

## رهن مال مشاع

عباس میرشکاری<sup>۱</sup>، افروز صمدی<sup>۲</sup>

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۴/۶، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱۱/۲۸)

### چکیده

قانون مدنی شرایط مال موضوع عقد رهن را در مواد گوناگون بیان کرده ولی متعرض رهن مال مشاع نشده است. از این سکوت، می‌توان این‌گونه استنباط کرد که از آنجا که رهن مال مشاع، منع نشده، علی‌الاصول صحیح است. با این حال، این مسئله در فقه مورد اختلاف است، جدا از فقه حنفی که رهن مال مشاع بدون اخذ رضایت سایر شرکا را صحیح نمی‌داند، در میان سایر مذاهب فقهی نیز درباره لزوم یا عدم لزوم اخذ اذن شرکای رهن در مرحله قبض اختلاف نظر وجود دارد. در میان این اختلافها، نظر فقهای شیعه بر لزوم اخذ اذن شرکا در مرحله قبض است. این عقیده در نظام حقوقی کنونی نیز قابل تأیید است. توضیح آنکه سهم شرکا در مال مشاع در عالم واقع از سهم همدیگر قابل تمییز و تفکیک نیست، اما در عالم اعتبار این‌گونه نبوده و سهم شرکا از یکدیگر جدا بوده و از استقلال برخوردار است. برای همین، تصرفات اعتباری هر یک از شرکا به اندازه سهم خویش خللی به حقوق سایرین وارد نکرده و معتبر خواهد بود؛ چرا که تصرف، تنها در محدوده سهم شخص اتفاق می‌افتد اما تصرفات مادی، این‌گونه نیست؛ تصرف در هر جزء از مال، ملازمه با تصرف در سهم دیگران دارد و بنابراین اذن سایر شرکا نیز باید اخذ شود. اگر قبض بدون این اذن واقع شود نه تنها سبب مسئولیت مدنی قابض می‌شود، بلکه در اعتبار قبض نیز می‌باید تردید کرد. در ضمن، اگر شریک از دادن اذن امتناع کند، به نظر می‌رسد بر خلاف آنچه در فقه گفته شده است، امکان الزام وی از طریق حاکم وجود

۱. استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران /

[mirshekariabbas1@ut.ac.ir](mailto:mirshekariabbas1@ut.ac.ir)

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (نویسنده مسئول) /

[afsamadi@yahoo.com](mailto:afsamadi@yahoo.com)

نداشته باشد و او حق دارد تا برای قبض اذن بدهد یا ندهد. بنابراین، نمی‌توان اجبارش کرد. در نتیجه، به نظر می‌رسد تنها راه، درخواست تقسیم مال مشاع باشد. همچنین، در صورتی که با وجود دادن اذن از سوی شریک، در خصوص شخص قابض اختلاف حاصل شود، می‌توان به حاکم رجوع کرد.

**کلیدواژه‌ها:** رهن، مال مشاع، قبض، قرارداد.

### طرح مسئله

به طور کلی، رهن عقدی است که به موجب آن مدیون، مالی را برای وثیقه در اختیار داین قرار می‌دهد تا در صورت عدم پرداخت به موقع بدهی، طلبکار بتواند از محل آن نسبت به وصول طلب خویش اقدام کند. این عقد برای ایجاد اطمینان در طلبکار جهت اطمینان از وصول طلبش تأسیس شده است. در فقه شیعه (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ۲۲۱/۱۵) و سایر مذاهب فقهی (زرکشی، ۱۴۲۳ق، ۱۰۷؛ اسمندی، ۱۴۲۸ق، ۴۳۱)، عمدتاً به همین کارکرد عقد رهن اشاره شده است. این عقد سبب می‌شود که طلبکار بر مال مشخصی وثیقه عینی پیدا کند، به نحوی که بر آن حق تعقیب یافته و می‌تواند پیش از سایر طلبکاران بدهکار، از محل آن مال مشخص طلب خویش را وصول کند. همچنین و البته در راستای ایجاد اطمینان برای طلبکار، این عقد را به عنوان عقدی عینی می‌شناسند، به این معنا که قبض شرط صحت آن بوده و بدون آن، عقدی واقع نمی‌شود. البته شیوه قبض در اموال گوناگون متفاوت است چنانکه در اموال منقول باید به طرف دیگر تحویل داده شود و در اموال غیرمنقول صرف تخلیه بدون نیاز به تحویل کافی است. (زرکشی، ۱۴۲۳ق، ۱۰۷) در فقه شیعه، عمدتاً همین باور رایج است (مفید، ۱۴۱۳ق، ۶۲۲؛ مقدس اردبیلی، بی‌تا، ۴۵۵).<sup>۳</sup> سایر مذاهب فقهی یعنی حنبلی (بغدادی، ۱۴۲۲ق، ۱۳۶)، مالکی (نمری، ۱۴۰۰ق، ۸۱۴) و حنفی (اسمندی، ۱۴۲۸ق، ۴۲۱) نیز به نقش قبض به عنوان رکن تشکیل‌دهنده عقد تصریح دارند. تنها در مذهب شافعی، عقیده‌ای بر خلاف این باور دیده

۳. رأی بررسی نظر دیگر که اعتقاد دارند قبض سبب لزوم عقد می‌شود، رک. به: حلی، ۱۴۱۶ق،

۱۸۸/۱۳.

۴. در مذهب حنبلی، قبض شرط صحت عقد دانسته شده بدین جهت که بدون آن وثیقه ایجاد نخواهد

شد (بغدادی، ۱۴۲۲ق، ۱۳۶).

می‌شود. در این مذهب، تحویل مورد رهن از سوی راهن به مرتهن شرط لزوم رهن تلقی شده است. برای همین، تا پیش از تحویل مورد رهن، راهن می‌تواند از عقد رهن رجوع کند (نووی، بی‌تا، ۳۰۴/۱۳).

به هر روی، بر اساس ماده ۷۷۱ قانون مدنی: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد...». هم‌چنین، با توجه به لحن ماده ۷۷۲ همین قانون، این‌گونه استنباط شده که عقد رهن بدون تسلیم به مرتهن واقع نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۴۲۵/۱). این قانون، اگرچه شرایطی برای مال مورد رهن در مواد ۷۷۲ تا ۷۷۴ تعیین کرده است (در تحلیل این مواد، ر.ک. به: همانجا) اما درباره امکان یا عدم امکان به رهن سپردن مال مشاع سکوت کرده است. این در حالی است که در بسیاری از کتب فقهی، در فصل عقد رهن، مبحث مستقلی به رهن مال مشاع اختصاص یافته است (در فقه شیعه: حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ۲۲۱/۱۵ و در فقه شافعی: حصکفی، ۱۴۲۸ق، ۴۹/۷). با توجه به این سکوت، پرسش این است که آیا می‌توان مال مشاع را نیز به رهن سپرد؟ بدیهی است آنجا که یکی از شرکا، افزون بر سهم خویش، سهم شریک یا شرکای دیگر را نیز به رهن بسپارد، تردیدی در فضولی بودن عقد رهن و عدم نفوذ آن نسبت به سهم شریک دیگر نیست.

