگر صحیح باشد. اگر بتوان عقدی فاقد یکی از شرایط اختصاصی را به استناد ماده ۱۰ قانون مدنی صحیح دانست، باید همه مقررات قانونی را زائد یا صرفاً اختیاری به حساب آورد (شهیدی، ۱۳۹۰: ۱۸۵-۱۸۶). با این حال نباید در قواعد امری عقود معین افراط کرد و هرآنچه را که در قانون آمده است، در زمره قواعد آمره قرار داد یا حتی اصل را در این گونه مقررات بر آمره بودن نهاد. پس حل این مسئله در درجه اول در گرو آن است که آیا قابل قبض بودن مال مرهون و بطلان رهن منفعت، جزء قواعد آمره است یا خیر؟ پاسخ به این سؤال، در پنجمین راهکار ارائه‌شده مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۲-۳. استفاده از معامله با حق استرداد

معاملات با حق استرداد که متکای قانونی آن مواد ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت است و با توجه به ماده ۳۴، دیگر مختص اموال غیر منقول هم نیست، می‌تواند جایگزینی برای رهن منفعت باشد. در مستند قانونی این معاملات، قبض شرط صحت نیست و اموال نیز به طور مطلق آمده و شامل عین و منافع می‌گردد. لذا در صورت امکان استفاده از این نهاد، موانع قانون مدنی بر سر راه رهن منافع وجود نخواهد داشت. نتیجه این گونه معاملات شباهت کاملی با رهن دارد. خریدار شرطی که همان طلبکار است، مال مورد انتقال را در هیچ شرایطی تملک نمی‌کند و تنها می‌تواند آن را از طریق اجرای ثبت به فروش برساند و طلب خود را وصول نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۳۴۶/۴-۵۴۷). برای مثال، مالک یک باغ می‌تواند منافع آن باغ را برای مدتی معین، که معادل بدهی اوست، در قالب معامله با حق استرداد به طلبکار منتقل نماید. بدین نحو که سررسید طلب، مبدأ آغاز قرارداد مذکور است و چنانچه تا آن زمان، بدهی پرداخت نشده باشد، طلبکار می‌تواند باغ را تا میزان تسویه طلب خود به اجاره داده یا شخصاً استفاده کند. عقد مذکور ماهیتاً اجاره است و منافع مال را به نحو مشروط به طلبکار منتقل می‌نماید و می‌تواند نوعی اجاره با شرط استرداد تلقی شود.

آنچه در این میان ممکن است بر تمایل طرفین بر استفاده از این نهاد حقوقی اثر بگذارد، پرداخت هزینه‌های ثبتی و نیز انجام برخی استعلامات دست‌وپاگیر است که از مشکلات و موانع اصلی استفاده عموم مردم از خدمات ثبتی است. با این حال، موضوع مذکور اثری بر نتیجه این موضوع ندارد که می‌توان از نهاد معامله با حق استرداد برای به وثیقه گرفتن منافع یک مال استفاده کرد و از این طریق، موانع سنتی عقد رهن را از میان برداشت.

### ۳-۳. استفاده از عقد وثیقه

توثیق به دنبال آن است که پس از ایجاد دین یا سبب آن، بتواند اطمینان خاطر را برای افرادی که اموال خود را به دیگران منتقل کرده‌اند و مستحق بازپرداخت آن هستند، مانند قرض، یا افرادی که به صرف الزام متعهد به انجام تعهدش قانع نیستند، ایجاد کند. با دادن رهن، طلب مرتهن از نظر حقوقی ثبات و قرار پیدا می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۲). به دنبال این احساس نیاز، انشعاب‌های مختلفی از تضمین در عالم حقوق ایجاد شده است تا هدف مذکور را برآورده سازد. توثیق بستری است که در آن، رهن و نهادهای مشابه پیدا شده‌اند. از این حیث، توثیق نتیجه‌ای است که از عقد رهن حاصل می‌شود، ولی انحصار به ایجاد از طریق رهن ندارد و به نظر می‌رسد که خود عقد معینی است؛ عقدی با ارکانی جدا از رهن. به همین دلیل در برخی متون قانونی، بدون اشاره به رهن از آن یاد شده است؛ مانند ماده ۱۳۲ آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ و ماده ۲۱ قانون بیمه اجباری مصوب ۱۳۸۷. مقنن در موارد مختلفی از این دست به دنبال ایجاد نهادی در حقوق ایران است که از قابلیت تضمین‌کننده اموال مختلف استفاده کند؛ در حالی که تک‌بعدی بودن رهن، این امکان را از مقنن سلب می‌نماید. در متون مختلف قانونی که در آن به توثیق اشاره شده است، مصادیق آن غالباً غیر مادی است. لذا عقد وثیقه راجع به دو شرط عین و قابل قبض بودن، انعطاف بیشتری دارد و شاید بتوان به نحو خلاصه گفت: توثیق درباره اموال غیر مادی، همان رهن در شکل مادی آن است؛ اما به لحاظ شرایط ویژه این اموال، می‌تواند تحمل بیشتری نسبت به عدول از مقررات رهن داشته باشد (انصاری و ذوالفقاری، ۱۳۹۱: ۱۶۸).

