

مبانی فقهی و حقوقی رهن اموال مشاع از منظر فقهای اسلامی و حقوق افغانستان و انگلستان

محمد رضا حسینی^۱

چکیده

اگر مورد عقد رهن، ملک شخصی و از اموال مفروز باشد؛ رهن در تصرفات مانند عقد، قبض و تسلیم به مرتهن، آزاد است و آثار و احکام عقد بر آن مترتب و مانع فقهی و حقوقی وجود ندارد لیکن بر فرض مشاع بودن مورد رهن از اینکه مالک مشاعی، مالک است باید رهن آن برای مرتهن صحیح باشد و از طرفی، اشاعه و امتزاج ملکیت و پخش و نشر حقوق دیگران بر مال مشاع، سبب پیچیدگی و دشواری موضوع از جهت احکام می شود که پیشرفت دانش و صنعت، تبدیل شدن اشاعه و اشتراک به ضرورت های اجتماعی و استوار بودن معاملات و فعالیت های روزمره مردم بر عقود و قراردادها به اهمیت مسئله افزوده است روی این لحاظ، تبیین مبانی فقهی و حقوقی مسئله و بیان حکم تکلیفی (جواز و عدم جواز) عقد رهن مشاع بدون اذن شریک در فقه اسلامی و حقوق افغانستان و انگلستان به روش تحلیلی توصیفی، هدف پژوهش را تشکیل می دهد. برایند تحقیق آن است که مال مشاع شامل اموال منقول و غیر منقول شده و هردو مورد رهن واقع می شود.

کلید واژه ها: رهن مشاع، مال، حقوق افغانستان، فقه امامیه، جواز رهن.

^۱. دانشجویی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

یکی از مسائل بسیار مهم که در فقه اسلامی و حقوق موضوعه از دیر زمان بدان پرداخته شده، موضوع ملکیت و اموال است ملکیت که یک حکم اعتباری وضعی می‌باشد تابع متعلق و مضاف الیه بوده و به اختلاف و تفاوت صورت‌های که معمولاً در متعلق وجود دارند و متصور می‌باشند، قابل تجزیه و تقسیم به صورت‌های گوناگون است اصل در اموال و مالکیت‌ها؛ افراز، مجزا بودن و شخصی بودن آن از جهت ملکیت می‌باشد که این امر در ابتدایی زندگی فردی و روستایی شاید بیشتر مرسوم و رواج داشته لیکن با پیشرفت انسان‌ها در عرصه علم و دانش و صنعت و هنر و اقتصاد، اشاعه و اشتراک اموال پیش می‌آید بگونه‌ای که در عصر حاضر زندگی بدون آن سخت و دشوار بوده که حتی این امر، مشاع بودن اموال و دارای‌ها را تبدیل به یک ضرورت اجتماعی نموده است، اشاعه یا مشاع بودن عبارت است از گسترش و پخش حقوق دو و یا بیشتر از دو مالک در اموال و اشیاء بگونه که حق هر مالک در جز جزء آن مال، جاری و ساری می‌باشد. فقها و حقوق دانان، مشاع را در مقابل افراز به کار برده اند که هر دو صورت (افراز و اشاعه) از جهت اوضاع و احکام فقهی و تصرفات حقوقی باهم تفاوت دارند که در بخش مفروز بودن اموال و مالکیت‌ها، مالک و اموال مفروز از یک نوع آزادی و امتیاز عرفی و قانونی بر خوردار می‌باشند و محدودیت‌های قانونی و شرعی را که مال مشاع دارند، در پی نداشته و مالک در تصرف حقوقی و جهت بهره برداری و استیفاء مالکانه از اموال خودش تا آنجای که قانون اجازه تصرف در اموال مالکان را می‌دهد آزاد می‌باشد.

اما در صورت دوم؛ (اشاعه اموال و ملکیت‌ها) در فقه، قانون و عرف جامعه یک نوع نقص برای اموال مشاع محسوب شده که سبب ایجاد محدودیت تصرفات و بهره برداری مالکان و شرکاء می‌شود چه تصرف حقوقی که سبب انتقال عین می‌گردد؛ مانند عقد بیع و هبه و یا باعث نقل و انتقال منافع تنها باشد مثل عقد اجاره و یا اینکه سبب انتقال هیچکدام نباشد مانند عقد رهن و یا تصرف مادی مانند تعمیر و ایجاد تغییرات، قبض و اقباض و تسلیم نمودن و تسلیم شدن آنها، که در داد و ستد‌های اجتماعی و رابطه اقتصادی و قراردادهای تجاری و معاملاتی، مالکان و کسانی که طرف،

برای آن رابطه معاملاتی، قرار می‌گیرند طبیعتاً از آرامش و اطمینان کامل نسبت به احکام، آثار، شرایط و تبعاتی فقهی و حقوقی آن، برخوردار نبوده و همیشه در حال نگرانی و اضطراب به سر می‌برند و با احساس خوش و به دور از تردد و تحیر، وارد آن معامله نمی‌شوند و از طرفی هم واقعا در فقه اسلامی و قانون موضوعه کشورها و دکترین حقوق یک سلسله احکام و مبانی و مستندات خاصی را علاوه بر شرایط و احکام عمومی اموال و مالکیت‌ها برای مشاع در نظر گرفته است که سبب محدودیت‌های تصرف مالکان مشاع و نگرانی بیشتر آنان گردیده است و این مسائل ایجاب می‌کند که آگاهی، اطلاع و معرفت پیدا کردن به آن مبانی فقهی و حقوقی، ادله و مستندات شرعی و قانونی برای هر مالک متشرع و شهروند قانون مدار لازم و ضرور باشد مثلاً با توجه به اوصاف و حالات مذکور اموال، در عقد رهن مشاع این سوال به ذهن راهن و مرتهن خطور می‌کند که آیا کسی حق دارد که در مال مشاع و مشترک، بدون اذن و رضایت شریکان دیگر، تصرف حقوقی و عقد رهنی انجام دهد؟ و برای تامین طلب داین در فرض عدم وفاء کردن دین در موعد مقرر به وثیقه و رهن بگذارد؟ چون از اینکه بر شریک مال مشاع نیز نام مالک، اطلاق و استعمال می‌شود باید تصرف مالکانه او صحیح بوده و نباید نیازمند هیچگونه استیجازه و استیذان شریکان دیگر باشد و از اینکه مشاع، ملک ممزوج و در هم تنیده و اجتماع مالکان متعدد در آن است بگونه که بر جز جزء مال مشاع، حقوق شرکاء پخش و نشر شده، نباید جایز باشد و این، مانع تصرف حقوقی شریک در آن می‌شود لذا خواستیم که سوالات مذکور را از منظر فقه اسلامی اعم از فقه امامیه و فقه‌های اربعه اهل سنت؛ حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی و قانون افغانستان و انگلستان بحث و بررسی نماییم برای رسیدن به چنین هدف و مقصد، نوشتار حاضر را با روش تحلیلی توصیفی نوع کتاب خانه‌ای طرح نمودیم. که تحقیق حاضر شامل چکیده، مقدمه و دو بخش می‌باشد.

