



## رهن مال مشاع

\*محمدسعید پورسعید \*علی آقاپور

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۲/۱۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۵/۲۹

### چکیده

قانون مدنی ایران، قبض مال مرهون را شرط صحت عقد رهن دانسته است ولی در مورد اعتبار رهن مال مشاع و نقش قبض در آن، با وجود اطلاع از سابقه موضوع در منابع فقهی و اشتهار صحت رهن مال مشاع سکوت اختیار کرده است. بررسی علت سکوت قانونگذار و کشف اراده او در خصوص صحت یا بطلان عقد بدون اجازه شرکاء منوط به تحلیل مبانی نظریه مشهور در فقه و دیدگاه‌های مقابل آن است. بیشتر فقیهان و به تبع آنها حقوقدانان ترهین مال مشاع را نسبت به حق راهن، حتی بدون موافقت شریک یا شرکای دیگر، صحیح و معتبر دانسته‌اند ولی در مورد نقش قبض در آن دیدگاه‌های متفاوتی ارائه نموده‌اند. از جمله برخی رهن مال مشاع را صحیح دانسته و قبض عین مرهون نسبت به سهم راهن را حتی بر فرض عدم اذن سایر شرکاء و حرمت شرعی آن ممکن می‌دانند. گروهی دیگر در توجیه نحوه قبض بین اموال منقول و غیر منقول تفاوت قائل شده‌اند و یا اینکه راهن را وکیل مرتهن در قبض تلقی نموده‌اند. در این مقاله، با نقد نظریه مشهور، صحت رهن مال مشاع بر این مبنا پذیرفته شده است که اساساً قبض مال مرهون نقشی در صحت و اعتبار عقد رهن ندارد و توافق دو اراده با رعایت سایر شرایط مندرج در ماده ۱۹۰ ق.م. ایران برای تشکیل عقد رهن کافی است.

واژگان کلیدی: رهن، قبض، مال مشاع، اشاعه و تصرف، صحت.

\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی، واحد نراق، دانشگاه آزاد اسلامی، نراق ایران. (نویسنده مسئول)

\*\* کارشناسی ارشد فقه و حقوق، واحد تبریز، دانشگاه آزاد اسلامی، تبریز، ایران.

۱- مقدمه

قانون مدنی ایران به پیروی از نظر مشهور در فقه امامیه، قبض عین مرهونه را شرط صحت عقد رهن می‌داند. این امر موجب بوجود آمدن مباحث حقوقی متعددی شده است. از جمله اینکه آیا رهن مال مشاع با توجه به نقش قبض در عقد رهن جایز است؟ و در صورت صحت آن آیا قبض بدون اذن از سایر شرکاء دارای اعتبار می‌باشد؟ قانون مدنی در این باره ساکت است و نویسندگان حقوقی از وحدت ملاک عقود همچون اجاره و شرکت، با تبعیت از نظر مشهور فقهای امامیه رهن مال مشاع را معتبر دانسته‌اند. در مقابل این اعتقاد نیز وجود دارد که عقد رهن نسبت به مال مشاع بدون اذن سایر شرکاء، تنها در صورتی صحیح است که در تشکیل این عقد توافق اراده رهن و مرتهن با لحاظ شرایط ماده ۱۹۰ ق.م. ایران کافی باشد و شرط دیگری چون قبض مال مرهون ضروری نباشد. در این مقاله برای بررسی و ارزیابی مبانی این دو نظریه و کشف علت سکوت قانون مدنی و استنباط نظریه سازگارتر با تفسیر این قانون، ابتدا به مفهوم رهن مال مشاع و نقش قبض در آن پرداخته شده و سپس آراء و نظریات متفاوت محققین و دلایل هر گروه مورد نقد و بررسی قرار گرفته است.

۲- مفهوم رهن مال مشاع

۲-۱) عقد رهن: رهن در لغت به معنای گرو ذکر شده است (معین، ۱۳۷۵ ج ۲، ص ۱۶۶۹) و در اصطلاح به عقدی گفته می‌شود که به موجب آن بدهکار یا ثالث مال موجود در خارج اعم از منقول یا غیر منقول را به عنوان وثیقه طلب به طلبکار می‌دهد، خواه خاستگاه دین عقد باشد خواه غیر عقد (لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۰۷۱). چنانچه گفته شده است، با دادن رهن در واقع طلب مرتهن از نظر حقوقی ثبات و قرار پیدا می‌کند (لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲). ماده ۷۷۱ ق.م. در تعریف عقد رهن مقرر می‌دارد: «رهن عقدی است که بموجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد».

۲-۲) اشاعه: اشاعه در لغت به معنای فاش کردن و آشکار کردن ذکر شده است (معین، همان، ج ۱، ص ۲۷۱) و در اصطلاح حقوقی عبارتست از، پراکنده بودن حقوق مالکانه دو یا چند مالک در یک مال، به تعبیر دیگر مالکیت هر ذره از مال که همه آنها به شریکان تعلق دارد (شهیدی، ۱۳۶۵، ص ۱۳۱). حقوق وراثت نسبت به ترکه، حقوق مالکان آپارتمان نسبت به مشترکات آن و امثال اینها از مصادیق اشاعه به شمار می آیند (صادقی گلدر، ۱۳۶۶، ص ۱۷۷). در مسالک الافهام در توضیح عبارت محقق حلی که شرکت را: «اجتماع حقوق المآک فی الشیء الواحد علی سبیل الشیاع» تعریف کرده، آمده است: با قید «علی سبیل شیاع» نوعی از اجتماع در حقوق یک مال خارج می شود مانند خانه ای که دارای اجزای متعدد است و ممکن است تیرهای آن از یک نفر و دیوارش از آن دیگری و عرصه آن متعلق به شخص سوم باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۳۰۲). در ادامه آمده است: «لا شرکه هنا اذ لا شیاع مع صدق اجتماع حقوقهم فی الشیء الواحد» (همان). همچنین قانون مدنی در ماده ۵۷۱ شرکت را بدین شرح تعریف می کند: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکان در شیء واحد به نحو اشاعه» بنحوی که هیچ یک از اجزای مال ملک اختصاصی شرکاء نباشد و بین همه آنان مشترک باشد.

۲-۳) حدود تصرفات شریک در مال مشاع: تصرف عبارت است از هر گونه استفاده و بهره کشی مالک از ملک خود. چنانچه ماده ۳۰ ق.م. مقرر می دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق هر گونه تصرف و انتفاع را دارد، مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد». اساساً تصرفات شریک در مال مشاع به دو صورت حقوقی و مادی قابل تصور می باشد. تصرفات حقوقی: بر طبق نظر مشهور هر یک از شرکاء می تواند در مال مشترک نسبت به سهم خود هر گونه تصرف حقوقی را داشته باشد خواه این تصرف ناقل عین باشد، مانند بیع سهم مشاع یا ناقل منفعت باشد مانند اجاره که به موجب آن مستاجر مالک منفعت حصه مشاع شریک موجد خواهد شد (شهیدی، همان، ص ۱۳۳). ماده ۵۸۳ ق.م. مقرر می دارد: «هر یک از شرکاء می توانند بدون

۳۰۰.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئا یا کلا به شخص ثالثی منتقل کنند». در این مسئله فرقی نیست که به یک شخص منتقل کند یا به اشخاص متعدد چرا که هر مالکی حق هر گونه تصرف در ملک خود را داراست و منع قانونی در این مسئله وجود ندارد (شهیدی، همان، ص ۱۳۴). همچنین ماده ۴۷۵ ق.م. مقرر می‌دارد: «اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستاجر موقوف است به اذن شریک». تصرفات مادی: تصرف مادی در مال مشاع با اذن سایر شرکاء جایز می‌باشد و در صورتی که به یکی از شرکاء اذن تصرف از ناحیه سایرین داده شود، اذن دهندگان می‌توانند هر زمان از اذن خود رجوع کنند، مگر اینکه به صورت الزام آور حق خود را ساقط کرده باشند (امامی، ۱۳۳۴، ص ۱۳۲). ولی این گونه تصرفات بدون اذن از سایر شرکاء جایز نبوده و نظر مشهور فقهای امامیه می‌باشد (شهید ثانی، همان، ص ۳۱۴)، زیرا حق شرکاء در تمامی اجزاء مال منتشر شده و تصرف در مال مشاع تصرف در حق دیگران است. با وجود این برخی از محققین تخلیه اموال غیر منقول را هر چند تصرف در مال دانسته و آنرا در حکم قبض می‌دانند، ولی اذن سایر شرکاء را برای این عمل ضروری نمی‌دانند (آل بحر العلوم، ۱۴۰۳، ص ۱۳۴).

۲-۴) رهن مال مشاع: هرگاه شریک مال مشاع به موجب قراردادی تمام و یا بخشی از سهم خود را در برابر دینش به رهن بگذارد، به این عمل حقوقی رهن مال مشاع گفته می‌شود. خواه اشاعه پیش از عقد رهن وجود داشته باشد خواه در عین انعقاد رهن اشاعه پدید آید (لنگرودی، ۱۳۷۸، ص ۲۰۸۳). بنابراین منظور از رهن مال مشاع، عقد بین رهن و مرتهن است که رهن تمام یا قسمتی از سهم شرکت خود در مال مشاع را در توثیق مرتهن بگذارد اعم از اینکه مال منقول و یا غیر منقول باشد.

### ۳- اعتبار رهن مال مشاع

در قانون مدنی ایران نسبت به رهن مال مشاع مقرراتی پیش‌بینی نشده است، ولی در منابع فقهی طرح موضوع از سابقه طولانی برخوردار است. فقیهان امامیه عقد رهن

نسبت به مال مشاع را همانند بیع و اجاره آن معتبر می‌دانند (شیخ طوسی، ۱۴۲۵، ص ۱۵۱؛ نجفی، بی تا، ص ۲۵۶؛ ابن ادریس، ۱۴۲۸، ص ۴۲۵؛ امام خمینی، ۱۴۱۷، ص ۳) و حتی نسبت به صحت آن ادعای اجماع نیز شده است (مغنیه، ۱۹۷۷، ص ۳۰).

