

## Principles of General Theory of Collateral in the Law of Contracts

Jalil Qanavati<sup>1</sup>, Mahmood Qayyoomzadeh<sup>2</sup>, Mohammad Ebrahim Davoodabadi Farahani<sup>3\*</sup>

1. Associate Professor, Faculty of Law, College of Farabi, University of Tehran, Qom, Iran
2. Professor, Department of Law, College of Humanities ,Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran
3. Ph.D Student in Private Law, Department of Law, College of Humanities, Saveh Branch, Islamic Azad University, Saveh, Iran

(Received: March 2, 2020; Accepted: September 14, 2020)

### Abstract

Although mortgage, among other forms of guarantee contracts, has the widest application due to mortgagor's direct domination over a mortgagee and developing better confidence, jurists, relying on four reasons, have different views about receipt and objectivity of the mortgaged property. Believing in the condition of receipt and material objectivity of mortgaged property in mortgage contract which also affect civil law had led to the shortcoming of this type of contract in the modern contracts which makes inevitable a change in the guarantee structure. Mortgage aims at achieving domination by the mortgagee over the mortgagor's property to reconstitute his right. Domination is a conventional matter which has different instances in different times. Material receipt is only valid in this respect and its condition in making a mortgage contract cannot be proved by any jurisprudential reason. In addition, the objectivity of property, in its modern perception, is not limited to material object. The principles of general theory of collateral include proving this view, along with proving the unity of engagement and debt, the extent of guarantee, and concluding a guarantee as an innominate contract according to which it is possible to conclude any type of guarantee contract, material or non-material, such as the tangible specified object, debts, rights, intangible (descriptive) specified object.

**Keywords:** General Theory of Collateral, Mortgage, Guarantee.

---

\* Corresponding Author, Email: lowjustic@gmail.com

## مبانی نظریه عمومی توثیق در حقوق قراردادها

جلیل قنوتی<sup>۱</sup>، محمود قیوم‌زاده<sup>۲</sup>، محمدابراهیم داودآبادی فراهانی<sup>۳\*</sup>

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، قم، ایران

۲. استاد، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران

۳. دانشجوی دکتری، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد ساوه، دانشگاه آزاد اسلامی، ساوه، ایران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۱۲؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۶/۲۴)

### چکیده

اگرچه از میان عقود توثیقی، رهن به دلیل سلطه مستقیم رهن بر مال مرتهن و ایجاد اطمینان بهتر، دارای بیشترین کاربرد است. اما فقیهان در مورد قبض و عینیت مال مرهونه با استناد به ادله اربعه، دیدگاه‌های متفاوتی دارند. اعتقاد به شرطیت قبض و عینیت مادی مرهونه در وقوع عقد رهن که قانون مدنی نیز متأثر از آن است، سبب شده تا این عقد پاسخگوی قراردادهای کنونی نباشد و نیاز به تحول در نهاد توثیق اجتناب‌ناپذیر است. هدف از رهن، سلطه مرتهن بر مال رهن به منظور استیفای حق خود است و سلطه نیز امری عرفی است که مصادیق آن در زمان‌های مختلف می‌تواند متفاوت باشد. قبض مادی در این زمینه فقط طریقت دارد و از هیچ‌یک از دلایل فقهی نمی‌توان شرطیت آن را در وقوع عقد رهن اثبات کرد. همچنین عینیت مال با درک نوین از آن، منحصر در جسم مادی نیست. اثبات این نظر به همراه اثبات یگانگی عهده و ذمه، گستردگی موضوع توثیق، انعقاد توثیق به صورت عقد نامعین، مبانی نظریه عمومی توثیق را تشکیل می‌دهند که براساس آن، توثیق هر نوع تعهد با انواع وثایق مادی و غیرمادی مثل عین معین محسوس، دیون، حقوق، منافع و عین معین غیرمحسوس (توصیفی) ممکن می‌شود.

### واژگان کلیدی

رهن، ضمان، نظریه عمومی توثیق.

## ۱. مقدمه

رهن، ضمان ضم ذمه و کفالت از دیرباز به‌عنوان نمادهای نهاد توثیق مطرح بوده است. عقود رهن و ضمان به‌عنوان دو نماد آن، به‌منظور تضمین تعهد خاص دین وضع شده‌اند. در کفالت نیز کفیل احضار مکفول را تعهد می‌کند. در این میان عقد رهن به‌دلیل امکان سلطه مستقیم راهن بر مال مرتهن از ویژگی و مزیت خاصی برخوردار است. علی‌رغم این ویژگی، شرطیت قبض و عینیت مال مرهونه (متنازع‌فیه در بین فقیهان) با توجه به گسترش تحولات اجتماعی و اقتصادی سبب شده تا این عقد پاسخگوی توثیق در انواع قراردادها نباشد. پیدایش مفاهیم نوین مثل اموال غیرمادی، توثیق دیون، حقوق و منافع، در سایر نظام‌های حقوقی از یک طرف و لزوم پاسخگویی به نیازهای جامعه با توجه به جامعیت و خلاقیت فقه و لزوم پویایی آن‌که مورد تأیید و تأکید حضرات معصومین (ع) قرار دارد<sup>۱</sup>، نیاز به تحول در نهاد توثیق را ضروری می‌نماید. از آنجا که توثیق نهادی با سابقه دیرینه در فقه است، این تحول باید از مجرای نگرش به مبانی و ادله فقهی مورد استناد فقیهان و توجه به دیدگاه‌ها و نظریات آنها صورت پذیرد. به این منظور در ادامه تلاش شده تا این مهم با نگاهی پویا به مبانی و ادله مزبور در قالب نظریه عمومی توثیق انجام گیرد. در این نظریه شرطیت قبض در وقوع عقد رهن از دیدگاه کتاب، سنت، اجماع و عقل همچنین مفهوم عینیت، با توجه به نظرهای متفاوت فقیهان مطرح و نقد و بررسی شده است. همچنین با اثبات یگانگی عهده و ذمه و اینکه متعهد می‌تواند هر تعهد مشروع مالی (مستقیم یا غیرمستقیم) را تضمین کند، موضوع توثیق محدود به نوع خاص تعهد (دین) نیست. وثایق بر مبنای تعریف مفهوم نوین عین معین توصیفی و بازتعریف مفهوم مال شناسانده می‌شوند و عقد توثیقی با توجه به اصل آزادی قراردادی به شکل قرارداد نامعین و رعایت شرایط عمومی قراردادها قابل انعقاد خواهد بود.

## ۲. ضرورت طرح موضوع

در نظام حقوقی ما تضمین مطالبات در قالب عقد رهن انجام می‌پذیرد. برای مثال مؤسسات

۱. علینا القای الاصول وعلیکم ان تفرعوا (حر عاملی، ۱۴۱۷ق: ۶۷).

مهم مالی و اقتصادی مثل بانک‌ها برای پرداخت وام، وثیقه ملکی طلب می‌کنند که مشکلات بزرگی را برای وام‌گیرنده به وجود می‌آورد. در صورت عدم پرداخت مطالبات، وصول آنها برای طلبکار مستلزم صرف زمان طولانی و هزینه با مراجعه به مراجع قضایی است. این مؤسسات همچنین به‌جز برای وام‌های ناچیز ضامن نمی‌پذیرند؛ یعنی عملاً عقد ضمان در فعالیت‌های اقتصادی مهم کشور فاقد کارایی است. در تجارت بین‌الملل کشورهای صاحب سرمایه و فناوری، همچنین شرکت‌های بزرگ بین‌المللی بدون اخذ تضمینات مناسب اقدام به سرمایه‌گذاری در کشورهای سرمایه‌پذیر نمی‌کنند. در بند ۴ قسمت ۳ ماده ۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که الگویی معتبر برای انعقاد این نوع قراردادهاست، تضمین مناسب به‌عنوان یک اصل درج شده است. در این بند علاوه بر اصل وجود تضمین، بر تناسب تضمین با قرارداد نیز تأکید شده است (صادقی مقدم، ۱۳۹۵: ۱۹۵-۱۷۷؛ سلطانی، ۱۳۹۱: ۱۶۱-۱۴۱؛ مافی، ۱۳۹۲: ۱۶۶-۱۴۳؛ نیلی، ۱۳۸۳: ۳۹۰-۳۵۵).