در بخش اول؛ مسائل و موضوعات اصلی بحث را که عبارت است از مبانی و مستندات فقهی اعمال راهن (صحت و عدم صحت عقد رهن مشاع بدون اذن شرکاء) در مال مشاع، بیان شده است که شامل طرح مدعا، مبنی، ادله و بررسی آن از دیدگاه فقه امامیه و فقه مذاهب اربعه می‌باشد و در

بخش دوم دیدگاه حقوق افغانستان و انگلستان به گونه‌ای مجزی و مختصر تبیین و بررسی گردیده است.

بخش اول: دیدگاه فقیهان اسلامی

۱. دیدگاه فقه‌ای امامیه

بسیاری از فقیهان امامیه، معتقد به صحت رهن مال مشاع، بدون اجازه باقی شریکان، هستند؛ (بغدادی، ۱۴۱۳، ۶۲۱، طوسی، ۱۴۰۰، ۴۳۰، سلار دیلمی، ۱۴۰۴، ۱۹۲؛ حلی، ۱۴۰۵، ۲۸۷؛ محقق حلی، همان، ۶۶؛ حلی، همان، ۱۳۷؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳، ۵۵۵) و عده‌ای هم ادعای اجماع بر مسئله داشته؛ (طوسی، ۱۳۸۷، ۱۹۶؛ طوسی، ۱۴۰۷، ۲۱۹؛ حلی، ۱۴۱۷، ۲۴۳؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ۴۱۶، شهید اول، ۱۴۱۷، ۳۸۳) و برخی، مانند علامه حلی، حتی بر عدم اشتراط افراز و رضایت شریک تصریح کرده است عبارت علامه در تذکره این است که «بل یصح رهن المشاع کما یصح رهن المقسوم...، عند علمائنا اجمع» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۲۷؛ و ۱۴۱۳، ۱۱۰) صاحب مفتاح الکرامه (ره) در توضیح عبارت علامه چنین فرموده است؛ (عاملی حسینی، ۱۴۱۹، ۱۲۷)، که ظاهر عبارت ایشان اجماع بر جواز رهن مشاع است؛ زیرا که ایشان تصریح کرده «و لو لم یاذن الشریک فکذلک عندنا» (علامه حلی، همان، ۱۲۸) اگر اذن شریک نباشد باز هم رهن مشاع جایز است. صاحب جواهر (ره) نیز مثل بقیه محققین معتقد به صحت رهن مال مشاع و مدعی اجماع بر آن است «و علی کل حال ف رهن المشاع لا اشکال فیه عندنا بل لا خلاف» (نجفی، همان، ۱۲۷) و همچنین جامع المقاصد که مدعی صحت رهن مشاع است (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۵۶) و مرحوم حائری طباطبایی در مناهل بصورت مطلق (اعم از این که اذن شریک باشد یا نباشد) فرموده «که اگر مثلاً خانه مشترک باشد بین دو نفر می‌تواند یکی از آنها، آن را رهن بگذارد و دیگری حق منع ندارد و بعد از نقل تصریح تعدادی از فقیهان، مانند محقق کرکی، شهیدین و...، فرموده اند: که «انه لاخلاف فیه و لهم وجوه منها التصریح بدعوی الاجماع علیه» (حائری، بی‌تا، ۴۰۲) برخی هم رهن مشاع را شبیه هبه، بیع و وقف می‌دانند همان طور که هبه، بیع و وقف مشاع صحیح است رهن آن نیز درست است؛ (جزیری

غروی، ۱۴۱۹، ۳۷۹) بنابراین از نظر فقیهان امامیه رهن مشاع جایز و صحیح است نیاز به اذن مالک نیست. ادله و مستندات فقهی طرفداران صحت رهن مشاع و ادله مخالفین صحت و بررسی آن را بیان خواهیم نمود

۱-۱ ادله طرفداران صحت رهن مشاع

۱-۱-۱ ادله عمومی

۱-۱-۱-۱. عموم آیه شریفه «اوفوا بالعقود»

از جمله آن عمومات و ادله کلی که شامل جواز رهن مال مشاع می‌شود؛ آیه وفای به عقد است (حائری، همان) «یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود...» (سوره مائده آیه ۱) ای کسانی که ایمان آوردید؛ به پیمانها (قراردادها) وفا کنید. (ترجمه علامه طباطبایی ره) در آیه مبارکه، خداوند متعال به صورت مطلق امر به وفای عقود نموده است که شما به مطلق عقد های خود عمل کنید؛ چه در مورد مال مفروز باشد و یا مشاع، آیه مبارکه با اطلاق خود شامل عقد رهن مشاع نیز می‌گردد.

