

Jurisprudence and Private Law Quarterly, Year 1, No:1, Spring 2024

Mortgage of Jointly Owned Property in the Jurisprudence of Five Religious Schools of Law and in Iranian Law

Saeed Farsad¹

Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad²

Abstract: Mortgage of jointly owned property (indivisum) is permissible according to Imamiyah, Maliki, Shafi'i, and Hanbali (except Hanafi) schools of Law because it is an instance of the rule of dominion. This is because conclusion of the mortgage contract does not mean possession of the jointly owned property. It is clear that submission of the jointly owned property to the mortgagee, in cases where it requires possession of the shares of the other partners, requires obtaining their consent. In cases where the mortgager submits the property to the mortgagee without the consent of the other partners, he shall be considered legally responsible for that. However, in cases where the submission of property means evacuation, the submission of the property does not mean possession of the shares of other partners, thus according to the jurisprudence of the above-said schools of law it does not need their consent for evacuation. This paper intends to study these issues in the jurisprudence of the abovementioned five schools of law and in the Iranian law.

Keywords: Jointly owned property, indivisum, mortgage, Imamiyah, Hanafi, Maliki, Shafi'i, Iranian law.

1. Ph.D. Graduate in Jurisprudence and Private Law, Shahid Motahari University, Tehran, Iran. (Corresponding Author) (sd.farsad@gmail.com)

2. Professor, Department of Islamic Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran. (m_mohaghegh@sbu.ac.ir)

فصلنامه فقه و حقوق خصوصی
سال دوم، شماره ۵، بهار ۱۴۰۴
(صص ۱۰۰-۷۸)

رهن مال مشاع از منظر فقه مذاهب خمس و حقوق ایران

سعید فرساد^۱

سید مصطفی محقق داماد^۲

چکیده: رهن مال مشاع از منظر فقه امامیه، مالکی، شافعی و حنبلی (به جز حنفی) از مصادیق قاعده سلطنت بوده و جایز است، چون انشای عقد رهن با تصرف در مال شریک ملازمه ندارد. بدیهی است تسلیم و اقباض مال مشاع به مرتبه در مواردی که مستلزم تصرف در سهم مشاع شریکان دیگر باشد، نیازمند اذن آنان است و در صورتی که راهن بدون اذن شریک، مال مشاع را به مرتبه تسلیم نماید، ضامن است؛ ولی در جایی که تسلیم مال مشاع با تخلیه همراه باشد، تسلیم مال مستلزم تصرف در مال شریک یا شریکان دیگر نبوده و از نظر فقه مذاهب، اذن شریک یا شریکان در تخلیه لازم نیست. تحقیق حاضر به بررسی این مسائل در فقه مذاهب خمس و حقوق ایران می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها: مال مشاع، رهن، امامیه، حنفی، مالکی، شافعی، حنبلی، حقوق ایران.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۱. دانش‌آموخته دکتری فقه و حقوق خصوصی، دانشگاه شهید مطهری، تهران، ایران.

(نویسنده مسئول) (sd.farsad@gmail.com)

۲. استاد گروه حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

(m_mohaghegh@sbu.ac.ir)

مقدمه

مال مشاع نسبت به مال مفروز ویژگی‌هایی دارد که تصرفات آن — از جمله مسئله رهن — را با مشکل مواجه می‌سازد. مال مشاع، از سویی، از جمله اموال محسوب شده و تابع احکام و مقررات بین مالک و مال می‌شود و باید تصرفات مالکانه مالک را محترم شمرد و از سوی دیگر، چون همه شریکان در همه اجزای مال مشاع شریک هستند و مالک آن به شمار می‌روند، تصرف در آن منوط به اذن همه شریکان می‌باشد و تصرف شریک بدون اذن سایر شرکا ضمان‌آور است. به عبارت دیگر، از طرفی، تصرف در مال مشاع ممنوع و از طرف دیگر، تصرف در مال مشاع، حق شریکان است. به همین دلیل فقه اسلامی، قانون مدنی در ماده ۵۸۳ و حقوق ایران، اصل کلی را بر این قرار داده که تصرف در مال مشاع منوط به اذن همه شرکا باشد؛ ولی به جهت مراعات حق مالکانه، برخی تصرفات مانند تصرفات حقوقی همچون انشای عقد رهن را نیز بی‌نیاز از اذن شریکان دانسته است تا از سویی، تسلط و آزادی اراده شریک را نسبت به مال خویش حفظ کند و از سوی دیگر، از تجاوز به حقوق شریکان دیگر جلوگیری کند. در این میان رهن مال مشاع از وضعیت پیچیده‌تری برخوردار است، زیرا انشای عقد رهن نسبت به مال مشاع بدون اذن شریک جایز شمرده شده است و از سوی دیگر، تسلیم مال مشاع به دست مرتهن منوط به اذن شریک دانسته شده است.

مسائل دیگری نیز بر این ویژگی خاص مال مشاع در رهن آن مترتب است. از جمله این مسائل می‌توان به وضعیت حقوقی قبض بی‌اذن شریک، اختلاف شرکا و راهن در اذن به رهن مال مشاع و تقسیم و افراز مال مشاع پیش از فک رهن اشاره کرد.

با وجود پیچیدگی یاد شده نسبت به رهن مال مشاع و مسائل آن و عنایت به نیاز روز مردم نسبت به رهن مال مشاع، خلأهای قانونی چندی وجود دارد که امید است تحقیق حاضر گامی مؤثر در جهت شناسایی فقهی — حقوقی این مهم و پیشنهاد وضع قوانین مناسب برای آن باشد.

۱- رهن مال مشاع از دیدگاه فقه مذاهب خمس و حقوق ایران

۱-۱- از دیدگاه فقه امامیه

فقیهان امامیه انشای عقد رهن نسبت به مال مشاع را بدون اجازه شریک یا شریکان جایز شمرده‌اند

(شیخ طوسی، الف ۱۴۰۷ ج ۳: ۲۲۴؛ ۱۳۸۷، ج ۲: ۱۹۸؛ عکبری بغدادی، ۱۴۱۳: ۶۲۳). آنان برای جواز رهن مال مشاع در فقه امامیه، به ادله اختصاصی رهن و ادله کلی استناد کرده‌اند. اجماع عالمان امامیه (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۲۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵: ۲۷۴-۲۷۵؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۴)، اطلاق و عموم آیه شریفه رهن و اطلاق و عموم روایات رهن، ادله اختصاصی آن است و استصحاب، عمومات لزوم وفای به عقود و قاعده تسلط، ادله کلی آن می‌باشند.

۱-۱-۱- ادله اختصاصی

الف/ اجماع

برخی از بزرگان فقه امامیه، نسبت به جواز رهن مال مشاع، ادعا کرده‌اند که در میان فقیهان امامیه در این مورد اجماع وجود دارد (شیخ طوسی، الف ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۲۴). مرحوم نجفی صاحب کتاب گران سنگ جواهر الکلام می‌نویسد:

از نظر ما [فقیهان امامیه] رهن مال مشاع، نه تنها خالی از اشکال است، بلکه اختلافی هم در این مورد وجود ندارد و حتی چنان که می‌دانید، ظاهر کتاب دروس همین است. در کتاب غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع بر اجماع تصریح شده است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵: ۱۲۷).

مرحوم شهید اول در کتاب دروس می‌نویسد: «اگر کسی سهم خویش را از خانه مشترک به رهن بسپارد، صحیح است. زیرا نزد ما [فقیهان امامیه] رهن مال مشاع جایز است» (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۹۵). ظاهر این سخن مفید معنای اجماع است، زیرا با وجود اینکه عبارت «عندنا» به اعم از اجماع و عدم خلاف و نظر اکثر عالمان است، ولی تنها اجماع است که می‌تواند به عنوان دلیل شرعی مورد استناد قرار گیرد، و در اینجا مرحوم شهید اول در ظاهر امر، عبارت یاد شده را به عنوان دلیلی بر جواز مطرح کرده است. البته در عبارت مرحوم ابن زهره در کتاب غنیة، نیز اجماع مورد استناد قرار گرفته است (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷: ۲۴۴).

ب/ اطلاق آیه شریفه رهن

یکی از دلایل جواز اصل رهن، آیه شریفه: «وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره: ۲۸۳): «و اگر در سفر بودید و نویسندۀ ای نیافتید، وثیقه‌ای بگیرید» (فولادوند، ۱۴۱۵: ۴۹) می‌باشد. فقیهان امامیه با توجه به اینکه عبارت «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» اطلاق دارد، به طوری که

میان مال مفروز و مشاع تفصیل قائل نشده است، اطلاق آیه شریفه را دلیل بر جواز رهن مال مشاع دانسته‌اند (شیخ طوسی، الف، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۲۴؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷، ۲۴۴؛ ابن شهر آشوب، ۱۳۶۹، ج ۲: ۲۱۳؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۲۷).

ج) اطلاق روایات رهن

مرحوم شیخ طوسی در کتاب *الخلاف* اطلاق روایت رهن را از جمله ادله رهن مال مشاع می‌شمارد (شیخ طوسی، الف، ۱۴۰۷، ج ۳: ۲۲۴). از جمله روایات مورد استناد رهن، روایت ذیل است:

گروهی از اصحاب ما از احمد بن محمد، از علی بن حکم، از محمد بن مسلم، از ابو حمزه، از امام کاظم^(ع) روایت کرده‌اند که ابو حمزه می‌گوید از امام کاظم^(ع) درباره رهن و کفیل در بیع نسیه سؤال کردم و امام^(ع) فرمود: اشکالی ندارد (کلینی، ۱۴۰۷، ج ۵: ۲۳۳).

چنان‌که ملاحظه می‌شود امام^(ع) که در پاسخ به سؤال راوی در مقام بیان حکم شرعی بوده است، میان مشاع بودن و سایر خصوصیات مال مورد رهن تفصیل قائل نشده و به طور مطلق و کلی فرموده‌اند که رهن جایز است. این عدم تفصیل، دلیل بر جواز رهن مال مشاع نیز شمرده می‌شود زیرا اگر حکم این دو مورد با یکدیگر تفاوت داشت، بر امام^(ع) لازم بود که آن را بیان کند. روایات دیگر رهن نیز مانند همین روایت، به شیوه اطلاق بیان شده‌اند (شیخ طوسی، ب، ۱۴۰۷، ج ۶: ۲۱۰). جناب شیخ حرّ عاملی در کتاب *وسائل الشیعه* برای روایات دال بر جواز رهن، بابی را به نام «بَابُ جَوَازِ الْإِرْتِهَانِ عَلَى الْحَقِّ الثَّابِتِ» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹: ۳۷۹-۳۸۱) اختصاص داده است. در هیچ کدام از این روایات، میان اقسام مال مورد رهن و نوع آن (مفروز یا مشاع) تفصیلی ارائه نشده است. بنابراین، این روایات با اطلاق خویش، بر جواز رهن مال مشاع دلالت دارند.

د) عین بودن مال مشاع

دلیل کلی دیگری که علامه حلی بدان استناد می‌کند، عین بودن مال مشاع است، زیرا از شرایط مال مرهونه این است که عین باشد و دین را نمی‌توان به رهن گذاشت. ایشان در مقام استدلال بر جواز رهن مال مشاع می‌نویسد: «زیرا مال مشاع عین است، و فروش آن در محل حق جایز است، پس رهن مال مشاع همانند مال مفروز جایز می‌باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۲۷). به عبارت دیگر، ایشان از اطلاق عین بودن مال مشاع، چنین استنباط می‌کند که عین شامل مال مشاع و مفروز است. بنابراین رهن مال مشاع نیز مشمول اطلاق دلیل عین بودن مال مرهونه می‌شود. پس رهن آن

نیز جایز خواهد بود.

۲-۱-۱- ادله کلی

برخی از فقیهان امامیه برای جواز رهن مال مشاع علاوه بر ادله اختصاصی رهن، به قواعد کلی نیز استناد کرده‌اند.

الف) آیه شریفه وفای به عقود

یکی از ادله کلی دیگری که برای جواز رهن مال مشاع مورد استناد قرار گرفته است، آیه شریفه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده: ۱): «ای کسانی که ایمان آورده‌اید، به قراردادها [ی خود] وفا کنید» (فولادوند، ۱۴۱۵: ۱۰۶) می‌باشد (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۰۲). اینکه خداوند متعال به طور مطلق به وفای به عقود امر فرموده است، و رهن مال مشاع نیز از عقود بوده مشمول حکم لزوم وفای به آن است. بنابراین، رهن مال مشاع نیز جایز خواهد بود، چون اطلاق آیه شریفه، رهن مال مشاع را نیز که عقدی از عقود است، در برمی‌گیرد.

ب) قاعده تسلط

قاعده تسلط یا تسلط (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۲: ۱۱۲) از جمله دلایلی است که برخی از فقیهان امامیه برای جواز رهن مال مشاع به آن استناد کرده‌اند (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۰۲). این قاعده فقهی که پشتوانه محکمی دارد، مفاد روایت نبوی (ص) است که می‌فرماید: «قَالَ النَّبِيُّ (ص): النَّاسُ مُسْلَطُونَ عَلَى أَمْوَالِهِمْ» (ابن ابی جمهور احسایی، ۱۴۰۵، ج ۳: ۲۰۸): مردم بر دارایی‌های خود تسلط دارند. مفهوم موافق روایت این است که مردم می‌توانند هر گونه تصرفی را که می‌خواهند در اموال خویش انجام دهند. انشای عقد رهن بر مال مشاع نیز مشمول اطلاق قاعده تسلط است، پس رهن مال مشاع جایز خواهد بود.

ج) استصحاب

برخی از فقیهان امامیه اصل را که به نظر می‌رسد، اصل استصحاب باشد، به عنوان دلیل دیگری برای جواز رهن مال مشاع، مورد استناد قرار می‌دهند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵: ۲۷۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۳: ۱۲۷). تصویر این استصحاب به این صورت است که می‌دانیم بنابر قاعده تسلط، اشخاص مجازند هر تصرفی را نسبت به اموال خویش انجام دهند، سپس شک می‌کنیم که آیا مال مشاع از شمول این قاعده خارج شده است یا نه؟ اینجا محل جریان اصل استصحاب است، زیرا ما

به دلالت اطلاق، نسبت به وضعیت گذشته جواز رهن مال یقین داریم. سپس شک می‌کنیم که آیا شارع مقدس رهن مال مشاع را استثنا کرده یا نه، بنابراین در اینجا استصحاب جاری کرده و جواز رهن را در مال مشاع نیز جاری نموده و جواز آن را اثبات می‌نماییم.

