

بازپژوهشی نقش قبض در وضعیت رهن؛

مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام، ایران و فرانسه*

□ سعید حبیب^۱

□ هادی شعبانی کندسری^۲

چکیده

در این مقاله، نقش قبض در وضعیت رهن مورد بازنگری قرار گرفته است تا از طریق مطالعه تطبیقی موضوع در حقوق اسلام و فرانسه، راه حل مناسب به عنوان پیشنهادی برای نظام حقوقی ایران ارائه گردد. در نوشتار پیش رو، با این سؤال روبه‌رویم که آیا در خصوص نقش قبض باید راه گذشتگان را پیمود و از لزوم یا عدم لزوم قبض در صحت رهن سخن گفت یا با توجه به تنوع و ویژگی‌های اموال گوناگون، بین اموال مختلف تفاوت گذاشت. نتیجه حاصله این است که در حقوق اسلام همانند حقوق فرانسه، از حیث لزوم قبض باید بین اموال منقول و غیر منقول به عنوان قاعده تفاوت گذاشت؛ در اموال منقول، قبض و استمرار آن را شرط صحت رهن قرار داد و در اموال غیر منقول، از آن دست کشید. از این رو، این نتیجه به قانون‌گذار قانون مدنی در اصلاحات آتی پیشنهاد می‌شود.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۰/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۶/۱۹.

۱. دانشیار دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) (habiba@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (h_shabani1367@ut.ac.ir).

واژگان کلیدی: قبض، شرط صحت و عدم شرطیت، اموال منقول و غیر منقول، ثبت رسمی، عدم قابلیت استناد.

مقدمه

پیدایش اموال غیر مادی در حوزه حقوق اموال که از حیث اقتصادی و تجاری بسیار باارزش بوده و قسمت عظیمی از ثروت جوامع کنونی را تشکیل می‌دهد، سبب شده که قالب‌های کهن و نظریات مرسوم فقهی و حقوقی برای تنظیم روابط معاملاتی افراد با مشکلات تازه‌ای روبه‌رو شوند. یکی از حوزه‌های جنجال‌برانگیز در این زمینه، لزوم قبض این دسته از اموال در عقود عینی از جمله رهن است؛ چرا که بسیاری از نویسندگان حقوقی بر اساس ماده ۷۷۲ قانون مدنی، قبض مال مرهون را شرط صحت عقد رهن دانسته‌اند و از این رو، عدم امکان قبض اموال غیر مادی موجب شده است که حکم به بطلان رهن اموال مذکور داده شود؛ گرچه معضل لزوم قبض مال مرهون، اختصاص به اموال غیر مادی ندارد و اطلاق آن بر بیکرۀ نظام حقوقی ما سنگینی می‌کند و نیازمند بررسی دوباره است. به این ترتیب، حقوق‌دانان همانند فقهای امامیه تنها از لزوم یا عدم شرطیت قبض در انعقاد عقد رهن، بدون در نظر گرفتن مال موضوع رهن سخن گفته‌اند. در حقیقت، تمام بحث‌های صورت گرفته در این خلاصه می‌شود که آیا قبض شرط صحت رهن است یا در وقوع و تحقق آن اثری ندارد، در حالی که تنوع و گوناگونی اموال و ویژگی‌های هر یک ممکن است در حکم ضرورت قبض تأثیر گذارد و تغییر آن را اقتضا نماید.

بنابراین سؤال این است که آیا همانند گذشتگان باید از شرطیت یا عدم شرطیت قبض در صحت رهن سخن راند یا با توجه به ویژگی‌ها و خصوصیات اموال مختلف در این زمینه، قائل به تفکیک شد؟ آیا فقه شیعه تاب اجتهادی نو و استنباطی جدید در این باره را دارد یا خیر؟ راه حل حقوق فرانسه در این زمینه چیست و آیا بین نظام فرانسوی و نظام فقهی و قانون مدنی ما قرابتی وجود دارد؟ برای پاسخ به پرسش‌های یادشده، نخست نظر فقهای امامیه و حقوق‌دانان ایران در خصوص نقش قبض در وضعیت رهن مطرح گردیده و دلایل طرفداران شرطیت و عدم شرطیت قبض ارزیابی می‌شود (مبحث نخست). آنگاه دیدگاه خود را در ضرورت تغییر قانون‌گذاری درباره نقش قبض در

وضعیت رهن که مبتنی بر روایات رسیده از معصومان علیهم السلام است و با حقوق فرانسه نیز هماهنگ است، بیان می‌داریم (مبحث دوم).



مبحث نخست: نظر فقهای امامیه و حقوق دانان ایران درباره نقش قبض

در وضعیت رهن

جمعی از فقهای امامیه هنگام بحث پیرامون نقش قبض در وضعیت رهن، از لزوم یا عدم لزوم عقد رهن بدون قبض صحبت کرده‌اند. برعکس، عده‌ای دیگر از صحت یا عدم صحت رهن غیر مقبوض بحث نموده‌اند (برای ملاحظه قائلان دو گروه مذکور، ر.ک: حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۲۵-۴۵۷/۱۵). با وجود این، تنها اندکی از آنان قبض را شرط لزوم عقد دانسته‌اند (حسینی حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۳؛ در حقوق ایران ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۴۳؛ حائری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۶۷۵/۲). ولی چنین قولی در فقه و حقوق ما قول نادری بوده و مهجور مانده است.

در فقه شیعه، اختلاف نظر اصلی بین دو گروه از فقیهان است. عده‌ای معتقدند که قبض شرط صحت رهن است و بدون آن واقع نمی‌شود (مفید، ۱۴۱۳: ۶۲۲؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۳۱؛ سآلار دیلمی، ۱۴۰۴: ۱۹۲؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸: ۲۶۵؛ راوندی، ۱۴۰۵: ۵۸/۲؛ طبرسی، ۱۴۰۸: ۴۰۰/۱؛ اردبیلی، بی‌تا: ۴۵۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۶۶/۲؛ ۱۴۱۸: ۱۳۷؛ فاضل آبی، ۱۴۱۷: ۵۴۰/۱؛ عاملی، ۱۴۱۴: ۱۸۳/۲؛ ۱۴۱۷: ۳۸۳/۳؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۵۶/۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۳/۶؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴: ۱۶۴-۱۶۶؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۵-۴۳۷؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۱۳۶/۳؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۸۹/۹؛ میرزای قمی، ۱۴۱۳: ۴۴۷/۲؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۵۸/۲۰؛ موسوی خمینی، بی‌تا: ۳/۲). برخی دیگر بر این باورند که قبض در صحت و تحقق رهن تأثیری ندارد، بلکه از آثار آن است (طوسی، ۱۳۸۷: ۱۹۸/۲؛ *الخلاف*، ۱۴۰۷: ۲۲۳/۳؛ ابن براج طرابلسی، ۱۴۱۱: ۶۵؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۴۱۷/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۰: ۳۹۱/۱؛ ۱۴۱۱: ۱۴۹؛ ۱۴۱۳: ۳۹۹/۵؛ ۱۴۱۴: ۱۸۷/۱۳؛ ۱۴۲۰: ۴۶۶/۲؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۵/۲؛ اسدی حلی، ۱۴۰۷: ۴۹۴/۲؛ ۱۴۱۰: ۱۹۰؛ صیمیری بحرانی، ۱۴۲۰: ۱۳۵/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۹۴/۵؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۵۷/۴؛ ۱۴۱۳: ۱۲/۴؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۲۵/۲۰؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳۳/۹؛

نجفی، ۱۴۰۴: ۹۹/۲۵؛ نجفی کاشف الغطاء، ۱۳۵۹: ۲۹۷/۲؛ مؤمن قمی سبزواری، ۱۴۲۱: ۲۹۳؛ محقق تهرانی، ۱۳۶۵: ۱۳/۲۷؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵: ۲۱۶/۲؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۴/۴؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۱۵۶/۴۹). برخی فقها همچون شیخ طوسی و محقق اردبیلی نظرات متفاوتی در کتابهایشان ابراز کرده‌اند.

