

نظریه توثیق و تضمینات بانکی در حقوق افغانستان

دکتر جلیل فنواتی^۱

یزدانعلی راسخ^۲

۱- دانشیار دانشکده حقوق پردیس فارابی دانشگاه تهران

۲- دانشجوی دکتری حقوق خصوصی پردیس فارابی دانشگاه تهران

چکیده

تضمین در نظام بانکی از موضوعات بسیار مهم در ارائه تسهیلات و وصول آن می‌باشد. تحول در نظام حقوقی و اقتصادی کشورها، نظام حقوقی آنها را نیز متحول نموده، مفهوم اموالی که به عنوان وثیقه مورد پذیرش قرار می‌گیرد نیز متحول شده است. با توجه به تغییر در مفهوم مال و متنوع شدن شیوه‌های استیثاق، هدف از تحقیق حاضر تبیین نظریه عام توثیق، یعنی بیان ضوابط مشترک و در عین حال کاربست آن در قراردادهای تضمین و توثیق بانکی است. داده‌های پژوهش حاضر به روش اسنادی و کتابخانه‌ای بدست آمده و به نحو توصیفی - تحلیلی پردازش و نتیجه‌گیری شده است. مسئله‌ی اصلی در این تحقیق این است که آیا امکان ارائه اصول و قواعد کلی که بر تضمینات بانکی حاکم باشد وجود دارد یا خیر؟. یعنی می‌توان اصولی را تعریف نمود که بر جمیع وثایقی که بانکها می‌پذیرد حاکم باشد. اموالی که بانکها به عنوان وثیقه می‌پذیرد، اموال ملموس و عینی یا اموال غیر ملموس (غیر عینی) است.

نظریه توثیق تبیین‌کننده ضوابط و اصولی است که بر جمیع وثایق بانکی حاکم است. قوانین افغانستان اموال را به منقول و غیر منقول تقسیم و از مطالعه آن قوانین بدست می‌آید که اموال عینی مثل زمین، زیور آلات و اموال غیر عینی (غیر ملموس) مانند حسابات قابل حصول و اسناد تجاری قابلیت توثیق را دارد. بیع جایزی و نهاد رهن از جمله مصادیق توثیق بانکی هستند که اصول مشترکی بر آنها نیز حاکم است.

واژگان کلیدی: وثیقه، نظریه توثیق، تضمین، اموال منقول، اموال غیر منقول، رهن، بیع جایزی.

مقدمه:

با توجه به مخاطرات ناشی از سرمایه گذاری و اعطای وام و اعتبار، به منظور پوشش بخشی از خطرات ناشی از این قبیل فعالیت ها، از وثیقه استفاده می شود. اما از آن جایی که وثیقه اقسام متنوع و متعددی دارد و گاه برای هر کدام قواعد و احکام جداگانه‌ای در نظر گرفته می شود، از این رو، نهادهای بین المللی نیز تلاش کردند، تا نظام واحد و منسجم حقوقی را ارائه نمایند. نظام‌های حقوقی کشورها نیز در این زمینه کم و بیش دچار تحول و پیشرفت‌هایی شده اند. کشور افغانستان نیز از این قافله عقب نمانده، قوانین و مقرراتی را برای ارائه تسهیلات و روش توثیق، به تصویب رسانده است. با توجه به گسترش دامنه اموال قابل توثیق و نیز آثار و احکام متنوعی که در وثیقه وجود دارد و نیز اهمیت وثیقه های بانکی، مسئله اصلی این تحقیق، به امکان ارائه قواعد کلی و مشترک توثیق در تسهیلات بانکی، اختصاص دارد. یعنی آیا می توان ضوابط و قواعد عمومی که حاکم بر تمام وثایق بانکی باشد تعریف نمود؟ چون در عصر حاضر دامنه‌ی اموال قابل توثیق گسترش یافته، حتی اموالی که قابلیت لمس را نداشته و فقط در حد اعتبار نمود پیدا کرده است، قابلیت توثیق را دارد. لذا اموالی که عین نیستند و فقط قانون به آنها اعتبار داده مثل اموال عینی، تابع ضوابط و اصول کلی قرار می‌گیرند.

در مورد وثایق بانکی و ارائه قواعد کلی تاکنون تحقیقی بطور مشخص صورت نگرفته، گرچند تحقیقاتی در مورد وثایق عینی صورت گرفته اما در مورد اموالی که به صورت عام وثیقه بانکی را تشکیل می‌دهد انجام نشده است. لذا لازم است تا در این زمینه نیز پژوهشی انجام و قواعد کلی که حاکم بر تمام وثایق بانکی باشد ارائه شود. ارائه اصول کلی باعث می‌شود که نقاط اشتراک همه اموال قابل توثیق در چند اصل خلاصه شود. بدین ترتیب، امکان تفسیر مناسب و نیز مطالعه اقسام وثیقه ها ذیل نظریه عمومی و قواعد مشترک فراهم می‌شود و ضمن حل مشکلات اجرایی، از تفسیرهای اشتباه نیز جلوگیری می‌شود.

این پژوهش با گردآوری اطلاعات به شیوه اسنادی و کتابخانه‌ی و تبیین آن به صورت تحلیلی و توصیفی، تلاش دارد قواعد و اصول مشترک را در قلمرو وثیقه های بانکی بررسی کند. از این رو، نخست نظریه توثیق و اصولی کلی مورد بحث قرار خواهد گرفت. ثانیاً اموالی که قابلیت توثیق در نظام بانکی افغانستان را دارد مورد بررسی قرار می‌گیرد؛ ثالثاً نهادهای بیع جایزی و عقد رهن که از مصداق‌های وثایق بانکی می‌باشد تبیین خواهد شد.

مفهوم وثیقه و نظریه توثیق

از آن جا که مفهوم وثیقه و نظریه توثیق از مفاهیم کلیدی پژوهش حاضر می‌باشد لازم است این دو واژه مختصراً توضیح داده شود.

۱- مفهوم وثیقه و توثیق

وثیقه از صیغه‌ی مؤنثِ فعیل از ریشه «وثق» گرفته شده و به معنی دلیل، سند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۷۴۰) رهینه و استواری عهد و پیمان است، به مستندات نوشته‌ای که امور تصرفات، انتقالات و معاملات با آن مستوثق، محکم و استوار می‌شود نیز وثیقه گفته می‌شود (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸: ۲۱۱۵). بنابراین، وثیقه رابطه حقوقی میان بستانکار و مال است که به موجب آن، بستانکار از طریق مال موضوع وثیقه وصول مطالبات خویش را در حصار اطمینان قرار می‌دهد زمانی می‌توان یک رابطه حقوقی را وثیقه دانست که در نتیجه آن اطمینان به پرداخت دین و یا به تعبیر دیگری اطمینان به عدم هدر رفتن مال ایجاد گردد.

توثیق، مصدر ثلاثی مزید از باب تفعیل است و ریشه آن واژه وُثق می‌باشد. در لغت به معنای محکم کردن، استوار کردن (عمید، ۱۳۷۴: ۵، ۷۴۸) عهد کردن و ایجاد اطمینان آمده است (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۵۱۴، ق، ۲۱۳) برخی دیگر از لغویون توثیق را به معنای بستن و محکم کردن با ریسمان دانسته و معتقد اند نتیجه توثیق ایجاد اعتماد و اطمینان کامل می‌باشد (واسطی، ۱۴۱۴: ق، ۸۳) و در اصطلاح، توثیق مجموع وسائلی است که در صورت تعدّر بدهکار از پرداخت دین، به استیفای دین منجر می‌شود (الهللیل، ۲۰۱۵، ص ۲۲) و در حقیقت، به معنای اطمینان آور کردن واستحکام بخشیدن امری است، که در اینجا نیز بیشتر همین مفهوم مطمح نظر می‌باشد.