به این نظر، خرده گرفته شده است که هیچ استدلال یا تبیین نظری در این خصوص

وجود ندارد و اینکه مقنن در برخی موارد از کلمه وثیقه استفاده کرده است و از قضا در برخی موارد، مصادیق آن اموال غیر مادی بوده است، دلیلی بر این امر نیست که نظام حقوقی رهن و وثیقه با یکدیگر تفاوت دارد و تا زمانی که قانون‌گذار، این دو را از هم تفکیک نکرده یا اماره‌ای قابل قبول بر اینکه مقنن به این تفکیک تمایل دارد، وجود نداشته باشد، نمی‌توان قائل به تفاوت رهن و وثیقه شد (باقری و گودرزی، ۱۳۹۶: ۵۴). برخی دیگر با صراحتی کمتر، نظریه تفاوت رهن و وثیقه را پذیرفته‌اند. از نظر ایشان، رهن نوعی وثیقه خاص محسوب می‌شود و وثیقه نسبت به رهن، مفهومی عام دارد؛ لذا هر رهنی وثیقه است، اما هر وثیقه‌ای الزاماً رهن نیست. ایشان وثیقه را در غیر مورد رهن، عقدی نامعین و مستند به ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب کرده‌اند که معمولاً بین متعهد و متعهدله منعقد می‌گردد (نیک‌فرجام، ۱۳۹۱: ۲۲۱).

تلاش برای تفکیک عقد وثیقه از رهن، در جهت رفع مشکلاتی است که مقررات سنتی رهن موجود در قانون مدنی، در راه توثیق اموالی غیر عین معین، مانند اموال غیر مادی و دین و منفعت ایجاد می‌کند و این تلاش را باید ارج نهاد و تا حد ممکن به پشتیبانی از آن برخاست. با این حال، قبول بی‌قید و شرط چنین عقدی بدون توجیه معقول و مستدل، نتایجی به مراتب بدتر از عدم امکان توثیق برخی اموال در پی دارد و باعث آشفتگی و درهم‌ریختگی نظام حقوقی می‌شود. لذا اگر بتوان برای چنین نظری، پشتیبانی حقوقی مناسب فراهم آورد، در این راستا درنگ جایز نیست. اما به نظر می‌رسد قبول این نظر با دشواری‌های فراوانی روبه‌روست. نخست اینکه اگر عقد رهن و وثیقه دو عقد متفاوت هستند، چه اختلافی در ماهیت آن‌ها وجود دارد؟ غیریت مستلزم اختلافی هرچند اندک است و دو پدیده اگر در تمام امور ماهوی و آثار، مانند هم باشند، نمی‌توان قائل به غیریت میان آن‌ها شد و وثیقه را غیر از رهن دانست. نظریه‌ای که میان وثیقه و رهن را تفکیک می‌کند، تنها اختلاف این دو را در مصادیق اموال مورد رهن و وثیقه می‌داند؛ یعنی رهن مختص عین معین است و وثیقه مختص غیر عین معین و در دیگر آثار، مانند هم هستند. سوالی که در اینجا رخ می‌نماید این است که مقنن چرا باید ابتدا برخی اموال را از قلمرو یک عقد با آثار معین خارج کند و سپس همان اموال را در قلمرو عقدی دیگر با همان آثار قرار دهد؟ اگر هدف این است که اموال غیر عین معین