ماده ۷۷۲ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارد:

مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود، ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.

حقوق دانان حقوق مدنی، با توجه به قسمت ذیل ماده مزبور معتقدند که قانون‌گذار از نظر فقهایی تبعیت کرده است که قبض را شرط صحت رهن می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۰۱/۴ و ۵۰۸؛ امامی، ۱۳۸۶: ۴۱۴/۲؛ عدل، ۱۳۸۵: ۳۸۴؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۶۰؛ رهپیک، ۱۳۸۷: ۱۴۳).

بنابراین از آنجا که شرطیت قبض در لزوم عقد طرفدار چندانی ندارد و اثر قابل توجهی نیز بر آن بار نمی‌شود (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۹/۲۵)، به شرح و ارزیابی ادله دو گروه دیگر پرداخته می‌شود. از این رو، ابتدا دلایل مربوط به شرطیت قبض در صحت رهن مطرح شده و مورد ارزیابی قرار می‌گیرد، سپس دلایل مربوط به عدم شرطیت قبض در صحت رهن بیان می‌شود.

۱. دلایل مربوط به شرطیت قبض در صحت رهن و ارزیابی آنها

چنان که گفته شد، بسیاری از فقیهان امامیه قبض را شرط صحت رهن می‌دانند، به طوری که عده‌ای این قول را به جمهور یا اکثر نسبت داده (سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۶۰/۲؛ اردبیلی، بی‌تا: ۴۵۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۳۷/۳) و برخی دیگر آن را اشهر دانسته‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۸۹/۹). طرفداران این نظر برای اثبات ادعای خویش، به دلیل لفظی، اصل عملی، قرآن کریم، روایت و اجماع استناد کرده‌اند که به ترتیب مورد بررسی قرار می‌گیرند.

الف) دلیل لفظی

برخی از فقها گفته‌اند که مسمای عقد رهن بدون قبض تحقق پیدا نمی‌کند. به عبارت

دیگر، رهن و قبض با یکدیگر ملازمه دارند، به گونه‌ای که قبض جزئی از مفهوم و ماهیت رهن است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۵/۱۵؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸: ۱۹۱/۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۴۲/۳؛ سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۶۰/۲؛ در حقوق ایران ر.ک: عدل، ۱۳۸۵: ۳۴۸). بنابراین طبق این نظر در صورتی می‌توان بر عقدی نام رهن نهاد که قبض نیز تحقق پیدا کرده باشد وگرنه عنوان رهن بر آن صدق نمی‌کند.

به این استدلال چنین جواب داده شده است که لفظ رهن با سایر الفاظ عقود تفاوتی ندارد و صدق عقد، متوقف بر غیر عقد از جمله قبض و امثال آن نیست. به علاوه، در آیه ۲۸۳ سوره بقره نیز «مقبوضه» وصف رهن ذکر شده است و این خود نشان می‌دهد که قبض در تحقق ماهیت و مفهوم رهن دخالتی ندارد (نجفی، ۱۴۰۴: ۹۹/۲۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۴/۴). افزون بر آن، می‌توان گفت که سازنده و خالق امور اعتباری، اراده اشخاص بوده و امور مادی در ایجاد ماهیت و حقیقت آن دخالتی ندارند. از این رو، اگر قانون‌گذار نیز برای تشکیل عمل حقوقی، علاوه بر اراده به ضمیمه وجود اهلیت و موضوع، شرط اضافه‌ای را از قبیل لزوم قبض یا تنظیم سند رسمی ضروری می‌داند، لزوم وجود چنین شرایطی به دلیل وجود ملاحظاتی است که مقنن در نظر دارد، بی‌آنکه وجود شرط مزبور در پیدایش آن امر اعتباری ضرورت داشته باشد، به طوری که اگر آن حکم خاص قانونی وجود نداشت، آن عمل حقوقی، به نفس اراده و به رغم فقدان شرط مزبور حاصل می‌شد. بنابراین تحقق هیچ عقدی به شرایط دیگری غیر از شرایط اساسی صحت قرارداد بستگی ندارد، مگر اینکه خود قانون‌گذار به صراحت شرایط اضافه‌ای را در صحت و تحقق عقد شرط کند. در بحث حاضر نیز در خصوص نقش قبض در وضعیت رهن باید به سایر ادله رجوع کرد و اگر از آن‌ها لزوم شرطیت قبض در تحقق رهن به دست نیاید، نمی‌توان گفت که عقد رهن بدون قبض صدق نمی‌کند.

ب) اصل عملی

برخی از فقها برای اثبات شرطیت قبض در صحت رهن به اصل عدم صحت عقد استناد کرده، معتقدند که چنانچه در صحت و اعتبار رهن غیر مقبوض تردید شود،

اصل عدم صحت جاری می‌گردد. همچنین اصل عدم حصول چیزی است که رهن را از تصرف در مال خویش منع کند. پس از ایجاب و قبول و قبض، رهن به اجماع از تصرف در مال خویش منع می‌شود و از شمول اصل عدم خارج می‌شود، ولی سایر موارد تحت شمول آن باقی می‌ماند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۲/۱۵؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳۵/۹).

به این گفته نیز چنین جواب داده‌اند که با وجود عموماتی نظیر ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (مائده/ ۱) نوبت به اجرای اصل عملی نمی‌رسد (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۳/۲۵؛ حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۱۲/۴۹). به عبارت دیگر، زمانی می‌توان به اصل عملی استناد کرد که دلیلی وجود نداشته باشد (الأصل دلیل حیث لا دلیل)، در حالی که در فرض مسئله، دلایلی مثل لزوم وفای به عقود وجود دارد که شامل رهن نیز می‌شود. بنابراین استناد به اصول عملیه محملی ندارد.

ج) قرآن کریم

مهم‌ترین دلیل فقها و مفسران برای شرط دانستن قبض در صحت رهن، آیه ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ (بقره/ ۲۸۳) است که امر به گرفتن رهن برای قرضی می‌کند که در سفر داده می‌شود و کسی جهت کتابت این استقراض و ثبت آن وجود ندارد. از آنجا که خداوند سبحان دستور به رهن مقبوض داده است، چنین برداشت می‌شود که رهن شرعی بدون قبض محقق نمی‌شود. در واقع، در این آیه «رهان» به «مقبوض بودن» مقید شده است، پس همانند تراضی در تجارت و عدالت در شهادت است؛ بدین معنا که همان‌طور که تجارت بدون تراضی و شهادت بدون عدالت محقق نمی‌شود، رهن نیز بدون قبض تحقق نمی‌یابد. در نتیجه، آیه مزبور دارای مفهوم می‌باشد و شرعیت رهن و لزوم آن بدون قبض ثابت نمی‌گردد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۳/۱۵؛ عاملی، ۱۴۱۷: ۳/۳۵۹؛ طوسی، ۱۴۰۰: ۴۳۱؛ سیوری حلی، ۱۴۲۵: ۶۰/۲؛ طبرسی، ۱۴۰۸: ۲۲۴/۱).