در کشورهای دارای اقتصاد دولتی و دستوری و در فضای غیررقابتی، بانک‌ها نوع خاص و محدودی از وثایق را می‌پذیرند و در محدوده نرخ مصوب بانک مرکزی اقدام به اعطای وام می‌کنند. توجه به لزوم سرعت‌دهی به فعالیت‌های تجاری و نیز تأمین امنیت پایدار معامله هم زمان نیازمند نظام توثیقی روشن و دقیق است. تضامینی مانند حقوق معنوی به ثبت رسیده، طلب، منفعت، حق‌نامانام، طرح‌های توجیهی علمی در زمینه‌های مختلف اقتصادی، علی‌رغم نیاز و کاربرد فراوان، در نظام حقوقی ما به دلیل لزوم عین مادی بودن مرهونه و قبض آن، جایگاهی ندارند. این در حالی است که حمایت از طرح‌ها، ابداعات و اختراعات نخبگان و نوابع علمی کشور مستلزم پذیرش آنها به‌عنوان وثیقه دریافت وام است. امروزه توثیق دین (طلب) در بسیاری از کشورها و در ارتباطات بانکی جایگاه ویژه‌ای یافته و هر روز بر میزان آن افزوده می‌شود. لیکن در کشور ما اسناد مطالبت بازرگانان را به‌عنوان وثیقه نمی‌پذیرند (کریمی، ۱۳۷۶: ۲۳). اسناد تجاری در طول زمان از ارزش عینی برخوردار شده‌اند و عرف تجارت، خرید و فروش و توثیق آنها را پذیرفته است. نهاد توثیق در کشور ما برای کارآمدی و بهره‌مندی از مزایای آن در سطح داخلی و

بین‌المللی علاوه بر لزوم تحول در نظام ثبت اموال، نیازمند بازنگری در مبانی نظری و فقهی و حقوقی این نهاد و بازتعریف آن است، به نحوی که هم انواع وثایق مذکور قابل استفاده باشند و هم عقد توثیقی در شکلی غیر از رهن امکان انعقاد یابد. محصول این نگرش نو و پویا در قالب نظریه‌ای به نام نظریه عمومی توثیق عرضه می‌شود.

### ۳. نظریه عمومی توثیق

از برخی عبارات فقیهان می‌توان اعم بودن توثیق نسبت به عقود توثیقی را دریافت. برای مثال گفته‌اند در مواردی ممکن است وثیقه بدون رهن باشد، مثل ودیعه، عاریه و مطلق استیلائی کسی بر مال دیگری که در این صورت اگر بدهکار بدهی خود را منکر شود، طلبکار می‌تواند به اندازه طلبش از او تقاضا کند. در تمام این موارد اجمالاً وثیقه صادق است (شهید ثانی، ۱۳۷۵، ج ۴: ۲۱۵). اما ایشان عمده مباحث خود در حوزه توثیق را در قالب عقود سنتی توثیقی مثل ضمان و کفالت و رهن بیان کرده‌اند. این شکل و قالب از یک طرف منحصرأ ناظر بر مورد مطالبه طلب و وجود دین است و شامل هر نوع تعهدی نمی‌شود و از طرف دیگر، متأثر از میزان رشد علمی، اقتصادی، تجاری و بایسته‌های روابط اجتماعی دورانی از زندگی انسان است که هم به لحاظ عملی و امکان دسترسی، وثیقه دیگری غیر از کالاها و اشیای مادی و ملموس یا ذمه و عهده شخص ثالث برای بشر فراهم نبوده و هم مفاهیم نو و بدیع حقوقی مانند اموال غیرمادی تصور و تصدیق نشده است. با گسترش روابط اجتماعی و تعاملات اقتصادی و پیدایش مفاهیم نو شبیه اموال غیرمادی و ورود آنها در روابط مالی و حقوقی، ضرورت تحول و بازنگری در تئوری و مباحث نظری مربوط به آنچه می‌تواند مورد توثیق قرار بگیرد (وثیقه)، بدیهی است. حاصل این تحول و بازنگری می‌تواند نظریه‌ای به نام نظریه عمومی توثیق با هدف تأمین امنیت قراردادهای به‌عنوان دستورالعمل جامع توثیق باشد. این نظریه با نگاهی پویا و اجتهادی به ادله و منابع فقهی در پی بیان آن است که نه فقط تعهد ناشی از دین، بلکه هر نوع تعهد مشروع مالی (مستقیم یا غیرمستقیم) را می‌توان در قالب عقد نامعین با استفاده از هر نوع مال عرفی (عین معین محسوس، عین معین توصیفی، دیون، حقوق، منافع، اسناد مبین طلب

و...) به عنوان وثیقه تضمین کرد. هر گونه تحول در توثیق بدون توجه به عقد رهن و شرایط مرهونه امکان پذیر نیست؛ از این رو ابتدا به این موضوع می پردازیم. با توجه به آنکه توثیق شخصی به شکل ضمان (ضم ذمه) یا انواع ضمانت نامه ها چالشی با این نظریه ندارد، مورد بحث واقع نشده است.

#### ۴. نقد و تحلیل شرایط عقد رهن

فقیهان در مورد شرایط ویژه عقد رهن (شرطیت قبض مادی مال مرهون و عینیت آن) و استدلال به ادله اربعه دچار اختلاف نظر شده اند. در ادامه به این نظریات و نقد و تحلیل آنها می پردازیم.

##### ۴.۱. تعریف رهن

واژه «رهن» در لغت عرب، به معنای «ثبات و دوام» و گاه به معنی «حبس» به کار رفته است. در آیه ۳۸ سوره مبارکه مدثر آمده است: «جان هر انسانی در گرو اعمالی است که انجام داده است»<sup>۱</sup> و در سخن معصوم نیز داریم: «جان های شما در گرو اعمالتان است»<sup>۲</sup>. برای معنای اصطلاحی فقهی این واژه فقیهان عبارات مختلفی را به کار برده اند، از جمله «وثیقه دین»<sup>۳</sup> یا «وثیقه دین مرتهن»<sup>۴</sup>. همچنین «و آن عقدی است که وضع شده جهت وثیقه گذاشتن برای دین مرتهن»<sup>۵</sup>. در این تعاریف رهن هم به عقد رهن و هم به مال مرهون اطلاق شده است.

##### شرایط عقد رهن

شرایط و ویژگی های خاص در هر عقد معین آن را از عقد نامعین متمایز می کند. در عقد

۱. کل نفس بما کسبت رهینه.

۲. وانفسکم مرهونه باعمالکم (طریحی، ۱۳۷۵، ج ۲: ۳۴۲).

۳. وهو وثیقه الدین (شهید ثانی، ۱۳۷۵: ۱۱۷).

۴. هو وثیقه لدین المرتهن (محقق حلی، ۱۹۸۱، ج ۲: ۳۲۹؛ فاضل الابی، ۱۴۱۹ق، ج ۱: ۵۴۰).

۵. و هو عقد شرع لاستیثاق علی الدین (خمنینی موسوی، ۱۳۷۹، ج ۲: ۳).

رهن این شرایط که بیشترین مباحث فقیهان را نیز به خود اختصاص داده عبارت‌اند: از قبض مرهونه و عینیت آن که در ادامه، وجود یا نبود این شرایط بررسی می‌شود.