بیشتر فقیهان عامه نیز اعتقاد به صحت رهن مال مشاع دارند (ابن رشد قرطبی، ۱۴۱۶، ص ۱۴۳۳؛ الجزیری، ۱۴۱۹، ص ۳۸۷؛ شافعی صغیر، شمس الدین محمد، ۱۴۰۴، ص ۲۳۹). چنانچه در فقه مالکی آمده است: «لا یشرط ان یکون المرهون غیر مشاع، بل یصح رهن المشاع كما تصح هبته و بیعه و وقفه سواء كان عقارا، او عروض تجاره و حیواناً» (الجزیری، همان، ص ۳۷۹). ولیکن فقیهان مذهب حنفی علیرغم اینکه قائل به صحت بیع مال مشاع می‌باشند، رهن آنرا جایز ندانسته (ابن نجیم، ۱۴۱۳، ص ۲۸۸) و بر ضرورت غیرمشاع بودن عین مرهونه تصریح نموده‌اند: «ان یکون المرهون متمیزا، فلا یصح رهن المشاع غیر الممیز، سواء كان مشاعا یتحمل القسمة اولا یتحملها، سواء رهنه من اجنبی او من شریکه» (الجزیری، همان، ص ۳۸۲).

در این میان بیشتر حقوقدانان ایرانی نیز به پیروی از فقیهان امامیه و با تشبیه عقد رهن به عقود بیع و اجاره و شرکت، بر صحت عقد رهن نسبت به مال مشاع تصریح نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۱۴؛ لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۳؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۹۳؛ امامی، ۱۳۳۴، ص ۳۴۴). ولیکن مقایسه عقد رهن با اجاره و شرکت صحیح به نظر نمی‌رسد، زیرا تشکیل این دو عقد منوط به قبض و تصرف در مال نیست، در حالی که بر طبق نظر مشهور صحت عقد رهن منوط به قبض عین مرهونه می‌باشد. همچنین در توجیه این نظریه از مقایسه عقد رهن با وقف نیز نمی‌توان سود جست، زیرا بر طبق نظر مشهور درستی عقد رهن مستلزم قبض عین مرهونه است، در حالی که در مورد نقش قبض در عقد وقف سه نظریه متفاوت وجود دارد. برخی قبض عین موقوفه را شرط صحت عقد و گروهی شرط لزوم آن و گروهی دیگر قبض را هیچیک از این دو شرط نمی‌دانند (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۹۸؛ محقق حلی، ۱۴۱۵، ص ۲۵۲؛ طباطبایی، ۴۱۲، ج ۶، ص ۸۵؛ شهید ثانی، همان، ج ۵، ص ۳۵۸). بررسی و نقد

۳۰۲.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

مبنای نظریهٔ صحت رهن مال مشاع و عقیدهٔ مخالف آن موکول به شناختن نقش قبض در رهن مال مشاع می‌باشد.

#### ۴- نقش قبض در رهن مال مشاع

بیشتر فقیهان امامیه و به تبع آنها قانون مدنی قبض را شرط صحت عقد رهن می‌دانند و همین گروه از فقیهان، عقد رهن نسبت به مال مشاع را معتبر دانسته‌اند. از آنجایی که منوط نمودن صحت عقد رهن به قبض عین مرهون با رهن مال مشاع بدون اذن سایر شرکاء که قبض آن مستلزم دخالت و تصرف در مال دیگری است، سازگاری ندارد، فقیهان در توجیه نقش قبض در رهن مال مشاع استدلال‌های متفاوتی را ارائه نموده‌اند و در این باره به چند گروه تقسیم می‌شوند، که ابتدا به دیدگاه‌های گوناگون در خصوص نقش قبض در عقد رهن و سپس به تاثیر آن در عقد رهن نسبت به مال مشاع پرداخته می‌شود.

##### ۴-۱) نقش قبض در عقد رهن

۴-۱-۱) شرط صحت: گروه زیادی از فقیهان امامیه قبض را شرط صحت عقد رهن می‌دانند (شیخ طوسی، همان، ص ۱۴۹؛ محقق حلی، همان، ص ۸۹؛ طباطبائی، ۱۴۱۲، ج ۵، ص ۳۴۵؛ قمی، ۱۳۷۱، ص ۴۳۲). چنانچه در کتاب المبسوط آمده است: «عقد الرهن یفتقر الی ایجاب و قبول و قبض برضاء الراهن...» (شیخ طوسی، همان). همچنین صاحب شرایع الاسلام نیز بعد از ذکر اقوال مختلف دربارهٔ نقش قبض در عقد رهن، آن را جزء شروط اصلی عقد رهن قرار می‌دهد (محقق حلی، همان؛ همچنین در شرح لمعه آمده است: «انما يتم الرهن بالقبض على الاقوى للآیه و الروایه» شهید ثانی، ۱۴۲۸، ص ۳۳۶)

این قول به تبع نظر مشهور مورد قبول قانون مدنی ایران و نویسندگان حقوقی نیز قرار گرفته است (بروجردی، ۱۳۸۰، ص ۳۹۳). چنانچه مادهٔ ۷۷۲ ق.م.ا.شعار می‌دارد: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده

شود...». پس به نظر این گروه اگر مرتهن عین مرهونه را قبض ننماید عقد رهن محقق نمی‌شود و اثری بر ایجاب و قبول طرفین مترتب نخواهد بود. ادله این گروه برای اثبات نظر خود به شرح زیر می‌باشد:

الف) مهمترین دلیلی که فقهای قائل به شرط صحت بودن قبض در عقد رهن بدان استناد می‌کنند، آیه ۲۸۳ سوره بقره «...فرهان مقبوضه...» می‌باشد (طباطبائی، همان، ص ۳۴۵؛ قمی، همان، ص ۴۴۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۲۶، ص ۴۳۳). به نظر این گروه از فقها بر طبق این آیه قبض جزء شروط اصلی این عقد بوده و عقد بدان مقید شده است و مقتضای آیه دلیل بر عدم تحقق عقد بدون قبض می‌باشد، چنانچه گفته شده است، قبض جزئیست که عقد بدان مقید می‌باشد و همانطوری که تراضی شرط در تجارت و عدالت شرط در شهادتست، قبض نیز جزء شرط عقد رهن می‌باشد (طباطبائی، همان).

ب) روایت محمد بن قیس که به امام محمد باقر (ع) نسبت داده شده است، «لا رهن الا مقبوضاً» (علامه حلی، ۱۴۱۶، ص ۴۱۸). در جامع المدارک ذکر شده است: «و أمّا اشتراط القبض فالظاهر عدم الاشكال فيه لموثقة محمد بن قیس لا رهن الامقبوضا» (خوانساری، ۱۴۰۵، ص ۳۴۲ همچنین رجوع شود به فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ص ۱۶۴). همچنین گفته شده است، این روایت بوسیله روایت العیاشی از محمد بن عیسی که منسوب به امام باقر (ع) می‌باشد تقویت شده و نفی صحت رهن بدون قبض را اظهار می‌دارد (خوانساری، همان، ص ۳۴۳).

ج) اجماع: گروه زیادی از فقهای امامیه به دلیل اجماع موجود درباره صحت قبض در عقد رهن، قبض را شرط صحت عقد رهن دانسته و اظهار می‌دارند، هر چند حدیث منقوله از محمد بن قیس دارای ضعف می‌باشد ولی با توجه به اینکه فقها در مورد صحت قبض اجماع نموده‌اند و آن را مبنا قرار داده‌اند ضعف حدیث برطرف شده و شهرت فتوایی پیدا می‌کند (فالاجماعان دلیلان سالمان عن المعارض و الوهن بوجود المخالف، و فیهما لو لم یکن غیر هما بلاغ، فکیف و قد اعتضدا بغیرهما؛ عاملی، ۱۴۲۶، ص ۴۳۳).

۳۰۴.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

د) دلیل دیگری که به آن استناد شده این است که رهن از نظر لغوی عبارت است از وضع شی نزد دیگری به نیابت از آن چیزی که از او گرفته شده. قائل به این قول در ادامه اشاره به معنای رهن در قاموس اللغة می‌نماید که در آن رهن را آن چیزی که نزد تو گذاشته‌اند به نیابت از آن چیزی که از تو گرفته‌اند، معرفی می‌نماید (بجنوردی، همان، ص ۱۰).

ک) قبض جزء ماهیت و حقیقت عقد رهن می‌باشد و حقیقت عقد رهن قرار دادن عین مرهونه بعنوان وثیقه نزد مرتهن برای حفظ مال و استیفای دینش است (همان، ص ۱۳؛ طباطبائی، همان، ۳۴۵).

ن) دلیل دیگری که ذکر شده این است که شرط بودن قبض در عقد رهن با اصل اثبات می‌شود بدین مضمون که شک می‌کنیم آیا بدون قبض عقد واقع می‌شود؟ لذا اصل را بر عدم صحت عقد رهن بدون قبض با توجه به آیه «فرهان مقبوضه» قرار می‌دهیم. پس همانطوری که رضایت در تجارت شرط است، قبض هم در عقد رهن شرط می‌باشد (عاملی، همان).