نیز قابلیت توثیق داشته باشند، مقنن می‌تواند از مقررات سنتی رهن دست بردارد و آن‌ها را نیز قابل رهن بداند، نه اینکه عقدی دیگر دقیقاً با همان آثار بنیاد نهد و اموال جدید را مشمول آن بگرداند. این امر اگرچه غیر معقول می‌نماید، اما شاید بتواند از این منظر توجیه شود که مقنن قصد دارد رهن را با نام و عنوان خاص، به علت سابقه شرعی به همان نحو باقی گذارد و برای امکان توثیق اموال غیر عین معین، تنها نام عقد را عوض کند. این توجیه اگرچه نامعقول نیست، اما بسیار تصنعی به نظر می‌رسد. از سوی دیگر، تردیدی وجود ندارد که مقنن در مقررات مختلف، اموالی را قابل توثیق اعلام نموده که عین معین نیستند و قابلیت قبض نیز ندارند. حال باید این موضوع توجیه شود که توثیق این اموال اگر در قالب عقد جدیدی به نام وثیقه نیست، پس چگونه می‌تواند به نظام حقوقی ما در خصوص رهن و وثیقه پیوند بخورد؟ به نظر می‌رسد اگر وجود عقدی مستقل به نام وثیقه را نپذیریم، برای قبول امکان توثیق این اموال باید قائل به نسخ ضمنی مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی شویم و بر آن باشیم که مقنن به نحوی ضمنی در طول زمان، امکان ترهین اموالی غیر قابل قبض و غیر عین معین را بنا بر ضرورت‌ها و مصالح تجاری و اقتصادی به رسمیت شناخته، اما از اعلام صریح آن به علت سوابق فقهی ابراء داشته و توجیه آن را بر عهده دکتربین و رویه قضایی نهاده است.

### ۳-۴. نسخ ضمنی مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی

مقنن بارها و در مقررات گوناگون، متعرض حکم عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی شده است. در مورد این مقررات، دو موضع می‌توان گرفت: تخصیص مواد مذکور یا نسخ ضمنی آن‌ها.

تخصیص عبارت است از خارج کردن بعضی از افراد و مصادیق از شمول حکم عام و محدود کردن دامنه فراگیری آن. هر لفظ، عبارت یا دلیل غیر لفظی که دامنه شمول عام را محدود کند، مخصص نامیده می‌شود. مخصص اگر همراه با کلام عام بیاید و از خود استقلالی نداشته باشد، مخصص متصل و در غیر این صورت، مخصص منفصل نامیده می‌شود (قافی و شریعتی، ۱۳۹۳: ۱/۱۹۳-۱۹۶). بنابراین اگر معتقد باشیم مقررات متعددی که پس از قانون مدنی تصویب شده‌اند و رهن مواردی چون دین و طلب و

حقوق و منافع و اموال غیر مادی و اموال غیر عین معین را به رسمیت شناخته‌اند، نوعی مخصص منفصل محسوب می‌شوند، پس باید گفت که قاعده و حکم عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی بارها توسط مقنن دچار تخصیص شده است؛ یعنی هر یک از این موارد به هر حال تحت عنوان تخصیص قرار می‌گیرند و باید در حدود تخصیص و به شکل محدود تفسیر شوند. برای مثال، اینکه لایحه اصلاحی قانون تجارت، توثیق سهام مدیران را به رسمیت شناخته است، نباید به این معنا باشد که رهن سهام به طور کلی صحیح است؛ بلکه فقط در حدود همان لایحه و برای توثیق خسارت ناشی از سوء مدیریت است. اما این تفسیر ضعیف است؛ چرا که مقنن بارها از هر یک از این‌ها نام برده است. برای مثال، در خصوص رهن سهام نه فقط در لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت، بلکه مقررات متعدد دیگری نیز وجود دارد، همین طور است رهن طلب و دین؛ از جمله آیین‌نامه تضمین برای معاملات دولتی مصوب ۱۳۸۲/۸/۱۱ هیئت وزیران که مطالبات تأییدشده قراردادها از سوی دستگاه‌های اجرایی و ذی‌حسابان را جزء وثایق قابل قبول دانسته است، یا قانون عدم الزام سپردن وثیقه ملکی به بانک‌ها که ذی‌نفع شدن در قراردادهای لازم‌الاجرا را به عنوان وثیقه به رسمیت شناخته است. با این حال، اصرار بر این تفسیر باعث می‌شود که موارد مذکور را تخصیص‌هایی جزئی در حکم عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ بدانیم و نتیجه این می‌شود که رهن منفعت فقط در موردی که به صراحت اجازه داده شده و مشمول تخصیص قرار گرفته، جایز است و حکم کلی آن، همچنان تحت ممنوعیت عام باقی می‌ماند.