استناد به این آیه شریفه برای شرط دانستن قبض در صحت رهن از چند جهت مورد انتقاد واقع شده است که به اختصار بیان می‌شود:

اول اینکه توسل به این آیه از باب مفهوم وصف است، بدین معنا که در آیه مذکور

تردید وجود ندارد که اخذ رهن واجب نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۳/۲۵) و در صورت تمایل نیز اخذ رهن منوط به فرض مسافرت و نبود کاتب نیست و رهن در صورت حاضر بودن نیز صحیح است، همان طور که پیامبر اسلام صلی الله علیه و آله با اینکه در مدینه بود، زره خود را به یک یهودی به رهن داد (نوری، ۱۴۰۸: ۴۹۴/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۹۸/۲۵). مقایسه رهن بدون قبض با عقد بدون تراضی نیز صحیح نیست؛ زیرا تراضی جوهره عقد است و عقد بدون آن قابلیت تحقق ندارد، در حالی که وجود رهن متوقف بر قبض نیست؛ همین طور است شرط عدالت برای شهادت.

د) روایت

دلیل دیگری که این دسته از فقها بدان استناد کرده‌اند، روایت «لا رهن إلا مقبوضاً» است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ۶۰/۲۰). صاحب *مفتاح الکرامه* در استناد به این روایت می‌گوید:

نفی صحت رهن در حدیث مذکور نزدیک‌تر است به نفی کمال اطمینان و استیثاق از رهن تا نفی حقیقت از آن (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۳/۱۵).^۱

به علاوه، برخی دیگر گفته‌اند که ضعف سند این حدیث با شهرت عملی و ظاهر آیه ۲۸۳ جبران می‌شود (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ۲۵۶/۲).

با وجود این، استدلال به حدیث مذکور از چند جهت مورد خدشه قرار گرفته است و فقهای متعددی بدین گونه به آن جواب داده‌اند:

اول اینکه حدیث مزبور از حیث سند ضعیف است؛ زیرا راوی آن یعنی محمد بن قیس به نظر برخی ضعیف و به اعتقاد عده‌ای دیگر، بدین دلیل که وی مشترک بین دو نفر است، مشترک بین ثقه و ضعیف است (اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳۷/۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۴۱۶/۵؛ ۱۴۱۴: ۱۸۷/۱۳؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۵/۲؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۱۱/۴؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۵/۴). البته بعضی دیگر از فقیهان، سند حدیث را ضعیف نمی‌دانند و با استناد به

۱. «نفی الصّحة فیهما أقرب من نفی الکمال إلى نفی الحقیقة...». در حقیقت، صاحب *مفتاح الکرامه* به یک ایراد مقدر جواب می‌دهد که در خبر رسیده، صحت رهن نفی شده است نه کمال آن؛ یعنی رهن بدون قبض صحیح نیست و واقع نمی‌شود، نه اینکه بدون قبض واقع شود و کمال آن منوط به قبض مورد رهن باشد.

نیست و بسیاری از فقها نیز به صراحت بر آن ادعای اجماع کرده‌اند (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۹۸/۱۳؛ نجفی، ۱۴۰۸: ۱۰۸/۲۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۴۴/۱۵؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ۱۳۷/۳؛ عاملی جیبی، ۱۴۱۳: ۱۵/۴؛ صیمری بحرانی، ۱۴۲۰: ۱۳۵/۲).

ح) اجماع

برخی از فقهای امامیه بر شرطیت قبض در صحت رهن، ادعای اجماع کرده‌اند (طبرسی، ۱۴۰۸: ۶۸۶/۱) و برخی دیگر گفته‌اند که وجود نظر مخالف سست و ضعیف است و صرف وجود این اجماع برای قول به شرطیت قبض کفایت می‌کند، حتی اگر هیچ دلیل دیگری نیز در این زمینه وجود نداشته باشد، چه رسد به بحث حاضر که در آن ادله دیگری نیز وجود دارد (حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۴۳۳/۱۵).

در پاسخ به ادعای مذکور باید گفت که صرف نظر از حجیت یا عدم حجیت اجماع، بسیاری از فقها قبض را در وضعیت عقد مؤثر ندانسته و معتقدند که رهن به صرف ایجاب و قبول تحقق می‌یابد و قبض از آثار رهن است و مرتهن پس از انعقاد رهن می‌تواند الزام رهن را به اقباض مال مرهون بخواهد. از آنجا که قائلان به این نظر بسیار زیادند، مشهور دانستن قول مخالف و حتی اشهر دانستن آن بعید می‌نماید؛ چه رسد به ادعای تحقق اجماع، به ویژه آنکه اجماع مزبور مغایر اجماعی است که صاحب غنیه بر شرطیت قبض در لزوم رهن ذکر کرده است (حسینی حلی، ۱۴۱۷: ۲۴۳).

۲. دلایل مربوط به عدم شرطیت قبض در صحت رهن

همان طور که گذشت، بسیاری از فقها قبض مال مرهون را در صحت یا لزوم عقد رهن شرط نمی‌دانند. این دسته از فقها برای اثبات ادعای خویش به دو دسته دلایل استناد می‌کنند: یکی دلایل نقضی و رد ادله گروه مقابل که شرح آن گذشت و دیگری دلایل حلی که عبارت‌اند از: اصل عدم اشتراط؛ عمومات امر به وفای به عقود؛ اطلاق ادله رهن.

الف) اصل عدم اشتراط

دلیل معتبری برای قول به اشتراط وجود ندارد و ادله‌ای که مخالفان برای شرط دانستن

قبض بدان استناد می‌کنند، همگی مورد مناقشه و مردودند. بنابراین هر گاه در شرطیت قبض برای رهن تردید شود، اصل عدم شرطیت است (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۱۱/۴؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۹۴/۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۲/۲۵).

ب) عموماً امر به وفای به عقود

طرفداران این نظر بر این باورند که عموماًتی که دلالت بر لزوم وفای به عقود می‌کنند، از جمله آیه شریفه ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و حدیث «المؤمنون عند شروطهم» شامل رهن نیز می‌شوند (طوسی، الخلاف، ۱۴۰۷: ۲۲۳/۳؛ اردبیلی، ۱۴۰۳: ۱۳۸/۹؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۲/۲۵؛ فخرالمحققین حلی، ۱۳۸۷: ۲۶/۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴: ۹۴/۵؛ مغنیه، ۱۴۲۱: ۲۴/۴). بنابراین رهن بدون قبض نیز لازم‌الوفاست و رهن به عنوان نتیجه و اثر عقد، ملزم به تسلیم مال مورد رهن به مرتهن خواهد بود؛ زیرا بین وجوب اقباض و عدم شرطیت قبض مغایرتی نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۳/۲۵).

ج) اطلاق ادله رهن

برخی از فقیهان برای عدم شرطیت قبض چنین استدلال کرده‌اند که اخبار متواتری که دلالت بر جواز رهن می‌کنند، مقید به رهن مقبوض نشده‌اند (همان: ۱۰۲/۲۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵: ۲۲۶/۲۰).