#### ۲.۴. قبض مرهونه

فقیهان در مورد اثر قبض در رهن سه نظر داده‌اند:

##### ۲.۴.۱. قبض شرط صحت رهن

گروهی از فقیهان امامیه قبض مال مرهون را شرط صحت (وقوع) عقد رهن دانسته‌اند (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ۳۸۴؛ شهید ثانی، ۱۳۷۵: ۱۱۷؛ حسینی المراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۲۵۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۹ق: ۳۸۰؛ شیخ طوسی، بی‌تا: ۴۳۱؛ بجنوردی، ۱۳۱۹، ج ۶: ۱۳؛ خمینی موسوی، ۱۳۷۹: ۱۸۹؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق، ج ۳: ۱۳۶). قائلان به این نظر مدارک و مستندات برای اثبات ادعای خود ارائه داده‌اند.

##### مستندات و مدارک قائلان به شرطیت قبض در صحت عقد رهن

دلیل اول آیه ۲۸۳ سوره مبارکه بقره است که می‌فرماید: «و اگر در سفر بودید و (برای کتابت دین) نویسنده نیابید وثیقه و گرو بگیرید...»<sup>۱</sup>. این آیه امر می‌کند به رهن مقبوض برای دین، بنابراین دلالت دارد بر اشتراط قبض. با توجه به ظهور آیه صحت رهن مقید به وقوع قبض است و شبهه ارشادی بودن «مقبوضه» برخلاف ظاهر آیه و نامقبول است. دومین دلیل روایات رسیده از معصوم است که حقیقت رهن بدون قبض را نفی می‌کنند. ضعف ادعایی سند این روایات نیز با عنایت به شهرت عملی و ظاهر آیه ۲۸۳ سوره بقره قابل جبران است (موسوی بجنوردی، ۱۳۱۹، ج ۹: ۵۶؛ حسینی المراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۲۵۶). مطابق این نظر قبض از ارکان رهن و نقشی چون ایجاب و قبول در آن دارد و ایجاب و قبول بدون قبض نمی‌تواند موجد عقد رهن باشد. بنابراین قبض مرهونه توسط مرتهن بدون اذن راهن یا رجوع راهن از اذن قبل از قبض یا حجر و فوت راهن در فاصله

۱. و ان کتتم علی سفر و لم تجدوا کاتباً فلهن مقبوضه.

ایجاب و قبول و تحقق قبض موجب عدم وقوع رهن است (علامه حلی، ۱۴۰۹ق: ۳۲۹). صاحبان این عقیده، قبض را فقط در مقام وقوع، شرط دانسته اند و استمرار آن را شرط صحت عقد نمی‌دانند (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲: ۱۰۸؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۱ق، ج ۳: ۱۳۶). دلیل سوم اجماع است. گروهی از فقها برای شرطیت قبض در صحت رهن ادعای اجماع کرده‌اند (طبرسی، ۱۴۱۵ق: ۶۸۶). به عنوان چهارمین دلیل، قائلان به شرطیت قبض در صحت عقد چنین استدلال عقلی کرده‌اند که حقیقت رهن برای حفظ حق مرتهن است و اگر راهن بدهی خود را نپردازد، مرتهن باید بتواند به واسطه عین مرهونه آن را تدارک کند و این امر تنها زمانی ممکن است که در عالم خارج قبض انجام شود (شهید اول، ۱۴۱۱ق: ۱۱۷؛ محقق قمی، ۱۳۷۱: ۱۸۲؛ سیوری، ۱۴۲۵ق، ج ۲: ۶۰؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۱۸۳؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳: ۳۴۲).

#### ۳.۴. قبض شرط لزوم رهن

برخی فقیهان امامیه (حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۱۱۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۲: ۲۲۷) و اکثریت فقیهان عامه (ابن رشد، ۱۴۱۵ق، ج ۲: ۲۲۲؛ قدامه، بی تا، ج ۴: ۳۶۸) قبض را شرط لزوم رهن دانسته‌اند؛ یعنی از نظر ایشان با اینکه قبض جزء ارکان عقد نیست. قبض سبب لزوم عقد و قبل از آن، عقد، جایز و قابل رجوع و فسخ است (موسوی بجنوردی، ۱۳۱۹، ج ۶: ۱۳ و ۹۰). از این گروه، فقیهان امامیه استمرار قبض را شرط لزوم ندانسته‌اند (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۵: ۱۰۸).

#### ۴.۴. قبض به عنوان اثر عقد رهن

گروهی دیگر از فقیهان امامیه قبض را فاقد اثر در وقوع و صحت رهن دانسته و بر این نظرند که عقد با ایجاب و قبول تمام و کامل می‌شود و قبض تنها یکی از آثار رهن است (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۵: ۹۹؛ شهید ثانی، ۱۳۷۵، ج ۴: ۵۷ و ۵۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۲-۱۱؛ حلی، ۱۴۱۱ق، ج ۲: ۴۱۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۳۹۹). مالکی‌ها نیز چنین عقیده‌ای دارند (سید سابق، ۱۴۱۸ق، ج ۳: ۱۵۶).



### مستندات و مدارک قائلان به عدم شرطیت قبض در صحت عقد رهن

در آیه ۲۸۳ سوره مبارکه بقره مسائل زیادی از جمله شاهد گرفتن برای عقود و مکتوب کردن آنها آمده است. اما همان‌گونه که تاکنون هیچ فقهی به این آیه برای لزوم مکتوب کردن و اخذ شاهد در انعقاد عقد تمسک نکرده است، نمی‌توان بر شرطیت قبض در صحت عقد رهن تمسک کرد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۳: ۳۴۳). همچنین اگر قبض مانند ایجاب و قبول، شرط صحت باشد، انحصار بیان وصف «مقبوضه» و عدم شرطیت ایجاب و قبول در آیه شریفه تبعیض بی‌دلیل است (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۵: ۴۰۰). علاوه بر آنکه قبض، منوط به فرض سفر و فقدان کاتب است و این خود مبین ارشادی بودن حکم است. عدم شرطیت استداده قبض و امکان توکیل قبض از همان ابتدا نیز مؤید این مطلب است (شهید ثانی، ۱۳۷۵، ج ۴: ۵۶-۷). روایات و به ویژه روایت محمد بن قیس از ابی جعفر(ع) از حیث سند بسیار ضعیف است (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق، ج ۴: ۱۱). اجماع فقها نیز به دلیل مخالفت جمعی از ایشان با نظر مذکور قابل پذیرش نیست. از نظر عقلی نیز قبض امری خارجی و مادی است و در قصد طرفین جایگاهی ندارد و در امری باطنی و ماهوی مثل ماهیت رهن دخیل نیست (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۴: ۲۰۰).

#### ۴.۴.۱. عینیت مرهونه

با وجود ادعای اجماع و ظهور نصوص در فقه مبنی بر عین معین بودن مرهونه (محقق حلی، ۱۹۸۱: ۹۱؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ۲۰؛ الحسینی العالمی، ۱۴۲۹ق: ۳۳۹؛ نجفی، ۱۹۸۱: ۱۱۶؛ امامی، ۱۳۸۲، ج ۲: ۴۲۰). در برخی روایات عنوان مال آمده است. بر این اساس، استفاده از دلالت ظهور نصوص به‌طور انحصاری بر عین معین بودن مرهونه قابل تأمل است، زیرا با وجود روایاتی از این قبیل استدلال به ظاهر نصوص نیازمند بررسی بیشتر است (آل عصفور، ۱۳۷۳: ۳۱۸). همچنین با وجود روایت و سنت در این زمینه رجوع به اجماع بلاوجه است؛ بنابراین در قابلیت مرهونه برای استیثاق، مالیت مرهونه موضوعیت دارد نه عین معین بودن آن (الا ملی، ۱۳۸۶: ۲۷؛ کریمی، ۱۳۸۷: ۳۲۴-۳۱۵). مال همانند بسیاری از مفاهیم در هیچ آیه یا روایتی تعریف نشده است. مشهور فقیهان امامیه دو شرط