اما موضع دوم، قائل شدن به نسخ ضمنی مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی است. نسخ قانون در مقابل وضع آن است. وضع قانون به معنای جعل موجود اعتباری و ایجاد حکم جدید است و نسخ، امحای نهاده‌های اعتباری پیشین تلقی می‌شود (میرزایی، ۱۳۹۵: ۲۱۰). یکی از استدلال‌های مهمی که در پشتیبانی از این نظر می‌توان آورد، بحث تخصیص اکثر است. تخصیص اکثر ناپسند است؛ زیرا هم خارج از حدود سخن گفتن متعارف است و هم مایه ضعف استدلال (محمدی، ۱۳۹۳: ۹۳-۹۴). باید دقت شود که بحث تخصیص اکثر، زمانی مطرح می‌شود که یک حکم عام، مصادیق متعدد و متفاوتی داشته باشد و اکثر آن مصادیق مشمول تخصیص شوند. این وضعیت، متفاوت با حالتی

است که طی آن یکی از مصادیق مکرراً مورد تخصیص قرار می‌گیرد. ارتباط این بخش از بحث با مانحن‌فیه آن است که ببینیم طی مقررات متأخر از قانون مدنی، آیا احکامی که توثیق حق و طلب و اموال غیر مادی را تجویز کرده‌اند، مصادیق متفاوتی را از شمول احکام عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی خارج کرده‌اند یا خیر؟ برای پاسخ به این مسئله باید ببینیم که حکم عام مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی چه مصادیقی دارد. مطابق این مواد، مال مرهون فقط باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. این حکم را می‌توان به این صورت ترجمه کرد: رهن اموال غیر عین معین باطل است. مال عین معین یک مفهوم است که می‌تواند مصادیق متعددی بگیرد. اما در مقابل این مفهوم، عین غیر معین قرار دارد؛ یعنی مالی که اصلاً عین نیست، مثل دین و منفعت و حق. حال ببینیم که تخصص‌های مختلف با این حکم، یعنی بطلان رهن هر مالی غیر از مال عین معین، چه کرده‌اند. با تعداد فراوان تخصص‌ها باید گفت که چون رهن طلب و حق و مال آینده به رسمیت شناخته شده‌اند، بنابراین هم عین غیر معین از شمول حکم خارج شده است و هم به طور کلی اموال غیر عین. پس عملاً هیچ مصداقی تحت حکم عام باقی نمانده است و قضیه از تخصیص اکثر و قبیح بودن آن گذشته و تبدیل به تخصیص کل شده است. تخصیص کل نیز در حقیقت، مفهومی جز نسخ حکم ندارد. نسخ حکم دلالت بر آن دارد که حکم سابق برداشته شده و در آینده نباید از آن پیروی کرد (میرزایی، ۱۳۹۴: ۱۵۱). به نظر می‌رسد قبول نسخ حکم در این موارد قوی‌تر است؛ به ویژه در فرض مورد بررسی ما که مشمول قبیح تخصیص اکثر نیز می‌شود. با قبول این نظر، راه برای تجویز رهن منافع به طور مطلق گشوده می‌شود و ضرورت‌های متعددی که برشمردیم، حاصل می‌آید.

### ۳-۵. خروج شرط قبض و بطلان رهن منفعت از شمول مقررات آمره

برخی حقوق‌دانان برای عبور از سد مواد ۷۷۲ و ۷۷۴، راه حل دیگری پیش نهاده‌اند. از نظر ایشان با دقت در مبانی حقوقی مواد مذکور می‌توان آن‌ها را از عداد قواعد مربوط به نظم عمومی خارج دانست. هرچند در ظاهر این مواد از عباراتی چون «باید و باطل است» استفاده شده است، که معمولاً مقنن از آن‌ها برای مقررات آمره استفاده می‌کند،