۲- مفهوم نظریه توثیق

نظریه واژه عربی است که بر گرفته از «نظر» بوده و در لغت به معنای تأمیل الشی بالعين، یعنی رویت چیزی با چشم می‌باشد (ندیم مرعشلی، ۱۹۷۴: ۵۸۳) در اصطلاح نظریه به معنای مجموعه‌ای از آرا و عقایدی است که در کنار هم جمع می‌گردد تا به عنوان مقدمه، نتایجی را اثبات نمایند. در فقه و حقوق به معنی نگرش اولیه مبتنی بر حدس و گمان است که هنوز به اثبات نرسیده باشد (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸: ج ۳، ۲۰۶۶). منظور از نظریه عمومی وثیقه نیز آن است. مجموعه‌ای از قواعد و ضوابط و احکام مشترک بین اقسام وثیقه‌ها وجود دارد که می‌تواند تحت عنوان قواعد عمومی حاکم بر وثیقه و مبانی حاکم بر آن، به صورت کاملاً منسجم و هدفمند مورد توجه قرار گیرد. شناسایی و پذیرش این قواعد مشترک، می‌تواند در حل مسائل متعددی کمک کند و در هر مورد راه حل مناسب را پیش روی ما قرار دهد. انسجام بخشی به احکام و آثاری که از وثیقه ناشی می‌شود از دیگر اوصاف و آثار نظریه عمومی وثیقه است که در هر دو قسم وثیقه، اعم از وثیقه عینی و وثیقه شخصی جاری خواهد بود. بنابراین، نظریه عمومی وثیقه با ارائه مبانی و ملاک‌ها می‌تواند در کنار سایر ادله راه را برای استنباط احکام مناسب، به روز و راهگشا و حل مشکلات عملی و اجرایی فراهم کند و از جزئی‌نگری در استنباط از قوانین و اشتباه در تفسیر جلوگیری کند (مبلغی، ۱۳۹۰، ص ۱۲۰). بعلاوه، نتیجه پذیرش وجود نظریه عمومی توثیق، از جمله این

است که اراده آزاد افراد با استفاده از ابزارهایی چون اصل آزادی قراردادی، می تواند قالبهای توثیقی نوینی را خلق کرده و یا عناوین توثیقی موجود را مورد تعدیل قرار داده و بدین ترتیب نیازهای وثیقه‌ای خویش را برطرف سازند. با این حال اصولاً مقررات یکسانی بر اقسام و وثایق حکمفرما بوده و آثار و نتایج واحدی از آن به دست می آید که در ادامه بررسی می شود.

اصول کلی توثیق

تمام اموالی که به عنوان وثیقه، در نزد داین، مرتهن و یا ارائه کننده تسهیلات گذاشته می‌شود، تابع چند قاعده یا اصول عام هستند.

۱- اصل استیثاق

استیثاق مصدر باب استفعال و از ریشه واژه «وُثِقَ» به معنای امین داشتن، مورد وثوق دانستن، اطمینان کردن، وثیقه گرفتن از کسی و استوار کردن طلب را گویند (انصاری و طاهری، پیشین، ج: ۱، ۲۷۰). بنابر معنای لغوی این واژه، استیثاق به معنی اطمینان، استحکام و استواری طلب است. لذا وثیقه از معنی لفظی خویش دور نمانده و بیان کننده این مفهوم است که وثیقه، درنهایت باید منتج به وثوق و اطمینان در پرداخت دین (موسوی بجنوردی، ۱۱: ۱۳۷۷، محلی، ۴۰: ۵۱۳۹۶) و طلب شده و از عدم وصول شدن دین جلوگیری نماید.

بر اساس این اصل، وثیقه وسیله‌ی استحکام و حمایت از پرداخت دین می‌باشد. گرچند وثیقه ابزاری برای پرداخت دین نیست اما پشتوانه‌ای جهت حمایت از احتمال پرداخت دین می‌باشد. فقها از حقیقت رهن به ضرورت تحقق استیثاق توجه کرده و هرگونه توافقی که منافی این مفهوم باشد را مخالف با وثیقه حاصل از رهن دانسته اند، همچنان در برخی از نصوص شرعی (عاملی، بی‌تا: ۳۷۹) از رهن تعبیر به استیثاق مال شده که نشان دهنده نقش استیثاق در شکل‌گیری رهن می‌باشد. همین‌طور در وثایق شخصی نیز این اصل حاکم است و هدف‌گایی در آن تضمین و تحکیم دین می‌باشد (قنواتی، مسعودیان، ۴۱: ۵۱۳۹۶).

قوانین و مقررات افغانستان نیز از این اصل که باعث استحکام و تضمین دین می‌شود تبعیت نموده است. ماده ۱۶۶۵ قانون مدنی افغانستان از عقود یاد می‌نماید که دین را استحکام می‌بخشد: «عقود توثیق عبارت از عقود است که دین را تحکیم می‌بخشد...». همین‌طور ماده ۹ متحدالمال تضمین قروض بانکی نیز استیثاق اموال را به طور عام، به طریق تضمین ارائه داده و می‌گوید: «تضمین عبارت از مال منقول یا غیر منقول که از جانب مقروض جهت اطمینان دهی برای بازپرداخت قرضه با تکتانه آن...». در

قسمت اول، ماده ۷۱۰ در مجله الاحکام نیز آمده: «شرط است که مال در مقابل رهن، مضمون باشد»؛ همچنان در فقره اول و سوم ماده ۲ قانون رهن اموال منقول در معاملات بانکی و قانون رهن اموال غیر منقول در معاملات بانکی، هدف تدوین این قوانین را تضمین دین و قرارداد و تأمین اعتماد متقابل میان اشخاص ذی‌دخل در معامله بانکی دانسته است.

با تأمل به مواد فوق، چنین به دست می‌آید که تمام وثیقه‌های مورد توثیق، برای استحکام دین و اطمینان از وصول آن می‌باشد و تمام وثایق (اعم از عینی و غیر عینی) از اصل استیثاق تبعیت می‌نمایند و فلسفه وجود آنها تضمین و استحکام وصول دین می‌باشند، نه این‌که در ابتدای امر خودش برای وصول دین در نظر گرفته شده باشد. لذا وثیقه، گرو، رهن، تأمین، تضمین و ضمان و دیگر واژه‌ها که در متون قوانین مختلف به کار رفته است با همه تفاوت‌ها و اختلافات جزئی که از نظر قانونی وادبی دارند، در یک نکته مشترک‌اند و آن عبارت از این‌که همه آنها اشاره به میکانیسمی دارد که وصول دین را استحکام و مطمئن می‌نماید و همه آنها تابع اصل استیثاق هستند.

۲- اصل استقرار حق توثیقی بر مال و بدل آن

اصل مالیت وثیقه مبین امکان توثیق هر نوع مال اعم از اعتباری و عینی است. در گذشته مال مفهوم و مصداق خاص خویش را داشت که معمولاً شامل اشیائی مادی بودند، اما امروز با پیشرفت‌های گوناگون در حوزه تجارت، صنعت و فناوری، حقوق با طیف وسیع و جدیدی از اموال مواجه است که در مالیت آن‌ها تردیدی وجود ندارد، برخی از فقهای معاصر نیز مالیت آن‌ها را پذیرفته‌اند (موسوی خمینی، ۵۵: ۵۱۳۸۸، مکارم شیرازی، ۱۴۲۵ق: ۲۳-۲۴ و روحانی، ۱۶: ۱۳۷۶). چنانچه در بحث اسناد براتی بیشتر صاحب نظران حقوق تجارت معتقد‌اند که اسناد براتی نوعی مال محسوب می‌شود. به عنوان مثال می‌توان به نظریات اساتید حقوق تجارت اشاره کرد:

«اوراق بهادار نه تنها معرف حق هستند بلکه امروزه این حق با سند توأم شده و خود سند دارای ارزش مخصوصی می‌باشند به طوری که اوراق بهادار به طور مستقل صرف نظر از حقی که معرف آن هست مال منقول محسوب می‌شود...» (ستوده تهرانی، ۵۱۳۸۸: ۲۱۴). «برات حسب تعریف متضمن مبلغی پول است و در واقع نوعی مال است...» (اخلاقی، ۱۳۷۰: ۱۲۲). استاد دیگری نیز وثیقه را اصطلاحاً نوعی مال تلقی نموده است (مشهدی، ۱۵: ۵۱۳۹۷). ممکن است اوراقی، حاکی از یک واقعیت باشد، واقعیتی که به عنوان یک طلب و مال به حساب می‌آید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۶۵۸)؛ به فرض اگر اوراق قرضه را

۱ - در ماده ۷۱۰ مجله الاحکام آمده: «بشرط آن‌یکون مقابل الرهن مالاً مضموناً، فیجوز أخذ الرهن لأجل مال مغضوب، و لا یصح أخذ الرهن لأجل مال الأمانة».