۲-۱- از دیدگاه فقه حنفی

از دیدگاه فقه حنفی رهن مال مشاع باطل است (کاسانی حنفی، ۱۴۰۶، ج ۶: ۱۳۸؛ بارعی زیلی حنفی، ۱۳۱۳، ج ۶: ۶۸). سرخسی از فقیهان حنفی در این باره می‌نویسد: «رهن مشاع در مال مشاع قابل تقسیم و غیر قابل تقسیم، از هر نوع شیء قابل رهن که باشد، نزد ما [حنفیه] جایز نمی‌باشد» (سرخسی، بی‌تا، ج ۲۱: ۱۶۹). البته برخی از عالمان حنفی، رهن مال مشاع را ابتدائاً جایز نمی‌دانند ولی اگر اشاعه پس از واگذاری مال به مرتهن عارض شود، رهن مال مشاع را در این صورت صحیح می‌شمارند (بارعی زیلی حنفی، ۱۳۱۳، ج ۶: ۶۸). در فقه حنفی، از سویی، مفروز بودن یکی از شرایط صحت عقد رهن شمرده می‌شود و از سوی دیگر، قبض در رهن از شرایط صحت آن محسوب شده است. فقیهان حنفی در استدلال بر نظریه خویش بیان می‌دارند که قبض مال مشاع امکان پذیر نیست. بنابراین، این شرط به اصل عقد نیز سرایت کرده و آن را ابطال می‌کند. یکی از فقیهان حنفی در این باره چنین اظهار نظر می‌کند:

به عقیده ما قبض نصف مشاع به تنهایی قابل تصور نیست، نصف دیگر نیز که مورد رهن نیست [تا رهن بتواند همه آن را به رهن بگذارد] بنابراین قبض آن صحیح نمی‌باشد. در این باره فرقی ندارد که مال مشاع قابل تقسیم باشد یا قابل تقسیم نباشد؛ زیرا مشاع بودن، مانع از تحقق قبض در هر دو نوع مذکور می‌شود (کاسانی حنفی، ۱۴۰۶، ج ۶: ۱۳۸).

ولی استدلال فقیهان حنفی نسبت به بطلان رهن مال مشاع به دلیل عدم امکان قبض مال مشاع، از سوی فقیهان مذاهب دیگر مورد انتقاد قرار گرفته و گفته شده است که این دلیل اخص از مدعاست؛ زیرا اولاً، در همه اقسام رهن، قبض مال مشاع ضروری نیست. به عبارت دیگر، قبض هر چیزی به حسب آن است. شافعی در کتاب *الأم* می‌نویسد:

[به مخالف جواز رهن مشاع که آن را به دلیل عدم امکان قبض باطل می‌دانست، گفتم:] از نظر شما قبض فقط به یک صورت واقع می‌شود در حالی که قبض به شیوه‌های مختلف واقع می‌گردد. او گفت: خیر قبض به یک صورت واقع می‌شود. از

او پرسیدم آیا این گونه نیست که درهم و دینار و اشیای کوچک با کف دست قبض می‌شود؟ آیا خانه با دادن کلید و زمین با تسلیم آن قبض نمی‌شود؟ گفت: آری (امام شافعی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۹۴).

بنابراین قبض اشیاء با یکدیگر فرق دارد. به عنوان مثال، تخلیه خانه مشاع از سوی رهن برای قبض کافی است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵: ۱۲۸-۱۲۷). ثانیاً، در رهن مال مشاع با اذن شریک می‌توان همه مال مشاع را تحویل مرتهن داد. ثالثاً، در صورتی که شریک به قبض مال مشاع به مرتهن اجازه نداد، رهن می‌تواند به صحت خود باقی بماند که در این صورت رهن ملزم به پرداخت قیمت سهم مورد رهن خواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵: ۱۲۸-۱۲۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۵: ۲۷۶-۲۷۵).

به طور کلی می‌توان اشکال فقیهان حنفی را چنین ترسیم کرد که آنان مفروض بودن مال مرهونه را از شرایط اساسی عقد دانسته و مبنای آن را آیه شریفه رهن می‌دانند که فرموده است: «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره: ۲۸۳) و با آوردن واژه مقبوضه، شرط قبض را جزو شرایط اساسی عقد قرار داده است. بر اساس این نظر، قبض چون شرطی اساسی است، لذا عدم امکان قبض را موجب بطلان عقد رهن به شمار می‌آورند. این استدلال از نظر عالمان فقه امامیه کافی نیست (همدانی، ۱۴۱۶، ج ۱۴: ۵۹۴-۵۹۵) زیرا اولاً، همه رهن‌های مشاع غیر قابل قبض نیست، چون در برخی از رهن‌های مشاع قبض عین لازم نیست، بلکه به دلیل اینکه اقتضای برخی از اموال مانند ملک، این است که نمی‌شود آن را مانند مال منقول به مرتهن تحویل داد، تسلیم در چنین موردی با تخلیه عین صورت می‌گیرد.

در روزگار ما نیز به دلیل پیشرفت‌های حقوق و پدید آمدن تأسیساتی همچون ثبت اسناد و املاک با تسلیم سند و ثبت رهن، قبض بدون تصرف در سهم مشاع امکان‌پذیر شده است. بنابراین تسلیم مال مشاع به شیوه‌هایی که مستلزم تصرف در مال شریک نباشد، می‌تواند تحقق یابد. لذا قول عالمان حنفی مبنی بر بطلان رهن مال مشاع، به خصوص در روزگار ما، از پشتوانه شرعی و عقلی برخوردار نمی‌باشد.

۳-۱- از دیدگاه فقه مالکی

مالک بن انس امام فقیهان مالکی، که از فقیهان مدینه و از شاگردان امام جعفر بن محمد صادق^(ع) بود، رهن مال مشاع را جایز و صحیح می‌داند (اصبحی مدنی، ۱۴۱۵، ج ۲: ۱۳۲؛ دسوقی مالکی، بی‌تا، ج ۳: ۲۳۵؛ بغدادی مالکی، بی‌تا، ج ۱: ۹۳؛ ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵، ج ۴: ۵۶؛ نمری قرطبی، ۱۴۰۰، ج ۲:

۸۱۳). فقیهان مالکی درباره جواز رهن مال مشاع به ادله متعددی استناد کرده‌اند. این ادله به اختصار عبارتند از:

۱- عموم (اطلاق) آیه شریفه «فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ» (بقره: ۲۸۳) (تمیمی مازری مالکی، ۲۰۰۸، ج ۳/۲: ۳۴۴).

۲- بیع مال مشاع جایز است، پس رهن آن نیز جایز خواهد بود.

۳- مشاع بودن مانع رهن نیست، چون اصل در مال مشاع، افراز است.

۴- هر عقدی که بر قسمتی از مال مفروز جایز باشد، بر همان جزء مشاع نیز جایز خواهد بود، زیرا اصل آن بیع است (قاضی بغدادی مالکی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۵۷۷).

۴-۱- از دیدگاه فقه شافعی

فقیهان شافعی نیز رهن مال مشاع را صحیح می‌دانند (امام شافعی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۱۹۴؛ مزنی، ۱۴۱۰، ج ۸: ۹۹۱؛ شیرازی، بی‌تا، ج ۲: ۹۱؛ شربینی شافعی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۶). تنها دلیلی که در کتاب‌های فقهی شافعی برای جواز رهن مال مشاع مورد توجه قرار گرفته، تشبیه رهن مال مشاع به بیع است. آنان بر این عقیده‌اند که همان‌گونه که بیع مال مشاع جایز است، رهن مال مشاع نیز جایز خواهد بود (شیرازی، بی‌تا، ج ۲: ۹۱). یکی از فقیهان شافعی می‌نویسد:

دلیل ما این است که چون بیع مال مشاع صحیح است، رهن آن نیز همانند مال مفروز صحیح خواهد بود، زیرا هر کس که مجاز باشد مال مفروز را به رهن بگیرد، مجاز است که مال مشاع را نیز به رهن بگیرد. اصل آن این است که وقتی دو نفر از فرد دیگری چیزی را به رهن می‌گیرند، رهن در میان دو مرتبه، مشاع است [و چنین رهنی صحیح است. بنابراین رهن مال مشاع صحیح است] (عمرانی یمنی شافعی، ۱۴۲۱، ج ۶: ۳۲).