مهم برای اینکه چیزی مال تلقی شود، قائل شده‌اند: ۱. دارای منفعت عقلایی باشد؛ ۲. منفعت مذکور مورد نهی شارع نباشد (الحسینی العالمی، ۱۴۲۹ق، ج ۱۲: ۱۳۲ و ج ۱۳: ۸؛ الجزیری، ۱۴۳۱ق: ۴۹). همچنین گفته‌اند: «مال چیزی است که مورد رغبت عقلا و تقاضای آنان است و بهایی را در مقابل آن می‌پردازند» (خمینی موسوی، ۱۳۶۸: ۲۰) یا «در عرف مالیت امری است از اشیاء به لحاظ آنکه ذاتاً مورد میل مردم واقع می‌شوند و برای وقت نیاز ذخیره می‌گردند و مردم در آن رغبت نموده و در مقابل، اشیای مورد علاقه خود چون پول و غیر آن می‌پردازند انتزاع می‌گردد» (خویی، ۱۴۱۲ق: ۳۰۲-۳۰۱). نکته مهم در مورد مفهوم مال آن است که مال دارای مفهوم عرفی است (غروی نائینی، ۱۳۷۳: ۷). به این معنی که مال‌انگاری اشیا تابع عرف عقلاست و شارع در این باره امر تأسیسی ندارد و مال نه حقیقت شرعیه دارد و نه حقیقت متشرعه (پیلوار، ۱۳۹۴: ۹). به این ترتیب می‌توان گفت منفعت، دین، یا حقی که مورد رغبت عقلا قرار می‌گیرد و در ازای آن بهایی می‌پردازند، مال است و ارزش اقتصادی دارد (کریمی و موسوی ۱۳۹۰: ۷۳-۵۳). در موضوع لزوم عینیت مرهونه شقوق مختلفی از سوی فقیهان برای لزوم عینیت طرح و بحث شده (حبیب، ۱۳۹۴: ۹۶-۶۵) که می‌توان گفت بازگشت عمده آنها به قبض حسی مرهونه است که در شرطیت قبض بررسی شد. تشریح مفصل این شقوق خارج از ظرفیت این مقاله است و فقط در مورد غیرقابل توثیق بودن دین و منفعت می‌توان اضافه کرد علاوه بر مالیت این دو و منتفی بود شرطیت قبض، اطمینان از حصول دین (طلب) در مورد افراد مختلف، متفاوت است و افراد بسیاری از ادای دین خود طفره نمی‌روند. علاوه بر آنکه حصول اطمینان از دسترسی به طلب وابسته به نظر مرتهن است و امری کلی نیست. در مورد توثیق منفعت نیز باید گفت مرتهن الزامی به حصول حق خود از عین مرهونه ندارد، بلکه عوض آن هم می‌تواند محل استیفای حق باشد.

#### ۲.۴.۴. نظر برگزیده

با ملاحظه مطالب مذکور در مورد رهن باید گفت به‌عنوان یکی از مصادیق حقیقت عرفیه، این عقد از احکام امضایی و هدف از جعل آن تضمین طلب طلبکار است. این

تضمین از راه تسلط طلبکار بر مال بدهکار و امکان استیفای طلب از آن حاصل می‌شود. تسلط امری عرفی است و بنا به مقتضیات زمان و پیشرفت روش‌ها، می‌تواند متفاوت باشد و در نظر شارع متعین نشده است. قبض مادی مرهونه، وسیله‌ای است برای تسلط و حصول تضمین، و مطلوبیت بالذات ندارد. اگر طلبکار به هر طریقی از دسترسی به طلب خود اطمینان حاصل کند، مورد مخالفت شارع نیست، ولو آنکه قبض مادی اتفاق نیفتد. برای نمونه از هیچ‌آیه‌ای از قرآن نمی‌توان نفی رهن اموال غیرمنقول در زمان شارع را نتیجه گرفت یا هیچ روایتی آن را رد نکرده است. تسلط طلبکار بر این نوع از مال ممکن است بدون هیچ‌گونه قبض مادی و حتی بدون ورود در آن بوده باشد. چنانکه اکنون این کار با توقیف در دفتر ثبت انجام می‌گیرد. امروزه اموال بسیاری به‌وجود آمده‌اند که می‌توان بر آنها تسلط یافت، اما نمی‌توان آنها را قبض کرد، مثل حقوق مالی ناشی از حق مالکیت معنوی. بنابراین توثیق آنها از این نظر با مشکلی مواجه نیست. اما در خصوص عینیت مرهونه باید گفت در دنیای امروز با امکان دقیق‌ترین توصیفات مبین ماهیت، نباید عین معین را منحصر در وجود مادی و محسوس اشیا دانست، وجود مادی در این خصوص طریقت دارد نه موضوعیت؛ در واقع عین معین بودن ملازمه‌ای با ماده بودن ندارد. هر عینی با توصیف دقیق و علمی از آن به‌طور عرفی معین می‌شود، خواه دارای وجود مادی بالفعل باشد یا بالقوه ممکن‌الوجود باشد. ماده یک کالا و شیء، مبین چیزی بیش از مشخصه‌های ماهیتی آن مانند ابعاد و اندازه، جنس، وزن و رنگ و... نیست. ویژگی‌هایی که با توصیف نیز می‌توانند مشخص شوند. بیع یک مال چه در کلی فی‌الذمه و چه در عین معین که در آن مبیع از طریق توصیف با رفع جهالت مستوجب ضرر و غرر، معین می‌شود. با اطمینان عقلی و عرفی از حصول نتیجه، صحیح و به‌طریق اولی توثیق آن صحیح خواهد بود (داودآبادی فراهانی، ۱۳۹۵: ۸۲۰-۷۹۷). این مفهوم نوین از عین معین را عین معین توصیفی می‌نامیم. در تقسیم‌بندی کلی، مال (قابل توثیق) به دو دسته محسوس و غیرمحسوس تقسیم می‌شود. اموال محسوس همان عین معین غیرتوصیفی و دارای جسم هستند، مانند کتاب و قلم. اموال غیرمحسوس عبارت‌اند از: دیون، حقوق، عین معین

توصیفی و منافع. به این ترتیب با منتفی بودن شرطیت عین معین محسوس و قبض در عقد رهن می‌توان گفت اگرچه توثیق در شکل اولیه خود و دوران ابتدایی زندگی بشر در قالب عقود سنتی توثیقی و به‌خصوص رهن نمود یافته، اما منحصر به حالت خاص و محدود نیست و با تصور و تصدیق مفاهیم جدید می‌تواند گسترش یابد.

### ۵. یگانگی دو مفهوم عهده و ذمه

دو واژه ذمه و عهده به‌عنوان مفهوم اساسی و پایه موضوع تعهد (به معنای عام)، جایگاه مهمی در فقه دارند و هر جا سخن از تعهد باشد، متعلق موضوع آن عهده یا ذمه است. در تشریح این دو مفهوم فقیهان دچار اختلاف شده‌اند. برخی از اقوال ایشان نقل و نظر برگزیده خواهد آمد.