۱-۱-۱-۱-۲. قاعده تسلیط

دیگر از مستندات و ادله عام که برخی از فقها، به آن استدلال نموده است حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» (احسائی، ۱۴۰۵، ۲۰۸) می‌باشد که در فقه و حقوق و لسان فقها، معروف به قاعده «تسلیط» است مفهوم حدیث نبوی این است که مردم بر اموال و دارایی های خودش مسلط و مختار هستند می‌تواند که به کسی دیگر عین و یا منفعتش را از طریق بیع، هبه، اجاره و رهن منتقل نماید؛ چه آن مال، مفروز و مقسوم باشد و یا مشاع و مشترک، پس طبق اطلاق قاعده تسلیط، همان گونه که مالک می‌تواند مال مفروز را به دیگران به رهن بگذارد؛ حق دارد که مال مشاعش را نیز به رهن بگذارد و رهن مال مشاع جایز و درست است.

یکی از ادله که برخی از فقها، (علامه حلی، همان، ۱۲۷) جواز رهن مشاع را به آن استناد و برای آن استدلال نموده است اصل می‌باشد به نظر می‌رسد که منظور از اصل همان اصاله الصحه است که در اصول برای صحت و فساد عقود و معاملات استفاده می‌شود، (ناصر مکارم، ۱۴۱۱، ۱۳۳) یعنی در عقود و معاملات باید بنا را بر صحت عقد گذاشت مگر این که مانع و فساد در آن ظاهر شود تا قبل از آن، عقد درست و تمام است چون آیه شریفه اوفوا بالعقود، (مائده ۱) محلی به الف و لام استغراقی است عمومیت دارد هم عقد که بین دو نفر انجام می‌شود و هم ایقاع و عقد را که نسبت به مال مشاع انجام شده شامل می‌شود لذا رهن مشاع جایز و صحیح است

نکته: با توجه به آراء و انظار فقها و با توجه به تعبیرات علمای فقه در متون فقهی از قبیل عندنا، اجماع الطائفه و اجماع الاصحاب معلوم می‌شود که صحت و جواز رهن مال مشاع در نزد فقیهان شیعه امر اجماعی و اتفاقی است که همه فقههای امامیه قایل به صحت رهن مال مشاع است و محل برای طرح قول مخالف و بررسی نظریه مخالف و موافق باقی نمی‌ماند.

۱-۱-۲. ادله خصوصی

۱-۱-۲-۱. اجماع

عده از بزرگان فقه امامیه همان طور که بیان شد، در مسئله (صحت و جواز رهن مال مشاع) ادعای اجماع و یا نقل اجماع نموده اند؛ مانند علامه حلی در تذکره ایشان فرموده «بل یصح رهن المشاع ...، عند علمائنا اجمع و به قال مالک و الشافعی و الاوزاعی و ابن ابی لیلی و عثمان البتی و عبید الله بن الحسنی العنبری و سوار القاضی و ابو ثور و داود و احمد». (علامه حلی، همان، ۱۲۷) برخی اجماع بر مسئله را مسلم گرفته است «حجه الاصحاب، بعد الاجماع المعلوم، الاصل و العموم». (صاحب مفتاح، همان، ۲۷۵؛ حائری، همان، ۴۰۲) یعنی اولین دلیل اصحاب بر صحت رهن مشاع، اجماع فقهاست. صاحب جواهر نه تنها موضوع را اجماعی بلکه مورد اتفاق امامیه دانسته «علی کل حال ف رهن المشاع لا اشکال فیه عندنا، بل و لا خلاف...» (نجفی، همان، ۱۲۷؛ حلبی، همان، ۲۴۵) و

عبارات و کلمات دیگر که ظهور و دلالت بر اجماعی بودن صحت رهن مشاع دارد (شهید اول، ۱۴۱۷، ۳۹۵؛ طوسی، ۱۳۸۷، ۱۹۶؛ همان، ۱۹۹؛ خلاف، ۱۴۰۷، ۲۲۵) پس یکی از ادله طرفداران صحت رهن مشاع اجماع فقیهان امامیه است.

۱-۱-۲. اطلاق آیه شریفه رهن

یکی از دلایل جواز و صحت اصل رهن و رهن مشاع، اطلاق آیه شریفه «ان کنتم علی سفر و لم تجدوا کاتباً فرهان مقبوضه» اگر در سفر بودید و نویسنده‌ای نیافتید، گرویی (وثیقه) بگیرید» (ترجمه، فارسی، پور جوادی، ج ۱ ص ۴۸). می‌باشد. فقها عدم تفصیل آیه بین مال مفروز و مشاع را دلیل بر صحت رهن مشاع نیز دانسته و فرموده اند «دلینا قوله التعالی (فرهان مقبوضه) و لم یفصل» (طوسی، همان، ۲۲۴؛ همان، ۱۴۰۷، ۱۹۶، حلبی، همان، ۲۴۴؛ شهر آشوب مازندارنی، ۱۳۶۹، ۲۱۳؛ علامه حلی، همان، ۱۲۷).

۱-۱-۳. اطلاق روایات باب رهن

مرحوم شیخ در کتاب خلاف به اطلاق و عمومات اخبار باب رهن، برای صحت رهن مال مشاع تمسک نموده است که گروهی از اصحاب از امام کاظم (ع) در مورد رهن و کفیل در بیع نسبه، سوال نموده است و امام فرموده: که «لابأس» (کلینی، ۱۴۰۷، ۲۳۳) مشکلی ندارد. با توجه به این که امام (ع) در پاسخ به سوال راوی در مقام بیان حکم شرعی بوده است؛ ولی در عین حال، میان مشاع بودن و سایر خصوصیات تفصیل قائل نه شده است (سعید فرساد، ۱۳۹۷، ۱۲۹) و اطلاق روایت دوم کافی (همان)، و روایت سوم همان باب که عبد الله بن سنان می‌گوید من از امام صادق (ع) در مورد بیع سلم حیوان و طعام پرسیدم -اینکه بایع رهن می‌گذارد از مالش- امام گفت: «...، قال نعم استوثق من مالک» بله از مالت رهن بگذار.