اما به نظر ایشان می‌توان در تحلیل این مواد از چارچوب عبارات ظاهری خارج شد. ایشان معتقدند که خصیصه قواعد مربوط به نظم عمومی این است که نقض آن‌ها موجب اخلال در یکی از شئون اخلاقی، اجتماعی، اقتصادی و مانند این‌ها شود و به همین علت، مقنن توافق خلاف آن‌ها را ممنوع کرده است. اما چنین وضعیتی در مورد مواد مذکور وجود ندارد و مقنن در تصویب آن‌ها فقط از نظر مشهور فقهی پیروی کرده است و با توجه به نظرات مخالف بسیاری که در خصوص این مواد در فقه وجود دارد، می‌توان فهمید که حکم مذکور از مسلمات فقهی نیست. وانگهی، قانون‌گذار در مواد ۱۱۴ و ۱۱۵ لایحه اصلاحی قسمتی از قانون تجارت، توثیق سهام شرکت‌های سهامی را تجویز نموده است؛ در حالی که مسلماً سهام بانام را نمی‌توان عین محسوب کرد. مواد مذکور می‌توانند قرینه‌ای دال بر اعراض مقنن از آمره بودن مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی محسوب شوند؛ زیرا منطقاً اگر مقنن رعایت حکمی را چنان برای نظم و منفعت جامعه مهم بداند که آن را در زمره مقررات آمره و تخلف‌ناپذیر قلمداد نماید، خود نیز به آن پایبند بوده و در موارد دیگر از آن عدول نمی‌کند (شهبازی‌نیا، ۱۳۸۶: ۱۲۳). گذشته از این، باید به بیهودگی قبض آنی و لحظه‌ای نیز توجه داشت. این نحوه قبض و اقباض صورتی، هیچ اثری در حمایت از حقوق مرتهن و اشخاص ثالث ندارد (شعبانی‌کندسری، ۱۳۹۵: ۹۴). قبول این نظر، تمام مشکلات موجود بر سر راه رهن منفعت را کنار خواهد زد و مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی در باب لزوم قبض و لزوم عین معین بودن مال مرهون و بطلان رهن منافع را تبدیل به مقررات تکمیلی خواهد نمود که تراضی طرفین بر خلاف آن صحیح می‌باشد.

تفاوت بین قانون امری و تکمیلی واضح است. اما تشخیص آن‌ها و ارائه ضابطه‌ای برای تمیز آن‌ها دشوار می‌باشد. در مقام ارائه یک اصل در مورد مصادیق مورد تردید نیز اختلاف نظر وجود دارد. برخی استادان با تفکیک موارد مختلف از یکدیگر چنین اظهار نظر کرده‌اند که غالب احکامی که به منظور بیان شرایط وقوع و نفوذ عقد وضع شده‌اند، امری می‌باشند و لذا در مقام ارائه اصل در این موضع باید اصل را بر امری بودن قوانین نهاد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۱/۱۵۴). بحث ما در مورد رهن منفعت و مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی نیز در مورد شرایط صحت و نفوذ عقد است. لذا چنانچه اصل مذکور را

پذیریم، باید گفت که ارائه دلیل در مورد امری نبودن این مقررات، بر عهده مدعی است؛ چرا که مخالف اصل سخن می‌گوید. لحن قانون‌گذار نیز یکی از اماره‌های مهم در تشخیص امری یا تکمیلی بودن قوانین امری است. عباراتی چون «باید، ممنوع است، و مکلف است»، حاکی از وجود مقررات امری است (همان: ۱۵۶). این اماره نیز در مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی وجود دارد. از لحن کلام و عبارات مورد استفاده مقنن در این مواد استفاده می‌شود که در مقام بیان مقرراتی آمره قرار دارد. لذا هر دوی این ادله، یعنی ارتباط این مواد با بحث نفوذ و صحت عقد و عبارات به کاررفته در این مواد، به امری بودن این مواد دلالت دارند. اما نباید به همین قرائن بسنده کرد. باید گامی به پیش نهاد و جوهره مقررات آمره را دریافت و بررسی کرد که آیا این جوهره در ممنوعیت رهن منفعت نیز موجود است یا خیر؟