عهده اسم مفرد مؤنث از ریشه عهد به معنی الضمان، الکفاله، الرجعه الی الشی لاصلاحه (فهد ابوخریره، ۲۰۱۲: ۸۵۲). در فارسی به معنای «نِشْت، سوگند و پیمان» است (دهخدا، ۱۳۷۷: ۱۶۴۵۴). برخی حقوقدانان گفته‌اند: وثیقه، ذمه، ثمن در عقد بیع و التزام (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۲۲۰-۲۱۹). گروهی از فقیهان در توضیح ضمان شخص نسبت به مال معین واژه عهده را به‌کار برده‌اند (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۶: ۱۴۷؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۲: ۳۴۰-۳۴۱). این ضمان قراردادی یا قهری است. در این تعبیر عهده وضعیتی است که در اثر تصرف عین متعلق به غیر برای متصرف به‌وجود می‌آید و او را مکلف به بازگرداندن به مالک می‌کند؛ و در صورت بروز هر گونه عیب و نقص مسئول است (بحرالعلوم، ۱۳۶۲: ۳۳۴). مطابق این دیدگاه دین و اموال کلی قابل تعلق به عهده نیست (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۳۱۳؛ ج ۳: ۱۱۰؛ ج ۵: ۳۸۸). گروه دیگری از فقیهان معتقدند عین، دین، اموال کلی، می‌توانند به عهده متعهد قرار بگیرند (بجنوردی، ۱۳۱۹، ج ۴: ۵۹؛ ج ۱۱: ۶؛ محقق قمی، ۱۳۷۱: ۶۲-۶۱؛ حکیم، بی تا: ۲۷۷-۲۷۶).

ذمه اسم مفرد مؤنث و ریشه آن ذم است<sup>۱</sup>، به معنی امان، عهده، زنهار، ضمان، ضمانت،

۱. الذمه: العهد والامان والكفاله.

وجدان، دین (قیم، ۱۳۹۴: ۴۹۹؛ فهد ابوخریره، ۲۰۱۲: ۵۱۷). در تعریف ذمه، برخی گفته‌اند: معنایی که در مکلف مفروض گرفته می‌شود و قابل التزام و الزام است (شهید اول، ۱۴۰۰ق: ۱۳۵؛ احسایی، ۱۴۱۰ق: ۱۲۵)، پس ذمه قابلیت پذیرش حق و تکلیف است. در برخی آثار فقهی در ابواب مختلف مثل بیع، بیع سلف، بیع دین، ضمان، حواله، غصب (نجفی، ۱۹۸۱، ج ۲۴: ۳۴۴ و ۲۶۷؛ ج ۲۶: ۱۶۰، ۱۴۶، ۱۳۷، ۱۱۳، ۵۳؛ ج ۳۷: ۳). گفته شده فقیهان ظرف ذمه را برای مواردی که تکلیف مالی، پایگاه مادی و خارجی معینی ندارد، جعل کرده‌اند.<sup>۱</sup> مضرورف این ظرف نیز امر اعتباری دین (مالی کلی و نامعین) است.<sup>۲</sup> همچنین «معامله گاه بر عین خارجی واقع می‌شود و گاه بر مال کلی. محل قرار معاملی در صورت اول عین خارجی است و از آن به عینی دیگر و یا به ذمه تجاوز نمی‌کند و در صورت دوم نیز ارتباطی با عین خارجی ندارد چون محل آن کلی است نه شخصی. پس ناگزیر محل آن ذمه خواهد بود. چون تنها ذمه می‌تواند کلی را در خود جا دهد و ظرف آن باشد» (جوادی آملی، ۱۴۰۵ق: ۲۰۷). برخی دیگر ذمه را ظرف کلیات ندانسته‌اند، در غصب گفته‌اند غاصب قبل از تلف مسئول رد عین و ایادی متعاقب همگی مسئول و متعهد رد عین هستند؛ و ضمان غاصبان التزام و تعهد همه آنان به رد مال مغضوب است و این در حقیقت تعهد و ذمه آنهاست (گیلانی رشتی، بی تا: ۱۱). این محققان معتقدند که عین مال مغضوب از تاریخ غصب تا تاریخ ادا در ذمه غاصب است.<sup>۳</sup> از نظر گروه اخیر ذمه و عهده هر دو یک معنی دارند و کلی یا جزئی هر دو می‌توانند متعلق ذمه واقع شوند. از مجموع نظرها درمی‌یابیم که فرقی بین معنی لغوی ذمه و عهده نیست. اعتبار عهده برای عین معین و ذمه برای مال کلی، غیرمنصوص است. با دقت نظر در آرای مختلف می‌فهمیم که مفهوم عین عامل تفاوت بین عهده و ذمه است. چنانکه گفته شده است: «ذمه و عهده از مفاهیمی هستند که فقه اسلامی

۱. اذا الذمه امر اعتباری يعتبره العقلاء للاشخاص (منتظری، ۱۴۱۴ق: ۱۰۵).

۲. والدین فی الذمه امر کلی لا وجود له فی الخارج (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ۳۱۸).

۳. ان نفس العین باقیه فی الذمه والعهده. ویجب الخروج عن عهدها لکن لما یمكن رد نفسها وجب دفع عوضها وبدلها.

فهی بنفسها باقیه فی العهده الی حین الاداء. واعطاء البدل انما هو من باب الوفاء. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۰: ۹۶).

آنها را وضع کرده و هر کدام یک ظرف اعتباری از اعتبارات عقلایی محسوب می‌شوند که از جهت مظروف باهم تفاوت دارند. اگر مظروف شیئی مشخص و عین خارجی باشد، ظرف آن عهده نامیده می‌شود و اگر مظروف کلی - که تشخیص خارجی ندارد - باشد ظرف آن ذمه نامیده می‌شود...» (صدر، ۱۳۷۹: ۱۶-۳؛ نوری، ۱۴۱۴ق: ۲۶-۲۰). بنابر آنچه گفته شد، عین معین توصیفی، می‌تواند بر عهده یا ذمه بدون تفاوت قرار گیرد. بر عهده می‌تواند قرار گیرد چون عین معین است. بر ذمه می‌تواند قرار بگیرد، چون محسوس نیست. ذمه و عهده در واقع مبین تعهد متعهد و رد عین مال معین، بدل آن یا پرداخت دین است. در نتیجه توثیق می‌تواند ناظر بر تضمین هر نوع تعهد مشروع و قانونی از طرف متعهد باشد.

### ۶. لزوم بازنگری در موضوع توثیق

عقود رهن و ضمان به منظور اطمینان از انجام نوع خاصی از تعهد (دین) به وجود آمده‌اند. در کفالت کفیل احضار مکفول را تعهد می‌کند. در موضوع یگانگی عهده ذمه آمد که متعهد می‌تواند هر نوع تعهد مشروع را تضمین کند. پس باید موضوع توثیق را مطلق تعهد دانست (پرداخت دین، انجام کار، تحویل عین، تحویل شخص، تضمین حسن رفتار، تضمین عدم انجام عمل، تضمین انجام و عدم انجام یک عمل حقوقی مشخص و...).

### توثیق در قالب عقد نامعین با توجه به اصل آزادی قراردادی

توثیق با انعقاد عقد نامعین و رعایت شرایط عمومی قراردادها محقق می‌شود. برخلاف عقیده برخی فقیهان مبنی بر اختصاص عقد به عقود معین عصر شارع و پذیرش انحصاری عقد صلح و یا توافق ضمن عقد لازم به عنوان عقد نامعین (معروف الحسنی، ۱۴۰۳ق: ۱۹۳-۱۸۶؛ مطهری، ۱۳۶۴: ۲۹۲؛ جمالی زاده، ۱۳۸۰: ۱۶۹). اکثریت آنها صحت و لزوم وفای به عقود نامعین را با تمسک به عمومات و اطلاقات ادله<sup>۱</sup> اثبات کرده و حکم صحت و وجوب وفای به عقد را به عقود جدید و نو پیدا نیز گسترش داده‌اند (طباطبایی یزدی،

۱. نظیر آیات او فو بالعقود و تجاره عن تراض. (طباطبایی، ۱۳۷۴: ۲۵۷؛ مکارم شیرازی، ۱۳۷۴: ۲۴۴). و احادیثی مانند المومنون عند شروطهم والناس مسلطون علی اموالهم و لایحل مال امری الا عن طیب نفسه.

۱۴۰۹ق: ۷۱۲؛ حسینی المرآعی، ۱۴۱۸ق: ۱۳؛ حائری، ۱۴۲۱ق: ۲۰۷). شارع و قانونگذار عقود نامعین را با اراده طرفین به شرط حاکمیت قواعد عمومی و مقررات اساسی، محقق و وفای به آنها را لازم می‌دانند (آهنگران، ۱۳۹۵: ۱۵-۱).