دلایل مزبور قابل ایراد است زیرا اولاً در آیه شریفه «فرهان مقبوضه»، کلمه مقبوضه جنبه توصیفی دارد (محقق ثانی، ۱۴۰۸، ج ۴ ص ۹۴) و به نظر بسیاری از فقهای امامیه وصف اعتباری ندارد (مظفر، ۱۴۲۵، ص ۱۱۲). همچنین اگر آیه دلالت بر وجوب قبض داشته باشد باید دوام قبض شرط صحت عقد باشد (شهید ثانی، ۱۴۲۸، ص ۳۳۶)، ولی هم در قانون مدنی و هم در میان فقهای امامیه بر عدم اشتراط دوام قبض اتفاق نظر وجود دارد (علامه حلی، ۱۳۸۸، ص ۲۶)، پس چگونه قبض ولو در مدت زمانی بسیار اندک می‌تواند منشا اثر شود و عدم آن باعث ابطال عقد گردد؟ همچنین وصف مقبوضه برای ارشاد و راهنمایی طرفین عقد می‌باشد نه برای اینکه قبض شرط صحت عقد رهن و برای ایجاد یکی از ارکان عقد بکار گرفته شده باشد (فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ص ۱۶۵؛ محقق ثانی، همان، ص ۹۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۶؛ ص ۴۱۸؛ همچنین رجوع شود به شهید ثانی، همان).



علاوه بر این اگر قبض مانند ایجاب و قبول شرط صحت عقد رهن باشد ذکر وصف مقبوضه مستلزم تکرار می‌باشد. در واقع مقبوضه وصف رهنی است که واقع شده، یعنی قبض جزء سبب عقد رهن نیست تا عقد به وسیله آن کامل شود. زیرا خداوند متعال ابتدا لفظ رهن را بیان نمود و سپس وصف مقبوضه را بدان افزود تا نوع رهن را مشخص گرداند و به کمال و ثوق ارشاد نماید. لذا بنا بر فرض شرط بودن قبض در عقد رهن، «فرهان مقبوضه» تکراری بی‌فایده و عبث است، همانطوری که اگر به جای واژه مقبوضه، واژه مقبوله به کار می‌رفت (علامه حلی، همان). زیرا در مفهوم عقد رهن ذاتا قبول نهفته است و رهن بدون قبول محقق نمی‌شود. همچنین بیان شده است: زمانی که در سفر بودید و کاتبی نیافتید، بهتر است مال را به قبض دهید و این یک امر مولوی نیست بلکه ارشادی است و از آن نمی‌توان صحت قبض را استنباط کرد (زراعت، ۱۳۸۷، ص ۵۶).

مضافاً اگرچه گروهی قبض را برای اطمینان وصول طلب ضروری می‌دانند، ولی در قراردادهای امروزی که بسیاری از آنها به صورت رسمی به ثبت می‌رسند امکان فرار متعهد از پرداخت دین خود نیست و اساساً نیازی به قبض نمی‌باشد تا آن را وسیله اطمینان وصول طلب مرتهن بدانیم.

در مورد حدیث محمد بن قیس از امام باقر (ع) نیز باید اشاره کنیم به لحاظ ضعف سند نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد و بر این امر بسیاری از فقهای امامیه تصریح نموده‌اند (فاضل مقداد، همان؛ محقق ثانی، همان، ص ۹۴)، و اگر هم ادعا شود که ضعف آن بواسطه عمل فقها بدان رفع می‌شود چنانچه در کشف الرموز گفته شده: «فیلزم المصیر الی الاشتراطه عملاً بالاجماع» (محقق لآبی، ۱۴۰۸، ص ۵۴۱) باید گفت که سند فتوایی حجیت ندارد و چگونه چیزی که خود حجیت ندارد بتواند غیر حجیتی را حجیت نماید (گرجی، به نقل از احمدی، همان، ص ۵۱).

همچنین اجماعی که بعضی در شرط بودن قبض در عقد رهن بدان استناد می‌کنند با اتفاق بعضی از فقها در عدم اشتراط قبض در عقد رهن (ابن ادریس، ۱۴۲۸، ص ۴۲۳)

۳۰۶.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

و ادعای اجماع شرط لزوم بودن آن منافات دارد (ابن زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۴۳). و نیز در جایی که شک شود، آیا قبض در عقد رهن شرط می‌باشد، بواسطه اصالة‌العدم و لزوم وفای به عهود، اصل بر عدم شرطیت قبض در عقد رهن است و عقد با ایجاب و قبول تشکیل می‌شود (محقق ثانی، همان).

۲-۱-۴) شرط لزوم: گروهی از فقهای امامیه قبض را شرط لزوم عقد رهن می‌دانند و معتقدند تا زمانی که قبض واقع نشود عقد تمام نیست و بعد از ایجاب و قبول هر زمان که قبض تحقق یافت، عقد لازم می‌شود و در صورت عدم آن دلیلی بر لزوم عقد وجود ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۱۲، که ایشان از نظر تحلیلی قبض را شرط لزوم عقد رهن می‌دانند). با اینکه ادعای اجماع میان قائلین به این نظر وجود دارد (ابن زهره، همان)، ولی این نظر در میان فقهای امامیه مورد استقبال کمتری قرار گرفته است، هر چند در میان فقهای عامه قائلین به آن بسیارند. شافعی مذهب‌ها قبض را شرط لزوم عقد رهن می‌دانند و معتقدند تا زمانی که رهن مال را به قبض نداده عقد جایز است و هنگامی که مال به قبض داده شد، عقد از آن زمان لازم می‌شود (شافعی صغیر، ۱۴۰۴، ص ۲۵۳ و ۲۵۴). همچنین در میان پیروان مذهب حنفی هم قبض شرط لزوم عقد است. بنابر اعتقاد این گروه به صرف ایجاب و قبول رهن محقق می‌شود و آثار آن نیز صحیح می‌باشد، ولی تا زمانی که قبض صورت نگرفته، عقد جایز بوده و هر کدام از طرفین حق فسخ عقد را دارند. همچنین با قبض عین مرهونه عقد لازم می‌شود و رهن حق برهم زدن عقد را ندارد (ابن قدامه، بی‌تا، ص ۳۶۸؛ جزیری، ۱۴۱۹، ص ۳۸۳).

در میان نویسندگان حقوقی نیز قائل به شرط لزوم بودن قبض در عقد رهن، دیده می‌شود (عدل، ۱۳۴۲، ص ۴۸۶ و ۴۸۷). چنانچه آقای مصطفی عدل از نظر تحلیلی قبض را شرط لزوم عقد می‌دانند، ولی در پایان اضافه می‌کنند «در هر حال با صریح قسمت اخیر ماده ۷۷۲ ق.م. که استمرار قبض را شرط صحت قرار نداده و با دلیلی که

از مفهوم ماده مزبور استنباط می‌شود، مشکل بتوان ادعا نمود که در عقد رهن قبض مال مرهون شرط صحت نمی‌باشد» (همان، ص ۴۸۷).

همچنین در فقه حنبلی نیز، شرط لزوم بودن قبض در عقد رهن مورد تأیید فقهای حنبلی قرار گرفته است (الجزیری، همان، ص ۳۸۶).

با وجود این باید اظهار داشت، ادله این گروه که بسیاری از آن‌ها مشابه دلایل قائلین به شرط صحت بودن قبض در عقد رهن می‌باشد (رجوع شود به شافعی صغیر، همان، ص ۲۵۴؛ الجزیری، همان، ص ۳۸۶) توان مقاومت در برابر مخالفین را ندارد و ذهن را اقناع نمی‌نماید. مضافاً این که ادعای اجماع صاحب غنیه در مورد شرط لزوم بودن قبض در عقد رهن نیز با اجماع بسیاری از فقهای امامیه در شرط صحت بودن آن و ادعای صاحب سرایر در مورد اتفاق فقها در عدم اشتراط قبض در عقد رهن تعارض دارد و مورد پذیرش نیست.

۳-۱-۴) هم شرط صحت و هم شرط لزوم: این نظر در میان آرای فقها و نویسندگان حقوقی به این صورت ذکر نشده ولی با مطالعه در بعضی از کتب فقهی و حقوقی می‌توان این نظر را برداشت کرد. بدین معنی که صحت عقد را قبل از قبض صحت تاهلی (صحت ناتمام و قابل اتمام، مانند صحت بیع سلم قبل از اقباض ثمن؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸ ص ۴۴۴) دانسته و موضوع ماده ۷۷۲ ق.م. را به معنی فعلیت تأثیر قرار دهیم و اظهار کنیم پس از ایجاب و قبول عقد رهن ذاتاً صحیح است، اما آثار قانونی آن موقعی ظاهر می‌شود که اقباض محقق شود (شریف، ۱۳۷۵، ص ۴۰۶). دکتر لنگرودی پس از توضیحاتی درباره قبض می‌گوید: «با توجه به مراتب بالا (استدلال‌های ایشان درباره نقش قبض) اقباض رهینه هم شرط صحت فعلی است و هم شرط لزوم عقد رهن از طرف راهن» (لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۲). همچنین از میان نوشته‌های سایر نویسندگان حقوقی نیز می‌توان چنین برداشتی را کرد، چنانچه گفته شده است: «قبض عقد رهن را کامل می‌کند ولی پیش از آن تراضی طرفین در حدود طبیعت ویژه خود

۳۰۸.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

آثاری دارد. پس هیچ لزوم ندارد که قبض مورد رهن بیدرنگ انجام شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۴۵).

به نظر می‌رسد که در میان فقهای عامه بتوان مالکی‌ها را جزء قائلین به این نظر دانست، چرا که در نوشته‌های بعضی از آنان می‌توان نظری را برداشت کرد که قبض هم شرط صحت عقد رهن است و هم لزوم آن. زیرا مالکی‌ها صرف ایجاب و قبول را برای تحقق عقد کافی می‌دانند (الجزیری، همان، ص ۳۷۹)، ولی برای اتمام عقد قبض را ضروری دانسته و معتقدند بعد از تشکیل عقد رهن ملزم است مال مرهونه را به قبض مرتهن برساند (ابن رشد، ۱۴۱۶، ص ۱۴۳۵). همچنین استدامه قبض شرط صحت عقد است (همان، ص ۱۴۳۶) و اگر مرتهن در قبض مال کاهلی کرد و رضایت به تصرف مال در ید رهن داد عقد باطل می‌باشد (الزحیلی، ۱۹۹۷، ص ۴۲۳۷).