بنابراین، تردید اصلی آنجاست که شریک، تنها سهم خویش را در رهن طلبکار قرار می‌دهد. در این فرض، اگرچه می‌توان با توجه به مالکیت شریک بر سهم خویش از مال مورد رهن، به صحت عقد باور داشت، اما حقیقت این است که طبق ماده ۷۷۲ قانون مدنی مورد رهن، باید به قبض مرتهن داده شود. بدین ترتیب، با توجه به اینکه تک‌تک ذرات مال مشاع در مالکیت همه شرکا است، به قبض دادن مورد رهن، تصرف در سهم دیگران نیز هست. به همین دلیل، رهن مال مشاع ممکن است در مرحله قبض با حقوق سایر شرکا تعارض داشته باشد.

به این نکته نیز باید توجه داشت که اگر قبض در عقد رهن همانند دیگر عقود رضایی تنها در مرحله آثار عقد نقش داشت، تردیدی در صحت عقد نبود؛ عقد به صورت صحیح منعقد می‌شد و تنها تسلیم مال موضوع عقد منوط به رضایت شرکا می‌شد و اما نکته در اینجاست که عقد رهن عقدی عینی است؛ یعنی قبض نقشی فراتر از اثر عقد داشته و در

مرحله تشکیل عقد نیز نقش دارد. بنابراین، نمی‌توان درباره رهن مال مشاع همان‌گونه داوری کرد که در مورد بیع و اجاره این مال تحلیل می‌شود.

حال، با توجه به این ویژگی، آیا باید رهن مال مشاع را عقدی صحیح دانست یا خیر؟ پاسخهای متفاوتی به این پرسش در مذاهب اسلامی داده شده است. برخی از فقهای اهل- سنت که البته در اقلیت شمرده می‌شوند، انعقاد عقد رهن نسبت به مال مشاع بدون اخذ رضایت شریک دیگر را نادرست می‌دانند و اما غالب فقهای اهل سنت و نیز فقهای شیعه، انعقاد عقد رهن را صحیح دانسته و اما در مرحله قبض، اخذ اذن شریک را ضروری می‌دانند. جالب آنکه هر دو گروه نیز، در فرض عدم اذن شریک، رجوع به حاکم را پیش‌بینی کرده‌اند. در حقوق موضوعه، پژوهش مستقلی در این باره انجام نگرفته است. برای همین، در نوشتار پیش رو برای بررسی وضعیت عقد رهن تلاش خواهد شد. با توجه به اینکه برای انعقاد عقد رهن، افزون بر تراضی نیاز به قبض مورد رهن نیز می‌باشد، برای یافتن پاسخ صحیح، وضعیت عقد در دو مرحله توافق (مبحث نخست) و قبض (مبحث دوم) بررسی می‌شود.

### مرحله توافق در عقد رهن

در خصوص صحت توافق اشخاص بر رهن مال مشاع میان مذاهب مختلف اسلامی اختلاف نظر وجود دارد. برخی آن را صحیح می‌دانند و بعضی دیگر به بطلان آن باور دارند. در این مبحث، هر دو دیدگاه یادشده بررسی خواهد شد.

#### ۱. عدم صحت توافق بدون اخذ رضایت شرکا

اول - به باور برخی از فقها، به رهن سپردن مال مشاع بدون اخذ رضایت شریک یا شرکای دیگر جایز نیست.<sup>۵</sup> (جصاص، ۱۴۱۵ق، ۱/۶۳۶-۶۳۵؛ ابن نجیم، بی تا، ۳/۴۴۵-۴۴۷) در این باره، میان نوع مال مشاع از این جهت که قابل تقسیم یا غیرقابل تقسیم است نیز تفاوتی نمی‌گذارند.

فقهای حنفی («وقال أبوحنيفة: لا يجوز رهن المشاع من غير إذن الشريك»: کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۵/۲۰۰؛ حلی، ۱۴۱۶ق، ۱۳/۱۲۸-۱۲۷؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳/۲۲۵-۲۲۴؛

۵. «قال أبوحنيفة وأبو يوسف ومحمد وزفر: لا يجوز رهن المشاع.»

طوری، ۱۳۸۷ش، ۴۴۷/۲-۴۴۵؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ۱۲۸/۲؛ ابوحنیفه اندلسی، ۱۴۲۲ق، ۳۷۳/۲-۳۷۲) و نیز تعدادی از فقهای حنبلی (مرداوی، ۱۳۷۵ق، ۱۲۶/۵) عمدتاً به این باور پایبند هستند.

دوم - این دسته معتقدند که برای انعقاد عقد رهن نسبت به مال مشاع می‌باید رضایت شریک یا شرکای رهن اخذ شود<sup>۶</sup> (دسوقی، ۱۴۲۸ق، ۲۳۵/۳؛ نمری، ۱۴۰۰ق، ۴۱۲-۴۱۰) در نتیجه، در صورتی که عقد رهن بدون رضایت شریک منعقد شود، صحیح نخواهد بود. به باور این گروه از فقها، حتی اگر در زمان انعقاد عقد رهن، مال، مفروز و تنها متعلق به رهن باشد و اما پس از تحقق عقد رهن، دیگری نیز به هر دلیل و موجبی در آن شریک شود، عقد رهن صحیح نخواهد بود («لا یصح رهن مشاع لعدم کونه ممیزاً کما مر مطلقاً مقارناً أو طارئاً من شریکه أو غیره»؛ ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ۷۹/۲؛ حصکفی، ۱۴۲۸ق، ۵۴/۷-۴۹). دغدغه این گروه از فقها، حفظ حقوق شریک یا شرکاست. به همین دلیل، اگر مورد رهن، از سوی یک شریک به رهن شریک دیگر سپرده شود یا آنکه از سوی تمامی شرکا به رهن شخص ثالثی گذاشته شود، تردیدی در صحت عقد رهن نخواهد بود<sup>۷</sup> (مقدسی، ۱۳۸۷ش، ۳۷۵/۴).

البته در مقام بیان وضعیت چنین عقدی اختلاف نظر است: بعضی تراضی شکل‌گرفته بدون رضایت سایر شرکا را فاسد می‌دانند («الرابع الرهن الفاسد وهو رهن المشاع»؛ ابن‌نجیم، بی‌تا، ۲۹۷/۳؛ طوری، ۱۳۸۷ش، ۴۴۷/۲-۴۴۵) و بعضی دیگر، باطل (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ۷۹/۲). با این حال، به نظر می‌رسد قول به عدم نفوذ عقد مرجح باشد؛ چه پس از اخذ رضایت شریک ولو پس از اینکه عقد رهن منعقد شده باشد، اصرار بر بطلان عقد بی‌معناست<sup>۸</sup> (همدانی، ۱۳۷۶ش، ۲۱۷/۳-۲۱۶).

سوم - نگرانی این دسته از فقها از جهت حفظ حقوق شریک یا شرکای دیگر، بیشتر ناشی از مرحله دوم عقد رهن یعنی قبض است. در واقع، دلیل اصلی اصرار این گروه بر عدم نفوذ عقد رهن بدون رضایت شریک دیگر، عینی بودن عقد رهن می‌باشد. طبق نظر

۶. «یجب علی الشریک إذا أراد رهن الجزء الشائع أن یستأذن شریکه فی رهنه».

۷. «وقال أصحاب الرأی: لا یصح إلا أن یرهنه لشریکه أو یرهنها الشریکان لرجل واحد أو یرهن رجل

داره من رجلین فقیضانها معا».

۸. «إذ لا مانع من القبض بعد إذن الشریک و رضاه».

