

نقش جواز و لزوم عقد رهن در توثیق اسناد تجاری

حیدر باقری اصل^{۱*}، سیدمحدثقی علوی^۲، سعیده باقری اصل^۳

^۱استادیار دانشگاه تبریز، ^۲دانشیار دانشگاه تبریز
^۳دانشجوی کارشناسی ارشد پردیس بین المللی ارس دانشگاه تبریز
(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۶/۱۲/۲۰ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۸۸/۴/۲۳)

چکیده

تجار در روابط تجاری با یکدیگر و بانکها، اسناد تجاری را به وثیقه می‌گذارند که به آن در اصطلاح "توثیق اسناد تجاری" اطلاق می‌شود و این کار را با روش "ظهنویسی برای وثیقه" انجام می‌دهند. قانون تجارت ایران چنین نهادی را برای وثیقه‌گذاری اسناد تجاری پیش‌بینی نکرده است. بنابراین، قضات دادگاهها و حقوقدانان، مسأله توثیق اسناد تجاری را با قانون مدنی و عقد رهن تحلیل می‌کنند، ولی آنها در انجام چنین عملی با برخی مشکلات مواجه هستند که یکی از این مشکلات، جواز عقد رهن از سوی مرتهن است. این مقاله ضمن طرح این مشکل، با استناد به حقوق اسلامی و قانون مدنی ایران، راه حلی را برای آن ارائه می‌کند.

کلید واژه‌ها رهن - توثیق - اسناد تجاری - لزوم - جواز عقد.

طرح مسأله

با پیش‌بینی توثیق اسناد تجاری در قوانین بسیاری از کشورها، قانونگذاران روش و نهاد خاصی را به نام "ظهنویسی برای وثیقه" در قوانین خود در نظر گرفته‌اند و اسناد تجاری را با استفاده از روش ظهنویسی برای وثیقه، به رهن می‌گذارند. اسم این نهاد حقوقی را به "توثیق اسناد تجاری" تعبیر می‌کنند (نک: عرفانی، ۷۵/۳؛ دمرچیلی، ۴۶۱؛ اسکینی، ۲۱-۲۲؛ صقیری، ۱۵؛ نصیری، ۱۴۱) روش و نهاد "ظهنویسی برای

وثیقه" در تنظیم و تصویب قانون متحدالشکل ژنو راجع به برات و سفته در سال ۱۹۳۰ و قانون متحدالشکل ژنو راجع به چک در سال ۱۹۳۲ گنجانده شده است و قوانین مذکور توثیق اسناد تجاری را از طریق تأسیس روش مزبور، پیش‌بینی و مقررات آن را تدوین و مورد تصویب قرار داده‌اند (نک: ماده ۱۹ قانون متحدالشکل ژنو؛ ماده ۲۲ کنوانسیون ۱۹۸۸ م. آنستیرال راجع به برات و سفته بین‌المللی)، اما در مورد حقوق موضوعه ایران و وضعیت توثیق اسناد تجاری در ایران می‌توان گفت: هر چند، عملاً در روابط تجاری و معاملات و قراردادهای بانکی از توثیق اسناد تجاری استفاده می‌شود و تجار غالباً برای تحصیل اعتبار در حساب جاری یا گشایش اعتبارات اسنادی یا تضمین حسن انجام کار و تعهدات تجاری خویش، اسناد تجاری را نزد بانک‌ها به وثیقه می‌گذارند، بانک‌ها نیز حسب قرارداد خود با مشتریان می‌توانند هر زمان که بخواهند وجوه حاصله از اسناد مذکور را جهت پوشش مطالبات خود منظور کنند و چنین عملیاتی یکی از نیازهای ضروری روابط تجاری و اقتصادی داخلی و بین‌المللی هر کشوری است، ولی متأسفانه، با وجود چنین ضرورتی، قانون تجارت ایران نهادی را برای وثیقه گذاری اسناد تجاری پیش‌بینی نکرده و نهاد حقوقی توثیق اسناد تجاری را در قانون تجارت نگنجانده است. به طوری که، عدم‌وضع مقررات تجاری در این خصوص باعث شده است که قضات و حقوقدانان مسأله توثیق اسناد تجاری را با توجه به قانون مدنی و در قالب نهاد فقهی - حقوقی عقد رهن تحلیل کنند، اما در انجام چنین عملی با برخی مشکلات مواجه شده‌اند. یکی از این مشکلات، جواز عقد رهن از سوی مرتهن است، زیرا قانون مدنی به پیروی از نظر فقیهان یکی از احکام عقد رهن را لزوم این عقد از سوی راهن و جواز آن از سوی مرتهن معرفی کرده است. این مقاله ضمن طرح این مشکل، درصدد یافتن راه حل آن با استناد به حقوق اسلامی و ایران است. این کار را با بررسی معنای لزوم و جواز عقد رهن از منظر فقه اسلامی دنبال می‌کند تا با تحصیل نظر فقه در این زمینه، آن را ملاک تفسیر قانون مدنی از لزوم و جواز قرار دهد. این پژوهش، تحقیقی کاربردی و توصیفی و از قسم تحلیل محتوای آن بوده و ابزار و فنون اجرایی آن، جمع‌آوری اطلاعات با روش کتابخانه‌ای و به‌کارگیری روش اسنادی است.

سؤال‌ها و فرضیه‌های تحقیق

۱. سؤال‌های اصلی

- ۱.۱. آیا توثیق اسناد تجاری را می‌توان با نهاد عقد رهن تحلیل فقهی - حقوقی کرد یا چنین عملی به علت مشکل جایز بودن عقد رهن از سوی مرتهن ممکن نیست؟

۱. ۲. در صورت اخیر، آیا می‌توان با ارائه راه حل فقهی - حقوقی برای این مشکل، راه توثیق اسناد تجاری را با عقد رهن هموار کرد؟

۲. سؤال‌های فرعی

۱. ۲. آیا جواز عقد رهن از سوی مرتهن، یکی از اوصاف ذاتی عقد رهن است یا از احکام عقد رهن؟

۲. ۲. آیا اسناد تجاری با وصف لزوم عقد رهن سازگار و جواز آن ناسازگار است؟

۳. فرضیه‌های اصلی

۱. ۳. توثیق اسناد تجاری با عقد رهن مدنی - فقهی با مشکل جواز عقد رهن از سوی مرتهن مواجه است و از این جهت، توثیق اسناد تجاری و عقد رهن ناسازگاری دارند؛
۲. ۳. ادله موجود، لزوم عقد رهن را از سوی هر دو طرف عقد ثابت می‌کنند و در فقه و قانون مدنی، مراد از لزوم عقد رهن، لزوم حکمی است، نه لزوم ذاتی، حقی و غیره. چنان که، مراد از جواز عقد رهن از سوی مرتهن، جواز به معنای جواز شرعی یا مباح - بودن صرف نظر کردن، ابرا و اسقاط مرتهن از حق ارتهان است، نه جواز به معنای حق فسخ در عقود جایز، که در مقابل اصطلاح لزوم عقد آمده است. بنابراین، عقد رهن با وصف لزوم آن از سوی هر دو طرف عقد می‌تواند یک راه حل برای توثیق اسناد تجاری تلقی شود.

۴. فرضیه‌های فرعی

۱. ۴. لزوم و جواز عقد، از اوصاف ذاتی عقد رهن نیستند، بلکه از احکام عقد رهن هستند که از سوی شارع به عقد رهن می‌پیوندند؛
۲. ۴. اسناد تجاری با لزوم عقد رهن سازگار و با وصف جواز به معنای حق فسخ در عقود جایز ناسازگار است.