۴-۱-۴) عدم اشتراط قبض: در مقابل نظر مشهور فقهای امامیه در مورد شرط بودن قبض در عقد رهن، بسیاری از آنان با استناد به دلایلی قائل به عدم اشتراط قبض در این عقد می‌باشند (محقق ثانی، همان، ص ۹۴؛ ابن ادریس، همان؛ مطهر، همان، ص ۴۱۸؛ شیخ طوسی، ۱۳۷۷، ص ۶۰۲).

به نظر این گروه به صرف ایجاب و قبول عقد محقق می‌شود و نیاز به شرط دیگری وجود ندارد ولی عقد از جانب رهن لازم ولی از جانب مرتهن جایز می‌باشد (علامه حلی، ۱۴۱۸، ص ۱۰۹). البته در میان همین گروه از فقها باز هم اختلاف آرا دیده می‌شود، چرا که عده‌ای با اعتقاد به این که صرف ایجاب و قبول عقد را محقق می‌کند، قبض را جزء آثار آن قرار داده و معتقدند بعد از ایجاب و قبول رهن ملزم به قبض مال می‌باشد. چنانچه محمد حسین کاشف الغطاء در شرح المجله بعد از قبول اینکه به صرف ایجاب و قبول عقد واقع می‌شود، می‌نویسد: «وجب علی الراهن ان یقبض المرتهن العین المرهونه» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۴، ص ۳۴۱) و در ادامه می‌افزاید هر چند عقد از جانب طرفین صحیح است ولیکن نیاز به قبض بعدی در دست رهن یا مرتهن و یا یک امین از طرف متعاقدين می‌باشد (همان). همچنین در کتاب المهدب آمده: اگر

راهن اذن قبض به مرتهن بدهد حق رجوع از اذنش را ندارد، زیرا عقد با ایجاب و قبول لازم شده و باید به قبض برسد (الطرابلسی، ۱۴۰۶، ص ۴۶). همه این اقوال نشانگر این است که این دسته از فقها اگر چه که قبض را در عقد رهن شرط نمی‌دانند ولی آن را از آثار عقد دانسته و راهن را ملزم به قبض عین مرهونه می‌دانند.

در مقابل گروهی با اعتقاد به این که قبض نه شرط صحت عقد است و نه شرط لزوم آن، قبض را حتی جز آثار عقد هم ندانسته و دادن مال مرهونه را به مرتهن ضروری نمی‌دانند چنان که صاحب جامع المقاصد بعد از قبول اینکه در عقد رهن قبض شرط نیست، درباره اذن راهن در قبض مال مرهونه می‌نویسد: «هذا كله تفریع علی ان قبض شرط كما فی الهبة و المعتمد خلافه» (محقق ثانی، همان، ص ۹۵). پس به نظر ایشان نه تنها قبض جزء ارکان عقد رهن محسوب نمی‌شود بلکه جزء آثار آن هم نبوده و عقد بواسطه ایجاب و قبول تشکیل می‌شود. با وجود این اختلافات به بررسی دلایل این گروه می‌پردازیم:

الف) اصالة العدم: (محقق ثانی، همان) بر طبق این اصل هرگاه شک شود که عملی شرط برای عقد رهن است اصل بر عدم شرطیت آن عمل است. لذا اصل عدم شرطیت قبض در عقد رهن می‌باشد و چنانچه دلیل صالحی برای اثبات شرط بودن آن نباشد، آنرا ضروری ندانسته و بر طبق عمومات عقد لازم می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴ ص ۱۱).

ب) عموم آیه افوا بالعقود: بسیاری از فقهای امامیه براساس این آیه، ایجاب و قبول را برای تشکیل عقد رهن کافی می‌دانند و شرط دیگری برای آن لازم نمی‌دانند. در سرائر آمده است: گروه کثیری از فقهای امامیه صرف ایجاب و قبول را براساس آیه افوا بالعقود کافی می‌دانند و عمل به عقد را بر طبق این آیه واجب می‌دانند و اگر هم آیه «...فرهان مقبوضه...» مفهوم مخالفی داشته باشد به واسطه آیه افوا بالعقود رفع می‌شود (ابن ادریس، همان، ص ۴۲۳).

۳۱۰.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

ج) تکراری بودن لفظ مبقوضه در صورت شرط بودن قبض: گروهی از فقهای امامیه به این دلیل که اگر قبض جزء ارکان اصلی عقد باشد امری بی‌فایده بوده و سبب تکرار می‌شود، قائل به عدم اشتراط قبض در عقد رهن می‌باشند (علامه حلی، ۱۴۱۶، ص ۴۱۸). در توجیه این نظر گفته شده است: همانطوری که ذکر لفظ مقبوله بعد از آیه «...فرهان...» به سبب اینکه قبول ذاتاً در عقد رهن نهفته است باعث تکرار می‌شود، ذکر لفظ مقبوضه نیز دارای همین حکم است و فاقد اثر می‌باشد (فاضل مقداد، ۱۳۸۴، ص ۶۰). همچنین تأمل در ماقبل و مابعد آیه «...فرهان...» مشخص می‌کند، که این آیه در مقام بیان شرایط و ارکان عقد رهن نبوده و از آن هیچگونه لزوم و وجوبی برداشت نمی‌شود (کاشف الغطاء، همان، ص ۳۴۰).

د) دلالت آیه بر لزوم قبض از نوع دلالت خطاب است و دلیل خطاب هم حجت نیست (شیخ طوسی، ۱۳۷۷، همان؛ برای نقد همین گفته رجوع شود به: فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ص ۱۶۵ و ۱۶۶).

خ) حکم آیه شریفه مبنی بر قبض عین از باب ارشاد و بیان مصحلت و حفظ مال می‌باشد (همان) و در سفر بودن و عدم وجود کاتب نیز دلیل ارشادی بودن آیه دانسته شده است (شهید ثانی، ۱۴۲۸، ص ۳۳۶).

س) دلیل دیگر اینکه استدامه قبض شرط نیست و بعد از قبض می‌توان مال را دوباره به ید راهن باز گرداند و قبض حتی در مدت کوتاهی برای تحقق عقد کفایت می‌کند. قبضی که در آن استمرار شرط نیست و همین دلیلی بر عدم نیاز به آن می‌باشد (همان). چنانچه گاهی شرط بودن قبض باعث اقرار صوری به آن می‌شود که در عمل هیچ فایده‌ای در بر ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۱۰).

ص) مفهوم آیه وصف است (علامه حلی، ۱۴۲۳، ص ۱۸۸) و استنباط از ظاهر آیه بر لزوم قبض منوط بر این است که وصف حجت باشد که اقتضای آن عدم تحقق رهن بدون قبض می‌باشد (کاظمی، ۱۳۶۷، ص ۷۴)، ولی مفهوم وصف دارای حجیت و منشا اثر نمی‌باشد (محقق ثانی، همان).

ط) همانطوری که در دین، دادن رهن شرط نیست در عقد رهن هم قبض دادن شرط نمی‌باشد (علامه حلی، ۱۴۱۶، ص ۴۱۸؛ محقق ثانی، همان، ص ۹۴؛ همچنین رجوع شود به کاظمی، همان) هر چند که رهن دادن برای دین اطمینان به همراه دارد و قبض هم باعث حفظ مال می‌شود، اما در هیچ کدام شرط نمی‌باشد. چنانچه ممکن است با تشکیل عقدی مثلاً بیع دینی ایجاد شود ولی تا زمانی که شرط نشود حق رهنی به وجود نمی‌آید. (محقق ثانی، همان).

ق) در بسیاری از موارد مفهوم وثیقه گذاشتن با قبض ملازمت ندارد زیرا بر طبق مواد ۴۶ و ۴۷ ق.ث. رهن املاک باید با سند رسمی انجام شود و با ثبت عقد دیگر امکان تخلف و تزییع حق مرتهن وجود ندارد و دلیلی برای قبض دادن مال احساس نمی‌شود (کاتوزیان، همان، ص ۵۰۸). با وجود این نسبت به لزوم ثبت قبض در این گونه موارد اختلاف شده است (لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۴).

ک) همچنین اگر قبض در عقد شرط باشد تکلیف منافع مال مرهون نامعلوم می‌شود، زیرا اگر مال به قبض مرتهن داده شود دیگر امکان استفاده از منافع مال برای راهن وجود ندارد و باعث دشواری و تزییع حق راهن می‌شود. چنانچه اشکالات وارده را معتقدان به شرطیت قبض نیز دریافته‌اند، بهمین جهت استدامه قبض را از سوی مرتهن ضروری نمی‌دانند (کاتوزیان، همان، ص ۵۰۹).

ن) در بسیاری از موارد قانونگذار قبض را در عقد رهن شرط نمی‌داند و این خود می‌تواند دلیلی بر تکلف و سختی نهاد قبض در عقد رهن باشد که اشاره‌ای به بعضی از آنها می‌نماییم: اولاً بموجب ماده ۴۲ قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳/۶/۲۹، رهن کشتی نیاز به قبض ندارد و صرف ایجاب و قبول عقد رهن را محقق می‌کند. در این ماده مقرر شده است: «کشتی مال منقول و رهن آن تابع احکام این قانون است، رهن کشتی در حال ساختمان و یا کشتی آماده بهره برداری به وسیله سند رسمی باید صورت گیرد و قبض شرط صحت رهن نیست...» ثانیاً ماده ۶ تصویب نامه قانونی تأسیس انبارهای عمومی مصوب ۴۰/۱۰/۲ مقرر می‌دارد: «قبض رسید و برگ وثیقه انبارهای عمومی را

۳۱۲.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

می‌توان توام یا جداگانه از طریق ظهر نویسی منتقل نمود، در صورت ظهرنویسی برگ وثیقه و کالای مربوط با آن در گرو شخصی که ظهر نویسی بنفع او شده قرار خواهد گرفت و در صورت ظهرنویسی قبض رسید، مالکیت کالا با انتقال گیرنده منتقل خواهد شد». این ماده از مواردیست که قانون‌گذار قبض را شرط ندانسته و گفته شده است که این ماده مخصص ماده ۷۷۲ ق.م. می‌باشد (لنگرودی، همان). ثالثاً بیع شرط و سایر معاملات با حق استرداد با اینکه به آثار معاملات رهنی بسیار نزدیکند قانونگذار قبض در آنها شرط صحت نمی‌داند (کاتوزیان، همان، ص ۵۱۰).