این گروه، عقد رهن واقع نمی‌شود مگر با حصول تراضی و البته قبض. قبض سهم راهن از مال مشاع مستقل از سهم سایر شرکا نیز به تنهایی شدنی نیست؛ زیرا در مال مشاع، سهم هر شریک در تمامی اجزای مال گسترده است، پس به ناچار می‌باید تمامی مال مرهون به قبض مرتهن داده شود؛ اتفاقی که تجاوز به حقوق دیگر شرکای مال مشاع محسوب می‌شود («واحتج من قال بأن رهن المشاع لا يجوز بأن الآیة دلت علی أن الرهن يجب أن يكون مقبوضا والعقل أيضا يدل علیه لأن المقصود من الرهن استيثاق جانب صاحب الحق بمنع الجحود، وذلك لا يحصل إلا بالقبض والمشاع لا يمكن أن يكون مقبوضا.»: کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۰۰/۵؛ فخررازی، ۱۴۰۱ق، ۱۳۱/۷-۱۳۰)، به ویژه آنکه این دسته از فقها، از قبض ابتدایی مال مرهونه فراتر رفته و استمرار آن را نیز الزامی می‌دانند. به عبارت دیگر، اینان بر این باورند که نه تنها قبض ابتدایی برای تحقق عقد لازم است، بلکه پس از آن نیز لازم است که قبض استمرار داشته باشد («وقال أبوحنيفة: لا يصح رهن المشاع. واستدامة الرهن عند المرتهن ليست بشرط عند الشافعي، وهو شرط عند أبي حنيفة ومالك.»: منهاجی آسیوطی، ۱۴۱۷ق، ۱۲۳/۱-۱۲۲)؛ «بیانه ان مقصوده الحبس الدائم والمشاع لا يمكن المرتهن حبه لأن شريكه ينزعه في نوبته ولان استدامة القبض شرط.»: مقدسی، ۱۳۸۷ش، ۳۷۵/۴-۳۷۳). بدیهی است که لزوم تداوم این رویداد، مانع بهره‌مندی سایر شرکا از مال مورد رهن خواهد شد («المشاع يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن.»: سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۷۰/۲۱؛ ابن‌قدامة، ۱۳۸۸ق، ۲۴۸/۴ و ۲۴۹). در نتیجه، نیاز است تا آنها راضی باشند «و أما شرائط جوازه فمنها - القبض، وهو عندنا... ومنها: دوام القبض، بأن يكون محوزا في يده، لأن مقصود الرهن هو الاستيثاق و ذلك لا يحصل إلا بهذا... و علی هذا قلنا: إن رهن المشاع لا يصح. و قال الشافعي: يصح. و الصحيح ما قلناه، لأنه لا يقدر علی تسليمه إلا بالتهيؤ، و ذلك يوجب فوات القبض علی الدوام. و يستوی الجواب فی المشاع الذي ينقسم و الذي لاينقسم، و من الشريك وغيره» (سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ۳۹/۳-۳۸). در واقع طبق این دیدگاه، هرگاه مال مشاعی به رهن داده شود، مرتهن باید ابتدا مال را قبض نموده و تا پایان عقد، آن را هم‌چنان در قبض خود نگاه دارد. این استیلا، چه در ابتدا و چه در ادامه، مانع استفاده سایر شرکا از مال مرهون شده، در نتیجه حقوق آنها را پایمال می‌گرداند. به همین دلیل، نباید آن را صحیح دانست.

بدین ترتیب، این باور، تنها رهن مال تقسیم‌شده و به تعبیر دیگر، مال مفروز را درست می‌داند؛ چرا که تنها در این حالت، قبض بی‌آنکه خللی به حقوق دیگران (سایر شرکا) وارد شود، رخ می‌دهد<sup>۹</sup> (حلی، ۱۴۱۶ق، ۱۳/۳۶۰-۳۵۹).

چهارم - با این حال، همان‌گونه که می‌دانیم، باور به لزوم استمرار قبض عقیده‌ای است ویژه ابوحنیفه (حلی، ۱۴۱۴ق، ۷/۲) و به باور دیگران، قبض برای لحظه‌ای کافی بوده و نیازی به تداوم آن وجود ندارد (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲/۱۹۹-۱۹۸). این باور در نظام حقوقی کنونی نیز پذیرفته شده است، چنانکه بر اساس ماده ۷۷۲ قانون مدنی: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود ولی استمرار قبض شرط صحت معامله نیست» (امامی، ۱۳۸۶ش، ۲/۴۱۴-۴۱۳). بدین ترتیب، قبض ابتدایی کافی بوده و نیازی به تداوم آن نیست.

## ۲. صحت توافق بدون اخذ رضایت شرکا

اول - به غیر از فقهای حنفی، سایر فرق اهل تسنن از جمله شافعی (حصکفی، ۱۴۲۸ق، ۷/۵۴-۴۹؛ «و بغیر اذنه، و جهان. أصحابهما عند الامام: صحتہ کما یصح بیعه»: نووی، ۱۴۱۲ق، ۳/۲۳؛ خطیب شربینی، ۱۴۲۵ق، ۱/۲۷۳؛ «أن تكون العين المرهونة موجودة وقت العقد، ولو كانت مشاعة.»: سابق، ۱۳۹۷ق، ۳/۱۵۶-۱۵۵) و مالکی («ویصح رهن المشاع من الشریک وغیره.»: دسوقی، ۱۴۲۸ق، ۳/۲۳۵؛ «ویجوز رهن المشاع وبه قال ابن ابي لیلی والنخعی ومالک والأوزاعی والعنبری والشافعی و أبو ثور.»: مقدسی، ۱۳۸۷ش، ۴/۳۷۵-۳۷۳؛ «وقال الأحناف: يجب أن تكون العين المرهونة متميزة فلا یصح رهن المشاع سواء أكان عقارا أم حیوانا أم عروض تجارة أم غیر ذلك. وخالف فی ذلك الأئمة الثلاثة.»: سابق، ۱۳۹۷ق، ۳/۱۶۰-۱۵۵؛ «قال مالک والشافعی: یجوز فیما لا یقسم وما یقسم.»: جصاص، ۱۴۱۵ق، ۱/۶۳۶-۶۳۵؛ «اختلفوا فی رهن المشاع، فقال مالک، والشافعی: یصح فیما یقسم و فیما لا یقسم.»: ابو حیان اندلسی، ۱۴۲۲ق، ۲/۳۷۳-۳۷۲) عقد رهن را حتی بدون رضایت سایر شرکا نیز صحیح می‌دانند (سابق، ۱۳۹۷ق، ۳/۱۶۰-۱۵۵)، اعم از آنکه این مال، در رهن شریک قرار بگیرد و یا در رهن شخصی غیر از

۹. «شرط الحنفیة فی تمام عقد الرهن القبض التام، وهو أن یكون مقسوما مفرغا متمیزا واحترز بالمقسوم عن رهن المشاع، فإنه لا یصح عندهم.»

شریک. هم‌چنین، اعم از اینکه مال، قابل تجزیه باشد یا خیر<sup>۱۰</sup> (منهاجی آسیوطی، ۱۴۱۷ق، ۱/۱۲۳-۱۲۲). فقهای شیعه نیز بر همین باورند. «یصح رهن المشاع أو بعضه علی الشریک وغیره، ویکون علی المهایة بالشركاء.» محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ۵/۵۷-۵۶ و نیز: فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ۲/۱۴-۱۳؛ نجفی، بی‌تا، ۲۵/۱۲۷-۱۲۶؛ «لا یشرط فی صحة الرهن كونه مفروزا، بل یصح رهن المشاع، كما یصح رهن المقسوم، سواء رهن من شریکه أو من غیر شریکه.» حلی، ۱۴۱۶ق، ۱۳/۱۲۸-۱۲۷؛ حلی، بی‌تا، ۲/۴۶۵؛ ابن-سعید حلی، ۱۳۹۴ش، ۲۸۹؛ «یجوز رهن المشاع والمقسوم.» ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ۲۶۵).