واژه‌شناسی

اصطلاحات و واژه‌های این نوشتار عبارتند از: رهن، توثیق در حقوق تجارت و اصطلاح و اسناد تجاری در حقوق تجارت ایران.

۱. تعریف رهن در لغت و اصطلاح

واژه رهن، در لغت یا اسم یا مصدر است. رهن در حالت اسم به معنای گرویی یا اسم برای شیء رهین و مرهون (نک: زبیدی، ۲۲۱/۹؛ ابن‌منظور، ۱۳/۱۸۸) و در حالت مصدر

به معنای ثبات و دوام خواهد بود (نک: زبیدی، ۲۲۲/۹؛ طریحی، ۲۳۳/۲؛ ابراهیم انیس، ۳۷۸). اصطلاح "المنعمة الراهنة"، به معنای نعمت ثابت و دائمی است. ابن منظور می-گوید: هر چیزی که استوار، دوام و ثبات داشته باشد، رهن است (نک: ۱۹۰/۱۳). گاهی رهن به معنای حبس هم به کار می‌رود (نک: زبیدی، ۲۲۲/۹-۲۲۱؛ فیروزآبادی، ۲۳۰/۴؛ ابن منظور، ۱۸۸/۱۳).

فقیهان با استناد به ظهور آیات و روایات، رهن را در اصطلاح، اسم برای مالی دانسته‌اند (نک: ابن ادریس، ۴۱۶/۲) که به عنوان وثیقه دین، نزد طلبکار گذاشته می-شود (نک: ابن براج، ۴۴/۲؛ محقق حلی، ۳۲۹/۱؛ فخرالمحققین، ۹/۲؛ شهید اول، *المعنة الدمشقیة*، ۱۳۷؛ شهید ثانی، *شرح لمعة*، ۵۱/۴) تا اگر استیفای دین از کسی که دین بر ذمه او است، متعذر شد، دین از آن وثیقه یا از ثمن آن استیفا شود (نک: طباطبایی، ۵۸۱/۱). تعریف رهن در قانون مدنی، همان تعریف فقهی است (نک: ماده ۷۷۱). به نظر ما عقد رهن از احکام امضایی است (نک: شیخ طوسی، ۱۹۵/۲؛ نجفی، ۹۴-۹۵/۲۵) و تعریف‌های لغوی، فقهی و مدنی رهن با هم انطباق دارند (نک: امامی، ۳۳۱/۲).

۲. تعریف توثیق در حقوق تجارت

حقوقدانان حقوق تجارت، اصطلاح توثیق اسناد تجاری را در "ظهرنویسی برای وثیقه" به کار می‌برند. ظهرنویسی برای وثیقه، یک روش برای رهن اسناد تجاری است و در قوانین تجاری بسیاری از کشورها مقررات مشخصی دارد. این نهاد حقوقی در ماده ۱۹ قانون متحدالشکل ژنو پیش‌بینی شده است و کشورهای زیادی این واژه حقوقی را از قانون مذکور اتخاذ کرده‌اند. بنابراین، می‌توان گفت: "توثیق تجاری" یک نوع عمل حقوقی است که بانک، تاجر یا شخصی سند تجاری را نزد بانک، تاجر یا شخص دیگری برای تضمین دین، تعهد خسارت احتمالی، تعهد حسن انجام کار و کسب اعتبار به وثیقه و رهن می‌گذارد تا اگر وثیقه‌گذار و راهن، تعهد خود را انجام ندهد، وثیقه‌گیر و مرتهن طلب خود را از سند تجاری که برای وثیقه انجام تعهد نزد او است، وصول و طلب خود را از آن برداشت کند.

۳. تعریف اسناد تجاری در حقوق تجارت ایران

قانون تجارت ایران تعریفی از اسناد تجاری، با این عنوان، ارائه نداده و تنها به ذکر موارد و مصادیق اسناد تجاری، نظیر: سفته، برات، چک و ... کفایت کرده است (نک: اسکینی،

۵). این مسأله، سبب اختلاف حقوقدانان در تعریف این اسناد شده است. به نظر می‌رسد این اسناد در معنای خاص، به اسنادی اطلاق می‌شوند که در قانون تجارت دارای عنوان خاصی مانند: چک، سفته، سند در وجه حامل و جزو اینها هستند، (نک: جعفری-لنگرودی، ۳۶۴) جایگزین و نماینده وجه نقد، و معرف طلبی به سررسید کوتاه‌مدت و عرفاً کمتر از یک سال هستند (نک: ستوده‌تهرانی، ۱۳/۳؛ صقری، ۱۵) حتی اگر میان اشخاص غیر تاجر رد و بدل شوند باز تابع قانون تجارت هستند (نک: اسکینی، ۵). قابلیت تأدیة ثمن در معاملات و گردش سریع از طریق صدور و ظهرنویسی می‌باشند، با گردش خود سخت گردش طلب یا مال منعکس در آنها را متروک و منزوی ساخته‌اند (نک: صقری، ۱۵-۱۲).

اسناد تجاری در معنای عام خود، علاوه بر اسناد تجاری در معنای خاص، شامل کلیة اسنادی نیز می‌شوند (نک: اسکینی، ۵) که در مراودات بازرگانی داخلی و بین‌المللی مهمترین نقش را ایفا می‌کنند (نک: نصیری، ۱۹۸). این اسناد شامل برات، سفته، چک، قبض انبار عمومی، سند در وجه حامل، اوراق سهام، اوراق قرضه، بارنامه، اسناد صادره از طرف سازمان فیاتا^۱ یا فورواردها^۲ (عاملان حمل و نقل) و اسناد اعتباری هستند.

طرح مشکل توثیق اسناد تجاری با عقد رهن جایز

فقیهان در آثار مکتوب خود اتفاق نظر دارند که عقد رهن، از طرف رهن، لازم و از طرف مرتهن، جایز است. قانون مدنی هم در ماده ۷۸۷ مقرر می‌دارد: «عقد رهن، نسبت به مرتهن جایز و نسبت به رهن، لازم می‌باشد. بنابراین، مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم زند، ولی رهن نمی‌تواند قبل از این که دین خود را ادا نماید، یا به نحوی از انحاء قانونی از آن بری شود، رهن را مسترد دارد». این ماده، به تبعیت از اتفاق نظر فقیهان، یکی از احکام عقد رهن را جواز آن از سوی مرتهن می‌داند. طبق مبنای فقهی ناظر بر عقود جایز، خصوصیت جواز عقد رهن از سوی مرتهن سبب می‌شود که عقد رهن، این احکام ذیل را نسبت به مرتهن پیدا کند:

۱. مرتهن هر زمانی که بخواهد عقد رهن را فسخ کند؛

۲. فوت، جنون، سفه و بیهوشی مرتهن، عقد رهن را منفسخ کند.