به عنوان ورقه‌ای که حاکی از یک واقعیت است، در نظر گرفته شود، می‌توان به عنوان بدل مال چون حاکی از یک واقعیت است به عنوان وثیقه، نزد موسسات مالی توثیق نمود.

لذا به عنوان یک قاعده کلی می‌توان گفت آنچه که قابلیت مبادله، انتقال، تعیین و تقویم شدن را دارد، می‌تواند به عنوان مال و یا بدل مال مورد وثیقه قرار بگیرد و حق توثیقی بر آن استقرار یابد.

۳- اصل تبعیت از دین

یکی از اصول کلی در مورد وثایق، اصل تابع بودن نسبت به دین می‌باشد. بدین توضیح که تحقق حق توثیقی تابع دینی است که که مورد توثیق قرار می‌گیرد و تصور آن بدون وجود دین ممکن نیست. این امر نه به خاطر حکم شرع و حکم قانون گذار که به خاطر نهفته بودن مفهوم تبعیت در نهاد توثیق است؛ تا جایی که عرف و عقلا، وثیقه گرفتن برای حق ناموجود را امری ناپسند می‌دانند و معتقد اند که حق معدوم غیر قابل توثیق می‌باشد.

عقد توثیقی هم به تبعیت از وجود یک رابطه‌ی دینی ایجاد می‌شود. باید حق دینی وجود داشته باشد تا برای توثیق و حصول اطمینان صاحب این حق (طلبکار) عقد توثیق ایجاد شود. با انعقاد عقد توثیق نوعی از حق عینی تبعی نسبت به مال مورد توثیق برای وثیقه گیر به وجود می‌آید (صفری و یوسف زاده، ۱۳۹۱: ۸۰). به همین علت است که بعضی بر این نظر می‌باشد که وجود دین، قبل از عقد توثیق، لازم و ضروری می‌باشد (طاهری، بی‌تا، ۵۲۳). بعضی فقهای حنفی وجود دین قبلی را ضروری ندانسته و صرف انعقاد عقد توثیقی و ایجاد دین به تبع عقد را کافی دانسته است (بلخی و همکاران، ۱۳۱۰ق: ۴۳۴). لذا برای این که حق توثیقی ایجاد شود باید دینی به میان آید تا چنین حقی ایجاد شود، ممکن است دین ایجاد شده به مرور زمان شکل بگیرد و یا آنی و فوری باشد، آنچه مهم است اشتغال ذمه در مقابل ارائه وثیقه می‌باشد.

۴- اصل توثیق اموال مدیون و غیر مدیون

همان‌طور که در اصل قبلی اشاره شد، توثیق به تبعیت از دین ایجاد می‌شود، مالی که به عنوان وثیقه و برای توثیق معرفی می‌شود ممکن است متعلق به مدیون و یا اشخاص و افراد دیگر به غیر از مدیون باشد. رهن تبرع (موسسه دایرة المعارف اسلامی، ۱۳۸۵: ۲۰۸) می‌تواند نمونه‌ی خوبی از این نوع وثیقه باشد، که شخص دیگر به جای مدیون حاضر است مال خویش را به عنوان وثیقه برای وصول دین داین به وثیقه بگذارد. رهن مستعار نیز نمونه‌ای دیگر از وثایقی است که از جمله اموال مدیون به شمار نمی‌رود، در حقیقت مال مورد توثیق از جمله اموال عاریت دهنده بوده، و وثیقه دین مدیون قرار گرفته است. چنانچه فقها نیز از این نوع وثیقه‌ها یاد نموده اند (بلخی و همکاران، همان: ۴۳۲ و علامه حلی، ۱۴۱۰ق: ۲۱۸؛ علامه حلی، ۱۳۷۴: ۲۱۸). قانون مدنی افغانستان هم از وثایقی صحبت می‌نماید که

۱ - (وَكَذَلِكَ يَجُوزُ رَهْنُ مَالِ الْغَيْرِ بِإِذْنِهِ كَمَا لَوْ اسْتَعَارَ شَيْئًا مِنْ إِنْسَانٍ لِزِيْرَهُنَّهٗ ...)

متعلق به مدیون نبوده بلکه متعلق به شخصی غیر از مدیون می‌باشد. در ماده ۱۸۲۴ قانون متذکره آمده است که: «مدیون می‌تواند مال غیر را به عاریت گرفته و به اجازه او آن را به رهن بدهد...».

بر اساس این اصل لازم نیست که مال مورد توثیق باید و شاید متعلق به مدیون بوده باشد تا بتواند به عنوان وثیقه نزد وثیقه گیر، استیثاق شود. آنچه مهم است، معرفی و تعیین مال برای استیثاق است، تا بتوان دین را از خود آن مال، نمائات حاصله و یا از حاصل فروش آن وصول نمود.

۵- اصل تعدد وثیقه

وثائقی که بانک‌ها برای ارائه تسهیلات به عنوان تضمین قبول می‌نماید و قالب‌هایی که برای توثیق آن اموال استفاده می‌شوند متعدد هستند. معمولاً قانون مدنی افغانستان و به تبع آن قوانین بانکی این کشور، اموال را به دو دسته تقسیم نموده است، اموال منقول و اموال غیر منقول. به لحاظ تقسیمات اموال به دو دسته، تضمینات بانکی نیز به دو دسته تقسیم شده است؛ تضمینات منقول و تضمینات غیر منقول. تنوع در وثیقه گذاری اموال یک اصل کلی است، مگر این که ارائه‌ی کننده تسهیلات شرطی خاصی را برای پذیرش تعیین کرده باشد. در متحدالمال تضمین قروض بانکی نیز تضمین‌های قابل پذیرش متنوع بوده از قبیل تضمین اموال عینی مانند زمین، خانه، دکان، زیورآلات، اموال غیر عینی مانند اسناد براتی، ضمانت‌نامه‌های بانکی، حسابات قابل حصول و غیره. اموال متذکره در قالب‌های مختلف از جمله رهن، حواله، کفالت، بیع جایزی و دیگر نهادهای توثیقی به وثیقه گذاشته می‌شود.

توثیق بانکی

برای اینکه بنگاه‌های اقتصادی بدون توقف به فعالیت خویش ادامه بدهند، نیاز هست تا ساز و کارهایی، بین بنگاه‌های تأمین کننده و بنگاه‌های فعال اقتصادی ایجاد شود که زمینه تأمین مالی بنگاه‌های اقتصادی و تضمین وصول اصل و فرع تسهیلات فراهم شود. تأمین مالی و تضمین وصول، زمانی از استحکام لازم بر خوردار می‌شود که نهادهای توثیق به شکل مطمئن و شفاف ترسیم شود، کشورهای اروپایی مثال خوبی، در این مورد هستند. چنانچه در اروپا بین سالهای ۱۹۹۲ الی ۲۰۰۲ تا ۳۶ درصد رشد تأمین وام مسکن وجود داشته است (Jose Luis Suarez, 2004:p3). در عصر حاضر بعضی موضوعات جدید یا به عرصه وجود نهاده است که در قالب هیچ یک از نهادهای سنتی نمی‌گنجد. همین طور در قانون مدنی افغانستان، اسناد تجاری در مفهوم عام از جمله موضوعاتی است که در قالب هیچ یک از نهاد سنتی همچون رهن، کفالت و حواله قرار نمی‌گیرد. مگر این که، نهاد های سنتی را تفسیر موسع نموده و موضوعات جدید را در قالب آن توجیه نمود.

در یک نظام معاملاتی مطلوب و قابل پذیرش، اجرای تعهدات قراردادی از طریق ساز و کارهای شفاف و قابل انعطاف «توثیق یا تضمین» انجام می‌پذیرد. در چنین ساختار، بدون در نظر داشت شخصیت طرفین، معامله به هدف اقتصادی آن از طریق ابزار مستحکم توثیق، انجام می‌شود.