لذا با توجه به این ایرادات، نظریه مورد قبول مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی مبنی بر لزوم قبض برای تشکیل عقد رهن از استحکام منطقی لازم برخوردار نیست و حذف آن از نهاد حقوقی رهن ترجیح دارد.

همچنین در حقوق کشورهای اسلامی نیز با اینکه قبض عین مرهونه در میان غالب فقهای عامه شرط می‌باشد، قانونگذاران اقدام به تصویب قوانینی نموده‌اند که در آن قبض شرط نیست. چنانچه در قانون مدنی مصر قانونگذار علاوه بر پیش بینی رهن تصرف در ماده ۱۰۹۶ که شباهت زیادی با عقد رهن در قانون مدنی ایران دارد، نهادی را بنام رهن رسمی پیش بینی کرده که با نهاد رهن در حقوق ایران متفاوت است و قبض در آن شرط نیست (رجوع شود به: السنهوری، ۱۹۷۰، ص ۲۷۶). چنانچه ماده ۱۰۳۰ ق.م. مصر مقرر می‌دارد: رهن عقدی است که به موجب آن بستانکار حق عینی نسبت به غیر منقول اختصاص یافته به ایفای دین خود تحصیل می‌کند و نسبت به بستانکاران عادی و بستانکاران در ردیف پس از خود در مورد دریافت طلب خود از بهای غیر منقول صرف نظر از اینکه غیر منقول به چه کسی منتقل شده است، حق تقدم می‌یابد.

همچنین در حقوق کشورهای سیستم حقوق نوشته از جمله فرانسه نیز می‌توان همین ابتکار را یافت (رجوع شود به ماده ۲۰۷۱ و ۲۰۷۲ که شبیه نهاد رهن در حقوق ایران است و به رهن (nantissement) معروف است و همچنین به: مواد ۲۰۱۴ و



۲۰۱۶ قانون مدنی فرانسه که به (Hypothèque) معروف است و در آن قبض شرط نیست).

۲-۴) قبض در رهن مال مشاع: طرفداران نظریه لزوم قبض در تشکیل عقد رهن، در توجیه رهن مال مشاع و نقش قبض در آن، راهکارهای متفاوتی ارائه داده اند که پس از بیان توجیه و دلایل هر یک به نقد و ارزیابی آن پرداخته شده است.

۱-۲-۴) لزوم اذن از سایر شرکاء: گروهی از فقهای امامیه اذن سایر شرکاء را در قبض مال مشاع ضروری می دانند. اعم از اینکه مال منقول و یا غیرمنقول باشد (شهید اول، ۱۴۱۲، ص ۳۸۴؛ بجنوردی، ۱۳۷۷، ص ۲۰؛ محقق حلی، ۱۴۱۵، ص ۹۰). در تایید این نظر بیان شده است: که قبض مال بدون اذن سایر شرکاء مستلزم تصرف در مال غیر و مورد نهی می باشد و لذا چنین قبضی صحیح نیست و شرعاً محقق نمی شود (شهید اول، همان؛ بجنوردی، همان). این نظر در میان نویسندگان حقوقی نیز دیده می شود و برای توجیه آن از ماده ۴۷۵ ق.م. که تسلیم عین مستاجر مشاع را موکول به رضایت سایر شرکاء می داند، وحدت ملاک گرفته شده است (امامی، همان، ص ۳۳۴؛ البته ایشان نهایتاً برای قبض مال مشاع اذن سایر شرکاء را لازم نمی دانند). در انتقاد از این نظر گفته شده است، قیاس اجاره با رهن از این جهت صحیح نمی باشد، زیرا هدف از قبض در اجاره فراهم آوردن مقدمه انتفاع مستاجر می باشد که امکان استفاده از منافع عین مستاجر برای وی فراهم شود و تسلیم عین مستاجر در هر حال ملازمه با تجاوز به حقوق شریکان دارد و در نتیجه بدون اذن آنان ممکن نیست. اما در رهن، قبض به منظور تسلیط مرتهن بر توقیف و فروش مال از سوی رهن است و ضرورتی ندارد که تصرف مادی صورت بگیرد و در بسیاری از موارد سطله مرتهن بر فروش و تثبیت حق عینی خود بر مال مشاع با تصرف در حق دیگران ملازمه ندارد (کاتوزیان، همان، ص ۵۱۵).

با وجود این در بسیاری از موارد قبض مال نیاز به تصرف مادی دارد و تصرف مادی بدون اذن سایر شرکاء تجاوز به حقوق آنان محسوب می شود مخصوصاً در جایی

۳۱۴.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

که قائل به اشتراط قبض در عقد رهن باشیم، ولیکن با توجه به دلایلی که در رد اشتراط قبض در عقد رهن ذکر شد باید پذیرفت که ثبت قراردادهای امروزی و لزوم ثبت آنها در اموال غیر منقول می‌تواند به جدل‌ها خاتمه دهد و راهن را از تصرف مادی در مال مشاع بی‌نیاز سازد.

در هر حال با توجه به نظریه لزوم اذن سایر شرکاء در قبض عین مرهونه، گروهی قبض صورت گرفته را صحیح ندانسته (شهید اول، همان، ص ۳۸۴) و اجازه بعدی شرکاء را ضروری می‌دانند (شهید اول، ۱۴۱۰، ص ۱۲۹). در تشریح این نظر گفته شده است: نهی شارع نهی مانع است، مانند موردی که قبض بدون اذن راهن باشد و اثری به آن قبض نیست (شهید ثانی، ۱۴۲۸، ص ۳۳۷). این نظر عدم نفوذ قبض حاصل شده را به ذهن می‌آورد. بدیهی است که عدم نفوذ قبض حاصل شده سبب عدم نفوذ عقد نیز می‌شود. زیرا اگر قبض را جزء ارکان اصلی عقد بدانیم، هرگاه مانعی در یکی از ارکان عقد «مانند عدم رضایت» ایجاد شود عقد غیر نافذ بوده (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۰۵) و با تنفیذ بعدی اصیل به صورت صحیح از لحظه ایجاب و قبول منعقد می‌شود.

در مقابل این نظر می‌توان اظهار داشت، چون توالی عرفی بین ارکان عقد ضروریست و قبض حاصل شده نیز به دلیل تجاوز به حقوق سایر شرکاء باطل می‌باشد عقد رهن باطل بوده و اثری بر آن بار نمی‌شود و قبض بعدی هم عقد را کامل نمی‌سازد. چنانچه گفته شده است: «لا یصح الارتهان الا بالقبض» (شیخ مفید، ۱۴۱۷، ص ۶۲۲). مضافاً اینکه گروهی قائل به جزائی بودن عمل انجام شده می‌باشند و راهن را از نظر کیفری قابل تعقیب می‌دانند (مناهج ص ۲۵۹ به نقل از لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۳). ولی در انتقاد از این نظر باید گفت: حتی اگر قائل به شرطیت قبض در عقد رهن باشیم و آنرا جزء ارکان عقد قرار دهیم با عدم تحقق قبض به صورت صحیح توالی عرفی بین ایجاب و قبول با قبض از بین نمی‌رود و حتی می‌تواند دلیلی بر تحقق قبض باشد. قبضی که به صورت صحیح واقع نشده و اجازه بعدی می‌تواند آن را صحیح سازد. همچنین قول نقل شده از کتاب المقنعه نمی‌تواند دلیل محکمی بر این

ادعا باشد. زیرا صحیح نبودن در عبارت شیخ مفید شامل غیر نافذ بودن عقد هم می‌شود، و اگر هم قائل به جزایی بودن عمل انجام شده باشیم، از نظر حکم وضعی ضمانت اجراء در این مورد وجود ندارد، یعنی اقباض از نظر مدنی موثر می‌باشد. (لنگرودی، همان).

در مقابل گروهی با این که قبض بدون اذن از سایر شرکاء را تجاوز به حصه آنان می‌دانند، لیکن آن را صحیح دانسته و آثار معاملات رهنی را به قبض صورت گرفته بار می‌کنند که ذیلاً به آن می‌پردازیم:

۲-۲-۴) عدم تأثیر اذن شرکاء: گروهی از فقهای امامیه قبض بدون اذن از سایر شرکاء را صحیح دانسته و بر چنین قبضی آثار معاملات رهنی را بار می‌کند (شهید ثانی، همان، ص ۳۳۷؛ محقق ثانی، همان، ص ۱۰۷). این گروه هر چند معتقدند عمل انجام شده فعلی حرام بوده و تجاوز به حقوق سایر شرکاء می‌باشد، در توجیه نظر خود بیان کرده‌اند، که مورد رهن غیر از سهم شرکاء می‌باشد که تصرف در آن از طرف شارع منع شده، زیرا نهی ذکر شده فقط بخاطر حق شریک است و اذن راهن که شرعاً صورت گرفته معتبر بوده و قبض را صحیح می‌نماید (شهید ثانی، همان ص ۳۳۷؛ فاضل لنکرانی، ۱۴۲۵، ص ۲۳۸؛ برای دیدن همین نظر در میان نویسندگان حقوقی رجوع شود به: امامی، همان، ص ۳۳۴؛ حائری، بی تا ص ۱۴۵). همچنین در تأیید این نظر آمده است: نهی شارع فقط در مورد حق شریک تعلق گرفته است و ممکن است مبنای جای اشکال و سوال چیز دیگری باشد، یا اینکه نهی در امور غیرعبادی آیا دلالت بر فساد آن می‌کند یا نه؟ اگر چنین دلالتی نداشته باشد قبض صحیح بوده و صدق اسم قبض بر چنین تحویلی حقیقی خواهد بود و بدان اکتفا می‌شود (محقق ثانی، همان). لذا گروهی به دلیل اصل صحت و لزوم قراردادهای قبض صورت گرفته را صحیح می‌دانند و معتقدند حصول قبض از نظر عرف بر آن صادق بوده و وثیقه بوجود آمده نیز دارای اعتبار می‌باشد (بجنوردی، همان، ص ۲۰). در انتقاد از این نظر بیان شده است که چگونه امری نامشروع می‌تواند اثر حقوقی بوجود آورد و مقدمه انعقاد قراردادی شود.