۵-۱- از دیدگاه فقه حنبلی

فقیهان حنبلی نیز نظر به صحت و جواز رهن مال مشاع دارند (ابن عثیمین، ۱۴۲۲، ج ۹: ۱۲۹؛ حجاوی مقدسی، ب بی‌تا، ج ۱: ۱۱۴؛ مقدسی جماعیلی حنبلی، بی‌تا، ج ۴: ۳۷۳). ابن قدامه در این باره می‌نویسد: «و اگر سهم خویش را از جزء مشاع به رهن بگذارد، و مورد رهن حتی از اشیای غیر قابل تقسیم باشد، جایز است» (ابن قدامه مقدسی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۷۸). عالمان فقه حنبلی نیز همانند فقیهان مذاهب

مالکی و شافعی، تنها دلیل جواز و صحت رهن مال مشاع را صحیح بودن بیع مال مشاع اعلام کرده‌اند (مقدسی رامینی، ۱۴۲۴، ج ۶: ۳۳۱؛ عاصمی حنبلی نجدی، ۱۳۹۷، ج ۵: ۵۷-۵۸؛ بهوتی حنبلی، الفبی‌بی‌تا، ج ۱: ۳۶۵). رهن مال مشاع از نظر جمهور عالمان صحیح است (ابن مفلح، ۱۴۱۸، ج ۴: ۲۰۵) زیرا فروش مال مشاع در جایگاه حق جایز بوده و از این نظر همانند مال مفروز می‌باشد (بهوتی حنبلی، بی‌بی‌تا، ج ۳: ۳۲۶). به دلیل وجود این خصوصیت در مال مشاع، رهن سهم مشاع نیز صحیح می‌باشد. ابن قدامه در تکمیل این استدلال می‌نویسد:

زیرا مقصود رهن، گرفتن وثیقه برای تضمین دین است تا اگر پرداخت دین از سوی دائن ممکن نشد، از پول رهن، استیفا گردد. این مقصود در هر عین و کالایی که فروش آن جایز باشد، محقق می‌گردد. هر آنچه محلی برای فروش دارد، محلی برای تحقق حکمت رهن نیز هست. محل هر چیزی، محل حکمت آن است، مگر اینکه مانعی برای تحقق آن وجود داشته باشد یا شروط تحقق آن از بین رفته باشد که در این هنگام، حکم نیز با منتفی شدن شرط، منتفی خواهد شد. بنابراین رهن مشاع به دلیل وجود حکمت آن و فقدان مانع، صحیح خواهد بود (ابن قدامه مقدسی، ۱۳۸۸، ج ۴: ۲۵۳).

۶-۱- از دیدگاه حقوق ایران

بر اساس قاعده کلی، از منظر حقوق ایران تصرف در مال مشاع جایز نیست. دکتر صفایی در این زمینه می‌نویسد:

از آنجا که هر یک از شرکا در جزء جزء مال مشاع ذی حق است، قاعده کلی این است که هیچ یک از شرکا نمی‌تواند بدون اذن شریک یا شرکا در مال مشاع تصرف کند و تصرف بدون اذن، موجب مسئولیت شریک خواهد بود (صفایی، ۱۳۹۲: ۹۶).

این قواعد در مواد ۵۸۱، ۵۸۲ و ۵۸۵ قانون مدنی آمده است. ماده ۵۸۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است.» دلیل عدم جواز این است که چون شرکا در جزء جزء مال مشاع شریک هستند، تصرف در هر جزء از مال مشاع، تصرف در مال غیر بوده و عدوانی محسوب می‌شود، لذا در صورتی که زیانی به مال مشاع وارد شود، متصرف ضامن خواهد بود (صفایی، ۱۳۹۲: ۹۷).

البته همه تصرفات شریک یا شرکا در مال مشاع منوط به اذن سایر شرکا نیست، و برخی از

تصرفات حقوقی در سهم مشاع، نیازی به اجازه شریک ندارد. از جمله این تصرفات رهن مال مشاع است. دکتر کاتوزیان در این زمینه می‌نویسد: «ایجاب و قبول رهن مال مشاع با مالی که تمام آن به رهن گذارده می‌شود تفاوت ندارد، زیرا وقوع تراضی زیانی به سایر شریکان نمی‌رساند» (کاتوزیان، الف ۱۳۸۲، ج ۴: ۵۱۴؛ ب ۱۳۸۲، ج ۲: ۲۴۳). به هر حال در اینجا ادله صحت رهن مال مشاع از منظر دانش حقوق، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۶-۱- ماده ۵۸۳ قانون مدنی

ماده ۵۸۳ قانون مدنی درباره امکان و موارد تصرف بدون اذن در سهم مشاع مقرر می‌دارد: «هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند.» با توجه به این ماده قانونی می‌توان استدلال کرد که راهن می‌تواند بدون رضایت شریک، سهم مشاع خویش را با هر قراردادی به شخص دیگری منتقل نماید، زیرا چنین تصرفی، تصرف در مال غیر شمرده نمی‌شود، چون شریک فقط سهم خود را منتقل می‌نماید (صفایی، ۱۳۹۲: ۹۸). برخی از اساتید ماده ۵۸۲ قانون مدنی را مخصوص به تصرفات مادی می‌دانند (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۱۳۲) و ماده ۵۸۳ را مخصوص به تصرفات حقوقی و غیر مادی که موجب دخالت در حقوق دیگران نباشد، دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ج ۲: ۴۸). بنابراین با استناد به ماده ۵۸۳ قانون مدنی می‌توان رهن مال مشاع را جایز و صحیح دانست.

۱-۶-۲- قابلیت وثیقه بودن مال مشاع

از آنجا که نهاد رهن به منظور ایجاد وثیقه برای دین است (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۳۲) پس به رهن گذاشتن هر چیزی که بتواند وثیقه دین قرار گیرد، صحیح است. مال مشاع نیز دارای خصوصیاتی است که می‌تواند به عنوان وثیقه دین قرار گیرد. «قانون افزایش بهره‌وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی» ماده‌ای را به تصویب رسانده که بر اساس آن املاک مشاع نیز به عنوان رهن تسهیلات بانکی پذیرفته می‌شود. ماده ۱۰ این قانون از این قرار است:

بانک‌ها و مؤسسات مالی و اعتباری مکلفند در اعطای تسهیلات بانکی به طرح‌های کشاورزی و منابع طبیعی اسناد مشاعی مالکین و نسق‌های زراعی زارعین و اشخاص را به نسبت سهم مشاع از قیمت روز کل مشاع ارزیابی و قراردادهای اجاره و یا بهره‌برداری و یا حق انتفاع از اراضی ملی و دولتی و سند مالکیت اعیانی احداثی را به

عنوان وثیقه و تضمین برای اعطای تسهیلات پذیرند. دفاتر اسناد رسمی موظفند بنا به درخواست بانک‌ها و مؤسسات مذکور نسبت به تنظیم سند رهن بر این اساس اقدام نمایند. دولت مکلف است از طریق تشویق بیمه سرمایه‌گذاری و سایر ابزارهای بیمه‌ای، تحقق این امر را تضمین نماید.

۳-۶-۱- وحدت ملاک ماده ۴۷۵ قانون مدنی

رهن مشاع با توجه به وحدت ملاک ماده ۴۷۵ صحیح است (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۳۴). این ماده مقرر می‌دارد: «اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک.» با توجه به اینکه تصرف حقوقی در حصه مشاع جایز بوده و نیاز به اذن شریک ندارد، تنها مسأله‌ای که می‌ماند، تسلیم عین است. در ماده فوق، تسلیم به اذن شریک منوط شده است. با عنایت به اینکه نهاد رهن نیز دقیقاً مانند اجاره است، پس می‌توان برای جواز رهن مال مشاع نیز به این ماده قانونی استناد کرد.

۳-۶-۱- اطلاق عین مرهونه

رهن مال مشاع با توجه به اطلاق ماده ۷۷۴ قانون مدنی از طرف شریک ملک صحیح است. در این ماده قانونی آمده است: «مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است.» عبارت «عین معین» که در ماده ۷۷۴ قانون مدنی ذکر شده مطلق می‌باشد و این اطلاق، مال مفروز و مشاع را نیز در بر می‌گیرد. پس رهن مال مشاع نیز جایز است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳).