به نظر می‌رسد مهم‌ترین ضابطه برای تشخیص قانون امری از تکمیلی، نظم عمومی است. آمره بودن یک مقرره، به علت ارتباط آن با نظم عمومی است؛ یعنی مقنن مقرر و الزام مذکور را چنان با اهمیت یافته که نقض آن را موجب اختلال در نظم عمومی دیده و به همین خاطر، تراضی خلاف آن را تنفیذ نکرده است. بی‌تردید همه قوانین کم‌ویش با مصالح عمومی مرتبط هستند، و الا مقنن اصلاً در آن حوزه دست به تقنین نمی‌زد؛ اما بحث بر سر درجه وابستگی یک مقرره به نظم عمومی است. نظم عمومی چهره‌های مختلفی دارد. در حوزه اقتصاد می‌توان از نظم عمومی اقتصادی سخن گفت و در حوزه امور دولتی و اداری از نظم عمومی دولتی، و در حوزه امور قضایی از نظم عمومی قضایی و امثال ذلک (همان: ۱۶۵-۱۷۲). همان‌طور که گذشت، لحن مقنن در مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی و ارتباط این مواد با بخش نفوذ و شرایط عقد، حاکی از آن است که در نگاه مقنن، این مقررات آمره بوده و با نظم عمومی در ارتباط هستند؛ اما تمام سخن در اینجا است که نظم عمومی، مفهومی نسبی و متغیر است (همان: ۱۶۳)؛ یعنی موضوعی که سال‌ها پیش، جزء نظم عمومی بوده، امروزه ممکن است از عداد نظم عمومی خارج شده باشد و موضوعی که سال‌ها پیش جزء نظم عمومی نبوده، امروزه ممکن است در قلمرو آن قرار گرفته باشد. از همین روزه می‌توان راهی برای اخراج مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون از شمول نظم عمومی گشود. مقنن در حدود هشت دهه

پیش، بطلان رهن منفعت را جزء نظم عمومی محسوب نموده و لذا آن را به صراحت و با عباراتی تحکم‌آمیز بیان کرده است. اما آیا امروزه نیز همین‌طور است؟ بررسی و استقراء در نظرات خود مقنن نشان می‌دهد که مقنن پس از قانون مدنی به تدریج، اما به نحوی مستمر و مکرر، مقرراتی وضع کرده که نظرات خود وی را در مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی نقض نموده است. این موضوع نشان می‌دهد که خود مقنن نیز دریافته است که این مقررات، دیگر از چنان اهمیتی برخوردار نیستند که نتواند مقرراتی مخالف آن وضع کند. وضع این مقررات با گذشت زمان، شیب تندتری به خود می‌گیرد؛ هم به لحاظ قلمرو خروج از مقررات سنتی و هم به لحاظ تعداد مقررات تصویب‌شده که بر خلاف این مقررات سنتی هستند. اگر مقنن همچنان بر نظر خود مبنی بر ارتباط این مواد با نظم عمومی، اصرار داشت، نباید این حجم عظیم از مقررات را بر خلاف آن قواعد وضع می‌کرد که اینک برخی حقوق‌دانان برای توجیه آن، بکوشند تمام آن‌ها را مخصص قاعده عام به حساب آورند. وقتی یک مقررۀ تا این حد با تخصیص روبه‌رو می‌شود، حاکی از آن است که اوضاع و احوال اجتماعی، چنان تغییر یافته است و مصالح و مفاسد و ضرورت‌ها چنان وضعیتی دارند که مقررۀ مذکور نمی‌تواند به همان اطلاق پیشین باقی بماند.

رهن منفعت نیز چنین است. اگرچه در زمان وضع قانون مدنی با توجه به لحن مقنن، این مقررات جزء قواعد آمره بوده‌اند، اما امروزه از رفتار مقنن در تصویب مکرر و مستمر قوانینی خلاف قاعده مذکور، به نظر می‌رسد که این قواعد، دیگر ارتباطی با نظم عمومی ندارند و لذا نمی‌توانند مقررۀ ای آمره تلقی شوند. بنابراین باید گفت که تراضی بر خلاف این مواد صحیح است. اگر این نظر را بپذیریم، باید قبول کنیم که طرفین می‌توانند در طی یک عقد بی‌نام نیز با هم به نحوی تراضی نمایند که آثار رهن منفعت بر آن بار شود؛ چرا که ماده ۱۰ قانون مدنی، حاکمیت اراده را تا زمانی که با قوانین آمره در تقابل قرار نگیرد، تجویز نموده است.