برای نمونه، داود بن سرحان از امام صادق علیه السلام روایت می‌کند که ایشان درباره کفیل گرفتن و رهن گرفتن در معامله نسیه فرمود: «اشکال ندارد» (حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۷۹/۱۵؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۷۹/۳؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷: ۲۱۰/۷).

همچنین یعقوب بن شعیب می‌گوید: از امام علیه السلام درباره شخصی سؤال کردم که نسیه می‌فروشد و در برابر بهای جنس فروخته شده رهن می‌گیرد. فرمود: اشکال ندارد (کلینی، ۱۴۰۷: ۲۳۳/۵؛ حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۸۱/۱۵؛ طوسی، تهذیب الاحکام، ۱۴۰۷: ۱۶۸/۷؛ برای ملاحظه احادیث دیگر در این باره، رک: حزّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۷۹/۱۵ به بعد).

در نتیجه، از این روایات معلوم می‌شود که صحت رهن منوط به قبض مال مرهون نیست و گرنه لازم بود در آن‌ها به مقبوضه بودن تصریح گردد.

مبحث دوم: دیدگاه نگارندگان درباره نقش قبض در وضعیت رهن؛

ضرورت تغییر قانون گذاری

از آنچه گفته شد، معلوم می‌شود که ادله مورد استناد برای شرط دانستن قبض در صحت رهن قابل خدشه بوده و نمی‌توان بر اساس آن‌ها حکم به شرطیت قبض در رهن داد، در حالی که ادله مخالف قوی‌تر می‌نماید و لازم است که حکم ماده ۷۷۲ ق.م. تغییر یابد. با وجود این، هدف از این نوشتار بسنده کردن به لزوم چنین تغییر حداقلی نیست، بلکه منظور پاسخ دادن به این پرسش است که آیا در هیچ یک از اموال مورد رهن، اعم از منقول و غیر منقول، قبض شرط صحت رهن نیست و به صرف توافق طرفین می‌توان رهن را واقع شده پنداشت؟ برای مثال، شخصی که در ازای دریافت وام از بانک، مقداری طلا به رهن می‌گذارد، بی آنکه آن‌ها را به بانک تحویل دهد یا بدهکاری که توزیع کننده وسایل برقی است، برای تضمین بازپرداخت دین خویش، وسایل مذکور را به رهن می‌گذارد، ولی مورد رهن در تصرف خود وی باقی می‌ماند. آیا می‌توان ادعا کرد که به صرف چنین توافقی و بدون قبض، هدف از رهن که همانا ایجاد اطمینان به وصول طلب و تضمین آن می‌باشد، حاصل است؟ آیا از نظر ضرورت قبض بین اموال گونه گون تفاوتی وجود ندارد؟ آیا می‌توان به جای قبض مال مرهون، به تأسیس‌های حقوقی دیگر روی آورد؟

برای پاسخ به پرسش‌های مذکور، از آنجا که در حقوق فرانسه در خصوص نقش قبض بین اموال مختلف تفاوت گذارده شده و ساماندهی مناسبی صورت گرفته است، لازم است ابتدا نقش قبض در وضعیت رهن در حقوق این کشور مورد بررسی قرار گیرد، آنگاه به نظام فقهی و حقوقی خود بازگردیم و ببینیم که آیا لازم است در این خصوص بین اموال مختلف تفاوت قائل شویم.

۱. نقش قبض در وضعیت رهن در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه دو نظام توثیقی وجود دارد: یکی وثایق عینی^۱ و دیگری وثایق شخصی^۲

1. Surété réelle.

2. Surété personnelle.

که عقد ضمان^۱ بارزترین مصادیق عملی آن می‌باشد. وثیقه^۲ عینی نیز در قانون مدنی فرانسه دو عنوان کلی دارد: الف) رهن مقبوض؛^۳ ب) رهن غیر مقبوض^۴ (Colin et Capitant, 1953: 2/1423; Mazeaud et Chabas, 1999: 3/56; Planiol et Ripert, 1953: 12/3).

الف) رهن مقبوض برای اموال منقول

به موجب ماده ۲۰۷۱ قانون مدنی فرانسه، «رهن مقبوض^۴ عقدی است که به موجب آن، مدیون شیئی را برای وثیقه به طلبکار خود تسلیم می‌کند». ماده ۲۰۷۲ این نوع وثیقه را با توجه به منقول یا غیر منقول بودن مورد وثیقه به دو قرارداد فرعی، یعنی gage برای اموال منقول و antichrèse برای اموال غیر منقول تقسیم کرده است.

طبق ماده ۲۰۷۴ قانون مزبور، رهن منقول^۵ برای مرتهن نسبت به سایر طلبکاران حق تقدم به وجود می‌آورد و بر اساس ماده ۲۰۷۵، این قسم از وثیقه اختصاص به اموال منقول دارد، منتها علاوه بر اموال منقول مادی، اموال منقول غیر مادی را نیز در بر می‌گیرد. در ماده ۲۰۷۶ قانون مذکور آمده است: تا زمانی که مال مرهون به طلبکار تسلیم نشود و در تصرف او یا شخص ثالث مورد توافق قرار نگیرد، حق تقدم بر مال مرهون مستقر نمی‌شود. ماده ۲۰۷۹ نیز مقرر می‌دارد که مال مرهون در دست مرتهن امانت است و فقط برای تضمین وصول طلب خود، آن را در اختیار دارد و نمی‌تواند از منافع مال بهره‌مند شود. با وجود این، در خصوص اینکه آیا در رهن منقول، قبض شرط صحت آن است یا عقد بدون آن نیز صحیح است، اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق‌دانان این کشور معتقدند که در ماده مذکور، قبض شرط صحت عقد قرار داده نشده است؛ زیرا قانون‌گذار به جای عقد، از حق تقدم صحبت کرده است. بنابراین قانون‌گذار ضمن پذیرش وقوع عقد، خواسته است قبض عین مرهونه را شرط قابلیت استناد عقد در برابر طلبکاران قرار دهد (Marty, Raynaud et Jestaz, 1987: 78). با وجود این،

1. Cautionemmant.
2. Nantissement.
3. Hypothèque.
4. Nantissement.
5. Gage.

دیوان کشور فرانسه در رأی مورخ ۶ ژانویه ۱۹۹۴ مقرر داشته است که در صورت عدم وقوع قبض، توافق طرفین اثری بیش از وعده رهن^۱ ندارد (Cass. Ire civ, 6 janv 1994, Bull civ. I, n4, JCP, 1994, 13765, n18; Similer et Delebecque, 2000: 515). بدین ترتیب قبض مال مورد رهن را شرط صحت عقد رهن قرار داده است. منتها در حقوق فرانسه بر خلاف ایران، استمرار قبض نیز شرط است و رد اختیاری مورد وثیقه به راهن، ولو موقتاً، سبب انحلال رهن است (Similer et Delebecque, 2000: 529; Colin et Capitant, 1953: 2/1441; Mazeaud et Chabas, 1999: 3/68; Planiol et Ripert, 1953: 12/87-88). انعقاد رهن منقول نیازمند تنظیم سند رسمی یا عادی نیست، ولی تنها زمانی در مقابل اشخاص ثالث قابلیت استناد دارد که مفاد آن با رعایت قانون در سند رسمی یا عادی درج شود (Similer et Delebecque, 2000: 454).