## ۷. نتیجه

رهن و ضمان ضم ذمه و کفالت به عنوان نمادهای توثیق برای تأمین امنیت قراردادهای وضع شده‌اند. رهن و ضمان ناظر بر تضمین نوع خاص تعهد (دین) هستند. در کفالت نیز کفیل احضار مکفول را که آن نیز نوعی تعهد است، می‌پذیرد. عقد رهن علی‌رغم مزیت آن نسبت به سایر عقود توثیقی به دلیل شرایط صحت معطوف به انحصار وثیقه به نوع خاصی از مال و لزوم قبض آن، توانایی و عملکردی محدود دارد. شرطیت قبض و عین مادی بودن مرهونه و ورود در قانون مدنی فقط نظر گروهی از فقیهان است که البته مصون از نقد و بررسی مخالفان نیست. نیاز به تضمین انواع مختلف تعهدات و پیدایش انواع وثایق جدید ناشی از گسترش تحولات اجتماعی و اقتصادی از یک سو و لزوم پاسخگویی به این نیاز با توجه به پویایی فقه شیعه از سوی دیگر، لزوم تحول در نهاد توثیق را انکارناپذیر کرده است. این تحول می‌تواند با طرح نظریه عمومی توثیق عملی شود. این نظریه عهده‌دار توجیه توثیق هر نوع تعهد مشروع با مصادیق عرفی مال و متکی بر مبانی نظری ذیل است؛ نقل و تحلیل و نقد و بررسی دیدگاه فقیهان راجع به شرطیت قبض مادی و عینیت مرهونه با مراجعه به کتاب، سنت، اجماع و عقل و ارائه نظر منتخب، اثبات یگانگی عهده و ذمه و تأثیر آن در موضوع توثیق، بازنگری در موضوع توثیق و گسترش آن از نوع تعهد خاص (دین). به هر نوع تعهد مشروع، تعریف مفهوم نوین عین معین توصیفی و در نتیجه استنباط مفهومی نو از مال و تقسیم آن به مال محسوس (عین معین محسوس) و مال نامحسوس (حقوق، دیون، عین معین توصیفی، منافع)، توثیق در قالب عقد نامعین با توجه به اصل آزادی قراردادی. به‌کارگیری این نظریه علاوه بر تسهیل انعقاد قراردادها به دلیل تأمین وثایق مختلف، امکان استیفای حقوق منتفع (از طریق تصرف و فروش وثیقه) را بدون مراجعه به مراجع قضایی یا مواجهه احتمالی با اعسار و یا اختفاء و انتقال اموال متعهد فراهم می‌آورد.

### کتابنامه

۱. آهنگران، محمدرسول؛ سعیدی، مهدی (۱۳۹۵). «بازخوانی مبانی مشروعیت قراردادهای نامعین با رویکردی تطبیقی در حقوق اسلامی»، *دانش حقوق مدنی*، ش ۱۰، ص ۱-۱۵.
۲. امامی، سید حسن (۱۳۸۲). *حقوق مدنی*، ج ۲، چ دهم، تهران: اسلامییه.
۳. پیلوار، رحیم (۱۳۹۴). «مفهوم اموال فکری در حقوق اموال و جایگاه آن»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۲، ص ۴۰-۷.
۴. جمالی زاده، احمد (۱۳۸۰). *بررسی فقهی عقد بیمه*، قم: بوستان کتاب.
۵. حبیبیا، سعید؛ شعبانی کند سری، هادی؛ جمالی، مرتضی (۱۳۹۴). «جستاری نقادانه پیرامون دلایل لزوم عین بودن مورد رهن»، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ش ۱۲، ص ۹۶-۶۵.
۶. داودآبادی فراهانی، محمدابراهیم؛ قیوم زاده، محمود (۱۳۹۵). «بیع مال آینده»، *مجله پژوهش های فقهی*، دوره ۱۲، ش ۴، ص ۸۲۰-۷۹۷.
۷. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). *لغت نامه دهخدا*، (چ دوم)، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۸. سلطانی، محمد؛ اخوان هنزاه، حامد (۱۳۹۱). «ماهیت و قواعد حقوقی توثیق سهام»، *فصلنامه بورس اوراق بهادار*، ص ۱۶۱-۱۴۱.
۹. صادقی مقدم، محمدحسن (۱۳۹۵). «بررسی ضوابط عام حاکم بر قراردادهای تضمینی توثیقی در تجارت بین الملل با نگاهی به حقوق ایران»، *پژوهشنامه بازرگانی*، ش ۷۹، ص ۱۹۵-۱۷۷.
۱۰. کریمی، عباس (۱۳۷۶). «رهن دین»، *مجله حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۳۸، ش ۰، ص ۴۲-۱۹.
۱۱. مافی، همایون؛ فلاح، مهدی (۱۳۹۲). «خصیصه های اسنادی و ضمانتی اعتبار اسنادی



- تضمینی در حقوق تجارت بین‌الملل»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره هفدهم، ش ۲، ص ۱۶۶-۱۴۳.
۱۲. مطهری، مرتضی (۱۳۶۴). *ریا بیمه بانک*، تهران: صدرا.
۱۳. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۷۴). *تفسیر نمونه*، تهران: دارالکتب الاسلامیه.
۱۴. موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۴) «نقش قبض در عقد رهن»، *فقه اهل بیت*، ش ۳، ص ۲۰۶-۱۸۹.
۱۵. نیلی، فرهاد؛ علوی محمود (۱۳۸۳). «اثر تضمین قراردادهای بر عملکرد اقتصادی»، *مجموعه مقالات سیزدهمین کنفرانس سالانه سیاست‌های پولی و ارزی*، ص ۳۹۰-۳۵۵.
۱۶. آل عصفور، میرزا حسین (۱۳۷۳). *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع*، تهران: اسلامیه. چ اول
۱۷. ابن رشد، حنفید (۱۴۱۵ق). *بدایه المجتهد و نهائیه المقتصد*، قم: دارالفکر.
۱۸. ابی القاسم نجم‌الدین جعفر بن الحسن، محقق حلی (۱۹۸۱). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، الطبعة الاولى، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.
۱۹. احسائی، محمد بن علی (ابن ابی جمهور) (۱۴۱۰ق). *الاقطاب الفقهیه*، چ اول، قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۲۰. اصفهانی، شیخ محمدحسین (۱۴۱۸ق). *حاشیه مکاسب*، چ سوم، تهران: ذوالقربی.
۲۱. الاملی، المیرزا هاشم (۱۳۸۶). *المحاضرات فی فقه الرهن*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی. چ اول
۲۲. بحرالعلوم، سید محمد (۱۳۶۲). *بلغه الفقیه*، چ چهارم، تهران: انتشارات مکتب الصادق.
۲۳. الجزیری، عبدالرحمن (۱۴۳۱ق). *الفقه علی المذاهب الاربعه*، بیروت: دار ابن حزم.
۲۴. جوادی آملی، عبدالله (۱۴۰۵ق). *کتاب الصلوه* (تقریر بحث آیت‌الله سید محمد محقق داماد)، چ اول، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی.
۲۵. حائری، سید کاظم (۱۴۲۱). *فقه العقود*، چ دوم، قم: مجمع الفکر السلامی.