1. FIATA
2. Forwarders

این احکام بنا بر اقوال عدّه زیادی از فقیهان نسبت به رهن نیز، در صورت حصول و عروض یکی از حالات مذکور، قبل از قبض و اقباض مورد رهن محقق می‌شود و عقد رهن نسبت به رهن نیز، این احکام را پیدا می‌کند (نک: شهید اول، *الدروس*، ۳۹۶؛ علامه حلی، *قواعد الاحکام*، ۱۶۱/۱؛ شهید ثانی، *شرح لمعه*، ۵۴/۴؛ همو، *مسالك الافهام*، ۱۲/۴). البته، گر چه بعضی فقیهان جواز عقد رهن از سوی مرتهن را توجیه کرده، و عده‌ای هم، جنبه لزوم عقد رهن را بر جنبه جواز عقد رهن ترجیح داده‌اند (نک: ابن‌ادریس، ۱۳۹/۱؛ ابن‌حمزه، ۱۳۳؛ حلی، ۱۶۰/۱؛ حسینی‌عاملی، ۱۷۱/۵؛ شهید اول، *الدروس*، ۳۹۶) و برخی این جواز را تأویل به لزوم برده‌اند (نک: علامه حلی، *تذکره الفقهاء*، ۲۶/۲) تا این گونه مشکلات جواز عقد رهن را مسدود کنند، ولی این توجیهاات با اصول فقهی - حقوقی ناسازگار هستند و برای ما راه حل صحیح در توثیق اسناد تجاری و حتی در سایر موارد رهن ایجاد نمی‌کنند. بنابراین، بیشتر این احکام عقد رهن، ما را در رهن اسناد تجاری با نهاد عقد رهن با مشکلاتی مواجه و توثیق اسناد تجاری را با نهاد فقهی - حقوقی عقد رهن، غیرممکن می‌کنند، زیرا اوصافی که از مقررات ناظر به توثیق اسناد تجاری استخراج می‌شوند، اقتضای لزوم عقد رهن را از سوی هر دو طرف عقد رهن می‌کنند و اجازه نمی‌دهند، سند تجاری با نهاد عقد رهن جایز تحلیل و توجیه شوند. توضیح این که، اسناد تجاری بر دو نوع اسناد تجاری به معنای خاص و اسناد تجاری به معنای عام هستند. آنچه دو نوع اسناد تجاری مذکور را از هم جدا می‌کند، ویژگی تجریدی تعهدات ناشی از آنها است (نک: نوری، ۱۵۷-۱۷۶؛ اله‌آبادی، ۲۴؛ دمرچیلی، ۴۶۱؛ عرفانی، همانجا؛ اسکینی، همان و ۱۱۵؛ صقری، ۱۵ به بعد؛ نصیری، ۱۴۱)، چون تعهد اسناد تجاری به معنای خاص از تعهد حاصل از معامله اصلی جدا و مستقل است. دو اصل از ویژگی مستقل و تجریدی بودن تعهدات این اسناد از معامله اصلی ناشی می‌شود: ۱. اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری؛ ۲. اصل مسؤولیت تضامنی امضاکنندگان (مستفاد از ماده ۲۴۹ قانون تجارت ایران و ماده ۹ تصویب‌نامه مربوط به تأسیس انبار عمومی مصوب ۱۳۴۰/۶/۱۱). بنابراین، عروض سفته، جنون، بیهوشی و موت برای مرتهن یا رهن تأثیر در عقدی ندارد که این اسناد با آن عقد، به وثیقه گذاشته می‌شوند. به همین دلیل، می‌توان گفت که با توجه و تأمل به این اوصاف اسناد تجاری، معلوم می‌شود که توثیق آنها با لزوم عقد ممکن است و هیچ‌کدام از اسناد مذکور با جواز عقد سازگاری ندارند. پس، تحلیل و توجیه اسناد تجاری با عقد

رهن جایز با مشکل مواجه و بر این اساس سؤال می‌شود که آیا هیچ‌گونه راه حل فقهی - حقوقی وجود ندارد تا با استناد به فقه و حقوق موضوعه ایران بتوان این مشکل را از بین برد و راه رهن و توثیق اسناد تجاری را با عقد رهن هموار کرد؟

توثیق اسناد تجاری با عقد رهن و ارائه دلایل آن

عدم طرح درست مسأله توسط فقیهان، در لزوم و جواز عقد رهن، آنها را دچار اشتباه و خلط مبحث کرده است. بنابراین، سؤالی طرح می‌شود که آیا عقد رهن از هر دو طرف عقد، لازم است یا از هر دو طرف عقد، جایز؟ یا از سوی راهن، لازم و از سوی مرتهن، جایز است؟ یا عکس صورت سوم، یعنی از سوی راهن، جایز و از سوی مرتهن، لازم است؟ دلیل یا ادله هر کدام چیست؟

۱. راه حل توثیق اسناد تجاری با عقد رهن

هیچ‌یک از فقیهان عقد رهن را از سوی راهن، جایز و از سوی مرتهن، لازم ندانسته‌اند جز موسوی بجنوردی که به لزوم عقد رهن از سوی هر دو طرف آن، رأی داده است (موسوی بجنوردی، ۱۹۴-۱۹۵) فقیهان تصریح کرده‌اند که عقد رهن از سوی راهن، لازم و از سوی مرتهن، جایز است و برخی با پذیرش قول مذکور و ترجیح جانب جواز عقد رهن تصریح کرده‌اند که عقد رهن از سوی هر دو طرف آن، جایز است (نک: شهید ثانی، شرح لمعه، ۵۴/۴). در لزوم عقد رهن از سوی طرفین عقد، اشکالی وجود ندارد؛ بلکه جواز عقد رهن است که از سوی هر طرف عقد که باشد اشکال ایجاد می‌کند. فقیهان با توجه به مشکلات جواز عقد رهن از سوی راهن و لحاظ مشکلات موجود، عقد رهن را از سوی راهن، لازم اعلام کرده، ولی آن را از سوی مرتهن، جایز دانسته‌اند. سپس با توجیحات غیرفقهی و حقوقی بر مسدود کردن ورود این مشکلات بر آمده‌اند. بعضی از آنها، جنبه لزوم عقد رهن را در برخی احکام عقد رهن، بر جنبه جواز عقد رهن ترجیح داده‌اند (نک: ابن‌ادریس، ۱۳۹/۱؛ ابن‌حمزه، ۱۳۳؛ حلی، ۱۶۰/۱) و حتی برخی با استناد به اصل عدم، ترجیح جنبه لزوم عقد رهن را بر جنبه جواز آن توجیه (نک: حسینی‌عاملی، ۱۷۱/۵) و گاهی جواز عقد رهن را نیز به لزوم تأویل کرده‌اند. چنان‌که، علامه حلی در تذکرة الفقهاء، عقد رهن را در حد عقود جایز به طور مطلق نمی‌داند، بلکه عقد رهن را تأویل به عقد لازم می‌برد و آن را نظیر عقد خیاری تلقی می‌کند (نک:

۲/۲۶) و بعضی دیگر، جنبه جواز عقد رهن را در برخی احکام عقد رهن، بر جنبه لزوم عقد رهن ترجیح داده‌اند (نک: شهید ثانی، همان). بنابراین، مسأله جواز عقد رهن از سوی مرتبهن ایجاد مشکل کرده است. چنین عقدی که از یک طرف جایز و از طرف دیگر لازم باشد با اصول حقوقی ناسازگار است و به این دلیل فقیهان درصدد هستند به نوعی، چنین عقد رهنی را توجیه کنند. شهید ثانی تصریح می‌کند که نظیر چنین عقدی در عقود یافت نمی‌شود (نک: مسالک/الفهام، ۵۲/۴) و تنها شیخ طوسی، عقد عبد مکاتب مشروطه را نظیر این عقد دانسته، زیرا این عقد، از سوی سید، عقدی لازم و از سوی عبد، عقدی جایز است (نک: ۹۱/۶). لکن، تحلیل فقهی - حقوقی عقد عبد مکاتب مشروطه، همان است که در عقد رهن خواهد آمد. سؤال این است که معنای جواز عقد رهن از سوی مرتبهن چیست؟