اما رهن غیر منقول^۲، به موجب بند ۱ ماده ۲۰۸۵ تنها به صورت مکتوب قابل اثبات است و طبق بند ۲ ماده مزبور، مرتهن می‌تواند از منافع مال مرهون بهره‌مند شود، منتها آنچه از این راه به او می‌رسد، از اصل طلب او و بهره آن کسر می‌شود. حقوق‌دانان فرانسه بر اساس ماده ۲۰۷۱ قانون مدنی، این قسم از وثیقه را عقد عینی دانسته و قبض را در آن شرط صحت قرار داده‌اند (Mazeaud et Chabas, 1999: 3/96). البته همان‌طور که خواهد آمد، نهاد *antichrèse* چندان مورد استفاده قرار نمی‌گیرد و تأسیس حقوقی رهن مقبوض به اموال منقول اختصاص یافته است.

ب) رهن غیر مقبوض برای اموال غیر منقول

در رهن غیر مقبوض^۳ که می‌تواند ریشه قانونی، قضایی یا قراردادی داشته باشد و ناظر به اموال غیر منقول است، قبض شرط صحت عقد نیست و مال موضوع وثیقه از تصرف بدهکار خارج نمی‌شود. در این قسم از وثیقه، طلبکاری که اقدام به ثبت وثیقه خود کرده است، حق دارد مال غیر منقول موضوع رهن را در دست هر کس که بیاورد، به فروش رساند (حق تعقیب) و با رعایت اولویت، طلب خود را از محل فروش آن بردارد

1. Promess de gage.
2. Antichrèse.
3. Hypothèque.

(حق تقدم) (401: 1996, *Vocabulaire juridique*). در واقع، قانون‌گذار در این عقد، تنظیم سند را جایگزین قبض نموده و در ماده ۲۱۲۷ مقرر داشته است که رهن قراردادی در صورتی منعقد می‌شود که سند رسمی نزد دو سردفتر یا یک سردفتر و دو شاهد تنظیم شده باشد. هرچند این نوع از وثیقه اختصاص به اموال غیر منقول دارد، منتها توثیق بعضی از اموال منقول نیز در این قالب انجام می‌شود که یکی از بارزترین مصادیق آن کشتی‌ها هستند که در ماده ۲۱۲۰ پیش‌بینی شده است. ذکر این نکته لازم است که امروزه تمایل چندانی به استفاده از نهاد رهن غیر منقول^۱ وجود ندارد و رهن غیر مقبوض^۲ جای آن را در روابط حقوقی گرفته است (Thery, 1998: 3/118; Mazeaud et Chabas, 1999: 3/59).

۲. ضرورت تفکیک بین اموال مختلف از حیث لزوم قبض در فقه امامیه و قانون‌گذاری آینده

درباره نقش قبض در وضعیت رهن در فقه امامیه و نظام حقوقی ایران، تا کنون بین اموال مختلف تفاوت گذاشته نشده و تمام فقهایان و نویسندگان حقوق مدنی که در این باره به بحث و گفتگو پرداخته‌اند، صرف‌نظر از ویژگی‌ها و اوصاف مختلف اموال گوناگون، تمام تلاش خود را صرف این مطلب کرده‌اند که آیا قبض شرط صحت رهن است و عقد بدون آن واقع نمی‌شود یا اینکه قبض موضوع وثیقه، تأثیری در تحقق آن ندارد و رهن غیر مقبوض نیز صحیح و الزام‌آور است.

تنها یکی از اساتید حقوق مدنی، در بحث از تصرفات منافی حقوق مرتهن، از نظر تحلیلی بین اموال منقول و غیر منقول فرق گذاشته و می‌نویسد:

در مورد اموال منقول که کالای مورد خرید و فروش دست به دست می‌گردد و سرعت گردش آن زیاد است، احتمال دارد که انتقال مال، وجود و سلامت آن را در معرض خطر قرار دهد... خریداری که به آسانی می‌تواند عین مرهونه را پنهان یا تلف کند یا چندان موضوع انتقال‌های گوناگون قرار دهد که مرتهن نتواند به آن دسترسی پیدا کند. پس به اعتبار این خطرهای مختلف، انتقال با طبیعت وثیقه منافات دارد. ولی در مورد املاک که نه ملک را می‌توان پنهان کرد، نه محل آن را تغییر داد و حق مرتهن نیز به طور معمول در

1. Antichrèse.

2. Hypothèque.

دفتر املاک ثبت می‌شود و در برابر خریدار احتمالی قابل استناد است. چرا باید این تصرف را به زیان مرتهن پنداشت و در نفوذ آن تردید کرد؟ (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۸۳/۴).

با وجود این، تحلیل ماهیت رهن نشان می‌دهد که در حقوق ایران نیز در باره شرطیت قبض در صحت رهن باید بین اموال غیر منقول و منقول به عنوان قاعده تفاوت گذاشت.

الف) نقش قبض در وضعیت رهن در اموال غیر منقول

در خصوص اموال غیر منقول ضرورتی ندارد که قبض شرط صحت رهن قرار گیرد؛ زیرا از یک طرف، خطر اتلاف و از بین رفتن مال مورد رهن بعید است و نقل و انتقال ملک نیز آن را در معرض تلف قرار نمی‌دهد و در عرف جامعه و سیره خردمندان هم به چنین خطرات بعید و دور از انتظاری اعتنا نمی‌شود و از طرف دیگر، از آنجا که در عرف قراردادهای رهنی متعارف است که رهن‌گیرندگان به قبض صوری ملک مورد رهن اقرار و اکتفا می‌کنند و آن را عملاً در تصرف نمی‌گیرند و از قبض لحظه‌ای مال مرهون و تحویل مجدد آن به رهن نیز خودداری می‌کنند، باید گفت که نه تنها دلیل قانع‌کننده‌ای برای لزوم قبض املاک به مرتهن وجود ندارد، بلکه باید به این عرف نانوشته نیز احترام گذاشت و آن را به عنوان قاعده عرفی و عقلایی پذیرفت و قبض مال مرهون غیر منقول را از شرایط صحت رهن غیر منقول حذف کرد. پذیرش چنین نظری، نه تنها مغایرتی با مبانی شرعی و حقوقی ما ندارد، بلکه در تأیید آن نیز می‌باشد؛ زیرا همان‌طور که دیدیم، دلیل قانع‌کننده‌ای در فقه و حقوق ایران برای شرط دانستن قبض در صحت رهن اقامه نشده است. به علاوه، اتخاذ چنین شیوه‌ای باعث می‌شود که از ایجاد زمینه و تشویق افراد برای تقلب نسبت به قانون جلوگیری شده و از خدشه‌دار شدن اعتبار نظام حقوقی نزد مردم پرهیز شود. از تجربه قانون‌گذاری کشور فرانسه نیز می‌توان در این زمینه استفاده کرد.

به نظر می‌رسد بهترین راه حل در خصوص اموال غیر منقول آن است که حکومت اسلامی ثبت رسمی رهن را جایگزین قبض نماید^۱ و مقرر دارد که رهن ثبت‌نشده در

۱. راه حل مذکور با فتاوی برخی از فقهای معاصر که توقیف سند را از طریق اداره ثبت به جای قبض کافی دانسته‌اند، انطباق دارد (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۰۱/۲).