یکی دیگر از دلایل طرفدارن صحت و جواز رهن مال مشاع، عین بودن مال مرهونه است که علامه حلی و فقیهان دیگر نیز به آن چنین استدلال نموده اند که؛ «لأنها عین یجوز بیعها فی محلّ الحقّ، فجاز رهنها، کالمنفرد» (علامه حلی، همان، ۱۲۷) چون مال مشاع، عین است و بیع آن در محل حق درست است؛ پس رهن آن نیز، مانند مال مفروز جایز است به عبارت دیگر ایشان از اطلاق عین، برای صحت رهن مال مشاع و مفروز استفاده می کنند و می خواهد بگوید: که رهن مال مشاع نیز مشمول اطلاق دلیل عین بودن مال مشاع می شود و رهن آن جایز است.

۲- دیدگاه فقهای اهل سنت

در این بحث پیش رو دیدگاه فقیهان اهل سنت اعم از حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی را نسبت به جواز و صحت رهن مشاع بدون اذن مالک، ادله و بررسی آن را در ضمن پنج گفتار بحث خواهیم نمود.

۲-۱. نظر مذهب حنفی

در مذهب حنفی اکثرا طرفدار عدم جواز رهن مال مشاع است پس مورد برای بحث از اذن و عدم اذن شریک باقی نمی ماند براساس عقیده مذهب حنفی عقدی بر مال مشاع منعقد نمی شود تا بحث شود که اذن شریک جایز است یا نه؟ در فقه حنفی برخی رهن را به جایز و باطل تقسیم کرده که از آن جمله رهن فاسد است مانند رهن مبیع، مشاع و مشغول به حق غیر و یا اینکه انسان حر و خمر را به گمان اینکه عبد و خل است بخرد و به رهن بگذارد در مال مشاع و مشغول چون قبض محقق نمی شود و در حر و خمر هم که قبض صحیح نیست (موصلی حنفی، ۱۴۲۶، ۶۷؛ الغنیمی الدمشقی، بی تا، ۱۶۲) و برخی برای صحت و تمامیت عقد رهن قید ممیز بودن و مشخص بودن مرهونه را ذکر نموده است که بیع مشاع مانند فروش نصف و یا ثلث عبد خارج می شود و بدون این اوصاف رهن فاسد است نه باطل (الزبیدی، بی تا، ۳۶۸) برخی دیگر هم قبض را شرط تمام و کمال عقد می داند و از آن طرف هم کمال قبض به این است که متمیز و مشخص باشد مشاع نباشد؛ بنابراین، عدم اشاعه،

تمیز و افراز از شرایط صحت و تمامیت عقد رهن محسوب می‌شود لذا بدون آن اصلاً عقد رهن کامل نیست (البابرتی، بی‌تا، ۴۵۳-۴۵۴؛ الفتاوی الهندیه، ۴۳۳)

بعضی از پیروان مذهب ابوحنیفه قایل به تفصیل است که اگر اشاعه در ابتدا و مقارن رهن باشد رهن صحیح نیست و اگر اشاعه عارض و طاری بر رهن شود ضرر ندارد. (ابن عابدین، بی‌تا، ۴۹۰)

۱-۱-۲. وجه دیدگاه فقه حنفی

در فقه حنفی از طرفی، قبض و دوام آن را از شرایط و ارکان اصلی عقد رهن می‌داند که بدون آن عقد درست نیست و از طرفی هم انفصال، تقسیم، تمیز و افراز مورد رهن نیز از ارکان اصلی و شرط صحت رهن محسوب شده؛ (الحنفی، بی‌تا، ۲۶۳) بنابراین، شرط عدم اشاعه مال مرهونه در عقد رهن به صحت عقد رهن بر می‌گردد، در اشاعه نه قبض مال مشاع درست است و نه قابل تسلیم دادن است، دوام و استدامه قبض با اشاعه بهم می‌خورد. (السمرقندی، ۱۴۰۵، ۳۷؛ فتاوی هندیه، همان، ۴۳۲) یعنی وجه اصلی از نظر فقیهان حنفی این است که رهن مشاع، مانع عمل به آیه «فرهان مقبوضه» که اطمینان و امنیت مرتهن را فراهم می‌کند می‌شود و سبب می‌شود که مشاع بعد از تقسیم در ملک شریک راهن قرار گیرد (الکاسانی، ۱۹۸۲، ۱۳۸؛ الزیلعی، بی‌تا، ۱۱۱)

۱-۲-۲. پاسخ از دیدگاه فقه حنفی

لکن پیروان مذاهب دیگر؛ مانند فقه شافعی از فقه حنفی پاسخ گفته است که اشاعه نه مانع از حکم رهن است یعنی مرتهن نسبت به فروش عین مرهونه مقدم و سزاوارتر است می‌تواند که آن را بفروشد و دین را از بدل آن اخذ کند، و نه مانع از قبض؛ چون قبض مشاع به تخلیه کل مرهونه ممکن است؛ بنابراین، جواز رهن مشاع نیز ممکن است و مشکل ندارد، (همان؛ فقه شافعی، الام؛ الشربینی، ۱۴۱۵، ۲۹۷)

فقه‌های امامیه نیز پاسخ داده است که اولاً: استدلال ابوحنیفه مبنی بر عدم امکان قبض مال مشاع خطاء محض است و اصل (صحت) و عمومات ادله و اجماع فقیهان امامیه و اهل سنت حجت بر ابوحنیفه

و پیروانش هست. ثانیاً: استدلال اخص از مدعاست (نجفی، همان، ۱۲۶) ثالثاً: استدلال که رهن مشاع سبب امکان و احتمال وقوع بعضی مال مرهونه در حصه شریک می شود به لحاظ حکم فقهی یا شبیه اتلاف رهن و یا تلف سماوی است (عاملی حسینی، همان؛ همدانی، ۱۴۱۶، ۵۹۴)