حقیقت این است که، عقد رهن از هر دو طرف عقد، لازم است و معنای این لزوم، لزوم حکمی است، نه لزوم ذاتی یا حقی. چنان که مراد از جواز در باب عقد رهن، جواز شرعی است و جواز ذاتی، حکمی و حقی در باب عقد رهن معنا ندارد. بنابراین، مراد از "جواز عقد رهن از سوی مرتبهن" در عقد رهن، آن اصطلاح مرسوم و فقهی از جواز حکمی نیست که به معنای حق فسخ در عقود جایز و در مقابل اصطلاح لزوم حکمی عقد آمده است، بلکه منظور از عنوان جواز در اینجا، "جواز به معنای عام، جواز شرعی و مباح بودن"، صرف نظر کردن مرتبهن از حق ارتهان، ابرا و اسقاط حق خود از عین مرهونه است. طبق این بیان، عقد رهن از هر دو طرف آن، لزوم حکمی دارد، ولی مرتبهن می‌تواند موضوع عقد لازم رهن را نظیر صاحب خیار با صرف نظر کردن از حق ارتهان، ابرا و اسقاط حق خود از عین مرهونه از بین ببرد و حقوق اسلامی، چنین عملی را برای مرتبهن مباح می‌داند.

۲. ادله راه حل

دلایل متعددی بر این ادعا ارائه می‌شود:

۲.۱. خلط معنای جواز در رهن با جواز در عقود جایز.

در معنای جواز در رهن، خلط پیش آمده است که سبب ادعای جواز عقد رهن از سوی مرتبهن شده است. توضیح این که، همیشه چنین نیست که جواز در مقابل لزوم عقد به کار رود و جواز در تمام موارد استعمال فقهی و حقوقی، یک معنای واحدی

داشته‌باشد و آن، فقط شامل جواز عقود و ایقاعات و در برابر لزوم عقود و ایقاعات شود، بلکه این واژه در فقه اسلامی و حقوق موضوعه چند معنای متفاوت دارد و علاوه از جواز در مقابل لزوم عقود و ایقاعات، شامل جواز ذاتی، جواز حکمی، جواز حقی، جواز شرعی یا جواز به معنای اعم و مباح، جواز به معنای اخص و جواز به معنای خیار می‌شود.

۲.۱.۱. معنای لزوم و جواز در فقه. این معانی در چند وجه است:

۲.۱.۱.۱. معنای لزوم و جواز ذاتی. جواز ذاتی عقد، صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی است که به صرف قصد یک طرف قابل فسخ است. مانند ودیعه و وصیت تملیکی قبل از فوت موصی که از طرف موصی و موصی له جایز است. جواز ذاتی عقد به معنای تزلزل دائمی و قابل فسخ بودن عقد در هر زمانی است و اگر عقد جایز تحقق یابد، طبق طبیعت ذاتی خود، متزلزل و قابل انفساخ و فسخ محقق می‌شود و جواز آن از لوازم ذاتی خود عقد است. این نوع جواز در مقابل لزوم ذاتی عقد قرار می‌گیرد. لزوم ذاتی عقد به معنای استواری و ناتوانی فسخ عقد است. اگر عقد لازم ایجاد شود، طبیعت نخستین آن عقد (نک: جعفری‌لنگرودی، ۵۸۸)، استواری و محکم بودن عقد است. لزوم به این معنا، صفت مشترک کلیه عقود و ایقاعاتی است که اقدام‌کننده به آنها، نتواند به قصد یک طرفی خود آن را فسخ کند. چنان که آن، از اصل لزوم عقود بنا بر مبانی (نک: انصاری، ۲۱۴-۲۱۶) استفاده می‌شود. لزوم و جواز به این معنا، نظیر حجیت قطع، ذاتی و غیرقابل جعل و سلب است.

۲.۱.۱.۲. معنای لزوم و جواز حکمی. لزوم و جواز حکمی، عبارت از لزوم و جوازی است که شارع و قانونگذار آن را با حکم خود وضع و جعل می‌کند و خارج از حکم شرع و قانونگذار لزوم و جوازی وجود ندارد. برخی لزوم و جواز حکمی را چنین تعریف کرده‌اند که هر گاه طرفین یک عقد لازم، مانند عقد لازم نکاح و ضمان، نتوانند در آن شرط خیار کنند، لزوم آن عقد، حکمی است (نک: جعفری‌لنگرودی، ۵۸۸) و هر گاه طرفین عقد جایز نتوانند جواز آن را به لزوم تبدیل کنند، آن را جواز حکمی گویند (نک: همان، ۲۰۲). جواز حکمی از مواردی است که در اصطلاح فقه، شرط خلاف در آن، مخالف مقتضای ذات عقد می‌شود. چنان که، در اصطلاح حقوق موضوعه، جواز حکمی از قوانین آمره است و شرط لزوم، بر خلاف این قانون آمره می‌باشد و شرط خلاف قوانین آمره هم باطل است. نظیر شرط لزوم در عقد هبه، که به علت مخالفت با مقتضای ذات عقد هبه باطل است، زیرا جواز عقد هبه، حکمی است.

۲.۱.۱.۳. معنای لزوم و جواز حقی. لزوم و جواز حقی، عبارت از لزوم و جوازی است که شارع مقدس و قانونگذار، اختیار وضع و جعل لزوم و جواز را بر اساس ادله حاکمیت اراده در عقود و ایقاعات به دست طرفین عقد در عقود و به دست موقع در ایقاعات داده‌اند. جواز حقی مثل جواز عقد وکالت است که طرفین می‌توانند جواز آن را از بین ببرند. چنان که، طبق ماده ۶۷۹ قانون مدنی، وکالت وکیل یا عدم عزل او را در ضمن عقد لازمی، شرط کنند. برخی لزوم و جواز را چنین تعریف کرده‌اند: «هر گاه طرفین عقد لازم بتوانند در آن شرط خیار کنند و به این ترتیب، لزوم آن را برای مدتی از بین ببرند لزوم عقد مزبور را لزوم حقی گویند. مانند لزوم عقد بیع، زیرا [طبق ماده ۴۵۸ قانون مدنی] در عقد بیع می‌توان شرط خیار نمود» (همان، ۵۸۸). «هر عقد جایزی که طرفین بتوانند جواز آن را به لزوم تبدیل کنند، آن جواز، جواز حقی است» (همان، ۲۰۲).

۲.۱.۱.۴. جواز به معنای جواز شرعی یا مباح. گاهی جواز به معنای مباح به کار می‌رود. جایز است، یعنی مباح است. مباح به این معنا، در فقه به حکمی از احکام پنج‌گانه فقهی اطلاق می‌شود که ترک و فعلش جایز است و از یک طرف آن هیچ‌گونه لزومی، اعم از وجوب، حرمت، کراهت و استحباب ندارد (نک: شهید ثانی، شرح لمعة، ۲۲۰/۳-۲۲۱؛ انصاری، ۱-۳) و در قانون، این اصطلاح را در مقابل امر و نهی، یعنی قوانین الزامی قرار می‌دهند، زیرا در حقوق موضوعه، مستحب و مکروه وجود ندارد و این دو اصطلاح در حقوق به مباحات ملحق می‌شوند (نک: جعفری‌لنگرودی، ۶۰۶) اصل اباحه به این معنای مباح ناظر است. بنابراین، اگر الزامات قانونی در حقوق موضوعه چیزی را واجب یا ممنوع نکند و نیز دلیل فقهی چیزی را واجب، حرام، مستحب و مکروه نکند اصل اباحه، آن را جایز می‌داند. به این معنای جواز، جواز شرعی یا جواز به معنای عام نیز اطلاق می‌شود و آن در مقابل جواز در معنای خاص قرار می‌گیرد. جواز به معنای جواز خاص در مقابل اصطلاح حرام و مکروه به کار می‌رود و شامل مباح، مستحب و واجب می‌شود (نک: شهید ثانی، همان، ۲۰۶/۳) در این معنای جواز، وقتی گفته می‌شود، چیزی جایز است، یعنی انجام عمل، حرمت و کراهتی ندارد و شخص می‌تواند آن را انجام دهد. حال اعم از این که انجام عمل را از باب جواز شرعی و مباح بودن عمل جایز بدانیم یا از باب استحباب یا وجوب جایز بشماریم.