۳۱۶.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

اعتبار و اثر قبض ناشی از حکم قانونگذار است و نمی‌توان آن را بسان پدیده‌های طبیعی پنداشت و ادعا کرد که چون قبض رخ داده است عقد رهن نیز با آن کامل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۵۱۶). نظری که ممکن است راه حيله و تقلب را نسبت به قانون هموار نموده و حليه گر را در رسيدن به مقاصد خود يارى مى‌نمايد. لذا گفته شده است: که اگر چنین قبضی صحیح باشد باید قبض بدون اذن راهن نیز صحیح باشد که کسی این نظر را نمی‌پذیرد (همان). شاید اشکالات وارده سبب رجوع گروهی از این نظر در باب هبه مال مشاع شده است، زیرا آنان اذن سایر شرکاء را برای اعتبار و نفوذ قبض عین موهوبه ضروری می‌دانند (این نظر را در مفتاح کرامه ج ۱۵ ص ۴۸۳ ذکر شده که صاحب این کتاب عدول از نظر مذکور را به مسالک افهام و جامع المقاصد نسبت داده است. در جامع المقاصد این نظر در هبه مطرح شده که محقق ثانی برای تحقق قبض اذن سایر شرکاء را لازم می‌داند و تصور اجتماع حقوق قابض و شریک را صحیح نمی‌داند؛ محقق ثانی، ۱۴۰۸ ج ۹، ص ۱۵۶، ولی این گفته را نمی‌توان عدول محقق ثانی از نظر خود دانست. زیرا اصولاً ماهیت قبض در عقد رهن با ماهیت قبض در هبه متفاوت است، چرا که قبض در هبه برای استقرار مالکیت و تصرف مال بعنوان مالکیت است ولی در رهن قبض صرفاً برای استیثاق و حصول اطمینان برای مرتهن است. مضافاً اینکه صاحب جامع المقاصد قبض را در تحقق عقد رهن شرط نمی‌داند و سخن ایشان در باب هبه مال مشاع ربطی به رهن مال مشاع ندارد. همچنین این ایراد در مورد ادعای عدول شهید ثانی از نظر خود نیز وارد است چرا که ایشان هم این مسئله را در هبه مال مشاع مطرح کرده‌اند؛ شهید ثانی، ۱۴۱۴ ج ۶، ص ۲۷؛ با وجود این درباره عدول محقق ثانی و شهید ثانی از نظر قبلی خود گفته شده است: به نظر می‌رسد که این محققان در مورد رهن، در هر حال اقرار مرتهن را برای قبض کافی دانسته و اذن سایر شرکاء را ضروری نمی‌دانند؛ کاتوزیان، همان، ص ۵۱۶؛ امری که خود نشان از صوری بودن اقرار مرتهن به تحقق قبض دارد و از جمله مشکلات ناشی از ضروری دانستن قبض در عقد رهن می‌باشد. انتقادی که به قانون مدنی وارد است و امید اصلاح

آن می‌رود). در این میان گروهی نیز با قبول اینکه قبض صورت گرفته معتبر است و بر آن صدق عرفی وجود دارد، مرتهن بی‌اذن را از تصرف در عین مرهونه منع کرده و دلیل خود را تجاوز به حقوق سایر شرکاء می‌دانند (بجنوردی، همان، ص ۲۰). در جواب این گروه باید گفت مگر نه اینکه قبض را عملی مادی و آثار آن را سبب تصرف مرتهن در مال مرهونه می‌دانیم، بصورتی که مرتهن مال را بدون انتفاع از آن درید خود محفوظ دارد تا در زمان سر رسید دین در صورت عدم پرداخت آن از سوی راهن بتواند دین خود را از محل عین مرهونه استیفا کند. پس این چگونگی قبضی است که صحیح بوده ولی مرتهن بی‌اذن را از تصرف در عین مرهونه منع می‌کنند؟ آیا نمی‌توان گفت هنگامی امری کامل واقع می‌شود که تمام آثار آن نیز به وجود آید؟ استثنای آثار این عمل حقوقی «قبض» نیاز به دلیل قوی دارد، زیرا اساساً قبض بدون تصور این آثار معنایی ندارد و بسان موجودیست بی‌اثر که برای عمل به شرایط عقد انجام شده و هیچ گونه فایده‌ای هم برای مرتهن ایجاد نمی‌کند.

همچنین در جایی که فقها بین عمل مرتهن در قبض عین مرهونه با نهی وارده در مورد تجاوز به حصه سایر شرکاء قائل به تفکیک و جدایی هستند، باید گفت: شاید در عالم ذهن بتوان حصه راهن را از حصه سایر شرکاء جدا کرد ولی در عالم خارج حصه شریکان در فرض مشاع بصورت منفصل قابل تصور نیست و هر قسم از مال مشاع سهم هر یک از شرکاء می‌باشد و اختصاص به هیچ یک ندارد، پس چگونه می‌توان ادعا کرد اگر راهن حصه خود را به قبض مرتهن دهد تجاوزی به حصه سایر شرکاء نشده است و اظهار داشت بین نهی شارع در عدم تصرف حصه سایر شرکاء و لزوم اذن از آنان با تصرف و قبض مال مرهونه از سوی راهن اختلاف جهت وجود دارد (حسینی عاملی، همان، ص ۴۸۲). پس به نظر می‌رسد تصرف مرتهن در عین مرهونه جایز نمی‌باشد و در صورت تصرف مادی غاصب است (کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۵۱۷) و باید از خسارات وارده بر مال مورد رهن بر آید.

۳۱۸.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

در پایان باید گفت در صورتی که قبض واقع شده را جایز و عمل انجام شده را حرام بدانیم از ملازمه کار حرام و جایز با هم چشم‌پوشی کرده‌ایم (همان، ص ۵۱۶) و حاضر به ایجاد اثر از فعل حرام شده‌ایم. زیرا این اقدام راهن دو عمل متمایز ولی در یک مرحله می‌باشد و تحلیل فقها و خبرگان را درباره آن می‌طلبد. در واقع چرا باید شارع آثار فعل حرام را صحیح بداند و مهر تایید به عمل انجام شده نهد، بخصوص در جایی که راهن به حرمت عمل خود واقف بوده ولی بدون توجه به حقوق سایر شرکاء اقدام به عمل حرام خود می‌کند.

۳-۲-۴) تفصیل میان مال منقول و غیر منقول: بسیاری از فقهایان میان مال منقول و غیر منقول قائل به تفصیل شده‌اند و در مورد اموال غیر منقول صرف تخلیه را برای قبض کافی دانسته و اذن سایر شرکاء را لازم نمی‌دانند (شیخ طوسی، ۱۴۲۸-ج ۲، ۱۵۷ شهید ثانی، ۱۴۲۸، ص ۳۳۷). در توجیه این نظر بیان شده است که تخلیه اموال غیر منقول سبب تصرف راهن در مال مشاع نمی‌گردد بلکه موجبات رفع ید وی را فراهم می‌سازد. لذا اذن سایر شرکاء ضروری نبوده و تجاوزی نیز به حصه آنان نشده است (حسینی عاملی، همان، ص ۴۸۱).

در انتقاد از این نظر گفته شده است: تفاوت میان قبض اموال منقول و غیر منقول بر مبنای غلبه است، بدین معنی که در غالب اراضی و اموال غیر منقول قبض حصه مشاع بمعنی تصرف در حقوق دیگران نیست و در غالب اموال منقول این اقدام با قبض سهام دیگران همراه است (کاتوزیان، همان، ص ۵۱۷) با وجود این در بسیاری از موارد رفع ید از اموال منقول نیز می‌تواند موجب حصول اطمینان و در حکم قبض مال مرهونه باشد. زیرا اگر هدف از قبض رسیدن به اطمینان و استیلائی عرفی بر مال باشد امری که احتمالاً فقهای قائل به تفکیک به آن نظر داشته و آنرا در تخلیه اموال غیر منقول یافته‌اند، در اموال منقول هم قابل تحقق است و اساساً نیازی به این افتراق احساس نمی‌شود. بعنوان مثال ذکر شده است: در رهن کامیونی که در اجاره دیگران

است، قبض سهم مال مشاع آن مستلزم خلع ید مستأجر نمی‌باشد و صرف ایجاد اطمینان و جلوگیری از انتقال عین مرهونه برای مرتهن کافی می‌باشد (کاتوزیان، همان). وانگهی اگر قائل به اشتراط قبض در عقد رهن باشیم، رفع ید رهن از عین مرهونه غیرمنقول را نمی‌توان در حکم قبض دانست. زیرا اگر چه رهن متصرف مال غیر منقول مشاع بوده، اما تصرف وی بر قسمت تحت ید خود از باب استقرار مالکیت بر همان قسمت نبوده و صرفاً اذن استیفاء از مال به تجویز شرکاء براساس مالکیت مشاع وی بوده است و رهن نمی‌تواند از قبل استقرار مالکیت بر حصه خود از مال مشاع، قسم تحت ید خود را به قبض مرتهن بدهد و نباید رفع ید از آن قسمت را در حکم قبض دانست، زیرا ذرات مالکیت شرکاء در تمام قسمت‌های مال منتشر است و قبض تجاوز به حقوق سایر شرکاء می‌باشد. بعلاوه صرف تخلیه و رفع ید سبب استیلاي مرتهن بر مال غیر منقول و قبض آن نمی‌گردد، زیرا در هر حال مرتهن برای وصول طلبش و تصرف در مال ناگزیر با شرکای غیر مأذون روبرو می‌شود و باید رضایت آنان را در مورد فروش مال کسب نماید. لذا تفاوتی میان قبض مال منقول و غیرمنقول وجود ندارد و تسامح در اموال غیر منقول را نمی‌توان پذیرفت. برخی حقوقدانان در توجیه این نظر گفته‌اند، اگر قبض عرفی برای تحقق عقد کافی باشد به طور مثال ثبت معاملات ملکی در حکم قبض قلمداد شود، موجب تصرف در حصه سایر شرکاء نبوده و اذن آنان نیز ضروری نمی‌باشد (برای دیدن نظر مشابه رجوع شود به کاتوزیان، ناصر، همان، ص ۵۱۶)، زیرا اصولاً ماهیت قبض در عقد رهن با ماهیت قبض در سایر عقود مثل اجاره و هبه متفاوت است، چرا که قبض در عقد هبه و اجاره مستلزم تصرف مادی در حصه سایر شرکاء می‌باشد، ولی در عقد رهن صرف اطمینان خاطر مرتهن بر وصول طلب خود کفایت و اساساً نیازی به تصرف مادی مرتهن احساس نمی‌شود.