۲-۲. نظر فقه مالکی

مال مشاع که از سویی رهن، مورد رهن واقع می شود دو گونه است: گاهی ممکن است که منقسم و قابل قسمت باشد؛ مانند زمین و خانه، گاهی هم غیر منقسم است؛ مثل لباس، شمشیر، حیوان، عبد، کتاب و امثال آنها، در صورت اول، به اتفاق علماء رهن می تواند که نصف و یا کل مال مشاع را بدون اذن شریک به رهن دهد و اذن شریک شرط نیست و همین که مرتهن نازل و منزله رهن قرار گیرد کافی است؛ و در صورت دوم (غیر قابل قسمت) نیز نظر مشهور این است که جایز می باشد؛ زیرا که مشاع غیر منقسم مانع از بیع حصه شریک رهن، نمی شود و شریک با تجویز بیع می تواند که مشتری را وارد قرارداد و جایگزین خود در فروش قرار دهد و این جایگزینی مرتهن یا مشتری به جای رهن، در هر دو صورت (منقسم و غیر منقسم) کفایت از قبض و حیات مرتهن می کند و نیاز به اقباض مستقل ندارد رهن مشاع در هر دو صورت جایز است (المواق المالکی، ۱۴۱۶، ۴۳۸؛ السلمی الدمیری، ۱۴۲۰ه ق، ۲۰۰۰م. ۴۳۲-۴۳۳) البته برخی هم در مورد مال که تماماً از رهن باشد و یا نباشد و یا منقولات و غیر منقولات و طعام قایل به تفصیل شده است (قرطبی، ۱۴۰۰ه ق، ۸۱۴؛ اصبحی المدنی، بی تا، ۱۳۴، الدسوقی، بی تا، ۵۰۰؛ رجراجی، ۱۴۲۸ه ق، ۲۰۰۷م، ۲۵۶؛ الخراشی المالکی، بی تا، ۲۳۹؛ المالکی، ۱۹۹۴م، ۸۱)

۲-۲-۱. مستندات فقیهان مالکی

۲-۲-۱-۱. اجماع

یکی از مستندات فقیهان مالکی برای جواز رهن مشاع، اجماع بلکه بالاتر از آن ادعای اتفاق است اگرچه برای صحت رهن، بالواسطه استدلال شده چون مشکل رهن مشاع، در قبض آن است و کسانی هم که رهن مشاع را درست نمی دانند از ناحیه عدم امکان قبض است لذا در ابتدا فرموده

است که «یصح رهن المشاع قبل القبض...» بعد فرموده: که «قبض الجزء المشاع و الباقي لغير الراهن ان كان عقارا باتفاق و فی الحاق غیره به ...، قولان ...، و علی المشهور لا یتأذن الشریک» (الکردی المالکی، بی تا، ۳۷۸) یعنی قبض جزء مشاع به اتفاق علما صحیح است و اگر قبض تمام باشد رهن آن نیز درست است و در غیر عقار نیز بنابر مشهور، اذن شریک شرط نیست.

۲-۱-۲. آیه «...، فرهان مقبوضه»

دومین دلیل که فقهای مالکی برای صحت رهن مشاع به آن استناد نموده اند، اطلاق و یا عموم آیه شریفه «فرهان مقبوضه» می باشد، یعنی این آیه با عموم خودش دلالت بر جواز رهن مشاع می کند اعم از این که مشاع منقسم باشد یا غیر منقسم تنها از راهن باشد یا مشترک بین او و شریکش هست. «قاله مالک، لنا؛ عموم الآیه فی المشاع و غیره...» (القرافی، ۱۹۹۴م، ۸۰؛ القرطبی، همان، ۳۱۸) «و یصح رهن المشاع کما یصح بیعه...، لقوله التعلالی «فرهان مقبوضه» «فعم» (البغدادی المالکی، ۱۴۲۰، ۵۷۷)، آیه شریفه با عمومیت خود شامل رهن مشاع نیز می شود.

۲-۱-۳. تنظیر به بیع

برخی به صورت مطلق که شامل جواز رهن مال مشاع و افراز بدون اذن شریک می شود استدلال نموده است که «کل من جاز تصرفه و جاز بیعه و شرائه؛ جاز رهنه، و کل من جاز بیعه جاز رهنه من جمیع الاشیاء کلها کالعقار و الحيوان و الثیاب و العروض کلها و...» (القرطبی، همان، ۸۱۲) این قیاس و تشبیه عام است شامل مال افراز و مشاع می شود عده هم مستقیما رهن مشاع را تشبیه کرده که «یصح رهن المشاع کما یصح بیعه ...، و لانه یصح قبضه بالبیع یصح ارتھانه کالمقسم» (البغدادی المالکی، همان، ۵۷۷؛ الدسوقی، همان، ۵۰۰) قاضی در کتاب اشراف علاوه بر آن دوتا دلیل قبلی به موارد مانند؛ عدم مانعیت و تساوی اشاعه بین دو نفر و یک نفر و یا تساوی رهن مشاع به شریک و غیر شریک با حالت انفرادی راهن شریک و همچنین حالت وصفی قایل شدن برای مشاع و یا اینکه هر عقدی که بر جزء و بر بعضی افراد افراز صحیح باشد بر آن فرد، مشاعا هم صحیح می باشد. و یا

اگر عقدی بر یک عین از جانب دو شخص درست است حتما برای یکی از آن دو شخص نصفاً نیز جایز است استدلال کرده است (القاضی، همان، ۵۷۷)