برابر رهن ثبت شده قابل استناد نیست تا بدین وسیله هم از طرفین عقد رهن حمایت شود و هم از اشخاص ثالثی که به طور مشروع به ظاهر اعتماد نموده و از قانون (لزوم ثبت رهن در دفاتر اسناد رسمی) پیروی کرده و وسیله‌ای برای اطلاع از واقع در اختیار نداشته‌اند؛ راه حلی که در ماده ۵۰ قانون دریایی نیز پیش‌بینی شده است.^۱ با این همه، برخی از اموال غیر منقول که نیازمند محافظت ویژه و انجام اعمال خاصی برای حفظ ارزششان هستند، باید از حکم کلی اموال غیر منقول استثنا شوند و در قبض مرتهن یا شخص ثالث مورد توافق قرار گیرند.

ب) نقش قبض در وضعیت رهن در اموال منقول

در مورد اموال منقول، تحلیل فلسفه تشریح رهن و مقتضای آن نشان می‌دهد که قبض مال مورد رهن باید شرط صحت آن باشد و همچنین تداوم قبض را نیز باید ضروری دانست، وگرنه هدف از وثیقه که همانا تضمین طلب بستانکار و ایجاد پشتوانه‌ای برای آن است، تأمین نخواهد شد. آیا معقول است که کسی مال منقولی را که دارای سند رسمی نیز نمی‌باشد، به رهن گیرد تا در صورت عدم تأدیة بدهی در سررسید بتواند از محل فروش آن طلب خود را استیفا کند، با وجود این، مال مرهون را در دست مرتهن باقی گذارد و بدین وسیله مال مورد رهن را در معرض خطری قرار دهد که عرفاً از آن تسامح نمی‌شود و با مفاد رهن منافات دارد؟ این تردید جدی از آنجا ناشی می‌شود که در مورد اموال منقول، خطر پنهان کردن، تلف و نقل و انتقال‌های متعدد مال مورد رهن به قدری زیاد است که باقی‌گذاردن آن در دست راهن، هدف از وثیقه را بیهوده می‌سازد و با مقتضای آن مغایرت دارد.

استدلال مذکور، درباره توثیق اموال منقول فیزیکی و مادی که به طور معمول برای

۱. در خصوص اثر عدم ثبت معاملات راجع به اموال غیر منقول (ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک) نیز رویه قضایی و باور حقوق‌دانان جدید متمایل به این نظر است که قرارداد ثبت نشده بین طرفین آن صحیح است و تنها در برابر اشخاص ثالث قابلیت استناد ندارد (در این باره ر.ک: دادنامه‌های شماره ۸۹۰۲۶۶ مورخ ۱۳۸۹/۷/۲۹ و شماره ۸۹۰۵۸۳ مورخ ۱۳۸۹/۱۰/۲۸ شعبه ۳۵ دادگاه عمومی حقوقی مشهد؛ دادنامه‌های شماره ۸۹۱۲۸۳ مورخ ۱۳۸۹/۹/۲۷ و شماره ۸۹۰۸۸۳ مورخ ۱۳۸۹/۹/۲۷ شعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی مشهد؛ خدابخشی، ۱۳۸۹: ش ۳۹-۹/۷۱؛ امینی، ۱۳۸۸: ش ۲۳۸-۲۱۱/۴۹).

آن‌ها سند رسمی مالکیت نیز تنظیم نمی‌شود، متین است. ولی در مورد اموال منقول مادی که برای آن‌ها سند رسمی مالکیت تنظیم می‌گردد و با درج حق وثیقه در سند مزبور، از دارنده وثیقه و اشخاص ثالث حمایت لازم به عمل می‌آید، می‌توان تسلیم سند رهنی را جایگزین قبض مال مرهون ساخت. از این رو، لزومی به قبض مورد رهن در خصوص این دسته از اموال احساس نمی‌شود؛ برای مثال، برخی اموال منقول از قبیل کشتی، هواپیما، اتومبیل و قطار برای حمل و نقل و باربری ساخته شده‌اند؛ بنابراین نمی‌توان بر خلاف طبیعت این اموال، آن‌ها را در قبض مرتهن باقی گذاشت و از استفاده از آن‌ها چشم پوشید، به ویژه آنکه بسیاری از این اموال دارای سند رسمی بوده و معاملات رهنی در آن ثبت می‌شود. بنابراین با ثبت رهن در اسناد مربوطه و دفاتر اسناد رسمی، حقوق مرتهن و اشخاص ثالث تأمین خواهد شد.

همچنین درباره لزوم قبض در اموال غیر مادی به نظر می‌رسد که باید بین مصادیق گوناگون تفاوت گذاشت: در مورد اسناد تجاری و سهام بی‌نام شرکت‌ها لازم است که قبض آن‌ها شرط صحت رهن قرار گیرد؛ زیرا این دسته از حقوق مالی از حیث خطر پنهان کردن و نقل و انتقال‌های متعدد موضوع وثیقه، همانند اموال منقول مادی هستند و تابع همان حکم می‌باشند. ولی در خصوص سهام بانام، ثبت در دفتر ثبت سهام شرکت‌ها کفایت می‌کند (ماده ۴۰ لایحه اصلاحی قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷). درباره رهن حق سرقلمی و حق تحجیر نیز از آنجا که متعلق این حقوق، اموال غیر منقول است، تابع حکم کلی اموال مذکور بوده و قبض مال موضوع حق، ضرورتی ندارد. در مورد آفریده‌های فکری نیز استدلال پیش‌گفته مبنی بر خطر اتلاف و پنهان نمودن حق مالی محملی ندارد و بنابراین در حقوق مزبور نیز باید از لزوم قبض موضوع رهن چشم پوشید.

به عنوان نتیجه بحث و به منظور تدارک قاعده عمومی می‌توان گفت: در صورتی که مورد رهن جز اموال منقول مادی باشد، نه تنها قبض، بلکه استمرار آن نیز به منظور رعایت مقتضای عقد باید شرط صحت عقد باشد یا قانون‌گذار مقرر کند که در چنین مواردی مال مرهون به شخص ثالثی سپرده شود یا در صندوق امانات بانک‌ها به ودیعه گذارده شود؛ مگر در مواردی که به طریق دیگر، تأمین چنین هدفی امکان‌پذیر باشد

یک صاع خرما و یک صاع جو به من قرض بده، ان شاء الله آن را پرداخت خواهم کرد. شمعون لباس را گرفت... (نوری، ۱۴۰۸: ۴۱۷/۱۳؛ طباطبایی بروجردی، ۱۴۲۹: ۸۰۶/۲۳).

از این رو، شرط دانستن قبض در اموال منقول فیزیکی، نه تنها با هدف و فلسفه رهن مطابقت دارد، با روایات و مبانی فقهی امامیه نیز سازگار به نظر می‌رسد. شاید منظور برخی نویسندگان از اینکه شرطیت قبض در صحت رهن را به صورت مطلق مورد انتقاد قرار داده و گفته‌اند: «ای کاش نویسندگان قانون مدنی... قبض مورد رهن را با این اطلاق از شرایط وقوع معامله قرار نمی‌دادند و بدین وسیله بدون اینکه قاعده‌ای را زیر پا بنهند و یا مصلحتی را از دست بدهند، از اشکال‌های بسیاری که در پی دارد، پرهیز می‌شد» (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۵۰۸/۴؛ موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴: ش ۲۰۳/۳)، همین بوده است که در خصوص قبض مورد رهن، نباید تمام اموال را تابع حکم واحدی قرار داد، بلکه باید بین اموال مختلف تفکیک قائل شد.