۴-۲-۴) وکالت مرتهن به رهن یا شریک رهن برای قبض مال مشاع: گروهی از فقهای امامیه وکالت مرتهن به رهن را برای قبض مال مشاع جایز دانسته و اذن سایر شرکاء را در آن ضروری نمی‌دانند (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹، ص ۳۰). در توجیه این

۳۲۰.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

نظر گرفته شده است: از آنجا که تصرف راهن در ملک خودش متوقف بر اذن سایر شرکاء نمی‌باشد، قبض وی نیز به وکالت از مرتهن صحیح بوده و مانعی در انعقاد آن به وجود نمی‌آید (همان).

این نظر در بحث هبه مال مشاع نیز مطرح شده و قائلین اذن سایر شرکاء را در جایی که واهب وکیل در قبض عین موهوبه از سوی متهب باشد، ضروری نمی‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۷۳، ص ۵۰). در توجیه این نظر بیان شده است: وکیلی که برای قبض تعیین می‌شود ممکن است خود واهب باشد. این تمهید برای رفع اشکال هبه مال مشاع اهمیت فراوان دارد، زیرا بدون اینکه موجب تصرف در مال سایر شرکاء شود متهب جانشین واهب می‌گردد و جای اعتراضی نیز باقی نمی‌ماند (همان). در جواب این گروه باید اظهار داشت: مگر نه اینکه وکیل هنگامی حق اجرای حقوق موکل خود را دارد که موکل نیز دارای این حق باشد، پس چگونه می‌توان اختیاری فرای توان مرتهن یا متهب به راهن و یا واهب اعطا کرد و آنان را وکیل در قبض قلمداد نمود؟ آیا اختیارات وکیل چیزی فراتر از اختیارات موکل خود می‌باشد؟ وکالت به راهن و یا واهب خصوصیتی ندارد تا بتواند اذن سایر شرکاء را ساقط نماید و قبض را محقق نماید. حتی اگر مال مشاع در ید راهن و یا واهب باشد، چنانچه در بحث هبه مال مشاع گفته شده است: دادن وکالت به واهب در صورتی موثر است که مال مشاع در تصرف خود او باشد (همان)، باز هم اشکالات وارده را که در مباحث قبلی بدان اشاره شد، رفع نمی‌نماید. زیرا تصرف راهن و یا واهب بر مال مشاع از بابت استقرار مالکیتشان بر همان قسمت نمی‌باشد و تنها اذنیست از سایر شرکاء بر اساس حصه آنان که برای استیفای منافع مال مشاع داده شده است. پس دلیلی ندارد که آنان بتوانند بدون اذن از سایر شرکاء مال را به قبض دهند و این اختیار را به طرف مقابل خود تفویض نمایند.

در مقابل گروهی از فقهای امامیه قبض شریک راهن را به وکالت از مرتهن صحیح دانسته و قبض محقق شده از سوی وی را برای عقد کافی می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۴، ج ۴ ص ۱۹). در هبه مال مشاع نیز این نظر از سوی فقهای امامیه مطرح شده است



(شهید ثانی، همان، ج ۶ ص ۲۷؛ شیخ طوسی، ۱۴۲۸، ج ۳ ص ۱۳۳). در توضیح این مطلب باید اظهار داشت: اگر شریک راهن و یا واهب یک نفر باشد، اساساً مسئله‌ای در باب اذن سایر شرکاء مطرح نمی‌باشد، زیرا قبض شریک وکیل اذن ضمنی او بر قبض مال مشاع می‌باشد و اگر شرکاء هم چندین نفر باشند و یکی از آنان وکیل در قبض مال مشاع باشد باز هم مسائل قبلی مطرح می‌شود که از اشاره مجدد به آنها چشم‌پوشی می‌نماییم.

۴-۲-۵) قبض رهن مال مشاع در حکم قبض ملک مهایاتی می‌باشد: به تقسیم منافع میان شرکاء مهایات گویند. بنابراین محل مهایات منافع اعیان مشترکی است که امکان انتفاع از آن با بقاع عین وجود داشته باشد (انصاری؛ طاهری، ۱۳۸۴ ص ۱۹۹۶). مهایات به اعتبار استفاده شریکان از مال مشاع به زمانی و مکانی تقسیم می‌شود. در مهایات زمانی هر یک از شرکاء از جمیع عین مشاع در فاصله زمانی برابر و یا به نسبت سهم خود استفاده می‌کنند، ولی در مهایات مکانی هر یک از شرکاء به نسبت سهم خویش بخشی از مال را تحت ید خود می‌گیرند (همان). به طور معمول تقسیم مهایات در صورتی مورد استفاده قرار می‌گیرد که عین مشترک قابل تقسیم نباشد و مالکان ناچار شوند که برای جلوگیری از ضرر خود به تقسیم منافع روی آورند (کاتوزیان، ۱۳۷۶ ص ۷۵). با این توضیحات ممکن است این توهم در ذهن حاصل شود که امکان قبض عین مرهونه توسط راهن در مدت زمانی که که ملک در ید اوست و یا قسمتی که به طور توافقی در آن ساکن است، وجود دارد و لزومی به اخذ اذن از سایر شرکاء نیز نمی‌باشد، زیرا راهن در ملک و سهم خود تصرف می‌کند و ضرری نیز به سهم سایر شرکاء نمی‌رساند. چنانچه گروهی از فقهای امامیه قبض مال مشاع را در حکم مهایات قرار داده‌اند (محقق ثانی، همان، ج ۵ ص ۵۷؛ علامه حلی، ۱۴۲۳، ص ۱۲۹). در جامع المقاصد آمده است: جزء مشاع که مالک آن را به رهن گذارده است از نظر قبض و تحت ید قرار دادن برای مرتهن بصورت مهایات خواهد بود. یعنی مرتهن مدتی را که می‌باید مالک جزء بر عین مشترک تصرف داشته باشد، خودش تصرف کند. پس

۳۲۲.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

مهایات میان مرتهن و سایر شرکاء مثل مهایات میان مالک جزء و سایر شرکاء خواهد بود. لذا همانطوری که مالک ربع عین مشاع مهایاتی حق استفاده از ربع زمانی خود را دارد، مرتهن نیز دارای آن حق می‌باشد و می‌تواند مال را قبض نماید (محقق ثانی، همان). بعنوان مثال اگر دو شریک هر کدام یک روز در میان ملک مشاع در اختیارشان باشد، می‌توانند در زمانی که مال را در تصرف دارند به رهن بدهند و قبض را هم در همان مدت بعمل برسانند و چون در ملک خودشان تصرف می‌کنند، تصرف مرتهن نیز در حکم تصرف رهن می‌باشد.

هر چند در کلام محقق ثانی اشاره‌ای به عدم لزوم اذن از سایر شرکاء نشده است ولی از مباحث دیگری که ایشان در باب رهن طرح نموده‌اند، عدم لزوم اذن سایر شرکاء استنباط می‌شود. زیرا ایشان اساساً قائل به عدم اشتراط قبض در عقد رهن می‌باشند (همان، ص ۹۴) و تسلیم عین مشاع را بدون اذن سایر شرکاء صحیح می‌دانند (همان، ص ۱۰۷). همچنین با این که مهایات در اموال غیر منقول می‌باشد، ولی قول ایشان به صورت مطلق ذکر شده و شامل اموال منقول هم می‌شود. با وجود این باید متذکر شویم که اشکالات وارده مباحث قبلی در این جا نیز وارد است. زیرا چنانچه ذکر شد هر چند رهن در سهم خود تصرف می‌کند ولی تصرف وی هنگامی که مهایاتی چه به صورت زمانی و چه به صورت مکانی تقسیم شده باشد، تصرف در ملک مفروز خود نیست و فقط توافقیست که براساس حصه اش با شریک خود دارد. لذا این تصرف نمی‌تواند مبنای تصرف مرتهن در مال مرهونه باشد و مرتهن را در حکم رهن به عنوان متصرف مال مشاع قرار دهد. تصرفی که از نظر بسیاری از فقها جایز بوده و فسخ تقسیم مهایاتی از سوی هر یک از شرکاء امکان پذیر می‌باشد (انصاری؛ طاهری، همان).