۲- اذن شریک در اقباض مال مشاع در رهن از دیدگاه مذاهب خمس و حقوق مدنی ایران

۱-۲- از دیدگاه فقه امامیه

با اینکه فقیهان امامیه انشای رهن مال مشاع را بدون اذن شریک جایز دانسته‌اند، ولی اقباض رهینه مشاع را موقوف به اذن شریک یا شریکان می‌دانند. ایشان قبض در رهن را با تسلیم کل مال مرهونه می‌دانند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱: ۲۷۷). مشکلی که در اینجا به وجود می‌آید این است که اقباض مال مشاع، تصرف عدوانی در مال غیر به شمار آمده (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۳۷) و نیاز به اذن شریک دارد (اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۷۵). بنابراین فقیهان امامیه اقباض رهینه مشاع را تنها در صورتی

جایز می‌دانند که شریک (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۳۷) یا شرکا (سبزواری، بی‌تا: ۳۷۹) بدان اذن دهند (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۳۷۷). برخی از بزرگان امامیه اذن شریک را در اقباض هر دو نوع مال منقول و غیر منقول لازم می‌شمارند (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳: ۳۸۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۴۶۵)، ولی برخی دیگر از فقهای امامیه اقباض را در مال غیر منقول با تسلیم همه مال مرهونه لازم نمی‌دانند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۲: ۴۶۵)، بلکه در مال غیر منقول، اقباض با تخلیه ید راهن را کافی می‌شمارند (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۳۸۷). برخی دیگر نیز به صورت کلی مال مرهونه را به دو قسم تقسیم کرده‌اند: در قسمی از آن تخلیه و رفع ید راهن از ملک، و تمکین مرتهن به تصرف در آن را به منظور اقباض کافی دانسته‌اند، ولی در قسم دیگر، به لزوم تصرف دادن مال به مرتهن حکم کرده‌اند (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۰۲). به نظر می‌رسد این تقسیم بهتر از تقسیم به منقول و غیر منقول باشد، زیرا در تقسیم به منقول و غیر منقول، رابطه میان اقسام (طرف‌های تقسیم) عموم و خصوص من وجه می‌باشد. بنابراین موارد نقض نیز وجود دارد، ولی با تقسیم اخیر، میان قسیم‌ها تباین حاصل شده و تقسیم صحیحی صورت گرفته است؛ زیرا یکی از شرایط صحت تقسیم، این است که میان قسیم‌ها رابطه تباین حاکم بوده و در یکدیگر تداخل نداشته باشند.

۲-۲- از دیدگاه فقه مالکی

از نظر فقیهان مالکی در اقباض رهنه مشاع، اذن شریک لازم نیست (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۲۸۹). جزء مشاع اگر از املاک باشد، راهن فقط سهم خویش را به مرتهن اقباض می‌نماید و اگر از اموال منقول باشد، همه آن را به تصرف مرتهن می‌دهد (دسوقی مالکی، بی‌تا، ج ۳: ۲۳۵؛ سلمی دمیری، ۱۴۲۹، ج ۱: ۶۳۷). اگر مال، ملک است، تخلیه آن به منظور اقباض کافی می‌باشد و اگر مال، منقول است، قبض با به تصرف دادن تحقق می‌یابد (ابن حزم اندلسی، بی‌تا، ج ۶: ۳۶۵) چنان‌که در هبه نیز چنین است. از نظر آنان اقباض مال مشاع به مرتهن نسبت به حال شریک ضرری در بر ندارد (زحیلی، بی‌تا، ج ۶: ۴۲۵۶). اگر نصف غیر مرهون متعلق به راهن نباشد، قبض با همان نصف نیز محقق می‌شود، زیرا راهن فقط از سهم خود به مرتهن می‌دهد و فقط در سهم خود تصرف می‌کند (میارة الفاسی، بی‌تا، ج ۲: ۱۴۶). به علاوه اینکه شریک، خود به ذی حق بودن شریک راهن در نصف مال مشاع، اقرار دارد (وزارت اوقاف و شئون اسلامی، بی‌تا، ج ۳۲: ۲۷۷-۲۷۵).

۳-۲- از دیدگاه فقه شافعی

از نظر فقیهان شافعی قبض مشاع در املاک با تخلیه صورت می گیرد و نیازی به اذن شریک نیست و در مال مشاع منقول، با به تصرف دادن مال به مرتهن انجام می شود و قبض آن بدون اذن شریک جایز نیست (زحیلی، بی تا، ج ۶: ۴۲۵۶). از دیدگاه فقیهان مذهب شافعی قبض مرهونه مشاع با تسلیم کل آن صورت می گیرد (رافعی قزوینی، بی تا، ج ۱۰: ۴؛ سنکی انصاری، بی تا، ج ۲: ۱۴۵). یحیی بن ابوالخیر از فقیهان شافعی درباره اذن و شیوه قبض مال مشاع می نویسد: در صورتی که مرهونه مشاع غیر منقول باشد، راهن بایستی بین خود و مرتهن، از مرهونه مشاع خلع ید نماید (دمیری شافعی، ۱۴۲۵، ج ۴: ۲۹۷). حضور و اذن شریک در اینجا لزومی ندارد. اگر مرهونه مشاع از اموال منقول — مانند جواهر و ... — باشد، قبض آن جز با تسلیم مال به دست مرتهن صورت نمی گیرد (شرینی شافعی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۶؛ بجیرمی مصری شافعی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۷۰) و این تسلیم فقط با اذن شریک صورت می گیرد (عمرانی یمنی شافعی، ۱۴۲۱، ج ۶: ۳۲).

بنابراین عالمان شافعی اذن شریک را در اموال منقول لازم شمرده و در اموال غیر منقول لازم نمی دانند (شرینی شافعی، ۱۴۱۵، ج ۳: ۴۶؛ سنکی انصاری، بی تا، ج ۲: ۱۴۵). نگارنده در کتاب های عالمان شافعی درباره اقباض بدون اذن و ضمانت اجرای آن مطلبی نیافت، ولی با توجه به قواعد عمومی ضمان، می توان در صورت تلف مرهونه مشاع، حکم به ضمان چنین اقباضی کرد و راهن را ضامن جبران خسارت عین و منافع مرهونه دانست.

۴-۲- از دیدگاه فقه حنبلی

از دیدگاه عالمان فقه حنبلی قبض اموال غیر منقول با تخلیه بین راهن و مرهونه صورت می گیرد. در مال غیر منقول، اذن و حضور شریک لازم نیست، زیرا در این صورت نسبت به حق شریک، تعدی و تجاوزی صورت نمی گیرد؛ ولی اگر مرهونه، از اموال منقول باشد اذن شریک در اقباض آن لازم است (بهوتی حنبلی، بی تا، ج ۳: ۳۲۶؛ حجاوی مقدسی، الف بی تا، ج ۲: ۱۵۲).

۵-۲- از دیدگاه حقوق ایران

از منظر حقوق ایران، برای تسلیم مال مشاع به مرتهن، اذن شریک یا شریکان لازم است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۲: ۲۴۳)، چون «در این فرض، مال مرهون با سهم سایر شریکان مخلوط و منتشر در مجموع است. پس، تسلیم آن نیز با تصرف در مال شرکای دیگر ملازمه دارد و باید با اذن آنان

انجام پذیرد» (کاتوزیان، ب ۱۳۸۲، ج ۴: ۵۱۴). البته در مواردی که تسلیم رهنه مشاع با تصرف در سهم سایر شرکا ملازمه ندارد، اذن لازم نیست (کاتوزیان، الف ۱۳۸۲، ج ۴: ۵۱۵). مرحوم امامی نیز برای لزوم اذن در تسلیم مال مشاع به مرتهن، چنین استدلال می‌کند: «زیرا تصرف در مال مشترک بدون اجازه تمامی شرکا، تصرف در مال غیر بدون اجازه مالک است» (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۳۸ و ۳۳۴). برخی نیز لزوم اذن شریک را در عالم حقوق به ملاک ماده ۴۷۵ قانون مدنی مستند می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳). این ماده مقرر می‌دارد: «اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک». از آنجا که اجاره در این خصوص تفاوتی با رهن ندارد، بنابراین ملاک ماده یاد شده درباره رهن نیز صادق است. ملاک لزوم اذن در ماده فوق، پرهیز از تصرف عدوانی در ملک غیر و تجاوز به حقوق دیگران می‌باشد. این قاعده، قاعده‌ای کلی بوده و در همه مباحث حقوق جاری است.