نتیجه‌گیری

بنا به ماده ۷۷۲ قانون مدنی، در حقوق ایران قبض شرط صحت رهن است؛ حکمی که به اعتراف بسیاری از حقوق‌دانان ریشه در قول مشهور فقهای امامیه دارد و عده‌ای از فقیهان نیز آن را به مشهور منتسب کرده‌اند. با وجود این، مطالعه عمیق موضوع در آرای فقهای شیعه آشکار می‌سازد که جمع بزرگی از اندیشمندان امامیه، ارزشی برای قبض مورد رهن در صحت رهن قائل نیستند و لذا حتی اشهر دانستن حکم مورد پذیرش قانون‌گذار در فقه امامیه دشوار می‌نماید. دلایلی که فقهای طرفدار شرطیت قبض در صحت رهن آورده‌اند نیز مورد انتقاد گروه مقابل قرار گرفته است، به طوری که فقیهان اخیر، ضمن رد دلایل مخالفان بر این باورند که قبض اثر رهن است و در تحقق آن دخالتی ندارد.

با وجود این، آنچه که در حقوق ما و فقه امامیه تا کنون مورد توجه قرار نگرفته، ویژگی‌ها و تنوع اموال گوناگون است که می‌تواند بر شرطیت قبض تأثیر گذارد. مطالعه موضوع در حقوق فرانسه نشان می‌دهد که مقنن از حیث شرطیت قبض، بین اموال

منقول و غیر منقول تفاوت گذارده و تنها در دستۀ نخست، قبض آن را لازم دانسته است. فلسفۀ تشریح رهن و ملاحظۀ هدف و ماهیت آن اقتضا دارد که در حقوق ما نیز چنین تفکیکی به عنوان یک قاعدۀ کلی صورت پذیرد. پذیرش این نظر، نه تنها با منابع فقه امامیه تعارضی ندارد، بلکه با پاره‌ای از روایات وارده که در آن‌ها مال منقول مورد رهن به قبض مرتهن در آمده است و از آن‌ها برمی‌آید که در اموال منقول مادی، قبض مورد رهن باید شرط صحت رهن قرار گیرد، نیز تطبیق می‌کند.

بنابراین اولاً در خصوص اموال غیر منقول، جز در صورتی که مال مرهون نیازمند مراقبت‌های ویژه‌ای است، هیچ ضرورتی برای شرط دانستن قبض احساس نمی‌شود. ثانیاً در مورد اموال منقول نیز هرچند قاعدۀ پیش‌گفته در کلیت خود پذیرفتنی است، اما پاره‌ای از اموال منقول از قبیل کشتی‌ها که قبض آن‌ها با فلسفۀ ایجاد و طبیعت آن‌ها مغایرت دارد و غالباً نیز به ثبت می‌رسند، لازم است از حکم مزبور استثنا شوند. در مورد اموال غیر مادی نیز هر گاه خطری مال موضوع رهن را تهدید نکند، از قبیل آفریده‌های فکری، ضرورت قبض مبنای خود را از دست می‌دهد.

از این رو به قانون‌گذار پیشنهاد می‌شود که با تغییر ماده ۷۷۲ قانون مدنی، ضرورت قبض اموال غیر منقول را از شرایط صحت آن حذف کند و لزوم ثبت رهن را جایگزین آن نماید و رهن ثبت‌نشده را در برابر رهن ثبت‌شده غیر قابل استناد قرار دهد. در خصوص اموال منقول نیز به صورت قاعده، قبض و استمرار آن را شرط صحت رهن قرار دهد و استثنائات آن را بیان دارد.

کتاب‌شناسی

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم، *کفایة الاصول*، قم، مؤسسه آل‌البتی، ۱۴۰۹ ق.
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۳. ابن بزاج طرابلسی، قاضی عبدالعزیز بن نحیر، *جواهر الفقه* (و تلیه رسالتان: *العقائد الجعفریه* للشیخ طوسی و...)، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۱ ق.
۴. ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسیلة الی نیل الفضیله*، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ ق.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، *زبده البیان فی احکام القرآن*، تهران، المكتبة الجعفریه، بی‌تا.
۶. همو، *مجمع الفائدة والبرهان فی شرح ارشاد الاذهان الی احکام الایمان*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۳ ق.
۷. اسدی حلی، جمال‌الدین احمد بن محمد بن فهد، *المقتصر من شرح المختصر*، مشهد، مجمع البحوث الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۸. همو، *المهذب البارع فی شرح المختصر النافع*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۹. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، چاپ نوزدهم، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۶ ش.
۱۰. امینی، منصور، «نقش ثبت سند در بیع مال غیر منقول در حقوق فرانسه و بررسی قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۹، بهار و تابستان ۱۳۸۸ ش.
۱۱. انصاری، مرتضی، *مطرح الانظار*، قم، مؤسسه آل‌البتی، قم، بی‌تا.
۱۲. بحرانی، یوسف بن احمد، *الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
۱۳. بروجردی عبده، محمد، *حقوق مدنی*، به کوشش محمدرضا بندرچی، قزوین، طه، ۱۳۸۰ ش.
۱۴. تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد، *دعائم الاسلام*، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البتی، ۱۳۸۵ ش.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *فرهنگ عناصر شناسی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۲ ش.
۱۶. حائری شهاباغ، سیدعلی، *شرح قانون مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۶ ش.
۱۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن، *تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعه*، قم، مؤسسه آل‌البتی، ۱۴۰۹ ق.
۱۸. حسینی حلبی، سیدحمزه بن علی بن زهره، *غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه‌السلام، ۱۴۱۷ ق.
۱۹. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، *فقه الصادق علیه‌السلام*، قم، مدرسه امام صادق علیه‌السلام، ۱۴۱۲ ق.
۲۰. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه، بیروت، دارالعلوم*، ۱۴۰۹ ق.
۲۱. حسینی عاملی، سیدجواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۲. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۲۳. خدابخشی، عبدالله، «تحلیلی دیگر از ماده ۲۲ قانون ثبت اسناد و املاک»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۷۱، ۱۳۸۹ ش.
۲۴. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، *جامع المدارک فی شرح المختصر النافع*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۲۵. راوندی، قطب‌الدین سعید بن هبة‌الله، *فقه القرآن*، چاپ دوم، قم، کتابخانه آیه‌الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ ق.
۲۶. ره‌پیک، حسن، *حقوق مدنی: عقود معین (۲)*، تهران، خرسندی، ۱۳۸۷ ش.