دوم - در توجیه این باور، به اطلاق ادله جواز رهن («قال القرطبی: لما قال الله تعالی فرهان مقبوضة قال علماءنا: فیہ ما یقتضی بظاہره ومطلقه جواز رهن المشاع خلافا لأبی حنیفة وأصحابه.» سابق، ۱۳۹۷ق، ۳/۱۶۰-۱۵۵؛ «دلیلنا: قوله تعالی: فرهان مقبوضة ولم یفصل.» طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳/۲۲۴؛ ابن حزم، بی‌تا، ۸/۸۸) و هم‌چنین، به پاره‌ای از اخبار و اجماع نیز استناد شده است («دلیلنا: ... وأیضا الأخبار علی عمومها. وأیضا علی المسئلة إجماع الفرقة، وأخبارهم تدل علیها.» طوسی، ۱۴۰۷ق، ۳/۲۲۵-۲۲۴؛ نجفی، بی‌تا، ۲۵/۱۲۶).

افزون بر این، در تعیین اموال قابل رهن، قاعده‌ای وجود دارد که به موجب آن، «هر آنچه قابل بیع است، قابل رهن گذاشتن نیز هست»<sup>۱۱</sup> (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۲/۱۹۹-۱۹۸؛ «ما صح بیعه صح رهنه.» همدانی، ۱۳۷۶ش، ۳/۲۱۷-۲۱۶؛ ماوردی، ۱۴۱۹ق، ۶/۱۵؛ نووی، بی‌تا، ۱۳/۱۹۹-۱۹۸؛ نمری، ۱۴۰۰ق، ۴۱۲-۴۱۰)، چرا که در نهایت، قرار است در صورت عدم پرداخت بدهی از سوی بدهکار، مورد رهن فروخته شده و بدهی از محل ثمن آن پرداخت شود («لأن ما كان محلا للبیع كان محلا لحکمة الرهن.» نووی، بی‌تا، ۱۳/۱۹۹-۱۹۸؛ ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استیفاء الدین من ثمنه عند تعذره من غیره، والمشاع قابل لذلك.» همان‌جا). بر همین اساس، گفته شده است: همان‌طور که بیع مال مشاع درست است، رهن آن نیز صحیح است (خطیب شربینی، ۱۴۲۵ق، ۱/۲۷۳؛ «ولأنها عین یجوز بیعها فی محل الحق، فجاز رهنها، کالمنفرد.» حلی،

۱۰. «رهن المشاع مطلقا جائز، سواء كان مما یقسم أو كعبد.»

۱۱. «كل ما جاز بیعه جاز رهنه من مشاع.»



۱۴۱۶ق، ۱۲۷-۱۲۸/۱۳؛ «وقال الشافعی رحمہ اللہ يجوز لان المشاع عين يجوز بيعه فيجوز رهنه كالمقسوم.» سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۶۹و۶۸/۲۱؛ «ويصح رهن المشاع من الشريك ومن أجنبي لأنه يجوز بيعه في محل الحق، أشبه المفرز.» بهوتی، ۱۴۱۸ق، ۳۷۹/۳-۳۸۰؛ «لنا أن المشاع يصح بيعه في محل الحق فصح رهنه كالمفرد.» مقدسی، ۱۳۸۷ش، ۳۷۳-۳۷۵/۴؛ «قال ابن المنذر: رهن المشاع جائز كما يجوز بيعه.» سابق، ۱۳۹۷ق، ۱۶۰/۳-۱۵۵؛ نمری، ۱۴۰۰ق، ۴۱۰-۴۱۲؛ فقهای حنفی نیز به این قاعده پایبند هستند و اما رهن مال مشاع را استثنایی بر آن می‌دانند: «ما قبل البيع قبل الرهن إلا في أربعة: المشاع...»: حصکفی، ۱۴۲۸ق، ۵۴/۷-۴۹. این مقایسه به‌ویژه از این جهت قابل تقویت است که وقتی ببع که سبب انتقال مالکیت است بدون رضایت سایر شرکا معتبر است، به همین منطق، رهن نیز باید درست باشد؛ چه مالکیتی با آن منتقل نمی‌شود<sup>۱۲</sup> (ابن حزم، بی تا، ۸۹/۸-۸۸).

### ۳. ارزیابی دیدگاهها

اول - در مقام داوری، باید نظام حقوقی مال مشاع را بار دیگر مرور کنیم: همان‌گونه که می‌دانیم، سهم شرکا در ذره ذره مال مشاع گسترده است، به نحوی که می‌توان گفت هر یک از شرکا در هر ذره از مال سهیم است، البته آمیخته به سهم دیگران و غیرقابل تفکیک اما این درهم‌آمیختگی و عدم امکان تمییز تنها در عالم واقع معنا می‌یابد. به بیان دیگر، اگرچه سهم شرکا در عالم واقع از سهم همدیگر قابل تمییز و تفکیک نیست، اما در عالم اعتبار این‌گونه نبوده و سهم شرکا از یکدیگر جدا بوده و از استقلال برخوردار است. برای همین، اگر شریکی مالک یک چهارم مال مشاعی باشد، می‌شود سهم او را در عالم اعتبار و در ذهن به صورت مجزا تصور کرد و اما در عالم واقع و در جهان خارج، سهم هیچ‌یک از شرکا از دیگری یا دیگران، قابل تمییز و تشخیص نیست. چنانکه گفته‌اند: «سهم هر شریک از نظر مادی و جغرافیایی تمام مال و از لحاظ حقوقی و اعتباری نسبت معینی از آن است» (کاتوزیان، ۱۳۸۹ش، ۱۳۸). بدین ترتیب، سهم هر شریک در جهان اعتبار مستقل است، در حالی که در جهان واقعیت، مصداق دقیق حق او معین نبوده و در کل مال، گسترده است.

۱۲. «كما يقبض في البيع كذلك يقبض في الرهن ولا فرق.»

دوم - نتیجه این تفاوت آن خواهد بود که تصرف اعتباری هر یک از شرکا به اندازه سهم خویش خللی به حقوق سایرین وارد نکرده و معتبر خواهد بود؛ چرا که تصرف، تنها در محدوده سهم شخص اتفاق می‌افتد و اما تصرفات مادی، این‌گونه نیست: تصرف در هر جزء از مال، ملازمه با تصرف در سهم دیگران دارد. برای همین، منوط به تنفیذ و تأیید سایر شرکا خواهد بود.

این تفکیک در نظام حقوقی ما بر اساس ماده ۴۷۵ ق.م. در مصداق اجاره دیده می‌شود. (در فقه نیز: ر.ک. به: ابن حزم، بی تا، ۲۰۱/۸-۲۰۰). بر اساس این ماده، «اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستاجر موقوف است به اذن شریک». بدین ترتیب، اجاره مال مشاع به عنوان مصداقی از تصرف اعتباری جایز است، چرا که شریک با این نوع از تصرف، تنها در سهم خویش تصرف می‌کند و اما با تسلیم به عنوان مثالی از تصرف مادی، در سهم دیگران نیز تصرف می‌کند؛ چرا که تنها قبض سهم رهن از مال مشاع امکان‌پذیر نبوده و باید تمامی مال، به قبض داده شود<sup>۱۳</sup> (محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ۵۷/۵-۵۶). بنابراین، این نوع از تصرف، مجاز نیست مگر آنکه رضایت سایر شرکا نیز به دست آید (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۳۷۰/۱).