### نتیجه‌گیری

رهن منفعت در قانون مدنی به صراحت باطل شناخته شده است. در فقه نیز نظر

مشهور، بطلان رهن منافع است. فقها در بطلان رهن منفعت به ادله مختلفی استناد کرده‌اند. دو دلیل مهم ایشان عبارت است از عدم امکان قبض منفعت و عدم ایجاد استیثاق و عدم امکان استیفای دین از منفعت. اما هر دو دلیل مذکور توسط مخالفان به نقد کشیده شده است. فرایند نظام حقوقی ایران در طول زمان نیز نشان می‌دهد که مقنن از حکم عام ماده ۷۷۴ قانون مدنی در بطلان رهن دین و منفعت و لزوم عین معین بودن مال مرهون و حتی از شرطیت قبض در عقد رهن عقب نشسته است. این دگرگونی نشان از تغییر موضع مقنن و تسلیم وی به مصالح و ضرورت‌هاست. این ضرورت‌ها را می‌توان در دو دسته مهم اقتصادی و حقوقی بررسی کرد. ضرورت اقتصادی ایجاب می‌کند که تمام اموال موجود در جامعه، در گردش اقتصادی و تولید ثروت مشارکت داشته باشند. ضرورت‌های حقوقی نیز به نحو دیگری صحت رهن منفعت را ایجاب می‌کنند. جلوگیری از تشتت قانون، با توجه به مقررات قانون مدنی و مقایسه آن با مقررات متعددی که پس از آن به تصویب رسیده است، و نیز جلوگیری از فرار و دور زدن قانون، که نتیجه‌ای جز شکستن اقتدار قانون ندارد، از جمله این ضرورت‌های حقوقی است.

برای شناسایی رهن منفعت در نظام حقوقی کنونی ایران، راه‌های مختلفی وجود دارد که در این پژوهش به پنج طریق مهم آن اشاره کردیم. از میان این طرق گوناگون، بهترین راه حل آن است که بدون قائل شدن به نسخ مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی، آن‌ها را از عداد نظم عمومی خارج بدانیم. با شناسایی رهن منافع، هیچ مصلحت مهمی از دست نمی‌رود و نمی‌توان گفت که ممنوعیت رهن منفعت ناشی از نظم عمومی است و لذا این مواد، آمره هستند. وقتی این مواد را از قلمرو قواعد آمره برکنار نمودیم، آنگاه طرفین می‌توانند در قالب همان عقد رهن به ترهین منافع پردازند و بر خلاف مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی توافق نمایند. یک استدلال مهم بر تکمیلی بودن این دو ماده، وجود مخصص‌های مکرری است که مقنن بر مواد ۷۷۲ و ۷۷۴ قانون مدنی بار کرده است. اگر این مواد در آن حد از اهمیت هستند که با نظم عمومی ارتباط پیدا کنند، پس مقنن نباید مکرراً آن‌ها را تخصیص بزند تا به حد تخصیص اکثر برسد و حتی گامی فراتر نهد و تقریباً تمام مصادیق را از شمول حکم خارج کند.

## کتاب‌شناسی

۱. آل عصفور بحرانی، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع* (للفیض)، قم، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
۲. آل عصفور بحرانی، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۳. ابن ادریس حلّی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۴. ابن سعید حلّی، یحیی، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، ۱۴۰۵ ق.
۵. همو، *نزّهة الناظر فی الجمع بین الاشباه والنظائر*، قم، رضی، ۱۳۹۴ ق.
۶. ابن فهد حلّی، جمال‌الدین احمد بن محمد اسدی، *المقتصر من شرح المختصر*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۷. همو، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۸. انصاری، علی، و سهیل ذوالفقاری، «توثیق اموال غیر مادی در حقوق ایران»، *دوفصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، شماره ۶، بهار و تابستان ۱۳۹۱ ش.
۹. باقری، محمود، و زهرا گودرزی، «جایگاه رهن دین در سرمایه‌گذاری و تأمین منابع مالی با نگاهی اجمالی به رهن دین در صنعت نفت»، *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، سال بیستم، شماره ۸۰، زمستان ۱۳۹۶ ش.
۱۰. تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد بن منصور، *دعائم الاسلام و ذکر الحلال و الحرام و التضایا و الاحکام*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتین، ۱۳۸۵ ق.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، رهن و صلح، چاپ چهارم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸ ش.
۱۲. حبیبیا، سعید، هادی شعبانی کندسری، و مرتضی جمالی، «جستاری نقادانه پیرامون دلایل لزوم عینیت "مورد رهن"»، *فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، سال هفتم، شماره ۱۲، بهار و تابستان ۱۳۹۴ ش.
۱۳. حسینی روحانی قمی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه السلام*، قم، دارالکتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۲ ق.
۱۴. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۱۵. سلار دیلمی، ابویعلی حمزة بن عبدالعزیز، *المراسم العلویة و الاحکام النبویة*، تصحیح محمود بستانی، قم، منشورات الحرمین، ۱۴۰۴ ق.
۱۶. شعبانی کندسری، هادی، *رهن اموال آینده و دارایی در گردش*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۵ ش.
۱۷. شهبازی‌نیا، مرتضی، «انتقال و توثیق ضمانت‌نامه مستقل بانکی»، *فصلنامه مدرس علوم انسانی*، دوره یازدهم، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۶ ش.
۱۸. شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادهای و تعهدات*، چاپ هشتم، تهران، مجد، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. صانعی، پرویز، *حقوق و اجتماع*، چاپ دوم، تهران، طرح نو، ۱۳۸۹ ش.
۲۰. صفایی، سیدحسین، *قواعد عمومی قراردادهای*، چاپ پانزدهم، تهران، میزان، ۱۳۹۲ ش.
۲۱. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمدعلی، *الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع (حدیقة المؤمنین)*، قم، کتابخانه آیة‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۹ ق.