۲۷. سَلار ديلمى، ابويلى حمزة بن عبدالعزيز، *المراسم العلوية والاحكام النبويه*، قم، الحرميين، ۱۴۰۴ ق.
۲۸. سيورى حلى، جمال الدين مقداد بن عبدالله، *التنقيح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى، ۱۴۰۴ ق.
۲۹. همو، *كنز العرفان فى فقه القرآن*، قم، مرتضى، ۱۴۲۵ ق.
۳۰. صدوق، محمد بن على بن حسين بن موسى بن بابويه قمى، *من لا يحضره الفقيه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ ق.
۳۱. صيمرى بحراني، مفلح بن حسن، *غاية المرام فى شرح شرائع الاسلام*، بيروت، دار الهادى، ۱۴۲۰ ق.
۳۲. طباطبايى بروجردى، سيدحسين، *جامع احاديث الشيعه*، تهران، فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ق.
۳۳. طباطبايى حائرى، سيدعلى بن محمدعلى، *رياض المسائل فى بيان الاحكام بالدلائل*، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۸ ق.
۳۴. طباطبايى حكيم، سيدمحمدسعيد، *منهاج الصالحين*، بيروت، دار الصفوه، ۱۴۱۵ ق.
۳۵. طبرسى، فضل بن حسن، *مجمع البيان فى تفسير القرآن*، بيروت، دار المعرفة، ۱۴۰۸ ق.
۳۶. طوسى، محمد بن حسن، *المبسوط فى فقه الاماميه*، چاپ سوم، تهران، المكتبة المرتضوية لاحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ ق.
۳۷. همو، *النهاية فى مجرد الفقه والفتاوى*، چاپ دوم، بيروت، دار الكتاب العربى، ۱۴۰۰ ق.
۳۸. همو، *تهذيب الاحكام فى شرح المقنعة للشيخ المفيد*، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلاميه، ۱۴۰۷ ق.
۳۹. همو، *كتاب الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۰۷ ق.
۴۰. عاملى، محمد بن مكى، *الدروس الشرعية فى فقه الاماميه*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۷ ق.
۴۱. همو، *غاية المراد فى شرح نكت الارشاد*، قم، دفتر تبليغات اسلامى، ۱۴۱۴ ق.
۴۲. عاملى جبعى، زين الدين بن على، *الروضة البهية فى شرح اللمعة الدمشقيه*، قم، داورى، ۱۴۱۰ ق.
۴۳. همو، *مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام*، قم، مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ ق.
۴۴. عاملى كركى، على بن حسين، *جامع المقاصد فى شرح القواعد*، چاپ دوم، قم، آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۴۵. عدل، مصطفى، *حقوق مدنى*، به كوشش محمدرضا بندرچى، چاپ دوم، قزوین، طه، ۱۳۸۵ ش.
۴۶. علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر، *ارشاد الازهان الى احكام الايمان*، قم، اسلامى، ۱۴۱۰ ق.
۴۷. همو، *تبصرة المتعلمين فى احكام الدين*، تهران، مؤسسة چاپ و نشر، ۱۴۱۱ ق.
۴۸. همو، *تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الاماميه*، قم، مؤسسة امام صادق عليه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۴۹. همو، *تذكرة الفقهاء*، قم، مؤسسة آل البيت عليه السلام، ۱۴۱۴ ق.
۵۰. همو، *مختلف الشيعه فى احكام الشريعة*، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۳ ق.
۵۱. فاضل آبى، زين الدين حسن بن ابى طالب يوسفى، *كشف الرموز فى شرح المختصر النافع*، چاپ سوم، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۱۷ ق.
۵۲. فخرالمحققين حلى، ابوبال محمد بن حسن، *ايضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد*، قم، اسماعيليان، ۱۳۸۷ ق.
۵۳. فيض كاشانى، محمدمحسن بن شاه مرتضى، *مفاتيح الشرائع*، قم، كتابخانه آية الله مرعشى نجفى، بى تا.
۵۴. كاتوزيان، ناصر، *حقوق مدنى: عقود معين، ج ۴: عقود اذنى - وثيقه هاى دين*، چاپ پنجم، تهران، شركت سهامى انتشار، ۱۳۸۵ ش.
۵۵. كاظمى خراسانى، محمدعلى، *فوائد الاصول*، تقريرات درس غروى نائينى، قم، اسلامى، ۱۴۱۷ ق.

۵۶. کلینی، محمد بن یعقوب، *الكافی*، چاپ چهارم، تهران، دار الكتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ق.
۵۷. مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار الجامعة لدرر اخبار الائمة الاطهار علیهم السلام*، بیروت، مؤسسة الطبع والنشر، ۱۴۱۰ ق.
۵۸. محقق تهرانی، شیخ محمدرضا، *حقائق الفقه*، قم، المطبعة العلمیه، ۱۳۶۵ ش.
۵۹. محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن هذلی، *المختصر النافع فی فقه الامامیه*، چاپ ششم، قم، مؤسسة المطبوعات الدینیّه، ۱۴۱۸ ق.
۶۰. همو، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۶۱. مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۶۲. مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام جعفر الصادق علیهما السلام*، چاپ دوم، قم، انصاریان، ۱۴۲۱ ق.
۶۳. مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری بغدادی، *المقنعه*، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، ۱۴۱۳ ق.
۶۴. مکارم شیرازی، ناصر، *استفتائات جدید*، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی علیهما السلام، ۱۴۲۷ ق.
۶۵. موسوی بجنوردی، سیدحسن، *القواعد الفقهیه*، قم، الهادی، ۱۴۱۹ ق.
۶۶. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، «نقش قبض در عقد رهن»، *مجله فقه اهل بیت علیهم السلام*، شماره ۳، ۱۳۷۴ ش.
۶۷. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، *تحریر الوسیله*، قم، دار العلم، بی تا.
۶۸. مؤمن قمی سبزواری، علی، *جامع الخلاف والوفاق بین الامامیه و بین ائمه الحجاز والعراق*، قم، زمینه‌سازان ظهور امام عصر علیهما السلام، ۱۴۲۱ ق.
۶۹. میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، *جامع الشتات فی اجوبه السؤالات*، تهران، کیهان، ۱۴۱۳ ق.
۷۰. نجفی کاشف‌الغطاء، محمدحسین بن محمدرضا، *تحریر المعجله*، نجف، المكتبة المرتضویه، ۱۳۵۹ ق.
۷۱. نجفی، محمدحسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۷۲. نوری طبرسی، حسین بن محمد، *مستدرک الوسائل و مستنبط المسائل*، بیروت، آل البيت علیهم السلام، ۱۴۰۸ ق.
73. Colin, Ambroise et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil Français*, T. 2, par Léon Julliot De La Morandière, Paris, Dolloz, 10ème éd., 1953.
74. Mazeaud, Henri, Leon, Jean et François Chabas, *Leçons de droit civil*, T. III, 1 volume, Paris, Montchrestien, 7ème éd., 1999.
75. Marty, Gabriel, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz, *Les surétés - la publicité foncière*, Paris, Sirey, 2ème éd., 1987.
76. Planiol, Marcel et Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil Français*, T. 12, par Emile Becqué, Paris, LDDJ, 1953.
77. Similer, Philippe et Philippe Delebecque, *Droit civil, les surétés - la publicité foncière*, Paris, Dalloz, 3ème éd., 2000.
78. They, Philippe, *Surété et publicité foncière*, Paris, Press Universitaire de France, 7ème éd., 1998.
79. *Vocabulaire juridique*, Publié Sous la Direction de Gérard Cornu, Paris, Press Universitaire de France, 1996.
80. Cass. Ire civ, 6 janv 1994, Bull civ. I, n4, JCP, 1994, 13765, n18.