بر اساس همین تفکیک می‌توان درباره رهن مال مشاع نیز داوری کرد: صرف توافق دو سوی عقد برای به رهن سپردن مال مشاع، تصرفی اعتباری است. با انجام این تصرف نیز، در سهم سایر شرکا تغییر و تصرفی رخ نمی‌دهد و بنابراین، شخص می‌تواند سهم خویش از مال مشاع را به رهن بسپارد، اما به قبض دادن مال مشاع تصرف مادی است، بنابراین، بدون رضایت سایر شرکا امکان‌پذیر نخواهد بود. هم‌چنین، می‌توان این‌گونه استدلال کرد که وقتی اجاره مال مشاع صحیح است، رهن آن نیز باید صحیح باشد، به‌ویژه آنکه در اجاره تداوم قبض و ادامه تصرف مستأجر لازم است (امامی، ۱۳۸۶ش، ۵۹/۲-۵۸). در حالی که در رهن، قبض برای یک لحظه کفایت کرده و نیازی به تداوم آن نیست<sup>۱۴</sup> (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۹۹/۲-۱۹۸)؛ به‌ویژه آنکه صرف انعقاد عقد رهن، زبانی به شریک یا شرکای دیگر مال نمی‌رساند («ودوام ید المرتهن لیس بشرط لبقاء حکم الرهن»؛ سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۶۹/۲۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۵۱۴/۴).

۱۳. «ویکون قبضه بقبض المجموع»

۱۴. «واستدامة القبض لیس بشرط فی الرهن لقوله تعالی فرهان مقبوضه».

در جهت تقویت باور به صحت عقد رهن مال مشاع، می‌توان به ماده ۵۸۳ ق.م. نیز استناد کرد. بر اساس این ماده: «هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند». وقتی بیع سهم خویش از مال مشاع صحیح است، به همین شکل، رهن آن نیز باید صحیح تلقی شود. این مقایسه به‌ویژه از این جهت قابل تقویت است که وقتی بیع که سبب انتقال مالکیت است بدون رضایت سایر شرکا معتبر است، به همین منطوق، رهن نیز باید درست باشد؛ چرا که مالکیتی با آن منتقل نمی‌شود.

### مرحله قبض عقد<sup>۱۵</sup>

در مبحث پیشین، لزوم یا عدم لزوم اخذ اذن شریک برای مرحله تراضی در عقد رهن بررسی شد و چنین نتیجه گرفته شد که نیازی به اذن شریک در این مرحله نیست؛ حال باید دید در مرحله قبض، نیاز به اخذ اذن هست یا خیر؟ به علاوه، سرنوشت عقد در فرضی که قبض بدون اذن شریک صورت بگیرد، چیست؟ در نهایت، آیا امکان الزام

۱۵. در خصوص وضعیت و تأثیر قبض در عقد رهن سه دیدگاه وجود دارد: دیدگاه نخست؛ اصولاً قبض را در تحقق عقد مؤثر ندانسته و صرف ایجاب و قبول را کافی می‌داند (امامی، ۱۳۸۶ش، ۴۱۴/۲-۴۱۳). در این دیدگاه قبض هیچ نقشی در نفوذ عقد ندارد. دیدگاه دوم؛ قبض را عنصری ضروری یا به عبارت دیگر شرط صحت عقد تلقی کرده و رهن را بدون آن تحقق یافته نمی‌داند («لان القبض فی هذا الباب یشبه الرکن»: کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۱۳۸/۶-۱۳۷). فقهای که به این دیدگاه تمایل دارند، به این آیه از قرآن و روایتی از امام صادق علیه السلام استناد می‌کنند («بدلالة الآية أن الرهن لا یصح إلا مقبوضاً، من حیث کان رهنه علی جهة الوثیقة و کان فی ارتفاع القبض ارتفاع معنی الرهن و هو الوثیقة»: جصاص، ۱۴۱۵ق، ۶۳۵/۱؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۷ش، ۶۷۵/۲). در نهایت دیدگاه سوم، قبض را شرط لزوم دانسته و تا پیش از آن، رهن را پایبند به مفاد عقد به حساب نمی‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۵۰۶/۴؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ش، ۵۹۵۴).

ماده ۷۷۲ ق.م صراحتاً لزوم تحقق قبض را در خصوص عقد رهن بیان کرده و می‌گوید: «مال مرهونه باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود...». این ضرورت قبض در عقد رهن در نظر حقوقدانان به منزله شرط صحت است (امامی، ۱۳۸۶ش، ۱۵/۲)، بدین معنا که هرگاه قبض محقق نشود، اصولاً عقدی محقق نشده است. به عبارت دیگر، عقد رهن از جمله عقود است که در اصطلاح به آنها عقد عینی گفته می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸ش، ۸۹/۱). بنابراین طبق قانون مدنی، تردیدی در خصوص قبض مال مرهونه وجود ندارد.

شریک به اعطای اذن وجود دارد یا خیر؟ به این پرسشها در مبحث پیش رو پرداخته خواهد شد.

### ۱. لزوم اخذ اذن شریک برای قبض

اول - پس از آنکه در عالم اعتبار و به موجب ایجاب و قبول، دو سوی عقد برای به رهن گذاشتن مال توافق نمودند، نوبت به مرحله بعدی، یعنی قبض مال موضوع عقد می‌رسد. حال باید دید در این مرحله وضعیت رهن مال مشاع چگونه است؟ آن دسته از فقها که رهن مال مشاع را از آغاز درست نمی‌دانند، دغدغه‌ای برای این مرحله یعنی قبض مورد رهن نخواهند داشت. آنان بر این باورند که اصولاً رهن مال مشاع در مرحله ایجاب و قبول نیز بدون اجازه سایر شرکا صحیح نیست، بنابراین دیگر نوبت به مرحله قبض نخواهد رسید، اما باید دید کسانی که تحقق ایجاب و قبول در رهن را منوط به اذن شرکا نمی‌دانند، در خصوص قبض مال چه باوری دارند؟

همان‌گونه که پیش از این گفته شد، این دسته از فقها، تردیدی در لزوم اخذ اذن شریک دیگر برای قبض ندارند («ولو كان له فيه شريك، افتقر إلى إذنه»: حلی، بی تا، ۴۶۵/۲؛ «ولا يجوز نقله بغير إذن الشريك»: خطیب شربینی، ۱۴۲۵ق، ۲۷۳/۱؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ۴۶۵/۲؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۷ش، ۶۷۶/۲).

این باور قابل توجیه است: سهم شرکا در کل مال مشاع گسترده است. بنابراین تصرف مادی هر شریک در مال مشاع با تصرف در سهم دیگران ملازمه دارد. برای همین، از آنجا که با قبض به عنوان تصرف مادی، در سهم دیگر شرکا تصرف می‌شود، باید رضایت آنان اخذ شود. این موضوع از ملاک ماده ۴۷۵ ق.م. نیز قابل استنباط است. چنانکه این ماده تسلیم عین مستأجره مشاع را منوط به اخذ اذن شریک دانسته است<sup>۱۶</sup>.