۲.۱.۱.۵. جواز به معنای خیار. گاهی جواز به معنای خیار به کار می‌رود. شیخ انصاری در مکاسب نقل می‌کند که گاهی خیار به "ملک اقرار العقد و ازالته"، یعنی

مالک بودن کسی بر اقرار و اثبات عقد یا ازاله و فسخ آن تعریف گردیده است، ولی او به علت اشکالات این تعریف، به تعریف فقیهان متأخر روی می آورد (نک: ۲۱۴) فقیهان متأخر (نک: فاضل مقداد، ۴۳/۲؛ طباطبایی، ۱۷۷/۸؛ نجفی، ۳/۲۳)، خیار را در اصطلاح، به تبعیت از کلام فخرالمحققین در ایضاح (نک: ۴۸۲/۱)، به "ملک فسخ العقد"، یعنی صاحب حق خیار، مالک فسخ عقد است، تعبیر کرده اند (نک: فیض، ۳۱۲). بنابراین، مواردی داخل در تعریف مذکور می شوند: ۱. اختیار به هم زدن معامله یا باقی گذاردن آن، در عقود جایز، ۲. عقد فضولی، ۳. مازاد بر ثلث در وصیت از سوی وارث، ۴. عقد دختر برادر از سوی عمه، ۵. عقد دختر خواهر از سوی خاله، ۶. عقد نکاح به خاطر عیوب قابل فسخ عقد از سوی هر کدام از زوجین (نک: انصاری، ۲۱۴).

۲.۱.۲. تحلیل نظریه های فقیهان در لزوم و جواز رهن. با معلوم شدن معنای متعدد جایز، سؤال این است که مقصود از جایز بودن عقد از سوی مرتهن چیست و فقیهان کدام معنای جواز را از جایز بودن عقد از سوی مرتهن، اراده کرده اند؟ در پاسخ می توان چهار نظریه: لزوم و جواز ذاتی، حکمی، حقی و نظریه این پژوهش را طرح کرد:

۲.۱.۲.۱. نظریه لزوم و جواز ذاتی. اگر لزوم یا جواز عقد از عوارض ذاتی عقد باشد، با موجود شدن عقد، به طور هم زمان، لزوم یا جواز، نیز موجود می شود. در این حالت، امکان تفصیل لزوم و جواز در یک عقد ممکن نخواهد بود، زیرا در این صورت، عقد امری بسیط است و قابلیت لزوم از یک طرف و جواز از طرف دیگر را ندارد. این نظریه قابل قبول نیست و نمی توان پذیرفت که لزوم و جواز عقد، ذاتی و نظیر حجیت قطع غیر قابل جعل و سلب باشد، زیرا اولاً: لزوم و جواز عقد نمی توانند از اوصاف ذاتی آن باشند، بلکه از احکام شرعی هستند که به آن پیوسته می شوند (نک: انصاری، ۲۱۵)؛ ثانیاً: قبول این نظریه موجب انکار عقد جایز خواهد بود و باید عقود جایز را عقود اذنی بدانیم. در حالی که، مشهور فقیهان عقود جایز را قبول کرده اند؛ ثالثاً: نظر مشهور فقیهانی که لزوم و جواز عقود و ایقاعات را از احکام تأسیسی دانسته اند (نک: جعفری- لنگرودی، ۴۸۸) با این معنای لزوم و جواز ناسازگار است.

۲.۱.۲.۲. نظریه لزوم و جواز حکمی. اگر لزوم و جواز عقد از عوارض پیوسته و احکام عقد باشد (نک: انصاری، ۲۱۵)، امکان تفصیل لزوم و جواز در یک عقد وجود دارد، زیرا در این صورت، جواز و لزوم از احکام شرعی هستند که به عقد پیوسته می شوند و گر نه عقد، به خودی خود، نه لزوم دارد و نه جواز (نک: همان). بنابراین، عقد

رهن، می‌تواند از طرف رهن، لازم و از طرف مرتهن، جایز باشد. شاید برخی بخواهند اتفاق نظر جمیع فقیهان، مبنی بر: "عقد رهن، از طرف مرتهن جایز و از طرف رهن، لازم است" را بر اساس این نظریه توجیه کنند، ولی چنین توجیهی از خلط معنای جواز نشأت می‌گیرد و اتفاق نظر فقیهان در جواز عقد رهن از سوی مرتهن، توجیه دیگری دارد.

۲.۱.۲. نظریه لزوم و جواز حقی. مطابق فقه اسلامی و بر اساس ادله حاکمیت

اراده در عقود و ایقاعات، دو طرف عقد می‌توانند با رضایت خود و با استفاده از حق شرط در ضمن عقد، عقد جایز را از یک طرف یا از دو طرف، لازم، یا عقد لازم را با استفاده از حق شرط خیار از یک یا دو طرف، جایز بدانند. این نوع لزوم و جواز همیشه معلول اراده دو طرف عقد است و به آن لزوم و جواز حقی می‌گویند. همه فقیهان قبول دارند که دو طرف عقد، با هماهنگی و اراده خویش، این توان را دارند که هر عقد لازم را نسبت به یکی یا هر دوی آنها و حتی نسبت به شخص ثالث جایز قرار دهند. چنان که، آنها می‌توانند هر عقد جایز را نسبت به یک، یا هر دوی آنها یا شخص ثالث لازم قرار دهند، ولی به نظر نمی‌رسد که فقیهان و حقوقدانان لزوم عقد برای رهن و جواز عقد رهن برای مرتهن را چنین لزوم و جوازی بدانند، بلکه آنها عقیده دارند هر عقد رهنی، بدون اراده دو طرف عقد، نسبت به رهن، لازم و نسبت به مرتهن، جایز است.