۳- وضعیت حقوقی و ضمانت اجرای اقباض بدون اذن شریک از دیدگاه مذاهب خمس و حقوق مدنی ایران

۱-۳- از دیدگاه فقه امامیه

در صورتی که رهن، مرهونه مشاع را بدون اذن شریک، به قبض مرتهن داد، اکثر فقیهان امامیه چنین قبضی را با وجود اینکه جایز نبوده، صحیح و نافذ دانسته‌اند (صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۱۰۳؛ امام خمینی، بی‌تا، ج ۲: ۳-۴؛ اصفهانی، ۱۴۲۲: ۴۷۵؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۸۰). اغلب فقیهان امامیه حکم عدم جواز اقباض بدون اذن شریک را تکلیفی می‌دانند (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۳۸). بنابراین اقباض بی‌اذن شریک، معصیت شمرده می‌شود (فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵: ۲۳۸). پس این چنین اقباضی فقط عقاب و ضمانت اجرایی اخروی دارد. البته دکتر جعفری لنگرودی به نقل از کتاب *مناهج*، ضمانت اجرای کیفری تعزیری نیز برای متصرف بدون اذن در مال مشاع، ذکر کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳). این نظر با یک قاعده کلی در فقه امامیه نیز تأیید می‌گردد. براساس فقه امامیه، حاکم شرع و قاضی می‌تواند نسبت به هر معصیتی که مصلحت می‌داند، تعزیر مناسب تعیین نماید (موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲، ج ۲: ۱۵۳).

در این میان مرحوم سید محمد مجاهد نهی از تصرف عدوانی در حصه شریک را دارای ضمانت اجرای مدنی دانسته و آن را موجب بطلان رهن شمرده است؛ چون به عقیده وی، نهی از

اقباض رهینه مشاع، در واقع از باب نهی در معاملات بوده و مقتضی فساد معامله است. به علاوه اینکه شاید اقباض بی‌اذن شریک کار حرام بوده و کار حرام نمی‌تواند مقدمه کار حلال قرار گیرد. لذا این اقباض مؤثر نخواهد بود. از نظر ایشان صحت رهن متوقف بر صحت قبض است (مجاهد طباطبایی حائری، بی‌تا: ۴۰۲). بر اساس نظر ایشان در صورتی که قبض بدون اذن شریک صورت گیرد، عقد رهن باطل بوده و شریکان می‌توانند مال مشاع را از مرتهن باز پس گیرند. اشکال این نظریه این است که اولاً، حق رهن نسبت به ملک خویش نادیده گرفته می‌شود. ثانیاً، حق مرتهن نسبت به رهن دیده نمی‌شود. بهترین شیوه، راه حلی است که در آن حقوق همه طرف‌ها دیده شود. فقیهان امامی چنین راه حلی را در آثار فقهی خویش پیش بینی کرده‌اند. البته در صورتی که نتوان حقوق همه افراد ذی حق را تأمین کرد، به نظر می‌رسد در این میان حق راهنی که بی‌اذن شرکا اقدام نموده است محترم نخواهد بود؛ زیرا او با تصرف بی‌اذن در سهم شریکان، ضامن است و بایستی رهن دیگری را به مرتهن تحویل نماید. به هر حال، بایستی ترتیبی اندیشید که حقوق مرتهن و شریکان حفظ گردد. ضمانت اجرای مدنی دیگری که از نظر همه فقیهان قابل قبول می‌باشد، این است که در صورتی که ما اقباض را صحیح و مؤثر بدانیم (جزیری، ۱۴۱۹، ج ۲: ۳۷۷)، با عنایت به اینکه اقدام رهن تصرف عدوانی به شمار می‌آید (امام خمینی، بی‌تا، ج ۴: ۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۸۰؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۱۶، ج ۲: ۱۰۳؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۷۷)، لذا در صورت تلف مال مرهونه مشاع، رهن ضامن خواهد بود.

۲-۳- از دیدگاه فقه مذاهب اربعه

با جستجو در کتاب‌های فقهی مذاهب اربعه، بحثی راجع به وضعیت فقهی و حقوقی رهن و ضمانت اجرای آن در صورتی که بدون اذن شریک یا شریکان تسلیم مرتهن شده باشد، یافت نشد. شاید آنان بطلان رهن را در صورتی که تسلیم رهن مشاع بدون اذن شریک انجام می‌گیرد، بدیهی دانسته‌اند و از این رو، به بحث درباره آن نپرداخته‌اند. هر چند این امکان وجود دارد نگارنده بدان دست نیافته باشد. به علاوه اینکه ضمانت اجرای مدنی در تصرف عدوانی قاعده‌ای کلی بوده و در همه فقه جریان دارد. شاید دلیل نپرداختن به آن، همین وضوح و بدیهی بودن ضمان رهن بوده باشد.

۳-۳- از دیدگاه حقوق ایران

در صورتی که راهن بدون اذن شریک یا شریکان، نسبت به تسلیم رهنه مشاع به مرتهن اقدام نماید: عده‌ای از حقوقین بر آنند که قبض مال مشاع به مرتهن اگرچه موجب تصرف در مال سایر شرکا بدون اذن آنان می‌گردد، ولی این امر نمی‌تواند اثر وضعی قبض عین مرهونه را برطرف گرداند، زیرا مورد رهن غیر از سهم سایر شرکا می‌باشد که تصرف در آن از طرف قانون ممنوع است. قول مزبور از نظر حقوقی بیش‌تر سازگار است (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۳۴).

بنابراین طبق این نظر قبض بی‌اذن شرکا نیز صحیح است. اگرچه با تصرف در مال شرکای دیگر ملازمه دارد (امامی، بی‌تا، ج ۲: ۳۳۸). یکی از اساتید در این خصوص می‌نویسد: «تخلف راهن از این دستور (یعنی اقباض بدون اذن شریک) مانع تحقق عنصر سوم عقد رهن (اقباض مال مرهونه) نخواهد شد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳). البته ایشان ضمانت اجرایی کیفری تعزیر توسط حاکم را به صاحب کتاب مناهج نسبت می‌دهد. ایشان درباره ضمانت اجرای مدنی چنین رهنی، در صورت وارد شدن خسارت به مال مشاع، به ضمانت اجرایی مندرج در ماده ۵۸۲ قانون مدنی استناد می‌کند. ماده مذکور چنین مقرر می‌دارد: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است».

با توجه به اینکه تسلیم رهنه مشاع بدون اذن شریک، تصرف عدوانی محسوب می‌شود، لذا می‌توان در تأیید مفاد ماده ۵۸۲ یاد شده، به مفاد مواد ۳۰۸ (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ج ۱: ۱۳)، ۳۱۱ و ۳۱۲ قانون مدنی که مربوط به ضمان غاصب است، نیز توسل جست.