دوم - البته اگر در تفسیری نوین از قبض، معنای آن را «استیلای معنوی و عرفی» و نه لزوماً قبض مادی آن بدانیم (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۵۱۰/۴)، قبض نیز به عنوان تصرفی اعتباری شمرده خواهد شد که طبیعتاً برای انجام آن، نیازی به اخذ رضایت شرکا نخواهد بود. در این مسیر، نباید دل‌نگران ماده ۴۷۵ ق.م. بود که قبض مال مشاع را منوط به

۱۶. ماده ۴۷۵ق.م: «اجاره مال مشاع جائز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن

رضایت شریک می‌داند: درست است که در هر دو (اجاره و رهن) علی‌الظاهر قرار است یک اتفاق مشترک (قبض) رخ دهد اما این اتفاق در اجاره با این هدف رخ می‌دهد که مستأجر بر مورد اجاره مسلط شود تا بتواند از آن انتفاع ببرد اما در رهن، استیلائی مرتهن بر مورد رهن به منظور انتفاع از آن نیست و به این قصد صورت می‌گیرد که وی بر مورد رهن استیلائی معنوی پیدا کند، به گونه‌ای که عرفاً بتوان او را مسلط بر مال مورد رهن دانست.

با این حال، هم در فقه و هم در حقوق موضوعه، عمدتاً قبض به معنای مادی‌اش تقلیل داده شده و کمتر از معنای اعتباری‌اش سخن گفته شده است (حلی، ۱۴۱۶ق، ۱۲۹/۱۳؛ شهیدی، ۱۳۶۵ش، ۱۳۶) و برای همین، در مقاله پیش رو، همگام با ادبیات فقهی و حقوقی رایج، عمل قبض در عقد رهن به عنوان تصرفی مادی معرفی شده که هم‌چون سایر تصرفات مادی، برای انجام آن، نیاز به رضایت شرکا وجود دارد.

سوم - تا بدینجا نتیجه‌ای که حاصل شد، حاکی از اخذ اذن شرکا در هنگام قبض مال مرهونه است. حال، باید به این پرسش پرداخت که در صورت اعطای اذن برای قبض مال مرهونه، این مال، باید به چه کسی داده شود؟ در این خصوص در درجه نخست، باید به تراضی رجوع کرد: اگر اشخاص ذی‌نفع درباره اینکه مال برای قبض به چه کسی داده شود، توافق داشته باشند، در این صورت، مورد رهن باید به تصرف همان شخص داده شود<sup>۱۷</sup> (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۹۹/۲-۱۹۸). لازم به ذکر است که اشخاص ذی‌نفع در این خصوص علاوه بر راهن و مرتهن، مسلماً شرکای راهن در فرض رهن مال مشاع را نیز در بر می‌گیرد. برای نمونه، ممکن است توافق شود که مورد رهن به جای مرتهن، به تصرف شریک دیگر داده شود، در این صورت، شریک دیگر، نماینده مرتهن در قبض خواهد بود<sup>۱۸</sup> (خطیب شریینی، ۱۴۲۵ق، ۲۷۳/۱). این موضوع از ماده ۷۷۲ قانون مدنی نیز قابل استنباط است. بر اساس این ماده، «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد، داده شود...» (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۵۱۲/۴). حال اگر توافقی میان اشخاص یادشده اعم از راهن و مرتهن و دیگر شرکای مال مشاع صورت نپذیرد، تکلیف چیست؟ راه‌حلی که بیشتر فقها پیشنهاد کرده‌اند، مراجعه به حاکم است («و إن

۱۷. «وإذا ثبت رهن المشاع فإن اتفقوا علی من یکون الرهن عنده وفي یده وتراضوا به جاز.»

۱۸. «فإن أبی الاذن فإن رضی المرتهن بکونه فی ید الشریک جاز وناب عنه فی القبض.»

اختلفوا قال المرتهن: لا أرضى أن يكون في يد الشريك ولا أرضى بالمهابات و قال الشريك: لا أرضى أن يكون في يد المرتهن ولا يتفقا على عدل يكون في يده انتزعه الحاكم من يده وأكراه وجعل لكل واحد من الشريكين قسطا من الأجرة ويكره لمدة دون محل الحق حتى يمكن بيعه في محله للمرتهن»: طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۹۹/۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۷۲/۴؛ «قوله (فإن اختلفا أي الشريك والمرتهن في كونه في يد أحدهما أو غيرهما جعله الحاكم في يد أمين أمانة أو بأجرة) بلانزاع»: مرداوی، ۱۳۷۵ق، ۱۴۳/۵؛ نووی، ۱۴۱۲ق، ۲۸۳/۳-۲۸۲). در این صورت، حاکم امینی را برای قبض مورد رهن منصوب می‌کند («إن تنازعا نصب الحاكم عدلا يكون في يده لهما»: خطیب شریبنی، ۱۴۲۵ق، ۲۷۳/۱؛ «ولو تعاسرا، نصب الحاكم عدلا من جهته يقبضه لهما»: حلی، بی تا، ۴۶۵/۲؛ «بأن لم يتراضيا على ذلك (جعله حاكم في يد أمين أمانة، أو بأجرة) لأن قبض المرتهن واجب. ولا يمكن ذلك منفردا، لكونه مشاعا. فتعين ما ذكر. لكونه وسيلة إلى القبض الواجب.»: بهوتی، ۱۴۱۸ق، ۳۷۹/۳-۳۸۰). در حقوق کنونی نیز آیا می‌توان به حاکم رجوع کرد؟ به نظر می‌رسد در این فرض بتوان از ملاک ماده ۷۸۸ ق.م. استفاده کرد، بدین نحو که به حاکم اجازه داد تا در فقدان تراضی میان اشخاص، شخصی را برای به قبض گرفتن مال مورد رهن مشخص کند.

## ۲. قبض بدون اذن شریک

اول - حال که دانسته شد که اخذ اذن برای قبض مال مشاع لازم و ضروری است، باید بررسی کرد هرگاه قبض مال مشاع بدون اذن شریک محقق شود، چه تأثیری بر عقد رهن خواهد داشت؟ به نظر می‌رسد در ضمان آور بودن قبض بدون اذن شریک نباید تردید کرد (بروجردی عبده، ۱۳۲۰ش، ۲۱۶۱)، چنانکه بر اساس ماده ۵۸۲ ق.م.: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حد و دادن تصرف در اموال شرکت نماید، ضامن است». ولی آیا علاوه بر ضمان، صحت خود عقد نیز در نتیجه این عدم اذن دچار مشکل می‌شود یا خیر؟ فرض کنید ایجاب و قبول در مرحله نخست به شکلی صحیح و کامل صورت پذیرفته است ولی در ادامه، قبض بدون اذن شریک واقع می‌شود. در این صورت آیا باید رهن را واقع شده دانست و تنها حکم به مسئولیت شریک و نیز شخص به قبض گیرنده داد (حکم تکلیفی) یا آنکه می‌توان درباره صحت عقد رهن نیز تردید کرد (حکم وضعی)؟