۲.۱.۲.۴. نظریه این پژوهش. عقد رهن از هر دو طرف آن لازم است و مراد از

لزوم عقد رهن، همان لزوم حکمی است، نه ذاتی، حقی و غیره. چنان که، مراد از جواز عقد رهن، جواز شرعی، یا جواز به معنای عام، یعنی مباح بودن صرف نظر کردن مرتهن از حق ارتهان، ابرا و اسقاط حق خود از عین مرهونه است و جواز ذاتی و حکمی در باب عقد رهن معنا ندارد و جواز حقی، هر چند در عقد رهن معنا دارد، ولی مراد فقیهان از جواز عقد رهن از سوی مرتهن این معنای جواز نیست. طبق نظریه این پژوهش، عقد رهن از هر دو طرف عقد، لازم است، ولی مرتهن می‌تواند موضوع عقد رهن لازم را نظیر صاحب خیار با صرف نظر کردن از حق ارتهان، ابرا و اسقاط حق خود از عین مرهونه از بین ببرد و عقد لازم رهن را فسخ کند و چنین عملی برای مرتهن جایز و مباح است. چنان که، مرتهن حق دارد جانب عدم صرف نظر کردن از حق ارتهان، عدم ابرا و عدم اسقاط حق خود از عین مرهونه را بگیرد و لزوم عقد رهن را استحکام بخشد. بنابراین، اگر کسی تصور کند که، جواز عقد رهن در مقابل لزوم عقد رهن قرار می‌گیرد و مراد از اصطلاح جواز، جواز به معنای عقود جایز است، به اشتباه و خلط معنای جواز دچار شده

است، لذا اتفاق نظر فقیهان را که می‌گویند عقد رهن، از طرف مرتهن جایز و از طرف راهن، لازم است، باید بر اساس این نظریه توجیه و به این گفتار حمل شود. ممکن است اشکال کنند که: اگر مرتهن عقد رهن را فسخ کند، به راهن ضرری وارد نمی‌شود، زیرا مرتهن، حق خودش را در فسخ عقد رهن از بین می‌برد و در حقیقت بر خودش ضرر می‌زند، ولی به راهن ضرری نمی‌رساند. جواب این است که عقد رهن با اجرای صیغه عقد رهن و قبض مورد رهن، به یقین لازم شده و این لزوم عقد رهن برای هر دو طرف عقد تحقق یافته است، ولی در این مورد که مرتهن می‌تواند عقد لازم رهن را نظیر صاحب خیار با صرف نظر کردن از حق ارتهان، ابرا و اسقاط حق خود از عین مرهونه، فسخ کند و چنین فسخی برای مرتهن جایز و مباح است، هیچ بحثی نیست، اصرار ما این است که این فسخ از بابت جایز بودن عقد رهن از سوی مرتهن نیست، بلکه از جهت جواز شرعی صرف نظر کردن از حق ارتهان، ابرا و اسقاط حق خود از عین مرهونه است.

ممکن است بگویند که: نتیجه این اسقاط و صرف نظر کردن مرتهن از حق خود در عین مرهونه، همان اقتدار و تسلط مرتهن بر فسخ عقد رهن، و معنای حق فسخ مرتهن، نیز همان جواز عقد است. پاسخ این است که ماهیت این دو مسأله یکی نیست، زیرا یکی از باب حق فسخ است که از ماهیت جواز عقد رهن نشأت می‌گیرد و دیگری، از باب حق اسقاط یا صرف نظر کردن از استفاده حق ارتهان در عین مرهونه است.

۲.۲. مقتضای عمومات ادله بحث

مقتضای عمومات موجود در مقام بحث، این است که عقد رهن مانند سایر عقود، از سوی هر دو طرف عقد، لازم است. این عمومات عبارتند از:

۲.۲.۱. ... اوفوا بالعقود ... (مائده/۱)؛

۲.۲.۲. ... إلا أن تكون تجارة عن تراض ... (نساء/۲۹)؛

۲.۲.۳. و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ... (بقره/۱۸۸)؛

۲.۲.۴. قوله (ص) «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه» (ابن ابی‌جمهور، ۱۱۳/۲)؛

۲.۲.۵. قوله (ص): «الناس مسلطون على أموالهم» (همو، ۲۲۲/۱؛ همو، ۴۵۷/۱).

کیفیت استدلال به "اوفوا بالعقود": از معنای "اوفوا"، عقد و وجوب دانسته می‌شود. "اوفوا" فعل امر است، ظهور در وجوب دارد و این ظهور حجت است. این آیه به وجوب

وفای عموم عقد، یعنی هر عقدی، امر می‌کند، زیرا در روایت صحیح ابن‌سنان وارد شده که مراد از عقد در این آیه، مطلق عهد است (نک: قمی، ۱۶۰/۱) یا مقصود از عقد در آیه، عقدی است که در لغت و عرف، عقد نامیده می‌شود (نک: انصاری، ۲۱۵). بنابراین، زمانی که عقد رهن بر دادن عین مرهونه از سوی رهن به مرتهن دلالت کند، عمل بر حسب مقتضای عقد رهن، بر رهن واجب و لازم می‌شود. پس، تحویل عین مرهونه به مرتهن برای رهن واجب، و گرفتن این عین مرهونه از دست مرتهن بدون رضایت او یا تصرف در آن، نقض مقتضای عقد رهن محسوب می‌شود و بنا بر نص این آیه، چنین نقضی برای وی حرام است و زمانی که اطلاق آیه، هر چیزی را که نقض مضمون و مقتضای عقد است، حرام بکند و از جمله نقض این مضمون، تصرف در عین مرهونه بدون رضایت مرتهن باشد، این مطلب با لزوم عقد رهن مساوی بوده و منحل نشدن عقد رهن با فسخ یکی از طرفین عقد است. بنابراین، مطابق قول شیخ انصاری (نک: همان)، از طریق حکم تکلیفی به حکم وضعی، استدلال می‌شود که همان فساد و باطل بودن فسخ یکی از طرفین عقد رهن بدون رضایت دیگری است و این معنای لزوم عقد رهن است. مبنای استدلال این است که حکم وضعی مستقل از حکم تکلیفی وجود ندارد، بلکه حکم وضعی از حکم تکلیفی استخراج می‌شود.

علامه حلی معنای وجوب وفای عقد را عمل به مقتضای لزوم و جواز دانسته است (نک: *مختلف الشیعة*، ۲۵۵/۶)، ولی این معنای وجوب عمل به مقتضای عقد، لزوم عقد را ثابت نمی‌کند، زیرا لزوم و جواز عقد از احکام شرعی عقد هستند و مقتضای خود عقد با قطع نظر از حکم شارع نیستند. اگر منظور از معنای بیان‌شده برای وجوب، وجوب وفا به مقتضای خود عقد باشد، حکم شرعی عقد، به دلالت آیه، مساوی لزوم خواهد بود (نک: انصاری، ۲۱۵) و این نوع استدلال، کیفیت استدلال بر لزوم عقد رهن با اطلاق آیه: ... إلا أن تكون تجارة عن تراض ... (نساء/۲۹) را نیز روشن می‌کند، زیرا اطلاق آیه دلالت می‌کند که تجارت یکی از اسباب حلیت تصرف، حتی بعد از فسخ یکی از دو طرف عقد بدون رضایت طرف دیگر است.

اطلاق آیه «و لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل ...» (بقره/۱۸۸) نیز بر حرمت اکل به هر وجهی اطلاق می‌کند که در عرف باطل نامیده می‌شود و فسخ عقد رهن بدون رضایت طرف دیگر عقد یا اخذ عین مرهونه از مرتهن بدون رضایت مرتهن یا تصرف در عین مرهونه بدون رضایت او از مصادیق عرفی باطل و حرام هستند، ولی موارد ترخیص شارع

از موارد بطلان عرفی نیستند و به این دلیل رخصت شارع در اخذ به شفعه و خیار، ثابت می‌کند که صاحب شفعه و خیار حق چنین کاری را دارند. بنابراین، اگر دلیلی مبنی بر جواز فسخ عقد رهن بدون اجازه رهن توسط مرتهن از طرف شارع باشد (نظیر دیگر عقود جایزی که چنین دلیلی در مورد آنها وجود دارد)، در این صورت، حق فسخ برای مرتهن یا رهن تحقق پیدا می‌کند، ولی ما چنین دلیلی در مقام بحث نداریم و ادله و اقوال فقیهان، تنها به "جواز صرف نظر کردن مرتهن از حق ارتهان، ابرا و اسقاط حق خود از عین مرهونه" دلالت می‌کنند و این مطلب به این معنی است که جواز در اینجا به معنای جواز شرعی، یعنی مباح بودن آمده است و این معنا غیر از جایز بودن عقد رهن از سوی مرتهن است. به نظر ما، خلط معنایی جواز، به معنای "جواز شرعی صرف- نظر کردن مرتهن از حق ارتهان، ابرا و اسقاط حق خود از عین مرهونه" به معنای جواز حق فسخ عقد که در مقابل لزوم عقد به کار می‌رود، سبب ادعای جواز عقد رهن از سوی مرتهن شده است.