رسیدن به چنین هدفی نیازمند نهادهای توثیقی پیشرفته است که با کارایی حقوقی - اقتصادی مناسب، بستر لازم را به‌منظور به سر انجام رسانیدن عقد فراهم نماید. لزوم وجود ساختارهای تضمینی کار آمد، کم و بیش، در تمام نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است (سیفی، ۱۳۹۳: ۶۲). در کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن لا نیز همین -طور است (Jacob J, Rabinowitz, 20013:p180). لذا نظام حقوقی افغانستان نیز در این مورد اقداماتی را انجام داده است.

ق.م.ا، عقود توثیقی را به چند نهاد سنتی از جمله، کفالت، حواله، رهن خلاصه کرده است. چنانچه در ماده ۱۶۶۵ ق.م.ا، آمده است که: «عقود توثیق عبارت از عقودیست که دین را تحکیم می‌بخشند و آن عبارت است از کفالت، حواله و رهن».

اما بانک مرکزی افغانستان متحدالمالی را در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۲ تصویب نموده و فصل جدیدی را در نظام توثیق بانکی افغانستان به وجود آورده است. چنانچه در فقره‌ی دهم ماده یک این متحد المال (متحد المال تضمین قروض بانکی)^۱، بیع جایزی و نهاد رهن را به عنوان قالب عقود توثیق، برای موسسات مالی معرفی نموده است.

اموالی که به عنوان وثیقه در معاملات بانکی افغانستان مورد پذیرش هست و بعضی مصداق‌هایی که در قوانین افغانستان برای توثیق پیش‌بینی شده، ذیلاً ارائه خواهد شد.

۱- توثیق اموال در معاملات بانکی

همانطوری که حقوق، جهان اعتبار و قرارداد است، اکثر این اعتبارات و قراردادها مرتبط با اموال و حقوق مالی است. حقوق مالی مفهومی اعتباری است که اشخاص در روابط خویش به عنوان یک ارزش پذیرفته‌اند. ارزشی که اشخاص به مال قائل است ممکن است عینیت خارجی داشته باشد و یا فقط در حد همان اعتبار و در هاله‌ای از تصور ذهنی باقی بماند. چون امروز دیگر مال از مفهوم عینی پا را فراتر گذاشته و وارد عالم مجاز نیز شده است. مانند بیت کوین (پول مجازی)، کارت اعتباری و غیره. اینکه اموال چیست که در معاملات بانکی مورد استفاده قرار می‌گیرد در ذیل به توضیح خواهیم پرداخت.

۱-۱ تعریف مال

۱ - متحد المال تضمین قروض بانکی، بانک مرکزی افغانستان مصوب تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۲.

منظور از مال چیزی هست که ارزش داشته، قابلیت تقویم به پول را داشته باشد و یا دارای ارزش مبادله اقتصادی و داد و ستد را داشته باشد، به طور خلاصه می‌توان گفت که مال، پدیده‌ای حقوقی است که قابلیت تملک را داشته باشد. بدین توضیح که اولاً: مال یک پدیده حقوقی است و هر پدیده‌ی حقوقی، هر نوع موجودی است که در عالم حقوق راه یافته و گاهی موضوعی است اعتباری، یعنی قانونگذار آن را اعتبار کرده است. به همین علت گاهی ممکن است موجودی را که به آن اعتبار بخشیده است، آن «اعتبار» داده شده را از آن سلب نماید مانند مواد مخدر و یا شراب تا زمانی که برای درمان کاربرد دارد مال محسوب می‌شود و زمانی هم که نیاز نباشد مال محسوب نمی‌شود. ثانیاً: مال، قابلیت تملک را دارد، بدین معنا که مالک، کامپیوتر یا ماشین خویش را استفاده نموده، اجاره دهد و یا به فروش برساند (پورسعید و داودی، ۱۳۹۲: ۱۲۶).

متحدالمال، مال را شیئی تعریف نموده است که قابلیت تملیک را داشته باشد. چنانچه در بند نخست ماده یک آمده است که: «مال شیء است که قابل تملیک بوده و مشتمل بر منقول و غیر منقول می‌باشد».

ق.م.ا، نیز مال را تعریف نموده، در ماده ۴۷۲ آمده که: «مال عبارت است از عین و یا حقی که نزد مردم قیمت مادی داشته باشد».

با توجه به تعریف فوق‌الذکر «مال» به چیزی گفته می‌شود که یا عین خارجی باشد مانند اجسام مادی مثل ماشین، ساختمان و غیره و یا هم حقی باشد که دارای ارزش مادی باشد مانند حق تألیف و حق اختراع، از جمله حقوقی است که امروزه مردم ارزش مادی به آن قائل و در مقابل آن حقی وجود دارد که فقط به شخص وابسته است و قابلیت انتقال و تقویم به پول یا شیء مادی دیگر را ندارد. مانند حق ابویت یا حق ولایت که وابسته به شخص است.

در ماده ۴۷۳ قانون متذکره آمده است که: «اشیائی که به مقتضای طبیعت و یا به حکم قانون مورد داد و ستد قرار گیرد، حقوق مالی بر آن مرتب شده می‌تواند». ماده اخیر الذکر گویای خصوصیت «قابلیت داد و ستد» مال را نشان می‌دهد.

در پایان، اگر بخواهیم تعریفی متفاوت‌تر و شاید هم بهتر ارائه دهیم، می‌توان گفت: «مال عبارت از عین و یا حقی که ارزش مادی داشته و قابلیت تملیک و معاوضه را داشته باشد».

تعریف فوق‌الذکر جامع و مانع‌تر از تعاریف ارائه شده خواهد بود، چون از جهتی اموالی را تحت پوشش قرار می‌دهد که عین خارجی است و از جهتی هم اموال را که عین خارجی نیست بلکه فقط در

دایره اعتبار، مال به حساب می‌آید (یعنی از جمله حقوق مالی است) پوشش می‌دهد. از جانبی هم قابلیت تملیک و یا اختصاص را در بردارد، همچنین بیان کننده امکان داد و ستد نیز می‌باشد.

ق.م.ا، در یک تقسیم بندی کلی اموال را به منقول و غیر منقول تقسیم نموده است. این که چرا قانون افغانستان اموال را به منقول و غیر منقول تقسیم نموده، بر می‌گردد به قانون مدنی مصر که از قانون فرانسه این تقسیم بندی را اقتباس کرده است. چنانچه در ماده ۵۱۶ قانون مدنی فرانسه آمده است که: «همه اموال منقول یا غیر منقول هستند» (ولویون، ۱۳۹۸: ۴۶).

در نظام حقوقی افغانستان علاوه بر قانون بانکی دو قانون خاص دیگر و متحدالمالی نیز در رابطه به معاملات و تضمینات بانکی وجود دارد. در آن قوانین و متحدالمال نیز اموال به دو دسته تقسیم شده است.

۱-۲ توثیق اموال منقول

برای تبیین اموال منقول، لازم است تعریفی که اساتید حقوق و قوانین افغانستان از وثیقه منقول ارائه داده به طور اختصار مورد اشاره قرار گیرد. یکی از اساتید حقوق در تعریف وثیقه منقول چنین نگاشته است: «وثیقه منقول آن است که، قابل نقل از محلی به محلی باشد بی آنکه به خود یا محل وقوع آن، نقض یا خرابی وارد گردد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۸۶۸). همین طور متفکر دیگری می‌گوید: «وثیقه منقول آن چیزی است که فعلیت بر حرکت و جابجایی داشته باشد». یعنی به محض اراده بر نقل و انتقال هیچ مانع فیزیکی و مادی در این خصوص وجود نداشته باشد (هنری، ۱۳۸۹: ۲۱).

قسمت دوم ماده ۴۷۸ ق.م.ا، نیز حاکی از تعریف اموال منقول است و چنین آمده: «عقار اشیایست که در اصل ثابت بوده حمل و نقل آن بدون تلف شدن غیر ممکن باشد، اشیایی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می‌شود». قانون رهن اموال منقول در معاملات بانکی، نیز اموال منقول را تعریف و تعیین نموده است. در فقرة ۱۲ ماده دوم ق.ر.ا.م.د.م.ب.ا. آمده است که: «مال منقول مالی است که انتقال آن بدون تجزیه و تغییر ماهیت و شکل، ممکن بوده و شامل عینی (اجناس) و غیر عینی (اسناد ملکیت، اسناد بهادار، حسابات نسبه، حق طبع و نشر، علامات تجارتي، حق الاختراع) می‌باشد». همین طور متحدالمال (بخشنامه)، د افغانستان بانک نیز تعریفی شبیه به ق.ر.ا.م.د.م.ب.ا. از اموال منقول کرده است، در بند دوم ماده اول آن آمده است: «مال منقول مالی است که انتقال آن بدون تجزیه، تغییر ماهیت و تغییر شکل ممکن بوده و شامل عینی (اجناس) و غیر عینی (اسناد ملکیت، حق طبع و نشر و غیره) می‌باشد.