۲۶. الحر العاملی، محمدحسین بن الحسن (۱۴۱۷ق). وسایل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، چ اول، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
۲۷. الحسینی العاملی، سید جواد (۱۴۲۹ق). مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۸. حسینی المراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۸ق). العناوین الفقہیہ، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۹. حکیم، سید محسن (۱۳۷۱). نهج الفقاهه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۳۰. حلّی، ابن زهره (۱۴۱۷ق). غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۱. حلّی، ابن ادريس (۱۴۱۱ق). السرائر، چ دوم، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۲. حلّی، ابوالقاسم جعفر بن حسن (۱۴۰۱ق). المختصر النافع، تهران: مؤسسه البعثه.
۳۳. حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی) (۱۴۱۳ق). مختلف الشیعه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۴. ----- (۱۳۶۸). تبصره المتعلمین. قم: انتشارات فقیه.
۳۵. ----- (ق ۱۴۱۰). ارشاد الازهان. قم: جامعه المدرسین.
۳۶. ----- (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۳۷. خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح الفقاهه، چ اول، بیروت: دارالهادی.
۳۸. سید سابق (۱۴۱۸ق). فقه السنه، الطبعه الاولى، بیروت: دارالفکر.
۳۹. سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۲۵ق). کنز العرفان فی فقه القرآن، قم: مرتضوی.
۴۰. شهید اول، محمد بن مکی العاملی (۱۴۱۱ق). اللمعه دمشقیه، بیروت: دار الفکر.
۴۱. ----- (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیه، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

۴۲. ----- (۱۴۰۰ق). القواعد والفوائد، ج اول، قم: کتاب‌فروشی مفید.
۴۳. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۳۷۵). تحرير الروضه فى شرح المعه، ج اول، قم: مؤسسه فرهنگى طه.
۴۴. شهید ثانی، زین‌الدین بن علی (۱۴۱۴ق). مسالك الافهام الى تنقيح شرايع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه. الطبعة الاولى.
۴۵. شيخ طوسى، محمد بن حسن (۱۳۳۹). النهايه فى مجرد الفقه والفتاوى، قم: محمدى.
۴۶. ----- (۱۳۸۷). المبسوط فى فقه الاماميه، قم: مكتبه المرثويه.
۴۷. ----- (۱۴۰۹). التبيان فى تفسير القرآن، مطبعه الاعلام الاسلامى.
۴۸. صدر، سيد محمدباقر (۱۳۷۹). «حواله»، مجله فقه اهل بيت (ع)، ش ۲۱، ص ۱۶-۳.
۴۹. طباطبایى، سيد علی (۱۴۱۸ق). رياض المسائل فى تحقيق الاحكام بالدلائل، قم: مؤسسه آل البيت.
۵۰. طباطبایى، سيد محمدحسين (۱۳۷۴). الميزان فى تفسير القرآن، موسوى همدانى، محمدباقر، چ پنجم، قم: دفتر انتشارات اسلامى.
۵۱. طباطبایى يزدى، سيد كاظم (۱۴۰۹ق). العروه الوثقى، چ دوم، بيروت: مؤسسه العلمى للمطبوعات.
۵۲. ----- (۱۳۷۰). حاشيه المكاسب، چ چهارم، قم: مؤسسه اسماعيليان.
۵۳. طبرسى، فضل بن حسن (۱۴۱۵ق). تفسير مجمع البيان، چ اول، بيروت: مؤسسه العلمى للمطبوعات.
۵۴. غروى نائينى، ميرزا محمدحسن (۱۳۷۳). منيه الطلب فى حاشيه المكاسب، قم: المكتبه المحمديه.

۵۵. فاضل الابی (۱۴۱۹ق). *كشف الرموز*، قم: جامعه المدرسين.
۵۶. فهد ابو خضره (۲۰۱۲). *قاموس المجمع*، الجزائر، الطبعة الاولى، عين مليله: دار الهدى.
۵۷. فیض کاشانی، ملا محسن (۱۴۰۱ق). *مفاتیح الشرایع*، ج ۳، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه
۵۸. قدامه، عبدالله (بی تا). *المعنى*، بیروت: دارالکتب العربی.
۵۹. گیلانی نجفی رشتی، میرزا حبیب الله (بی تا). *کتاب الغصب*، ج ۲. بی جا، بی نا.
۶۰. محقق قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱). *جامع الشتات*، چ اول، تهران: مؤسسه کیهان.
۶۱. معروف الحسنی، هاشم (۱۴۰۳ق). *نظریه العقد فی الفقه الجعفری*، بیروت: منشورات مکتب هاشم.
۶۲. منتظری، حسینعلی (۱۴۱۵ق). *دراسات فی المكاسب المحرمه*، چ اول، قم: نشر تفکر.
۶۳. موسوی بجنوردی، میزا محمدحسن (۱۳۱۹). *القواعد الفقہیہ*، چ اول، قم: نشر هادی.
۶۴. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۶۸). *کتاب البیع*، چ چهارم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۶۵. ----- (۱۳۷۹). *تحریر الوسیله*، چ چهارم، قم: دارالعلم.
۶۶. نجفی، محمدحسن (۱۹۸۱). *جواهر الکلام*، الطبعة السابعة، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۶۷. نحاس، ابو جعفر (۱۴۰۹ق). *معانی القرآن*، چ اول، عربستان: جامعه ام القری.
۶۸. نوری، شیخ فضل الله (۱۴۱۴ق). *قاعده ضمان الید*، چ اول، قم: مؤسسه انتشارات اسلامی.

#### References

1. Abi Al-Qasim Najmuddin Ja'farebn Al-Hassan. (1981). *Al- Mukhtasar al-nafi*, 1, Tehran: albesat. (in arabic)
2. Helli Abi Al-Qasim Najmuddin Ja'far bin Al-Hassan (Muhaqqiq al-Hilli). (1981). *Shara'i' al-Islam fi masa'il al-halal wa l-haram*, 1, Qom: Al Maaref Al Islamiyah. (in Arabic)
3. Ahangran MR, Saeedi M. (2016). "Rereading the foundations of the legitimacy of indefinite", *contracts with a comparative approach in Islamic law. Knowledge of civil law*, Vol. 10, pp.1-15. (in pesian)
4. Al-Amoli MH. (2007). *al mahazorat fi fiqh al-rahm*, 1, Tehran: Olom Eslami publisher. (in arabic)

5. Al-Asfur MH. (1994). *al anwar al lavami sharh mafatih al Shara'i*, 1, Tehran: Islamiyah publisher. (in Arabic)
6. al-Haeri K. (2000). *Fiqh Al-oqoud*, 2, Qom: majma al-fekr Islamiyah. (in arabic)
7. al-Hassani H, (1983). *Nazariat al-Aqd fi Fiqhu al-Jafari* Maktab Al Hashem, Beiru. t(in arabic)
8. Alhor Ameli M. (1996). *Vasaal Alshieh*, 1, dar ihya al turath al arabi, Beirut. (in arabic)
9. Al-Hosseini Al-Ameli SJ. (2008). *Miftah Al Karama Fi Sharah Qawayed Le Allama*, 1, Qom: Islamiyah publisher,. (in arabic)
10. Al-Hosseini Al-Maraghi M. (1997). *Al-Anavin Al-faqih*, 1, Qom: Islamiyah publisher. (in arabic)
11. Allamah Al-Hilli H. (1992). *Mukhtalaf al-Shi'a*, 1, Islamiyah publisher, Qom. (in arabic)
12. Allamah Al-Hilli H. (1989). *Tabsara Almotalemin*, 1, Qom: Faqih publisher. (in arabic)
13. Allamah Al-Hilli H. (1989). *Ershad al-azhan*, 1, Qom: Jameeh Modaressin publisher. (in arabic)
14. Allamah Al-Hilli H. (1992). *Qawaid al-ahkam*, 1, Islamiyah publisher, Qom. (in arabic)
15. Al-Khoei SA. (1991). *Mesbah Al-Feqahe.*, 1, Beirut: Dar Al Hadi. (in Arabic)
16. al-Makki al-Amili M. (1990). *Al-Lum'a al-Dimashqiyya*, 1, Beirut: Dar Al Fekr. (in Arabic)
- 17.----- (1996). *al dorous al sharia*, 1, Qom: Islamiyah publisher. (in Arabic)
- 18.----- (1980). *al qawaid va al fawaid*, 1, Qom: Mofid book store,. (in Arabic)
19. al-Muḥaqqiq al-Qummī MA. (1992). *Jami' al-shitat*, 1, Tehran: kayhan. (in Arabic)
20. Bahr al-'Ulūm SM. (1983). *Balaqat al-faqih*, 4, Tehran: Maktab al-sadiq publisher. (in Arabic)
21. Sadr MB. (2000). "Draft", *Fiqh of Ahl al-Bayt*, Vol.21, pp.3-16. (in persian)
22. Davood Abadi Farahani ME, Qayoom Zadeh M. (2015). "Sale of future property", *Jurisprudential research*, Vol.12, No.4, pp.797-820. (in persian)
23. Dehkhoda AA (1998). *Dehkhoda dictionary*, 2, Tehran: Tehran university publisher. (in persian)
24. Emami SH (2003). *Civil law*, 2, 10, Tehran: Eslamiyeh publisher, (in persin)
25. Esfahani MH. (1997). *hashiyat almakaseb*, 3, Tehran: Zave Al Qorba publisher. (in arabic)
26. Fahd Abū Ḥadrāʾ (2012). *Qamoos Al Majmaa*, 1, Algeria: Dar Al Hoda publisher. (in arabic)
27. Fayz Kashani M. (1981). *Mafatih Ash-Shara'i*, 3, Qom. (in Arabic)
28. Fazel Abi. (1998). *Kashf al-Romouz*, 1, Qom: Jameeh Modaressin publisher. (in arabic)
29. Gilani Najafi Rashti MH. Al-Ghasb, 2, (in Arabic)