دوم - برخی از فقها اعتقاد دارند این شیوه از قبض نیز برای تحقق عقد رهن کفایت می‌کند و اما سبب مسوولیت شریک در برابر شریک دیگر خواهد شد («ولو رهن المشاع لا يجوز تسليمه إلى المرتهن إلا برضا شريكه، ولكن لو سلمه إليه فالظاهر كفايته في تحقق القبض الذي هو شرط لصحته وإن تحقق العدوان بالنسبة إلى حصة شريكه»: موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳ق، ۷۶/۲؛ صافی گلپایگانی، ۱۳۸۷ش، ۱۰۳/۲). در حقوق موضوعه نیز برخی از حقوقدانان با همین باور همراه هستند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ش، ۱۳). شاید این عقیده از این جهت صحیح باشد که وقتی مال مشاع به قبض داده می‌شود، با توجه به پخش بودن سهم رهن در تمامی مورد رهن، به تعبیری قبض مورد رهن در حدود سهم رهن اتفاق افتاده است و به تعبیر دیگر، قبض مال مشاع را می‌توان به دو اقدام تحلیل کرد: اقدام اول، قبض مال مورد رهن در حدود سهم رهن که مشروع است و نیازی به اذن سایرین ندارد و اقدام دوم، قبض مال مورد رهن در حدود سهم سایر شرکا که از آنجا که بدون اذن آنها انجام شده، نامشروع دانسته می‌شود. برای همین، رهن را باید واقع شده دانست، اما به خاطر تخلف شریک دیگر از قواعد شرکت، وی مسوولیت خواهد داشت و اما این تحلیل، به معنای نادیده گرفتن قواعد حاکم بر مال مشاع است: در این مال، سهم شرکا در تمامی مال گسترده است، بنابراین بر خلاف آنچه گفته شد، تصرف مادی در هر قسمت از مال مشاع تصرف در سهم دیگران نیز هست. به علاوه نمی‌توان امری نامشروع (قبض تمامی مال مشاع) را پایه و مبنای ایجاد آثار و حق و حقوق دانست (کاتوزیان، ۱۳۸۵ش، ۵۱۶/۴). چه هرگاه معتقد بر لزوم اخذ اذن شریک در مرحله قبض باشیم باید بگوییم که قبض صورت گرفته بدون این اذن صحیح نبوده و به عبارتی نامشروع است. بر پایه این قبض نامشروع نمی‌توان عقد رهن را محقق شده دانست و تنها برای متخلف، مسوولیت مدنی قائل شد. به همین دلیل باید گفت قبضی که بدون تحقق شرایط از جمله اذن شریک متحقق شود، صحیح نبوده و مانع از ایجاد و شکل‌گیری عقد رهن می‌شود.

### ۳. امکان الزام شریک به اعطای اذن

اول - حال، اگر شریک از دادن اذن برای تسلیم مال مرهونه‌ای که به رهن داده شده امتناع ورزد تکلیف مرتهن چیست؟ در فقه، برخی از فقها رجوع به حاکم را پیشنهاد کرده‌اند تا وی از باب قطع منازعه، میان شرکا رفع اختلاف کند («أن الحاكم هو المعد لقطع أمثال هذه

المنازعات، إذ لا يجب على أحد الشريكين الإذن للآخر في القبض»: نجفی، بی تا، ۲۵۸/۲۵-۲۵۶؛ «قطعاً للمنازعة»: ابن سعید حلی، ۱۳۹۴ش، ۲۸۹) و اما به نظر می رسد نتوان شریک یادشده را برای دادن اذن ملزم کرد: عقد رهن بدون قبض محقق نمی شود و بنابراین طبیعتاً مرتهن نیز حق و حقوقی برای به قبض گرفتن نخواهد داشت. به علاوه، توافق رهن و مرتهن برای به رهن گذاشتن مال مشاع نمی تواند نسبت به شریک که شخص ثالث شمرده می شود، تأثیری داشته باشد. افزون بر اینها، این حق شریک است که اذن بدهد یا ندهد و در نتیجه، نمی توان او را به کاری بر خلاف خواستش اجبار کرد.

دوم - شاید بشود از قاعده سوءاستفاده از حق بهره گرفت: هدف از قبض مال مشاع در عقد رهن استیلاء معنوی مرتهن است، نه هم چون اجاره، بهره برداری و انتفاع از مال مشاع. این استیلائی معنوی نیز زیبایی به مال مشاع وارد نمی کند، به ویژه اگر با نظارت حاکم و با سپردن مال مورد رهن در ید نماینده طرفین یا نماینده حاکم باشد. بنابراین می توان در چنین فرضی امتناع شریک از دادن اذن را سوءاستفاده از حق تلقی کرد. با این حال، اگر این راه حل پذیرفته نشود، تنها راه چاره برای شریکی که می خواهد مال مشاع را به رهن بسپارد، درخواست تقسیم مال مشاع است، همان گونه که در فقه نیز برخی از فقها همین راه حل را پیشنهاد داده اند («وله المطالبة بالقسم ليجوز رهنه»: نمری، ۱۴۰۰ق، ۴۱۲-۴۱۰؛ «إذا رهن مشاعاً وتشاح الشريك والمرتهن... ثم قسمها بينهما بموجب الشركة.»: ابن سعید حلی، ۱۳۹۴ش، ۲۸۹). البته لزوماً نیازی به تقسیم عین مال مشاع نیست، بلکه پس از تقسیم منافع (مهایات) نیز می توان اقدام به قبض نمود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۹۹/۲؛ «فإذا حصل القبض، جرت المهایاة بین المرتهن والشريك جریانها بین الشريكين.»: حلی، ۱۴۱۶ق، ۱۲۹/۱۳؛ «بصح رهن المشاع وبعضه على الشريك وغيره، ويكون على المهایاة كالشركاء.»: فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق، ۱۴/۲؛ «قوله: ويكون على المهایاة كالشركاء). آی: ويكون ذلك الجزء، أو يكون رهن ذلك الجزء واقعا على المهایاة بین المرتهن والشركاء بالنسبة إلى القبض، وكونه تحت اليد و ذلك كالشركاء، آی: كمهایاة الشركاء، فكما يكون لمالك الربع ربع الزمان الذي جعل للمهایاة، كيوم من أربعة ينتفع بالمشترك فيه، يكون للمرتهن إثبات اليد عليه كذلك، فتكون المهایاة فيه بالنسبة إلى المرتهن مع الشركاء لإثبات اليد، ولا امتناع في ذلك.»: محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ۵۷/۵-۵۶).



## نتیجه

آیا می‌توان مال مشاع را به رهن سپرد؟ قانون مدنی درباره امکان یا عدم امکان به رهن سپردن چنین مالی سکوت کرده است. در فقه اما به طور مفصل این موضوع بررسی شده و پاسخهای متفاوتی به این پرسش در مذاهب اسلامی داده شده است. به باور برخی از فقها، به رهن سپردن مال مشاع بدون اخذ رضایت شریک یا شرکای دیگر جایز نیست. فقهای حنفی و نیز تعدادی از فقهای حنبلی عمدتاً به این باور پایبند هستند. دغدغه این گروه از فقها، حفظ حقوق شریک یا شرکاست. در برابر، سایر فرق اهل تسنن از جمله شافعی و مالکی و نیز فقهای شیعه عقد رهن را حتی بدون رضایت سایر شرکا نیز صحیح می‌دانند. در توجیه این باور، به اطلاق ادله جواز رهن و همچنین به پاره‌ای از اخبار و اجماع نیز استناد شده است.