با توجه تعاریف فوق‌الذکر ضابطه‌ی اصلی در تشخیص مال منقول و غیر منقول اعم از عین و دین، طبیعت اشیاء می‌باشد. طبیعت اشیاء اقتضا دارد که در یکی از تقسیم بندی اموال قرار بگیرد. مثلاً اموال غیر عینی مانند اسناد ملکیت، چک و برات و یا اموال عینی مانند کامپیوتر و کتاب، طبیعتاً ایجاب

می‌نماید که در صورت انتقال از جایی به جایی دیگر هیچ گونه تغییری در ماهیت و یا تخریبی در جایی از آن رو نما نگردد. لذا اموال منقول قابل توثیق، شامل اموال مادی و غیر مادی می‌شود.

فقره اول ماده ۲ ق.ر.ام.د.م.ب.، یکی از اهداف وضع این قانون را چنین تصریح می‌نماید: «تضمین دین و قراردادهای از طریق رهن اموال منقول...». لذا نوعی از اموال قابل توثیق در نظام بانکی افغانستان وثیقه‌های منقول هستند.

۱-۳ توثیق اموال غیر منقول

وثایق غیر منقول همان اموالی هستند که در ق.م.ا، به عنوان اموال غیر منقول تعریف شده است. ماده ۴۷۸ ق.م.ا. معرف اموال غیر منقول می‌باشد، این ماده معادل ماده ۸۲ قانون مدنی مصر است. ماده ۴۷۸ ق.م.ا. مشعر است: «عقار اشیایست که در اصل ثابت بوده حمل و نقل آن بدون تلف شدن غیر ممکن باشد. اشیائی که واجد این وصف نباشد اشیای منقول شناخته می‌شود».

ماده فوق الذکر بیانگر مالی است که قابلیت نقل و انتقال آن بدون تلف ممکن نبوده و فقط به همین مشخصه اکتفا نموده است. در حالی که ممکن است مالی از مکانی به مکان منتقل شود، اما در حین انتقال به خود مال و یا به محل آن آسیب وارد شود که در این زمینه ق.م.ا، تصریحی ندارد. اما متحد المال در ماده ۲ فقره ۲ و قانون رهن اموال غیر منقول در معاملات بانکی افغانستان، در فقره ۱۶ ماده سوم، این خلاء را پر نموده است. در فقره دوم ماده دوم متحد المال متذکره آمده است که: «تضمین غیر منقول عبارت از تضمینی است که قابلیت انتقال را نداشته و با انتقال آن تغییر در جنس یا شکل آن رو نما گردد. مانند خانه، زمین و غیره». تقریباً عین همین فقره در ماده سوم فقره ۱۶ ق.ر.ام.غ.م.د.م.ب.ا، پیش بینی شده است. ق.ر.ام.غ.م.د.م.ب.ا، و متحد المال فوق الذکر، نواقص تعریف ق.م.ا، را در زمینه‌ی اموال غیر منقول بر طرف کرده اند و قابلیت انتقال و عدم قابلیت انتقال را تنها به تلف و عدم تلف خلاصه نکرده است، بلکه توسعه بیشتر داده و موارد تغییر و نقص در شکل و فیزیک آن را نیز پیش بینی نموده است.

نهاد توثیق در تضمینات بانکی

نهاد توثیق در تضمینات بانکی افغانستان، در قوانین و مقررات مختلف، از یکپارچگی و اتفاق عبارات برخوردار نبوده و در قوانین و مقررات مختلف تحت عناوین متفاوت مطرح شده است.

۱ - ماده ۸۲ قانون مدنی مصر: «کل شی مستقر بحیزه، ثابت فیه، لایمکن نقله منه دون تلف فهو عقار، و کل ماعدا ذلک من شی فهو منقول».

۱- بیع و فاء

یکی از نهادهایی که در ق.م.ا، در عقود توثیقی کاربرد دارد، بیع و فاء می‌باشد. با وجود اینکه نهادی شبیه بیع و فاء در نظام حقوقی دیگر کشورها وجود دارد (J. E. Hogg, 2013, p206) و در بعضی نظام‌ها در اموال منقول قابل اعمال می‌باشد (stone, Harlan F, The, 2013, p534)، اما این نهاد توثیقی بیشتر در فقه عامه و به ویژه در فقه حنفی مورد توجه بوده است. علی‌رغم اینکه بیع و فاء در ق.م.ا، به عنوان یک بیع مستقل شناخته شده، تحت عناوین عقود توثیقی قرار ندارد ولی نظر به ماهیت آن، ویژگی توثیقی را دارا می‌باشد.

۱-۱ ماهیت بیع و فاء (بیع جایزی):

با توجه به اینکه مجله‌الاحکام یکی از منابع معتبر در تدوین قانون مدنی افغانستان می‌باشد، لازم است ابتدا بیع و فاء (مصرح در مجله‌الاحکام) و سپس تعریف قانون مدنی افغانستان مورد بررسی قرار گیرد.

بیع و فاء در ماده ۱۱۸ مجله‌چنین تعریف شده است: «بیع و فاء عبارت از بیعی است که در آن شرط گذاشته شده باشد که هرگاه بایع ثمن مبیعه را به مشتری بپردازد، مشتری مبیعه را به وی مسترد می‌نماید».

قانون گذار افغانستان در ماده ۱۱۳۶ قانون مدنی این کشور به تبعیت از فقه حنفی و نظریه واضعان مجله، بیع و فاء را زیر مجموعه‌ی عقد تملیکی آورده است و تصریح می‌دارد: «بیع و فاء عبارت است از داشتن حق استرداد مبیعه برای بایع و از ثمن برای مشتری».

بیع و فاء از جمله عقود است که مالکیت در آن به طور کامل انتقال نمی‌یابد، رهن زمین در انگلستان در دوران فتوئالی نیز بر همین منوال بوده و مالکیت به شکل نیمه، به مرتبه منتقل می‌شد (H. W. Chaplin, 2013, p6). نتیجه این است که بیع و فاء، ماهیت چند گانه دارد و عبارات فقهای مسلمان در خصوص تعریف آن، متفاوت می‌باشد. از میان مذاهب عامه، مذهب ابوحنفیه در مورد بیع و فاء بیشتر بحث نموده و احکام آن را مورد بررسی قرار داده است.

چنانکه فخرالدین، زبعلی، در کتاب «تبیین الحقایق شرح کنز الدقایق»، اقوال عمده را به چهار نظر خلاصه نموده است. (عثمان ابن علی، ۱۳۱۴ه: ۱۸۳) که در ذیل به طور اختصار توضیح خواهیم داد:

۱. بیع و فاء عقد فاسد و در حکم بیع مکره می‌باشد، به این توضیح که بیع و فاء با توجه به موجودیت شرط فسخ در بیع، از سوی عاقدین، یک عقد فاسد تلقی گردیده و نظر به حکم عقد فاسد (ماده ۶۲۶ ق.م.ا.ف) هر یک از طرفین عقد و یا ورثه آنها می‌تواند عقد را فسخ نماید. عمده ترین دلیل این عده از فقیهان، این است که: در بیع و فاء شرایط اساسی و ارکان

مهم عقد وجود دارد، نمی‌توان حکم به بطلان آن عقد نمود، اما نظر به اینکه شرط خلاف مقتضای عقد، که عبارت از شرط استرداد مبیع و ثمن می‌باشد، در عقد درج شده و در حکم عقود فاسد تلقی می‌شود. حکم عقود فاسد مانند حکم بیع مکره است (عثمان بن علی، همان: ۱۸۴) و (ماده ۵۶۰ ق، م، ا).