۲۲. همو، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ ق.
۲۳. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۲۴. عاملی جعی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، حاشیه سید محمد کلاتر، قم، کتابفروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۲۵. همو، حاشیه شرائع الاسلام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۲۲ ق.
۲۶. همو، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسة المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۲۷. علامه حلّی، ابومنصور جمال‌الدین حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۲۸. همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ ق.
۲۹. فخرالمحققین حلّی، ابوطالب محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، اسماعیلیان، ۱۳۸۷ ق.
۳۰. قاسم‌زاده، سیدمرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، چاپ چهاردهم، تهران، دادگستر، ۱۳۸۹ ش.
۳۱. قافی، حسین، و سعید شریعتی، اصول فقه کاربردی، چاپ یازدهم، تهران، سمت و پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۹۳ ش.
۳۲. قطب‌الدین راوندی، ابوالحسین سعید بن هبة‌الله، فقه القرآن فی شرح آیات الاحکام، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۳۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، جلد اول، چاپ دهم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ ش.
۳۴. همو، عقود معین، جلد چهارم، چاپ ششم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۹ ش.
۳۵. همو، قواعد عمومی قراردادها، چاپ هشتم، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ ش.
۳۶. کرکی عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ دوم، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ ق.
۳۷. گیلانی قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبة السؤالات، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۳۸. محمدی، ابوالحسن، مبانی استنباط حقوق اسلامی، چاپ پنجاه و سوم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۹۳ ش.
۳۹. مغنیه، محمدجواد، فقه الامام الصادق عليه السلام، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۴۰. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، المقنعه، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۴۱. موسوی بجنوردی، سیدحسن بن آقابزرگ، القواعد الفقهیه، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۴۲. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، بی‌تا.
۴۳. موسوی سبزواری، سیدعبدالاعلی، مذهب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۴۴. موسوی گلپایگانی، سیدمحمدرضا، هدایة العباد، قم، دار القرآن الکریم، ۱۴۱۳ ق.
۴۵. میرزایی، اقبال‌علی، «قواعد و شرایط نسخ احکام شرعی و قوانین موضوعه»، دوفصلنامه فقه و حقوق اسلامی، سال هفتم، شماره ۱۳، پاییز و زمستان ۱۳۹۵ ش.
۴۶. همو، «مفهوم و صورت‌های نسخ قانون»، مجله حقوقی دادگستری، سال هفتاد و نهم، شماره ۹۰، تابستان ۱۳۹۴ ش.
۴۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.

۴۸. نجفی کاشف الغطاء، حسن بن جعفر بن خضر، *انوار الفقاهة - کتاب الرهن*، نجف اشرف، مؤسسة کاشف الغطاء، ۱۴۲۲ ق.
۴۹. نیک فرجام، کمال، «رهن و وثیقه اسناد براتی در حقوق ایران و انگلیس»، *فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی*، سال هفدهم، شماره ۵۷، بهار ۱۳۹۱ ش.
۵۰. همدانی، رضا بن محمد هادی، *مصباح الفقیه*، قم، مؤسسه الجعفریة للاحیاء التراث و مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ ق.