۲-۳. آراء فقیهان شافعی

در فقه شافعی نیز اکثر فقها طرفدار صحت و جواز رهن مشاع است بدون اذن شریک، اذن شریک را در مرحله توافق و عقد رهن، لازم نمی‌دانند، رهن مشاع را مانند رهن کل یا رهن مال مفروز صحیح می‌دانند و مسئله قبض را نیز از طریق جامع بودن قبض و اینکه بحسب موارد مانند منقول و غیر منقول تفاوت دارد حل نموده است (زین الدین ابویحی السنیکی، بی تا، ۱۲۰؛ القلیوبی، ۱۴۱۹ه ق، ۱۹۹۸م، ۳۲۷؛ الشافعی، ۱۴۱۰ه ق، ۱۹۹۰م، ۱۱۹؛ الشربینی الخطیب، بی تا، ۲۹۷؛ ابو حامد الغزالی، ۱۴۱۷، ۴۶۲؛ الشیرازی، بی تا، ۹۰؛ البجیرمی، بی تا، ۹۳؛ النووی، ۱۴۱۲ه ق، ۱۹۹۱م، ۲۸۳)

۲-۳-۱. مستندات فقهی شافعی

۲-۳-۱-۱. اطلاقات کتاب، سنت و اجماع

از متون و عبارات فقهی شافعی اینگونه فهمیده می‌شود که آنان نیز برای صحت و جواز رهن مشاع بدون اذن شریک، به اطلاق کتاب و سنت (المنهاجی، ۱۴۱۷ه ق، ۱۹۹۶، ۱۲۲) مانند؛ آیه «...، فرهان مقبوضه» و روایت «الرهن مرکوب و محلوب» استدلال نموده اند که مطلق است شامل رهن مال مفروز و مشاع می‌شود اعم از اینکه اذن شریک باشد یا نباشد

۲-۳-۱-۲. تنظیر به بیع

اگر راهن نصیب خودش از اتاق معین را که جزء یک خانه است بدون اذن شریک، به رهن بگذارد صحیح است همانگونه بیعش صحیح می‌باشد. (شهاب الدین، بی تا، ۲۷۷؛ الشیرازی، همان، ۹۱)

۲-۳-۲. بررسی تفاوت آرای فقیهان مالکی و شافعی

از جمله تفاوت که بین هردو فقه در مورد صحت رهن مشاع، وجود دارد این است که در فقه شافعی اکثر فقها بصورت مطلق قایل به جواز رهن مشاع است اعم از این که جمیع مشاع ملک رهن است و یا مشترک بین رهن و غیر رهن است و یا قابل قسمت باشد یا نباشد رهن مشاع جایز است (النووی، همان، ۴۹۹؛ زین الدین ابو یحی السنیکی، همان، ۱۲۳) لکن در فقه مالکی بین مشاع منقسم و غیر منقسم تفصیل قایل است که در قسم دوم نیاز به اذن شریک ندارد بخلاف اولی و اشهب گفته که بدون اذن شریک رهن آن جایز نمی‌باشد. (المواق المالکی، ۱۴۱۶ه ق، ۱۹۹۴م، ۴۳۷؛ القرطبی، همان، ۸۱۳) تشابه هردو فقه در اصل مسأله می‌باشد که مشهور فقیهان در هردو مذهب، قایل به جواز و صحت رهن مشاع بدون اذن شریک اند.

۲-۴. نظر فقیهان حنبلی

در فقه حنبلی نیز جواز رهن مشاع بدون اذن شریک، مورد تصریح و نص اصحاب بوده و اکثر فقه‌های حنبلی بر جواز، مشی نموده‌اند، و از تفصیلات بین مشاع منقسم و غیر منقسم و از ایرادات و قوع حصه رهن در حصه شریک غیر رهن پاسخ داده اند (علاء الدین ابو الحسن علی، ۱۴۱۵ه ق، ۱۹۹۵م، ۲۹۲؛ منصور بن یونس، بی تا، ۳۶۴؛ محمد بن صالح، ۱۴۲۲، ۱۳۰؛ ابراهیم، ۱۴۲۳، ۱۰۴؛ ابن قدامه، بی تا، ۱۴۲؛ منصور بن یونس، ۱۹۹۶، ۱۷۲؛ السیوطی الرحیانی، ۱۹۶۱، ۳۲۷) و از آن اشکال که در رهن، حبس دائم شرط است و این در مشاع، ممکن نیست؛ چون شریک در نوبت خود مشاع را اخذ می‌کند و از طرفی هم استدامه قبض، شرط است؛ پس اخذ نوبت منتهی به شکست عقد می‌شود؛ جواب گفته شده که نه؛ رهن مشاع درست است و اینکه حبس دائم در رهن شرط باشد صحیح نیست چون مقصود، استیفاء دین عند التعذر است و این قابلیت را مشاع دارد؛ (شمس الدین ابو الفرج، ۱۴۱۵، ۳۷۰) بنابراین، قول به جواز رهن مشاع بدون اذن شریک، منصوص و مورد تایید اکثر اصحاب واقع شده است. (علاء الدین ابو الحسن، بی تا، ۱۴۱)

مستندات کلی نظر مشهور در فقه حنبلی همان اطلاق کتاب و سنت و اجماع است (ابن قدامه، همان، ۱۱۷) مقصود از کتاب آیه «فرهان مقبوضه» است و مراد از سنت روایتی است که از عائشه نقل شده «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا، وَرَهْنَهُ دِرْعَةً» (فقه منهجی، ج ۷، ۸۰) رسول خدا از یهودی طعام خرید و زریح خود را رهن گذاشت و روایتی دیگر که بخاری از ابوهریره روایت کرده است «قال رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الظَّهْرُ يَرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَكِنَّ الدَّرَّ يَشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَعَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ» (ابو یحی السنیکی، همان، ۲۰۸) اگر مرکب یا حیوان دوشیدنی رهن گذاشته شود سواری و شیر آنها در مقابل نفقه آنان است و کسی که نفقه و آب و علف می دهد می تواند سوار شود و یا بدو شد. همچنین اجماع، «فاجمع المسلمون علی جواز الرهن فی الجملة» (ابن الرفعه، ۲۰۹م، ۳۹۵)

تا آلان ما در مجموع دو دیدگاه را بررسی کردیم

یک؛ نظر جواز رهن مشاع بدون اذن شریک در فقه امامیه را که در این فقه همه‌ای فقها، اتفاق نظر دارند بر این که رهن مشاع در مرحله توافق و تراضی یا همان ایجاد عقد رهن بدون اذن شریک، جایز است و همچنین نظر اکثر فقهای اهل سنت بر همان جواز رهن مشاع بدون اذن شریک است. دو، آراء مخالف که همان نظر فقهای مذهب حنفی است.