برخی از استادان نیز تسلیم مال مرهونه مشاع را بدون اذن شریک یا شریکان، در مواردی که با تصرف در سهم شریکان دیگر ملازمه دارد، صحیح نمی‌دانند. ایشان این قبض را امر نامشروعی می‌شمارد که نمی‌تواند اثر حقوقی به بار آورده و مقدمه انشای عقد رهن گردد. او هدف قبض را (ایجاد اطمینان در امکان استیفای طلب از مال مورد رهن) در چنین مواردی با شکست مواجه می‌بیند و استدلال می‌کند که مرتهن نمی‌تواند آن را نگه داشته و استیفای طلب نماید و مجبور است با درخواست شریکان آن را از دست بدهد و مرتهن در این صورت ید غاصبانه پیدا می‌کند (کاتوزیان، الف ۱۳۸۲، ج ۴: ۵۱۷-۵۱۵).

اشکال این سخن این است که در صورتی که قبض بدون اذن را موجب بطلان عقد رهن

بدانیم، در این صورت برای حفظ حقوق شریکان، به تضییع حقوق رهن و مرتهن دست زده‌ایم؛ زیرا به هر حال رهن را نمی‌توان با غاصب یکی شمرد، زیرا او مالک است و حق دارد از ملک خویش به عنوان رهن استفاده نماید. از سوی دیگر، اگر این قبض را بی‌اثر بدانیم حقوق مرتهن را نیز نادیده انگاشتیم. پس بهتر است روشی دیده شود که همه صاحبان حق، به حقوق خویش دست یافته و به کسی در این میان ستم نشود. فقیهان این روش را پیش‌بینی کرده‌اند. در این روش عقد با چنین قبضی صحیح شناخته می‌شود و قاضی به طریقی حقوق صاحبان حقوق را به آنان باز می‌گرداند. به علاوه اینکه می‌توان تدبیر حقوقی دیگری نیز اندیشید که هر کدام از شریکان بتوانند از طریق مراجع ثبتی به میزان سهم خویش، از مال مشاع وثیقه بگذارند.

البته در صورتی که امکان جمع بین حقوق افراد ذی‌حق وجود نداشته باشد، به نظر می‌رسد شریکانی که در مال آنان تصرف بی‌اذن صورت گرفته، حق داشته باشند که مال خویش را از دست مرتهن باز پس گیرند. در خصوص حق مرتهن نیز باید گفت که تسلیم مال به ناحق صورت گرفته، رهن در برابر حق رهن مرتهن ضامن است و بایستی مال دیگری را نزد وی به رهن بگذارد، زیرا او با این کار بر علیه خویش اقدام کرده و ضامن است.

نتیجه‌گیری

۱- انشای عقد رهن نسبت به مال مشاع صحیح است. صرف انشای عقد رهن نسبت به مال مشاع نیازی به اذن شریک ندارد، زیرا در غیر این صورت رهن دارای سهم مشاع از حق خویش نسبت به دارایی مشاعی که دارد محروم می‌گردد.

۲- در تسلیم مال مشاع به مرتهن، اذن شریک یا شریکان در صورتی که با تصرف در حق شریک یا شریکان ملازمه داشته باشد، شرط است؛ ولی در مواردی که به رهن دادن مال مشاع با تصرف در مال شریک ملازمه نداشته باشد، اذن شریک لازم نیست.

۳- اگر رهن بدون اذن اقدام به تسلیم مال مشاع به مرتهن نماید، در صورتی که نتواند رضایت شریکان را به دست آورد، نسبت به عین و منافع مال مشاع و هم‌چنین مثل، قیمت و منافع آن در صورت تلف، ضامن است و شریکان می‌توانند مال مشاع را از دست مرتهن باز پس گیرند.

۴- اگر رهن حصه مشاع، نتوانست اذن شریک یا شریکان دیگر را برای تسلیم مال مشاع به دست آورد، تلاش می‌کند رضایت مرتهن را نسبت به گذاشتن مال مشاع در دست شریک یا شریکان به

دست آورد. در غیر این صورت رضایت صاحبان حق را در تعیین فرد عادل که مورد قبول آنان است، به دست آورد تا مال را به صورت امانت یا اجاره به وی بپردازند. وی در صورت عدم توافق، به حاکم مراجعه می کند و حاکم فرد عادل را معین می کند تا رهینه مشاع را به طور امانی و یا در صورت داشتن منافع به صورت اجاره و یا عقود دیگر، تا زمان ادای دین به وی بپردازد.

۵- بایسته است قانون گذار به منظور افزایش رونق اقتصادی، با عنایت به مفاد ماده ۱۰ قانون «افزایش بهره وری بخش کشاورزی و منابع طبیعی» ماده ای قانونی وضع نموده و سازوکار رهن املاک و اموال مشاع را (که قبض آنها با تصرف در مال شریک یا شرکا ملازمه ندارد) فراهم نماید.

منابع

- قرآن کریم
- ابن ابی جمهور احسائی، محمد بن علی. (۱۴۰۵ق). *عوالی اللئالی العزیزیه*، قم: دار سید الشهداء للنشر.
- ابن حزم اندلسی، أبو محمد علی بن أحمد بن سعید بن حزم. (بی تا) *المحلی بالآثار فی الاحادیث الدینیة*، لبنان - بیروت: دار الفکر.
- ابن رشد الحفید، أبو الولید محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبی. (۱۴۲۵ق). *بدایة المجهت و نهایة المقتصد*، قاهره: دار الحدیث.
- ابن زهره حلبی، حمزة بن علی حسینی. (۱۴۱۷ق). *غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع*، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- ابن شهر آشوب، رشید الدین محمد بن علی. (۱۳۶۹ق). *متشابه القرآن و مختلفه*، قم: دار البیدار للنشر.
- ابن عثیمین، محمد بن صالح بن محمد. (۱۴۲۲ق). *الشرح الممتع علی زاد المستقنع*، بی جا: دار ابن الجوزی.
- ابن قدامه مقدسی، موفق الدین عبدالله بن أحمد بن محمد. (۱۴۱۴ق). *الکافی فی فقه الإمام أحمد*، لبنان - بیروت: دار الکتب العلمیة.
- _____. (۱۳۸۸ق). *المغنی لابن قدامة*، مصر - قاهره: مکتبة القاهرة.
- ابن مفلح، برهان الدین. (۱۴۱۸ق). *المبدع فی شرح المقنع*، لبنان - بیروت: دارالکتب العلمیة.

- اصبحى مدنى، مالك بن أنس بن مالك بن عامر. (١٤١٥ق.). المدونة، لبنان - بيروت: دار الكتب العلمية.
- اصفهاني، سيد ابوالحسن. (١٤٢٢ق.). وسيلة النجاة (مع حواشى الإمام الخميني)، قم: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني.
- امام خميني، سيد روح الله موسى. (بى تا) تحرير الوسيلة، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم.
- امام شافعى، أبو عبدالله محمد بن إدريس بن عباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبى القرشى المكي. (١٤١٠ق.). الأم، بيروت: دار المعرفة.
- امامي، سيد حسن. (بى تا) حقوق مدنى، تهران: انتشارات اسلاميه.
- بارعى زيلعى حنفى، عثمان بن على بن محجن. (١٣١٣ق.). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، با حاشية: الشلبي، أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس، قاهره: المطبعة الكبرى الأميرية.
- بُجَيْرَمِي مصري شافعى، سليمان بن محمد بن عمر. (١٤١٥ق.). تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمى على الخطيب، بى جا: دارالفكر.
- بغدادى مالكي، شهاب الدين. (بى تا) إرشاد السالك إلى أشرف المسالك فى فقه الإمام مالك، بهامشه: تقارير مفيدة لإبراهيم بن حسن، مصر: شركة مكتب و مطبعة مصطفى البابى الحلبي و أولاده، المطبعة الثالثة.
- بهوتى حنبلى، منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس. (الف بى تا) الروض المربع شرح زاد المستنقع و معه: حاشية الشيخ العثيمين و تعليقات الشيخ السعدى، بى جا: دار المؤيد، مؤسسه الرسالة.
- ———. (بى تا) كشف القناع عن متن الإقناع، لبنان - بيروت: دار الكتب العلمية.
- تميمي مازرى مالكي، أبو عبدالله محمد بن على بن عمر. (٢٠٠٨) شرح التلقين، با تحقيق: محمد مختار السلامى، بى جا: دار الغرب الإسلامى.
- جزيرى، عبدالرحمن و همكاران. (١٤١٩ق.). الفقه على المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت عليهم السلام، لبنان - بيروت: دار الثقلين.
- جعفرى لنگرودى، محمد جعفر. (١٣٧٠) حقوق مدنى؛ رهمن و صلح، تهران: گنج دانش، چاپ دوم.
- حجاوى مقدسى، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم. (الف بى تا) الإقناع فى فقه الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: السبكي، عبداللطيف محمد موسى، لبنان - بيروت: دار المعرفة.