از نوع استدلال به این آیه، چگونگی استدلال به فرمایش حضرت رسول اکرم (ص):
 "لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفس" نیز معلوم شد.

دلیل دیگر لزوم عقد رهن از سوی هر دو طرف عقد، فرمایش پیامبر اکرم (ص) است: "الناس مسلطون علی أموالهم"، زیرا مقتضای سلطنتی که شارع آن را امضا کرده، این است که کسی بدون رضایت طرف دیگر عقد رهن نمی‌تواند عقد رهن را فسخ کند یا عین مرهونه را از دست مرتهن بگیرد. چنان که، محقق حلی در مورد عین مقترضه به این دلیل با این کیفیت استدلال کرده و اخذ آن را از دست مقترض بدون رضایت وی، بر خلاف مقتضای عقد قرض دانسته است (نک: ۶۸/۲). بنابراین، مقتضای عمومات مذکور این است که عقد رهن مانند سایر عقود از هر دو طرف عقد، لازم است و جواز عقد از سوی مرتهن قابل قبول نیست.

۲.۳. قاعده یا اصل لزوم در عقود

طبق اصل لزوم (نک: علامه حلی، تذکره الفقهاء، ۵۱۵/۱؛ همو، قواعد الاحکام، ۶۴/۲؛ شهید اول، القواعد و الفوائد، ۲۴۲/۲؛ فاضل مقداد، ۴۴/۲؛ نجفی، ۳/۲۳؛ سبزواری، ۹۲) یا قاعده مستخرج از مقتضای عمومات باب عقود (نک: شهید ثانی، تمهید القواعد، ۳۲؛ نجفی، ۳/۲۳)، عقد رهن، به طور مطلق، یعنی هم نسبت به رهن و هم نسبت به

مرتهن، عقد لازم است و این لزوم، چنان که، به اتفاق نظر فقیهان نسبت به راهن تحقق دارد، طبق این اصل یا قاعده، نسبت به مرتهن نیز تحقق دارد.

به نظر ما مراد از اصل لزوم یا اصل استصحاب است که به اصالت عدم ارتفاع اثر عقد به مجرد فسخ یکی از طرفین عقد بازگشت می‌کند یا قاعده‌ای است که از عمومات موجود در مقام بحث استخراج می‌شود و این عمومات دلالت می‌کنند که هنگام شک در بعض افراد یا بعض احوال، باید به لزوم عقد رجوع شود. بنابراین، اصل یا قاعده در عقود، لزوم عقود است و این اصل یا قاعده، هم در بیع، هنگام شک در وجود خیار و هم در سایر عقود، از جمله در عقد رهن در صورت شک در لزوم و جواز عقد، جاری می‌شود. پس، جواز عقد رهن از سوی مرتهن بر خلاف اصل و قاعده در عقود است و نیاز به توجیه دارد. لذا، فقیهانی که عقد رهن را نسبت به مرتهن جایز تلقی کرده‌اند، ناچار شده‌اند قول خودشان را توجیه کنند که شیخ طوسی (نک: ۲۰۱/۲)، محقق حلی (نک: ۳۳۷/۱)، شهید ثانی (نک: مسالک/الفهام، ۵۲/۴) را می‌توان به عنوان نمونه مثال زد.

نتیجه و پیشنهاد

لزوم و جواز عقد رهن در ماده ۷۸۷ قانون مدنی، با پیروی از نظر فقیهان در فقه اتخاذ شده و ظاهر این ماده و گفتار فقیهان، عقد رهن را نسبت به مرتهن، جایز و نسبت به راهن، لازم اعلام کرده‌اند. به طوری که، مرتهن می‌تواند هر وقت بخواهد آن را بر هم بزند. این ظهور گفتار فقیهان و ماده مذکور، توثیق اسناد تجاری را با مشکل مواجه کرده است، زیرا به دلیل ناسازگاری اسناد تجاری با وصف جواز به معنای حق فسخ در عقود جایز، نمی‌توان آنها را با عقد رهن جایز توجیه و تحلیل کرد. این تحقیق، یک راه حل قابل قبول فقه اسلامی، فقیهان و قانون مدنی را برای این مشکل ارائه داده است که: مقصود فقیهان و قانون مدنی در ماده ۷۸۷ از جواز، جواز به معنای حق فسخ در عقود جایز و در مقابل اصطلاح لزوم عقد نیست، بلکه جواز در باب عقد رهن، به معنای جواز شرعی و مباح بودن صرف نظر کردن مرتهن از حق ارتهان، ابرا و اسقاط حق خود از عین مرهونه است. این معنای جواز در مقابل جواز حکمی، ذاتی و حقی قرار می‌گیرد، زیرا عقد در نظریه جواز ذاتی، امری بسیط است و امر بسیط، تفصیل لزوم عقد از سوی راهن و جواز آن از سوی مرتهن را نمی‌پذیرد. این تفصیل، هر چند با نظریه لزوم و جواز حقی سازگار است، ولی به نظر نمی‌رسد که فقیهان و حقوقدانان لزوم عقد رهن برای راهن و

جواز عقد رهن برای مرتهن را چنین لزوم و جوازی بدانند. بنابراین، دو نوع جواز حکمی و شرعی یا مباح می‌تواند در رهن معنا داشته باشد و فقیهان، تنها یکی از این دو معنای جواز را می‌توانند در عقد رهن اتخاذ کنند. این تحقیق، جواز حکمی را با ارائه ادله‌ای در عقد رهن مردود دانست و لزوم عقد رهن از سوی هر دو طرف عقد رهن را اثبات کرد. به این ترتیب، تحقیق حاضر اولاً: مشکل ماده ۷۸۷ قانون مدنی را در لزوم و جواز عقد رهن حل کرد، زیرا قانونگذار، این ماده را با پیروی از فقه و نظر فقیهان اتخاذ کرده است و از آن جایی که طبق فقه اسلامی و نظر فقیهان، معنای جواز عقد رهن از سوی مرتهن، به معنای جواز شرعی و مباح است، پس معنای جواز ماده مذکور، نیز به معنای جواز شرعی و مباح است، پس، این راه حل، نظر فقیهان و ماده ۷۸۷ قانون مدنی را با توثیق اسناد تجاری هم‌سو می‌کند و مشکل ناسازگاری ظاهری آنها را با توثیق اسناد تجاری از بین می‌برد و راه توثیق اسناد تجاری با نهاد عقد رهن را از این جهت، هموار می‌کند؛ ثانیاً: حصول فوت، جنون، سفه و بیهوشی نمی‌تواند فسخ عقد رهن از سوی هیچ‌کدام از دو طرف عقد را موجب شود؛ ثالثاً: نظریه تحقیق حاضر، نوعی جمع اقوال تمام فقیهان بوده و از همه مهمتر با اصول فقهی - حقوقی سازگار است.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم؛
۲. ابراهیم انیس، عبدالحلیم منتصر، صوالحی، عطیه و محمدخلف الله احمد، المعجم الوسیط، مکتب نشر الثقافه الاسلامیه، قم، ۱۴۱۲ هـ ق، چاپ چهارم؛
۳. ابن‌ادریس، ابی‌جعفر محمد بن منصور بن احمد [ابن‌ادریس حلی]، السرائر، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۰ هـ ق، چاپ دوم؛
۴. ابن‌براج، قاضی‌العزیز، المهدب، تحقیق به اشرف سبحانی، مؤسسه نشر اسلامی، قم، ۱۴۰۶ هـ ق؛
۵. ابن‌حمزه، محمد بن علی طوسی، الوسیلة الی نیل الفضیلة، تحقیق محمد حسون، مکتبه السید المرعشی، قم، ۱۴۰۸ هـ ق، چاپ اول؛
۶. ابن‌منظور، محمد بن مکرم، لسان‌العرب، نشر ادب حوزه، قم، ۱۴۰۵ هـ ق؛