زیلعی این ایده را به امام ظهیرالدین مرغینانی از مشایخ بخاری، صدراالشهید حُسام الدین و صدر الاسعد تاج الاسلام احمد بن عبدالعزیز از فقهای متأخر حنفی نسبت داده است. قابل ذکر است که فقهای مالکی، حنبلی، و متقدمان شافعی و حنفی نیز قائل به همین نظر بوده‌اند. برخلاف فقهای حنفی، فقیهان مالکی، حنبلی و شافعی فرق بین عقد فاسد و باطل نگذاشته و هر دو را باطل دانسته است.

۲. بیع وفاء با اینکه در قالب بیع انعقاد یافته اما یک عقد رهنی و توثیقی است (بلخی، ۱۴۱۰ق: ۲۰۹). برخی از فقهای حنفی مانند سید امام ابو شجاع و امام قاضی حسن ماتردی، بیع وفاء را در حکم رهن دانسته‌اند. هر چند با الفاظی غیر از رهن انعقاد یافته باشد، زیرا معمولاً از عقد متذکره برای وثیقه‌ای دینی استفاده می‌شود و قصد واقعی طرفین عقد، انتقال مالکیت نیست. چون گاهی بیع مذکور به قیمتی کمتر از قیمت واقعی آن منعقد می‌شود. لذا آنچه که اهمیت دارد قصد واقعی طرفین عقد است نه الفاظ و عباراتی که استعمال می‌نماید. می‌توان اظهار داشت که بیع وفاء در واقع امر، حکم عقد رهن را داشته و تحت هیچ شرایطی برای مشتری حق مالکیت ایجاد نمی‌کند (شیرازی، بی تا، ص ۹۳).

۳. جمعی از فقیهان، بیع وفاء را با توجه به این که در انعقاد عقد بیع قصد واقعی وجود ندارد، به عقد هازل قیاس کرده است و مطلقاً حکم به بطلان آن نموده است.

۴. جمع دیگری از فقهای سمرقندی از جمله علامه نجم الدین نسفی و برخی از فقهای شافعی (الشربینی الشافعی، ۱۴۱۵ق: ۳۵۲) بیع وفا را بیعی مشروع دانسته است و مانند سایر عقود تملیکی برای مشتری می‌تواند افاده مالکیت نماید.

در فقه امامیه نامی از بیع وفاء به میان نیامده است. اما معادل آن بیع شرط و خيار شرط است که از جهاتی مختلف با بیع وفاء شباهت دارد. زیرا در کتب فقهی امامیه، معمولاً سه نوع خيار آمده است، یکی خيار مجلس، یعنی این که هریک از طرفین تا زمانی که از همدیگر جدا نشده حق فسخ معامله و عقد را داشته باشد. دوم این که در عقد شرط کنند که هیچ نوع خياری وجود نداشته باشد. سوم این که در عقد مدت زمان مشخصی را قرار دهد که در این مدت هر دو طرف حق خيار داشته باشند. به رغم دسته بندی‌های سه گانه، آنچه در مورد بیع الخيار ذکر شده و از متقدمان و متأخران این مذهب نقل شده، تنها یکی از انواع سه گانه متذکره یعنی همان نوع سوم است. از این رو، منابع کهن و جدید فقه ضمن تجویز این بیع، تعریف واحدی برای بیع الخيار ارائه داده است. علامه در تذکره ضمن جایز دانستن، چنین تعریف نموده است: «

بیع الخیار عبارت است از این که کسی ملکی یا چیزی را به کسی بفروشد و برای خود مدتی، یک سال یا بیشتر و یا کمتر، خیار قرار دهد، به این معنی که هرگاه در طی این مدت ثمن را به خریدار بازگرداند خود سزاوارتر به بیع باشد، و چنانچه در طی این مدت ثمن را بازنگرداند خیار وی ساقط شود و بیع برای خریدار لازم میگردد» (حلی، پیشین: ۵۹، انصاری، ۱۴۱۵ق: ۲۷).

دلایل عمده، به مفهوم خاص که بر صحت و جواز بیع الخیار دلالت دارد، اجماع یا اتفاق علما (علامه حلی، همان: ۶۰؛ عو عاملی، بی تا: ۵۶۵) و عمومات بیع همانند آیه «إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» و آیه «وأحل الله البيع» قاعده شروط و یا عمومات شروط، و روایات خاص پیرامون جواز این بیع که از جانب اسحاق بن عماره، معاویه بن میسره، سعید بن یسار و ابو حارود از امام صادق (ع) پیشوای بزرگ این مذهب نقل شده است. (صابری، ۱۳۸۶: ۹۷-۱۰۲).

علاوه به آنچه گفته شد، در مورد حکم بیع و فاء اقوال دیگری نیز نقل شده که قائل به ترکیبی از بیع صحیح، بیع فاسد و عقد رهن است. از لحاظ برخورداری مشتری از حق انتفاع به بیع صحیح شباهت دارد، از لحاظ شرط استرداد مبیع به بیع فاسد شباهت دارد، چون شرط مذکور خلاف مقتضای بیع و مفسد آن است، از اینکه مشتری تعهدی به فسخ بیع نموده و از حق فروش مبیع برخوردار نمی باشد به رهن شباهت دارد. باتوجه به آنچه بیان شد، نمی توان به طور قطعی عقد مذکور را منوط به یکی از قالب های متذکره نمود (باوردی، ۱۴۳۳ق: ۷۵-۷۸).

با توجه به اقوال فوق الذکر، واضعان «مجله الاحکام» از نظر اخیر پیروی نموده است. همانطور که قبلاً گفته شد، یکی از منابع مورد استفاده در وقت تدوین ق.م.ا، مجله بوده است. مجله متذکره در آن زمان بحیث قانون مورد اعمال دولت عثمانی بوده که نهاد بیع و فاء را نیز با همان تعبیر سه گانه تصریح نموده است.

با آنکه بیع و فاء در قوانین افغانستان به اسامی متفاوت به کار رفته است، اما تمام آن عبارات مبین یک مفهوم و هدف می باشد و آن استحکام دین و قابلیت وصول شدن آن است، که جز از راه توثیق و وثیقه گذاری قابل تأمین نیست و اصولی که قبلاً بیان شد بر بیع جایزی نیز حاکم است. در اینکه دینی از قبل موجود باشد یا خیر بین فقها اختلاف نظر وجود دارد (محمدی، ۱۳۹۷: ۳۱) زیعلی از فقهای مشهور حنفی شرط دانسته (زیعلی، پیشین: ۱۸۳ و ابن عابدین، ۱۹۹۲م: ۲۷۶) اما قاضی خان و ابن نجیم از دیگر فقهای حنفی، وجود دین قبلی را شرط ندانسته است (بلخی نظام الدین و همکاران، پیشین: ۴۳۴)، که نظریه اخیر با شرایط فعلی موجه تر است، چون اغلب مواقع، وقتی مؤسسات مالی، اقدام به ارائه تسهیلات می نماید نیازی نیست که دینی از قبل بر مشتری داشته باشد. بیع جایزی در بند ۱۰ ماده یک متحدالمال چنین

آمده: «بیع جایزی عبارت از واگذاری و انتقال موقت مالکیت تضمین به قرضه دهنده الی موعده بازپردخت / تصفیه کامل قرضه و یا اعتبار اعطا شده با تکتانه آن از طریق روند قانونی است...».

۲- عقد رهن

مطابق نظام حقوقی افغانستان رهن از جمله نهاد توثیقی و زیر مجموعه‌ی عقود توثیقی بوده و منظور از انعقاد عقد رهن، تضمین و استحکام طلب بستانکار می‌باشد.

۲-۱ ماهیت عقد رهن

رهن در لغت به معنای ثبات و دوام آمده است (دلشاد، ۱۳۹۵: ۱۸). گرو (معین، ۱۳۸۸: ۶۰۰ عمید، ۱۳۶۲ه، ۱۰۷۸) حبس و لزوم نیز به معنای رهن آمده است. چنانچه برخی گفته اند در آیه شریفه «كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ»^۱ به معنی این که هر کس در گرو دست آورد (عملکرد) خویش است، رهن به همین معنی استعمال گردیده است (مغنیه، ۱۴۲۱ق، ۲۳).

رهن در اصطلاح حقوقی به این معناست که بدهکار، مال را نزد طلبکار وثیقه می‌گذارد تا در صورت عدم تأدیه‌ی دین از جانب مدیون، طلبکار بتواند از آن مال توثیق شده، طلب خویش را وصول نماید.