۲-۵. بررسی هردو دیدگاه گذشته (جواز و عدم جواز رهن مشاع بدون اذن شریک)

در مقام داوری، باید نظام حقوقی مال مشاع را دوباره مرور کنیم همان گونه که بیان شد سهم هریکی از شرکاء در زره زره‌ای سهم یک دیگر، گسترده و سیلان دارند بگونه که می توان گفت: هر شریک در هر جزء مال مشاع سهم و دخیل بوده که این درهم تنیدگی و پیچ سهام شرکاء و عدم تشخیص آن فقط در عالم واقع معنا پیدا می کند نه در عالم اعتبار و تصور، چون که در دنیای واقعی و مادی؛

سهم شرکاء از همدیگر قابل تجزیه و تفکیک نیست ولی از نظر حقوقی آن گونه نبوده بلکه قابل تمیز و انفکاک و دارای مصداق معین است و نسبت سهم همدیگر جدا و از استقلالیت و فردیت کامل برخوردارند به همین منظور است که حتا اگر سهم و مالکیت یک شریک در مال مشاع به اندازه یک چهارم حصه آن باشد در عالم اعتبار تعلق به یک مالک دارد نه به همه چنانچه گفته شده که «در مال مشاع، شخص واحد، مالک همه‌ای آن نیست ولی جزء فرضی و «اعتباری» آن ممکن است دو یا چند مالک داشته باشد» (پارسا پور، همان، ۲۱-۲۵؛ لنگرودی، همان، ۴۸-۵۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱۳۰) یکی از نتایج این تغییر و تفاوت و فردی بودن و استقلالیت سهم شریک این است که شریک مال مشاع می‌تواند در سهم ویژه خود تصرف حقوقی کند؛ آن را بفروشد و یا اجاره دهد، (همان)، اشاعه مانع نمی‌شود، چون که تصرف تنهادر محدوده سهم شخصی و انحصاری او اتفاق می‌افتد و ضرر به دیگران ندارد مگر اینکه تصرف او مادی بوده و مستلزم دخالت در حقوق دیگران شود که در این صورت اذن باقی شرکاء لازم است (میرشکاری؛ افروز؛ ۱۳۹۸، ۱۰۲) این تفاوت حقوقی در ماده ۴۷۵ ق م، ایران و ماده ۱۹۳۵ ق م، افغانستان که تصرف در مال مشاع را منوط بعدم تضرر شرکاء دیگر نموده که تنها شامل تصرف حقوقی می‌شود، نیز محسوس و مشهود است در فقه امامیه محقق حلی در مورد تسلیم نمودن مشاع فرموده: «لایجوز تسلیم المشاع الا برضا شریکه سواء كان مما ينقل او لا ينقل» (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۶۶) تسلیم نمودن مشاع بدون رضایت شریک جایز نیست چه از منقولات باشد یا غیر آن، و در عقد اجاره در مورد ملک معروف «ملک مفروز» که امکان تسلیم به مستاجر را دارد این عقد اجاره در عالم اعتبار نسبت به مشاع هم جایز است، (ابو محمد عبد الوهاب، بی‌تا، ۱۱۰۳) فقه مالکی و شافعی اجاره مشاع را جایز می‌دانند بخلاف اجاره حیوان؛ چون در عالم واقع و جهان خارج قابل تقطیع و حصص نیست لکن اجاره راه یا اینکه حیوان را به دو نفر اجاره بدهد که سوار شود درست است از این تفصیل و این عبارت که فرموده: تضمین عقد منوط به قدرت بر تسلیم است اگر منافع بالفعل باشد قدرت بر تسلیم هست لکن در منافع آینده این قدرت فراهم نیست. (الرافعی القزوینی، ۱۴۱۷ ه ق، ۹۸) آن تفاوت بدست می‌آید که در مقام

واقع و خارج و زمان تسلیم دهی به مستاجر باید منافع بالفعل تامین شود، بدین ترتیب اجاره مال مشاع به عنوان مصداق از تصرف اعتباری جایز است چون راهن و شریک در این شکلی از تصرف، فقط در سهم خود تصرف می کند ولی در تسلیم، علاوه بر سهم خود بر سهم دیگران نیز تصرف می کند، چراکه تنها قبض سهم شریک از مال مشاع، ممکن نیست، باید تمام مال به قبض مستاجر داده شود. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۸۸) پس در تصرفات حقوقی، شریک نسبت به سهم خودش می تواند هرگونه تصرفی حقوقی و اعتباری انجام دهد اعم از اینکه ناقل عین باشد مانند بیع سهم مشاع و یا تنها ناقل منافع باشد مثل اجاره سهم مشاع، چون ذاتا با تصرف مادی همراه و ملازم نیست اگرچه استیفاء منفعت از عین مستاجره و تصرف مادی در آن، مشروط به اذن و رضایت بقیه شرکاء است (شهیدی، ۱۳۶۵، ۱۳۳-۱۳۴)

بر اساس همین تفکیک و جدای می توانیم که در باره رهن مال مشاع نیز قضاوت نماییم که مجرد توافق دو طرف برای رهن گذاشتن مال مشاع، تصرف اعتباری است که با انجام این تصرف، کدام تغییر و تحولی در سهم بقیه شرکاء پیش نمی آید، لذا شخص می تواند که سهم خویش از مال مشاع را بدون اذن شریک به رهن بگذارد.