۷. احسائی، محمد بن علی بن ابراهیم [ابن ابی‌الجمهور]، *عوالی اللآلی العزیزة فی الاحادیث الدینیة*، تحقیق: سیدمرعشی و مجتبی عراقی، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، قم، ۱۴۰۳ هـ ق، چاپ اول؛
۸. اسکینی، ربیعاً، *حقوق تجارت (اسناد تجاری)*، سمت، تهران، ۱۳۷۳، چاپ اول؛
۹. اله‌آبادی، کمال، *اصل استقلال امضاها و عدم توجه به ایرادات در اسناد تجاری*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱۰-۱۱، ۱۳۸۵ هـ ش؛
۱۰. الیاس، أنطون الیاس، *القاموس العصری*، به اهتمام سیدمصطفی طباطبایی، اسلامیة، تهران، ۱۳۶۰ هـ ش، چاپ ششم؛
۱۱. امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۷۱ هـ ق، چاپ یازدهم؛
۱۲. انصاری، مرتضی، *المکاسب*، چاپ سنگی؛
۱۳. جبعی عاملی، زین‌الدین بن احمد [شهید ثانی]، *الروضة المبهیة فی شرح الملمعة الدمشقیة [شرح لمعه]*، تصحیح و تعلیق محمد کلانتری، دار العالم الاسلامی، بیروت، بی تا؛
۱۴. همو، *مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*، تحقیق و نشر مؤسسه المعارف الاسلامیه، قم، ۱۴۱۳ هـ ق، چاپ اول؛
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۲ هـ ق، چاپ ششم؛
۱۶. حسینی عاملی، محمدجواد، *مفتاح الکرامه*، تحقیق محمدباقر خالصی، مؤسسه النشر الاسلامیه التابعه لجامعه المدرسین، قم، ۱۴۱۹ هـ ق، چاپ اول؛
۱۷. حلّی، جعفر بن حسین [محقق حلّی]، *شرایع الاسلام*، مؤسسه المعارف الاسلامیه، بیروت، ۱۴۱۵ هـ ق، چاپ اول؛
۱۸. حلّی، حسن بن یوسف بن مطهر [علامه حلّی]، *تذکره الفقهاء*، المکتبه الرضویه لاحیاء التراث الجعفریه، قم، چاپ سنگی؛
۱۹. همو، *قواعد الاحکام*، مؤسسه النشر الاسلامیه، قم، ۱۴۱۱ هـ ق، چاپ اول؛
۲۰. همو، *مختلف الشیعة*، تحقیق لجنه التحقیق، نشر اسلامی، قم، ۱۴۱۲ هـ ق، چاپ اول؛

۲۱. حلی، محمدبن حسن بن یوسف بن مطهر [فخرالمحققین]، *ایضاح الفوائد*، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، قم، ۱۳۸۸ هـ ق، چاپ اول؛
۲۲. حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرائع*، تحقیق لجنه التحقیق به اشراف سبحانی، مؤسسه سیدالشهداء العلمیه، قم، ۱۴۰۵ هـ ق؛
۲۳. دمرچیلی، محمد، حاتمی، علی و قرائی، محسن، *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*، نشر جنگل، ۱۳۸۶، چاپ دوم؛
۲۴. زبیدی، محمد مرتضی، *تاج العروس من جواهر القاموس*، المكتبه الحیاة، بیروت، بی تا؛
۲۵. سبزواری، محمدباقر بن محمد مؤمن، *کفایة الاحکام*، مدرسه صدر مهدوی، اصفهان، چاپ سنگی؛
۲۶. ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، دادگستر، تهران، ۱۳۷۴؛
۲۷. صقری، محمد، *حقوق بازرگانی اسناد*، شرکت سهامی انتشارات، تهران، ۱۳۸۰، چاپ اول؛
۲۸. طباطبایی، سیدعلی، *ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل*، مؤسسه آل البيت، قم، ۱۴۰۴ هـ ق، چاپ سنگی؛
۲۹. طریحی، فخرالدین، *مجمع البحرین*، نشر الثقافه الاسلامیه، قم، بی تا؛
۳۰. طوسی، محمدبن حسن [شیخ طوسی]، *المبسوط*، تصحیح و تعلیق محمدتقی کشفی، المكتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، تهران، ۱۳۸۷ هـ ق؛
۳۱. عرفانی، محمود، *حقوق تجارت*، میزان، ۱۳۸۵، چاپ سوم؛
۳۲. فیروزآبادی، محمدبن یعقوب، *القاموس المحیط و القابوس الوسیط*، با حواشی نصر هورینی، تصحیح دارالعلم، دارالعلم، بیروت، بی تا؛
۳۳. قمی، علی بن ابراهیم، *تفسیر القمی*، تصحیح سیدطیب جزائری، مؤسسه الکتاب، قم، ۱۴۰۴ هـ ق، چاپ سوم؛
۳۴. کرکی، علی بن حسین [محقق ثانی]، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، تحقیق و نشر مؤسسه آل البيت، قم، ۱۴۰۸ هـ ق، چاپ اول؛
۳۵. مکی عاملی، محمدبن جمال الدین [شهید اول]، *الدروس*، اسلامی، قم، ۱۴۱۲ هـ ق، چاپ اول؛
۳۶. همو، *القواعد و الفوائد*، تحقیق عبدالهادی حکیم، مكتبه المفید، قم، بی تا؛

۳۷. همو، *اللمعة الدمشقية*، دارالفکر، دارالناصر، قم، ۱۴۰۶ هـ ق، چاپ اول؛
۳۸. موسوی بجنوردی، سیدمحمد، نقش قبض در عقد رهن، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره سوم، ۱۸۹-۲۰۶، ۱۳۷۴ هـ ش؛
۳۹. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، تحقیق و تعلیق محمد قوچانی، دار الإحياء التراث العربيه، بیروت، بی تا، چاپ هفتم؛
۴۰. نصیری، مرتضی، *حقوق تجارت بین المللی در نظام حقوقی ایران*، امیرکبیر، تهران، ۱۳۸۱، چاپ اول؛
۴۱. نوری، حسن، *اصل عدم قابلیت استناد به ایرادات در اسناد تجاری*، مجله تخصصی الهیات و حقوق پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه، شماره ۱۳، ۱۵۷-۱۷۶، ۱۳۸۶.