رهن که یک عقد توثیقی است موجب می‌شود تا طلب طلبکار مستحکم و استوار گردد و طلبکار از وصول طلب خویش اطمینان حاصل نماید. در مورد ماهیت رهن بین فقها اختلاف نظر وجود دارد، بعضی عقد رهن را یک عقد تبرعی و عینی دانسته (زحیلی، ۱۴۰۵ق: ۲۰۸ و ابن عابدین، همان: ۴۷۸) و استدلال می‌نمایند که زیرا رهن مالی را بدون ثمن به مرتهن می‌دهد و از طرف دیگر جز با تسلیم تمام نمی‌شود. لذا از جمله عقود تبرعی و عینی است.^۲

فقها با وجود اینکه در تعابیر اختلاف نظر دارند اما در مفهوم اینکه رهن، وثیقه‌ی دین و برای استواری و استحکام دین است اتفاق نظر دارند (زحیلی، پیشین: ۶۲) یعنی حق حبس شیء برای استیفای دین؛ (ابن عابد، پیشین: ۴۷۸)؛ الرهن شُرْعٌ لِلْاِسْتِثْقَاءِ عَلَى الدَّيْنِ (حلی، پیشین، ج سیزدهم: ۸۷)؛ فهو وثیقه الدین (نجفی، ۱۴۲۲ق: ۱) از معانی فقها چنین معلوم می‌شود که رهن، وثیقه‌ای برای طلبکاران تلقی می‌گردد.

۱ - آیه ۳۸۸ سوره مبارکه المذثر.

۲ - «الرهن عقد من عقود التبرع...».

گر چند ق.م.ا، رهن را بطور خاص تعریف نکرده، بلکه متوسل به تعریف رهن حیازی و رهن رسمی شده است. اما مجله‌در ماده ۷۰۱ تعریفی از رهن ارائه داده که قرار ذیل است: «الرهن: حبس مال و توقیفه فی مقابل حق یکن استیفاوه منه و یسمی ذلک المال مرهوناً و رهنأ» با اینکه در خصوص جواز عقد رهن بعضی ادعای اجماع نموده (زحیلی، پیشین: ۴۲۱۰) اما قانون مدنی در خصوص جواز و لزوم عقد رهن، تصریح خاصی نکرده، اما از سیاق مواد مندرج در قانون مدنی می‌توان ماهیت دوگانه عقد رهن را دریافت. فقره اول ماده ۱۷۷۳ حاکی از لزومیت عقد رهن است: «برای صحت و لزوم رهن شرط است که مرهونه را رهن گیرنده بصورت تام قبض نماید». و جایز بودن عقد رهن را می‌توان از بند دوم ماده ۱۸۰۲ استنباط نمود. یکی از شروط انقضای رهن حیازی انصراف صریح یا ضمنی داین رهن گیرنده از حق رهن است. همین‌طور در مواد ۷۱۶ و ۷۱۷ مجله‌الاحکام آمده است که: «مرتین حق دارد به تنهایی رهن را فسخ نماید»؛ «راهن حق فسخ عقد رهن را بدون رضایت مرتین ندارد».

در نتیجه می‌توان گفت که عقد رهن ماهیت دوگانه دارد، از یک طرف از جمله عقود لازم و از جانب دیگر از جمله عقود جایز به شمار می‌رود. عقد رهن مانند عقد کفالت نسبت به راهن و کفیل لازم و نسبت به مرتین و مکفول له جایز می‌باشد. بدین جهت که این دو عقد برای تحقق مصلحت شخصی آنها، به هدف توثیق حق ایشان می‌باشد (بشله، و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۱۰). همان‌طور که در فوق اشاره شد، فقها در مفهوم این که رهن وثیقه دین است اتفاق نظر دارند اما در تعابیر عقدرهن اختلاف نظر دارند.

همان‌طور که اصول پیش گفته بر بیع جایزی حاکم است، بر عقد رهن نیز حاکم بوده و در صورت تفسیر موسع از قبض و اقباض، این عقد می‌تواند یک روش معقول برای توثیق بانکی باشد.

نتیجه گیری:

باتوجه به مطالب مطروحه به عنوان نتیجه می‌توان گفت همانطور که حقوق، جهان اعتبار است. اکثر اعتبارات مرتبط با مال و حقوق مالی می‌باشد که نظریه توثیق نیز در پی ارائه قواعد کلی هست که تمام اموالی را که به نحوی با توثیق بانکی مرتبط هستند پوشش دهد. با اینکه در مورد مفهوم مال دیدگاه‌های متفاوتی وجود دارد اما می‌توان گفت که مال، عین و یا حقی می‌باشد که ارزش اقتصادی داشته و قابلیت تملیک و مبادله را دارد.

قاعده کلی که بر تمام اموال به عنوان وثیقه در نظام بانکی افغانستان حاکم است، در چند اصل خلاصه می‌شود: اصل استیثاق از جمله اصولی است که وصول دین را در صورت عدم پرداخت و یا استتکاف از ایفای تعهد، استحکام بخشیده و امکان وصول آن را فراهم می‌نماید. وقتی سخن از حق توثیق به میان می‌آید، هدف حقی است که داین بر مال مورد وثیقه کسب می‌نماید، ممکن است «حق توثیقی» بر خود مال و یا هم بر بدل آن استقرار یابد که اصل استقرار حق توثیقی بر مال و بدل آن، گویای همین مطلب می‌باشد. اصل تبعیت از دین، بیان کننده‌ی ایجاد حق توثیقی بر مبنای دینی که به عهده مدیون به وجود می‌آید است. بدین توضیح که وقتی دینی در ذمه مدیون قرار می‌گیرد به تبع آن حق توثیقی نیز برای داین ایجاد می‌شود. برای وثیقه گذاری اموال لازم نیست حتماً اموال مدیون به عنوان وثیقه معرفی شود، ممکن است اموالی که به عنوان وثیقه قرار می‌گیرد اموال غیر مدیون یعنی شخص ثالث باشد، که این اصل در تمام وثایق قابل تعمیم است. اموالی که برای استیثاق دین معرفی می‌شود معتدد هستند یعنی شامل اموال ملموس و غیر ملموس می‌شوند و قالبی که برای توثیق اموال به کار می‌رود نیز متنوع است. بیع جایزی و عقد رهن عمده ترین نهاد حقوقی در رابطه با وثیقه گذاری اموال در نزد موسسات مالی هستند.

منابع

کُتب:

قرآن کریم، آیه ۳۸۸، سوره مبارکه المدثر.

ابراهیم، ابو اسحاق شیرازی . (بی تا). **المهذب فی فقه الاما الشافعی**، بیروت، انتشارات دارالکتب العلمیه.

ابن منظور، محمد بن مکرم . (۱۴۱۴ ه. ق). **لسان العرب**، ج ۱۵، چ سوم، بیروت، انتشارات دارالفکر.
ابن نجیم حنفی . (بی تا). **زین الدین، البحر الرائق شرح کنز الدقائق**، قاهره، انتشارات دار الکتب اسلامی.

اخلاقی، بهروز . (۱۳۷۰). **جزوه درسی حقوق تجارت ۳**، تهران، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، بی چا.

الزحیلی، وهبه . (۱۴۰۵ ه. ق). **الفقه الاسلامی و ادلته**، ج ۶، چ دوم، دمشق انتشارات دارالفکر.

النسفی، ابو البرکات . (۱۴۳۲ ق). **کنز الدقائق**، ج اول، بی چا، انتشارات دار السراج.

الهللی، صالح بن عثمان بن عبدالعزیز. (۲۰۱۵ م). **توثیق الدیون فی الفقه الاسلامی**، انتشارات جامعه الامام محمد بن سعود الاسلامیة، ریاض سعودی عربستان.

انصاری، شیخ مرتضی . (۱۴۱۵ ق). **کتاب المکاسب المحرمه و البیع و الخیارات**، ج ۵، چ اول، قم نشر گنجره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری.

انصاری مسعود، طاهری محمدعلی. (۱۳۸۸ ه). **دانشنامه حقوق خصوصی**، تهران، انتشارات، جنگل جاودانه.