- _____ . (ب بی تا) زاد المستقنع فی اختصار المقنع، با تحقیق: عبدالرحمن بن علی بن محمد العسکر، عربستان سعودی - ریاض: دار الوطن للنشر.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹ق.) وسائل الشیعة، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حسینی عاملی، سید جواد بن محمد. (۱۴۱۹ق.) مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم.
- دسوقي مالکی، محمد بن أحمد بن عرفه. (بی تا) حاشیه الدسوقي علی الشرح الكبير، بی جا: دار الفكر.
- دمیری شافعی، کمال الدین أبو البقاء محمد بن موسی بن عیسی بن علی. (۱۴۲۵ق.) النجم الوهاج فی شرح المنهاج، المحقق: لجنة علمیه، عربستان سعودی - جده: دار المنهاج.
- رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد. (بی تا) فتح العزیز بشرح الوجیز = الشرح الكبير، بی جا: دارالفکر.
- زحلی، وهبه بن مصطفى. (بی تا) الفقه الاسلامی وأدلّته، سوریه - دمشق: دار الفكر، الطبعة الرابعة.
- سبزواری، سید عبدالأعلى. (۱۴۱۳ق.) مهذب الأحكام، قم: مؤسسه المنار، چاپ چهارم.
- _____ . (بی تا) جامع الأحكام الشرعیة، قم: مؤسسه المنار، چاپ نهم.
- سرخسی، محمد بن أحمد بن أبی سهل. (بی تا) المبسوط، بیروت: دار المعرفة.
- سلمی دمیری، بهرام بن عبدالله بن عبدالعزيز. (۱۴۲۹ق.) الشامل فی فقه الإمام مالک، با تصحیح: نجیب، أحمد بن عبد الکريم، مرکز نجیویه للمخطوطات و خدمه التراث.
- سنیکي انصاری، زین الدین أبو یحیی زکریا بن محمد بن زکریا. (بی تا) أسنى المطالب فی شرح روض الطالب، بی جا: دار الكتاب الإسلامی.
- شربینی شافعی، شمس الدین محمد بن أحمد. (۱۴۱۵ق.) مغنی المحتاج إلى معرفة معانی ألفاظ المنهاج، لبنان - بیروت: دار الکتب العلمیه.
- شهید اول، محمد بن مکی عاملی. (۱۴۱۷ق.) الدرر السعیده فی فقه الإمامیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم، چاپ دوم.
- شیخ طوسی، محمد بن حسن. (الف ۱۴۰۷ق.) الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرّسين حوزه علمیه قم.
- _____ . (ب ۱۴۰۷ق.) تهذیب الأحکام، تهران: دار الکتب الإسلامیه، چاپ چهارم.

- _____ . (۱۳۸۷ق.) / المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، چاپ سوم.
- شیرازی، أبو اسحاق إبراهيم بن علی بن یوسف. (بی تا) / المذهب فی فقه الإمام الشافعی، لبنان - بیروت: دار الکتب العلمیة.
- صافی گلپایگانی، لطف الله. (۱۴۱۶ق.) / هدیة العباد، قم: دارالقرآن الکریم.
- صفای، سید حسین. (۱۳۹۲) / حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، بی جا: بنیاد حقوقی میزان، چاپ سوم.
- عاصمی حنبلی نجدی، عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، (۱۳۹۷ق.) / حاشیة الروض المربع شرح زاد المستقنع، بی جا.
- عکبری بغدادی، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۳ق.) / المقنعة، قم: کنگرة جهانی هزاره شیخ مفید.
- علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی. (۱۴۱۴ق.) / تذکرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- _____ . (۱۴۲۰ق.) / تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- عمران یمنی شافعی، أبو الحسین یحیی بن أبی الخیر بن سالم. (۱۴۲۱ق.) / البیان فی مذهب الإمام الشافعی، المحقق: قاسم محمد النوری، عربستان سعودی - جده: دار المنهاج.
- فاضل لنکرانی، محمد فاضل موحدی. (۱۴۲۵ق.) / تفصیل الشریعة، قم: مرکز فقه ائمه اطهار علیهم السلام.
- فولادوند، محمد مهدی. (۱۴۱۵ق.) / ترجمه قرآن کریم، دار القرآن الکریم، تهران: دفتر مطالعات تاریخ و معارف اسلامی.
- قاضی بغدادی مالکی، أبو محمد عبدالوهاب بن علی بن نصر. (۱۴۲۰ق.) / الإشراف علی نکت مسائل الخلاف، با تحقیق: الحبيب بن طاهر، بی جا: دار ابن حزم.
- کاسانی حنفی، أبو بکر بن مسعود بن أحمد. (۱۴۰۶ق.) / بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، لبنان - بیروت: دار الکتب العلمیة، الطبعة الثانية.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۳) / حقوق مدنی؛ مشارکت ها - صلح، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ ششم.
- _____ . (الف ۱۳۸۲) / حقوق مدنی عقود / ذنی؛ عقود / ذنی - وثیقه های دین، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ چهارم.
- _____ . (ب ۱۳۸۲) / دوره مدماتی حقوق مدنی؛ درس هایی از عقود معین، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ پنجم.

- کلینی، ابو جعفر، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷ق.). الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامية، چاپ چهارم.
- مجاهد طباطبائی حائری، سید محمد. (بی تا) المناهل، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۴۰۶ق.) قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ دوازدهم.
- مزنی، إسماعیل بن یحیی بن إسماعیل. (۱۴۱۰ق.) مختصر المزنی فی فروع الشافعیه، بیروت: دار المعرفة.
- مقدسی جماعلی حنبلی، أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامه، (بی تا) الشرح الكبير على متن المقنع، بی جا: دار الکتب العربی للنشر و التوزیع.
- مقدسی رامینی، أبو عبدالله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج. (۱۴۲۴ق.) الفروع و معه تصحیح الفروع لعلاء الدین علی بن سلیمان المرداوی، المحقق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي، بی جا: مؤسسه الرساله.
- موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا. (۱۴۱۲ق.) الدر المنصود فی أحكام الحدود، قم: دار القرآن الکریم.
- _____. (۱۴۱۳ق.) هداية العباد، قم: دار القرآن الکریم.
- میاره الفاسی، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن محمد. (بی تا) الايتقان و الاحکام فی شرح تحفه الاحکام المعروف بشرح میاره، بی جا: دار المعرفة.
- نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق.) جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، لبنان - بیروت: دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم.
- نمری قرطبی، أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر بن عاصم. (۱۴۰۰ق.) الکافی فی فقه أهل المدينه، تحقیق: الموریتانی، ولد مادیک و أحمد، محمد محمد، عربستان سعودی - ریاض: مکتبه الرياض الحديثه، الطبعة الثانية.
- وزارت اوقاف و شئون اسلامی. (بی تا) الموسوعة الفقهية الكويتية، مصر: مطابع دار الصفوة.
- همدانی، آقا رضا. (۱۴۱۶ق.) مصباح الفقيه، قم: مؤسسه الجعفریة لإحياء التراث و مؤسسه النشر الإسلامی.