در مقام داوری میان این دو باور، باید به یاد داشت که اگرچه سهم شرکا در عالم واقع از سهم همدیگر قابل تمییز و تفکیک نیست و اما در عالم اعتبار این‌گونه نبوده و سهم شرکا از یکدیگر جدا بوده و از استقلال برخوردار است. در نتیجه، تصرفات اعتباری هر یک از شرکا به اندازه سهم خویش خللی به حقوق سایرین وارد نکرده و معتبر خواهد بود؛ چرا که تصرف، تنها در محدوده سهم شخص اتفاق می‌افتد اما تصرفات مادی، این‌گونه نیست: تصرف در هر جزء از مال، ملازمه با تصرف در سهم دیگران دارد. برای همین، منوط به تنفیذ و تأیید سایر شرکا خواهد بود.

بر همین اساس می‌توان گفت: صرف توافق دو سوی عقد برای به رهن سپردن مال مشاع، تصرفی اعتباری است. بنابراین شخص می‌تواند سهم خویش از مال مشاع را به رهن بسپارد و اما به قبض دادن مال مشاع تصرف مادی است، بنابراین، بدون رضایت سایر شرکا امکان‌پذیر نخواهد بود. حال، اگر قبض مال مشاع بدون اذن شریک محقق شود چه تأثیری بر عقد رهن خواهد داشت؟ به نظر می‌رسد نتوان بر پایه این قبض نامشروع عقد رهن را محقق شده دانست، لذا جدا از مسئولیت قابض، قبضی که بدون تحقق شرایط از جمله اذن شریک متحقق شود، صحیح نبوده و مانع از ایجاد و شکل‌گیری عقد رهن می‌شود. هم‌چنین، اگر شریک از دادن اذن برای تسلیم مال مرهونه‌ای که به رهن داده شده امتناع ورزد، در فقه، برخی از فقها رجوع به حاکم را پیشنهاد کرده‌اند تا وی از باب قطع منازعه، میان شرکا رفع اختلاف کند، اما به نظر می‌رسد نتوان شریک یادشده را برای دادن

اذن ملزم کرد؛ چه این حق شریک است که اذن بدهد یا ندهد و در نتیجه، نمی‌توان او را به کاری بر خلاف خواستش، اجبار کرد. به نظر می‌رسد تنها راه‌چاره برای شریکی که می‌خواهد مال مشاع را به رهن بسپارد، درخواست تقسیم مال مشاع باشد.

## فهرست منابع

- ابن حزم، علی بن احمد، *المحلی بالآثار*، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- ابن حمزه طوسی، محمد بن علی، *الوسيلة الى نيل الفضيلة*، قم، کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۸ق.
- ابن سعید حلّی، یحیی بن احمد، *الجامع للشرائع*، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۳۹۴ش.
- ابن عابدین، محمد امین بن عمر، *رد المحتار علی الدر المختار*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، قاهره، مکتبه القاهرة، ۱۳۸۸ق.
- ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم، *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*، بیروت، دارالکتاب الإسلامی، بی تا.
- ابو حیان اندلسی، محمد بن یوسف، *تفسیر البحر المحیط*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۲ق.
- اسمندی، محمد بن عبدالحمید، *طریقه الخلاف فی الفقه بین الأئمة الأسلاف*، قاهره، مکتبه دارالتراث، ۱۴۲۸ق.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، تهران، اسلامی، ۱۳۸۶ش.
- بروجردی عبده، محمد، «در قبض»، *مجموعه حقوقی*، شماره ۲۰۰، ۱۳۲۰ش.
- بغدادی، علی بن عقیل، *التذکرة فی الفقه*، ریاض، دارالشبلیا، ۱۴۲۲ق.
- بهوتی، منصور بن یونس، *کشاف القناع عن متن الإقناع*، بیروت، منشورات محمدعلی بیضون؛ دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۸ق.
- جصاص، احمد بن علی، *احکام القرآن*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۵ق.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *رهن و صلح*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸ش.
- حائری شاه باغ، سید علی، *شرح قانون مدنی*، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ش.
- حسینی عاملی، سید محمدجواد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۹ق.
- حصکفی، محمد بن علی، *الدر المختار*، بیروت، دارالمعرفة، ۱۴۲۸ق.
- حلّی، حسن بن یوسف، *تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیه*، مشهد، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، بی تا.
- همو، *تذکرة الفقهاء*، ج ۲، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
- همو، *تذکرة الفقهاء*، ج ۱۳، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۶ق.
- خطیب شریب، محمد بن احمد، *الإقناع فی حل النفاذ ابی شجاع*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۲۵ق.

- دسوقی، محمد بن احمد، *حاشیة الدسوقی علی مختصر السعد*، بیروت، المكتبة العصرية، ۱۴۲۸ق.
- زرکشی، محمد بن عبدالله، *شرح الزرکشی علی مختصر الخرقی*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۲۳ق.
- سابق، سید، *فقه السنة*، بیروت، دارالکتاب العربی، ۱۳۹۷ق.
- سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفة، ۱۴۱۴ق.
- سمرقندی، محمد بن احمد، *تحفة الفقهاء*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۴ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۳ق.
- شهیدی، مهدی، «وضعیت حقوقی تصرفات شریک در مال مشاع»، *مجله حق*، شماره ۶، ۱۳۶۵ش.
- صافی گلپایگانی، لطف‌الله، *هدایة العباد*، قم، مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان، ۱۳۸۷ش.
- طوری، محمد بن حسین، *تکملة البحر الرائق*، قم، مؤسسه فرهنگی و اطلاع‌رسانی تبیان، ۱۳۸۷ش.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاص*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ق.
- همو، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، تهران، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷ق.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۷ق.
- فخررازی، محمد بن عمر، *التفسیر الکبیر*، بیروت، دارالفکر، ۱۴۰۱ق.
- کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، تهران، میزان، ۱۳۸۹ش.
- همو، *عقود معین*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵ش.
- همو، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۸ش.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۰۶ق.
- ماوردی، علی بن محمد، *الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الإمام الشافعی و هو شرح مختصر المزنی*، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۱۹ق.
- محقق کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البتیة، ۱۴۰۸ق.

- مرداوى، على بن سليمان، *الإنصاف فى معرفة الراجح من الخلاف*، مصر، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٧٥ق.
- مفيد، محمد بن محمد، *المقنعة*، قم، كنگره جهانى هزاره شيخ مفيد، ١٤١٣ق.
- مقدس اردبيلى، احمد بن محمد، *زبدة البيان فى احكام القرآن*، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، بى تا.
- مقدسى، عبدالرحمن بن محمد، *الشرح الكبير*، قم، مؤسسه فرهنگى و اطلاع رسانى تبيان، ١٣٨٧ش.
- منهاجى اسبوطى، محمد بن احمد، *جواهر العقود و معين القضاة و الموقعين و الشهود*، بيروت، دارالكتب العلمية، ١٤١٧ق.
- موسى گلپايگانى، سيد محمدرضا، *هداية العباد*، قم، دارالقرآن الكريم، ١٤١٣ق.
- نجفى، محمدحسن، *جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام*، بيروت، داراحياء التراث العربى، بى تا.
- نمرى، يوسف بن عبدالله، *الكافى فى فقه اهل المدينة*، رياض، مكتبة الرياض الحديثة، ١٤٠٠ق.
- نووى، يحيى بن شرف، *المجموع شرح المهذب*، بيروت، دارالفكر، بى تا.
- همو، روضة الطالبين و عمدة المفتين، بيروت، المكتب الإسلامى، ١٤١٢ق.
- همدانى، رضا بن محمدهادى، *مصباح الفقيه*، قم، المؤسسة الجعفرية لإحياء التراث، ١٣٧٦ش.