باوردی، محمد امین. (۱۴۳۳ ه. ق). **بیع الوفاء و تطبیقاتها المعاصره**، چ اول، بی چا، انتشارات دار النور.
بشله، ماری نوتل و همکاران. (۱۳۹۲ ه). **دوره حقوق وجایب**، کابل، انتشارات سعید.

بغدادی مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری . (۱۴۱۳ ق). **المقنعه (للشیخ المفید)** ج ۱، قم، انشارات گنجره جهانی هزاره شیخ مفید.

بلخی نظام الدین، و همکاران. (۱۴۱۰ ق). **فتاوی الهندیه**، چ دوم، بیروت، دارالفکر.

بلخی نظام الدین. (۱۴۱۰ ق). **الفتاوی اهنديه فی مذهب الامام الاعظم ابی حنیفه النعمان**، ج ۳، بیروت، انتشارات دار الفکر.

- دلشاد، ابراهیم. (۱۳۹۵ه). **عقد رهن مبانی فقهی - تحولات تقنینی**، تهران، انتشارات میزان.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۹۰ه). **وسیط در ترمینولوژی حقوق**، تهران، انتشارات گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲). **حقوق اموال**، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- حلی، حسن بن یوسف. (علامه حلی). (۱۳۷۴ه). **تذکره الفقهاء**، قم، مؤسسه آل البيت «ع» لاحیاء التراث.
- حلی، بن ادريس، محمد بن منصور بن احمد. (۱۴۱۰ه.ق). **اسرائر الحاوی لتحرير الفتاوی**، ج ۲، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- روحانی، سید محمد صادق. (۱۳۷۶ه.ش). **منهاج الفقاهه**، ج ۳، بی جا، انتشارات العلمیه.
- ستوده تهرانی، حسن. (۱۳۸۸ه). **حقوق تجارت**، ج ۳، تهران، انتشارات دادگستر.
- شمس الدین محمد بن احمد، الشریینی الشافعی. (۱۴۱۵ه، ق). **مغنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج**، ج اول، بیروت، دارالکتب العلمیه.
- عاملی، سید جواد. (بی تا). **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه** (ط - القدیمة)، ج ۴، ج اول، بیروت - لبنان، انتشارات دار احیاء التراث العربی.
- عاملی، شیخ حر. (بی تا). **وسائل الشیعه**، ج ۱۸، ایران - قم، انتشارات مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث.
- عثمان ابن علی، زیعلی. (۱۳۱۴، ه.ش). **تبیین الحقایق شرح کنز الدقایق وحاشیه الشلیبی**، ج اول، قاهره، مطبعه الکبرای.
- عمید، حسن. (۱۳۷۴). **فرهنگ فارسی عمید**، ج اول، تهران، انتشارات امیر کبیر.
- محقق داماد، سید مصطفی و همکاران. (۱۳۹۳). **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، ج اول، تهران، انتشارات سمت.
- محمد امین، ابن عابدین. (۱۴۱۲، ه.ق) (۱۹۹۲م). **الدر المختار و حاشیه ابن عابدین (رد المحتار)**، ج ۵، ج دوم، بیروت، نشر دارالفکر.
- مرداوی حنفی، علاءالدین ابولحسن علی بن سلیمان. (بی تا). **الانصاف**، ج ۴، بیروت، انتشارات داراحیاء التراث العربی.
- مشهدی زاده، علیرضا، عباسی، غلامرضا. (۱۳۹۷). **آثار معاملات معارض بر اسناد رهنی بانکی**، تهران، انتشارات میزان.

معین، محمد. (۱۳۸۸). **فرهنگ فارسی معین**، تهران، انتشارات اشجع.

مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ق). **انوار الفقاهه - کتاب البیع**، قم، انتشارات مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).

مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی. (۱۳۸۵). **فرهنگ فقه فارسی**، ج ۴، قم، انتشارات مؤسسه دائرة المعارف فقه اسلامی.

موسوی بجنوردی، سید حسن. (۱۳۷۷). **القواعد الفقهیه**، ج ۶، قم: نشر الهادی.

موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۳۸۸). **کتاب البیع**، ج ۱، تهران، انتشارات مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

نجفی، کاشف الغطاء. (۱۴۲۲ق). **انوار الفقاهه - کتاب الرهن**، نجف اشرف - عراق، انتشارات مؤسسه کاشف الغطاء.

ندیم مرعشلی، اسامه. (۱۹۷۴م). **الصحاح فی الغه و العلوم**، ج ۲، بیروت، انتشارات دارالحضاره العربیه.

واسطی، محب الدین. (۱۴۱۴ق). **تاج العروس من جواهر القاموس**، ج ۷، چ اول، بیروت، دار الفکر.

ولویون، رضا. (۱۳۹۸). **دوره مقدماتی حقوق مدنی اموال و مالکیت**، تهران، انتشارات میزان.

هنری، امیر. (۱۳۸۹). **حقوق مالکیت زمانی در قوانین موضوعه ایران**، تهران، انتشارات جنگل - جاودانه.

پایان نامه ها و مقالات

پورسعید رامین، داودی، زهرا. (۱۳۹۲). **رهن اسناد تجاری در حقوق ایران**، دانشنامه حقوق و سیاست، شماره ۲۰ پاییز و زمستان.

سیفی، غلامعلی، شمس الهی، عطیه. (۱۳۹۳). **مطالعه تطبیقی روند تحول نظام توثیق اموال**، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، شماره سوم.

صابری، حسین. (۱۳۸۶). **بیع شرط، سازو کاری مشروع برای رهن مستغلات**، نشریه مطالعات اسلام، علمی - پژوهشی، شماره ۷۷.

صفری، محسن، یوسف زاده، صمد. (۱۳۹۱). **بررسی فقهی تصرف حقوقی ناقل در مال مورد رهن**، فصلنامه پژوهش های فقه و حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۲۸.

قنواتی، جلیل، مسعودیان، سیدذبیح الله. (۱۳۹۶). **تحلیل وثیقه‌های شخصی بر مبنای توثیق و تضمین**، نشریه حقوق اسلامی، شماره ۵۲.

مبلغی، احمد. (۱۳۹۰). **النظریه الفقہیہ؛ امکاناتها و مکوناتها**، فصلنامه پژوهشهای اصولی، سال سوم، شماره ۱۱.

محمدی، عصمت الله. (۱۳۹۷). **وثیقه‌های عینی در حقوق افغانستان با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران**، رساله دکتری، دانشگاه تهران.

محلی، محمد. (۱۳۹۶). **نظریه عمومی وثیقه عینی در فقه امامیه و حقوق ایران**، رساله دکتری، دانشگاه تهران.

خارجی

Jose Luis Suarez. (2004). **European Mortgage Market: and Overview 1992-2003**, Madrid p 3;

Jacob J, Rabinowitz . (2013). **The Common Law Mortgage and the Conditional Bond**, The University of Pennsylvania Law Review p ,180;

J.E.Hogg. (2013). **Malay Mortgage by conditional sale**, Cambridge University Press, journal of the Society of Comparative legislation, p206;

stone, Harlan F. (2013). **The “Equitable Mortgage” in New York**, Columbia Law Review Association, p 534;

H.W.Chaplin. (2013). **The Story of Mortgage Law**, The Harvard Law Review Association, p 6.

قوانین و مقررات

قانون بانکداری افغانستان، ۱۳۹۴؛

قانون رهن اموال منقول در معاملات بانکی، مصوب ۱۳۸۸؛

قانون رهن اموال غیر منقول در معاملات بانکی، مصوب ۱۳۸۸؛

قانون مدنی افغانستان، مصوب ۱۳۵۵؛

متحد المال تضمینی قروض بانکی، مصوب بانک مرکزی افغانستان در تاریخ ۱۳۹۷/۱۱/۲؛

مجموعه قواعد و مسائل فقهی مجله الاحکام.

علايم اختصاری:

- ق.م.اف. قانون مدنی افغانستان؛
ق.ر.ام.د.م.ب.اف. قانون رهن اموال منقول در معاملات بانکی افغانستان؛
ق.ر.ام.غ.د.م.ب.اف. قانون رهن اموال غیر منقول در معاملات بانکی افغانستان؛
متحد المال. متحد المال تضمین قروض بانکی؛
مجله. مجله الاحکام؛
بی تا. بی تاریخ.