### نتیجه گیری

با وجود سکوت قانون مدنی رهن مال مشاع مورد قبول حقوقدانان و فقهای امامیه قرار گرفته است و این امر با نظر مشهور فقهای امامیه در شرط دانستن قبض در عقد رهن همخوانی ندارد. زیرا از آنجایی که قبض تصرفیست مادی و تصرف مادی بدون اذن سایر شرکاء امکان پذیر نمی باشد، در صورت لزوم قبض در عقد رهن، یکی از ارکان عقد ناقص بوده و موجب عدم نفوذ عقد می شود. مسئله ای که فقهای امامیه نیز بدان نظر داشته و هر یک در پی رفع آن راهی را پیموده اند. چنانچه گروهی اذن سایر شرکاء را برای قبض عین مرهونه لازم دانسته و در مقابل گروهی، قائل به تفکیک میان قبض مال منقول و غیرمنقول مشاع می باشند. گروهی نیز هر چند تصرف رهن بدون اذن سایر شرکاء را حرام دانسته ولی قبض صورت گرفته را صحیح می دانند. در این میان عده ای برای حل مسئله و عدم لزوم اذن از سایر شرکاء، عین مرهونه مشاع را در حکم ملک مهایاتی قرار داده و قبض آن را امکان پذیر می دانند.

با وجود این دیدگاه های متفاوت، این نتیجه حاصل می شود که صحت رهن مال مشاع، تنها در صورتی از لحاظ فقهی و حقوقی بدون اشکال می باشد که قبض شرط صحت عقد رهن محسوب نشود. در غیر این صورت دلایل و توجیحات ارائه شده قادر به رفع ایرادات وارده نمی باشد. امری که سبب سکوت قانون مدنی شده و مقنن را از ورود به بحث رهن مال مشاع معذور نموده است.

۳۲۴.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

#### منابع:

۱. آل بحر العلوم، سید محمد، بلغه الفقیه، ج اول، مکتب صادق، ۱۴۰۳.
۲. ابن ادریس، السرائر، ج ۲، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۸، چاپ پنجم.
۳. ابن رشد القرطبی، بدایه المجتهد و نهایه المقتصد ج ۴، دار ابن حزم، بیروت، ۱۴۱۶، چاپ اول.
۴. ابن زهره، غنیه النزوع، ج ۱، موسسه امام صادق، ۱۴۱۷، چاپ اول.
۵. ابن قدامه، المغنی، ج ۴، دارالکتب العربی، بیروت، بی تا.
۶. ابن نجیم، الاشباه و النظائر، دار الکتب العلمیه، بیروت ۱۴۱۳، چاپ اول.
۷. احمدی، فیروز، پایان نامه کارشناسی ارشد، بررسی ماهیت قبض و نقش آن در عقد رهن، دانشگاه تهران، پردیس قم، سال تحصیلی ۷۷-۷۶.
۸. امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۲، موسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۷، چاپ ششم.
۹. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۲، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۳۴.
۱۰. انصاری، مسعود و طاهری، محمد، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۳، انتشارات محراب فکر، ۱۳۸۴، چاپ اول.
۱۱. بجنوردی، محمد حسن، القواعد الفقهیه، ج ۶، ۱۴۱۹، نشر الهادی، چاپ اول.
۱۲. بروجردی عبده، محمد، حقوق مدنی، ۱۳۸۰، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
۱۳. الجزیری، عبد الرحمن، الفقه علی المذاهب الاربعه، ج ۲، انتشارات دارالثقلین، ۱۴۱۹، چاپ اول.
۱۴. حائری، علی، آثار قبض در حقوق مدنی ایران، چاپخانه آذر، بی تا.
۱۵. حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه، کتاب رهن، ج ۴۹، دارالعلوم، بیروت ۱۴۰۹، چاپ دوم.

١٦. حسيني عاملي ، محمد جواد ، مفتاح الكرامة ، ج ١٥، مؤسسه نشر اسلامي، ١٤٢٦، چاپ اول.
١٧. خوانساري ، سيد احمد، جامع المدارك ، ج ٣، مكتب صدوق ، ١٤٠٥، چاپ دوم.
١٨. الزحيلي ، وهبه ، الفقه اسلامي و ادلته ، ج ٦، دارالفكر دمشق ، ١٩٩٧ چاپ چهارم.
١٩. زراعت، عباس، فقه استدلالی، عقود معين، انتشارات فكر سازان، ١٣٨٧، چاپ اول.
٢٠. السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، قاهره، دارالنهضة العربية، ١٩٧٠، ج ١٠.
٢١. شريف، علي، رساله دكتري، رهن ثالث، دانشگاه تربيت مدرس، ١٣٧٥.
٢٢. شمس الدين محمد ابی العباس، معروف به شافعی صغير ، نهاية المحتاج ، ج ٤، دارالفكر بيروت ، ١٤٠٤.
٢٣. شهيد اول، الدروس الشرعية في الفقه الاماميه، ج ٣، قم، مؤسسه النشر الاسلامي، ١٤١٢، چاپ اول.
٢٤. \_\_\_\_\_ ، اللمعة الدمشقية، بيروت، مؤسسه الفقه الشيعه، ١٤١٠، چاپ اول.
٢٥. شهيد ثاني ، شرح لمعه ، ج اول ، انتشارات جلال الدين ، ١٤٢٨، چاپ اول.
٢٦. \_\_\_\_\_ ، مسالك الافهام ، ج ٤ و ٥، مؤسسه معارف اسلامي، ١٤١٤، چاپ اول.
٢٧. \_\_\_\_\_ ، مسالك الافهام ، ج ٦، مؤسسه معارف اسلامي ، ١٤١٤، چاپ دوم.
٢٨. شهيدى ، مهدي ، فصلنامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی)، دفتر ششم ، تيرو شهريور ، ٦٥.

- ۳۲۶.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهلیم، تابستان ۱۳۹۷
۲۹. شیخ طوسی، کتاب الخلاف، ج ۱، بی‌نا، رمضان ۱۳۷۷.
۳۰. \_\_\_\_\_، المبسوط، ج ۲، موسسه النشر الاسلامی قم، ۱۴۲۵، چاپ اول.
۳۱. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، ج ۳، موسسه النشر الاسلامی قم، ۱۴۲۸، چاپ اول.
۳۲. شیخ مفید، المقنعة، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷، چاپ چهارم.
۳۳. صادقی گلدر، احمد، مطالعات حقوقی و قضایی «حق» دفتر نهم، بهار ۶۶.
۳۴. طباطبائی، سید علی، ریاض المسائل، ج ۵ و ۶، دارالهدی، بیروت، ۱۴۱۲، چاپ اول.
۳۵. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، چاپ هفتم، موسسه چاپ و انتشارات امیر کبیر، آذر ماه ۱۳۴۲.
۳۶. فاضل لنکرانی، محمد، تفضیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیلة، باب رهن، مرکز فقه ائمه اطهار، ۱۴۲۵، چاپ اول.
۳۷. فاضل المقداد، التنقیح الرائع، ج ۲، مکتبه آیت الله، المرعشی، قم، ۱۴۰۴، چاپ اول.
۳۸. \_\_\_\_\_، کنز العرفان فی الفقه قرآن، ج ۲، مکتب مرتضویه، ۱۳۸۴ هـ ق.
۳۹. قاضی ابن براج الطرابلسی، المهذب، ج ۲، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۶.
۴۰. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، ج ۲، موسسه کیهان، تابستان ۷۱، چاپ اول.
۴۱. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، ج ۲، ۱۳۷۶، کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم.
۴۲. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، ج ۳، ۱۳۷۳، نشر یلدا، چاپ دوم.
۴۳. \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، \_\_\_\_\_، ج ۴، ۱۳۸۵، شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم.

۴۴. \_\_\_\_\_ ، \_\_\_\_\_ ، قواعد عمومی قراردادها، ج دوم ، خرداد ۱۳۷۱، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم .
۴۵. کاشف الغطاء ، سید محمد حسین ، التحریر المجله ، ج ۲، المجمع العالمی التقریب المذاهب الاسلامیه، ۱۴۲۴، چاپ اول.
۴۶. کاظمی ، جواد ، مسالک افهامی الی آیات قرآن ، مکتب مرتضویه، ج ۳، بهار ۶۵، چاپ دوم.
۴۷. لنگرودی ، جعفر، رهن و صلح، خرداد ۷۰، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
۴۸. \_\_\_\_\_ ، \_\_\_\_\_ ، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸، ج ۳، چاپ اول.
۴۹. \_\_\_\_\_ ، \_\_\_\_\_ ، وسیط در ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۸، چاپ دوم.
۵۰. محقق الآبی ، کشف الرموز ، ج ۱، موسسه نشر اسلامی ، ذی الحجه ۱۴۰۸.
۵۱. محقق ثانی ، جامع المقاصد ، ج ۵ و ۹، موسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث ، ۱۴۰۸، چاپ اول.
۵۲. محقق حلی ، شرایع الاسلام ، ج ۲، موسسه المعارف الاسلامیه، قم ۱۴۱۵، چاپ اول.
۵۳. علامه حلی، حسن بن یوسف مطهر، مختلف الشیعه ، ج ۵، مکتب الاعلام اسلامی ، ۱۴۱۶، چاپ اول.
۵۴. \_\_\_\_\_ ، \_\_\_\_\_ ، قواعد الاحکام، قم، موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۸، ج ۲.
۵۵. \_\_\_\_\_ ، \_\_\_\_\_ ، ایضاح الفوائد، بی نا، ۱۳۸۸ ق، ج ۲، چاپ اول.
۵۶. \_\_\_\_\_ ، \_\_\_\_\_ ، تذکره الفقهاء، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۲۳، ج ۱۳، چاپ اول.

۳۲۸.....تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال یازدهم، شماره چهارم، تابستان ۱۳۹۷

۵۷. مظفر، محمد رضا، اصول مظفر ج ۱، دار التعارف للمطبوعات، ۱۴۲۵، بیروت.

۵۸. معین، محمد، فرهنگ فارسی، موسسه انتشارات امیر کبیر، تهران ۱۳۷۵ ج ۱ و ۲، چاپ نهم.

۵۹. مغنیه، محمد جواد، فقه امام جعفر صادق (ع)، ج ۴، دار العلم الملايين، بیروت، ۱۹۷۷، چاپ دوم.

نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۵، دار احیاء التراث العربی، بی تا، چاپ

هفتم.