- 30.Habiba S. (2015). "Critical inquiry into the reasons why the mortgage is necessary", *Studies of Islamic jurisprudence and law*, Vol.12, pp.65-96. (in persin)
- 31.Hakim SM.(1992). Nahj al-Feqaha, 1, 22 Bahman publisher, Qom(in Arabic)
- 32.Ibn Abi Jumhur al-Ahsa'i. (1989). *Al-aqtab al-faqih*, 1, Qom: Ayatollah Marashi Najafi Library, (in arabic)
- 33.Ibn Idris al-Hilli. (1990). *Al Saraer*, 2, Qom: Islamiyah publisher. (in arabic)
- 34.Ibn Rushd (Averroes). (1994). *Badayata Al-Mujtahid wa Nahayat Al-Muqtasid*, 1, Qom: Dar Al Fekr publisher. (in arabic)
- 35.Ibn Zohreh Halabi. (1996). *Qanie Nozo Eli Elmi al-osul al-furu*, 1, Qom: Islamiyah publisher. (in arabic)
- 36.Jamalizadeh A (2001). *Jurisprudential review of insurance contract*, 1, Qom: Boostan publisher. (in persin)
- 37.Javadi Amoli A. (1985). al-salat, 1, Islamiyah publisher, Qom(in arabic)
- 38.Jaziri AA. (2010). *AL-FIQH 'ALA AL-MADHAHIB AL-ARBA'A*, Beirut: dar ibn hazm. (in Arabic)
- 39.Karimi A. (2016). "Mortgage of debt", *Journal of Law and Political Science*, Tehran University, Vol.38, pp.19-42. (in persin)
- 40.Mafi H, Falah M. (2013). "Documentary and Guarantee Characteristics of Guaranteed Documentary Validity in International Trade Law", *Comparative Law Research*, Vol.17, No.2, pp.143-166. (in persin)
- 41.Makarem Shirazi N. (1995). *Tafsir Nemooneh*, Tehran: Dar Al Kutub Al Islamiyah publisher. (in persin)
- 42.Motahhari M. (1985). *Bank insurance usury*, Tehran: Sadra publisher. (in persin)
- 43.Montazeri HA. (1994). *al-makasib al-muharrama*, Qom: Tafakor publisher. (in Arabic)
- 44.mousavi bojnordi M,(1940). *Al Qawaaid al Fiqhiyyah*, 1, Hadi publisher, Qom(in Arabic)
- 45.Mousavi Bojnordi SM.(1996). The role of the prehension in the mortgage contract", *Fiqh of Ahl al-Bayt*, Vol.3, pp.189-206. (in Arabic)
- 46.Mousavi Khomeini SR. (2000). *Tahrir al-Wasilah* ,4 , Qom: Dar Al ilm publisher, (in Arabic)
- 47.Mousavi Khomeini SR. (1989). *Al-Bei* ,4 , Qom: Esmaelian publisher. (in Arabic)
- 48.Nahhas AJ. (1988). *Maani Al-Quran* ,1 ,Umm Al Qura, Saudi Arabia.(in arabic)
- 49.Naini Gharavi MH. (1994). *Munyat at-Talib fi Sharh al-Makasib*, 1, Qom: Maktaba al-Mohammadieh, (in arabic)
- 50.Najafi MH. (1981). *Jawahir al-kalam*, 7, Beirut: Dar ihya al turath al arabi, (in Arabic)
- 51.Nili F, Alavi M. (2004). "The effect of contract guarantee on economic performance", *Proceedings of the 13th Annual Conference on Monetary and Foreign Exchange Policy*, pp.355-390. (in persin)
- 52.Pilvar R. (2015). "The concept of intellectual property in property law and its status", *Studies of Islamic jurisprudence and law*, Vol.12, pp.7-40. (in persin)

53. Qudamah A. al mughni, Dar Alkitab Al Arabi, Beirut (in Arabic)
54. Sabiq S. (1997). Fiqh-us-Sunnah, 1, Dar Al Fekr, Beirut (in Arabic)
55. Sadeghi M. (2016). "A Study of the General Rules Governing Certified Guarantee Agreements in International Trade with a Look at Iranian Law", *Journal of Commerce*, Vol.79, pp.177-195. (in persin)
56. Shaykh Tusi M. (1961). *Al-Nahayat fi Mojarrad al-Fiqh va al-Fatawi*, 1, Qom: Mohammadi publisher, (in Arabic)
57. Shaykh Tusi M. (2008). *Al-Mabsut fi fiqh al-Imamiyya*, 1, Qom: Maktaba al-Mortazavi. (in arabic)
58. Shaykh Tusi M. (1988). *Al-Tibyan fi tafsir al-Qur'an*, 1, Maktab al-Alam al-Islami. (in Arabic)
59. Shaykh Noori F. (1993). *rule of zeman ala-l-yad*, 1, Islamiyah publisher. (in Arabic)
60. Shaykh Tabarsi F. (1994). *Tafsir Majma' al-Bayan*, 1, Beirut: Ala Alami lil matbouat. (in Arabic)
61. Soltani M, Hazaveh H. (2012). "Nature and legal rules of stock authentication", *Stock Exchange*, pp.141-161. (in persin)
62. Tabatabaei SA. (1997). *Riyadh al-Masail fi Tahqiq al-Ahkam bi al-Dalail*, 1, Qom: AAulbayt. (in Arabic)
63. Tabatabaei SMH. (1995). *Al-Mizan fi tafsir al-Qur'an*, 5, Qom: Islamiyah publisher. (in Arabic)
64. Tabatabaei Yazdi SK. (1988). *Al-Orvat al-Vosqa*, 2, Beirut: Ala Alami lil matbouat. (in Arabic)
65. Tabatabaei Yazdi SK. (1991). *hashiyat almakaseb*, 4, Qom: Ismaeilian publisher, (in Arabic)
66. Zayn al-Din Bin Ali. (1996). *Tahrir Al Rouza Fi Sharh Al-Loma*, 1, Qom: Taha publisher . (in Arabic)
67. Zayn al-Din Bin Ali. (1993). *Masalik al-afham ila tanqih shara'i ' al-Islam*, 1, Qom: Al Maaref Al Islamiyah, (in Arabic)