بخش دوم: دیدگاه حقوق

در این بخش؛ تصرف حقوقی (صحت و جواز رهن مشاع) یکی از شرکاء، در رهن مال مشاع را بدون اذن شریک دیگر از نظر حقوق می خواهیم بررسی کنیم.

۱. نظر حقوق افغانستان

۱-۱. رهن مال مشاع

قانونگذار افغانستان در موارد مختلف، مانند مواد ۱۷۷۶، و ۱۸۴۴ق م، اصل جواز عقد رهن مشاع را تلویحا تایید نموده است و در ماده ۱۹۳۵ق.م تصریح به صحت استفاده شریک از مال مشاع نموده است «هرگاه ملکیت عین، بین دو نفر یا زیاده از آن مشاع باشد، هریکی از آنها باندازه حصه خویش

از آن، حق استفاده داشته و می‌تواند در آن طوری تصرف نماید که به شریک دیگر ضرر عاید نگردد...» با حفظ رعایت حقوق شریک و عدم تضرر آن، شریک حق تصرف و استفاده از مال مشاع را دارد، در ابتدای امر اینگونه به نظر می‌رسد که اطلاق این ماده و مواد قبلی در صحت تصرف حقوقی شریک شامل هر دو دسته‌ای از تصرفات که در فصل اول به آن اشاره کردیم مانند تصرفات ناقله و معاملات وثیقه‌ای می‌شود. لیکن از آن اشتراط به عدم ضرر به دیگران بخوبی استفاده می‌شود که تصرف مادی و تسلیم مشاع در خارج که بدون تصرف در حقوق دیگران ممکن نیست و ممکن است که خالی از ضرر هم نباشد، را منظور قانونگذار نیست شاید آن را مسلم و مفروغ عنه گرفته است. در ماده ۱۳۳۱ ق.م.چنین تصریح شده است که «اجاره حصه مشاع، برای شریک یا غیر شریک جواز دارد» از این ماده بخوبی استنباط می‌شود هنگامی که اجاره مشاع که ناقل منفعت است جایز باشد؛ رهن آن که ناقل منفعت هم نیست بطریق اولی صحیح می‌باشد.

الف. تصرفات ناقله (تصرف عین و منافع)

که اینگونه تصرفات گاهی سبب زوال مالکیت رهن بر عین مرهونه می‌شود مانند تصرفات ناقل عین، بصورت بیع، وقف، هبه و صلح. (خلیلی، ۶۴، ۱۳۹۵) چنانچه از مواد ۱۱۸۴ و ۱۱۸۵ ق.م. در باب هبه، صحت و جواز مال موهوبه مشاعی، استفاده می‌شود. و گاهی سبب انتقال منافع مال می‌شود مانند اجاره مال مورد رهن، (همان)، که ماده ۱۳۳۱ ق.م. به جواز تصرف حقوقی موجب انتقال منافع، تصریح نموده است، «اجاره حصه مشاع، برای شریک و یا غیر شریک جواز دارد»

ب- معاملات وثیقه‌ای

تصرفات حقوقی شریک به دو صورت به وجود می‌آید

۱-۱-۱. تصرف شریک در سهم خودش

اگر شریکی فقط در حصه و سهم خود تصرف حقوقی نماید که یکی از آن تصرفات، انجام معاملات با اشخاص ثالث است که در این مرحله احتیاج به اذن شرکاء دیگر ندارد. مانند آنکه شریکی بخواهد

سهم مشاعی خود را به ثالثی بفروشد، هبه کند، صلح نماید و بالاخره معاوضه انجام دهد و یا به رهن گذارد. آنچه را که ماده ۵۸۱ ق.م. ایران منع کرده است تصرفات مادی است که موجب تصرف در سهم سایرین می‌شود، (نوین، ۱۳۸۷، ۱۹-۲۰) پس طبق ماده ۱۹۳۵ ق.م. افغانستان و همچنین ماده ۱۹۴۰ ق.م. که فرموده «هریکی از شرکاء به اندازه حصه خود در خانه مشترک حق سکونت دارد» همچنین بر اساس ماده ۵۸۳ ق.م. ایران که چنین مقرر نموده است «هریکی از شرکا می‌تواند، بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئا یا کلا به شخصی ثالثی منتقل کند» معاملات وثیقه ای بصورت عموم و رهن مشاع به صورت خاص بدون اذن شرکا، برای شریک مجاز است؛ زیرا که انتقال مالکیت مستلزم تصرف در حقوق دیگران نیست (کاتوزیان، درس های از عقود معین، ۳۲۲) و ایجاب و قبول رهن مالی مشاع با مالی که تمام آن به رهن گزارده می‌شود تفاوت ندارد، زیرا وقوع تراضی، زبانی به سایر شرکا نمی‌رساند. (همان، ۲۴۳) بنابراین بر اساس مواد ۱۹۴۰ و ۱۹۳۵ ق.م. افغانستان و ماده ۵۸۳ ق.م. ایران، هر یکی از شرکا، به نسبت سهم خود و یا یکی از وراث بعد از اداء دیون، به نسبت سهم الارث خود، می‌توانند سهم خود را به عنوان وثیقه نزد شخص ثالثی قرار دهند و در ملک مشاع هریک از مالکین می‌توانند هرگونه تصرفی حقوقی که مایل نسبت به سهم خود انجام دهد و نیاز به اذن سایر شرکاء ندارد.

۱-۲. تصرف شریک در سهم مشاع شرکاء

از اطلاق ماده ۳۱۳ ق.م. افغانستان در مورد صحت اجاره مشاع توسط یکی از شرکاء، جواز رهن مشاع نیز قابل استفاده می‌باشد به استناد این مطلب که قانونگذار برای شریک تصرف حقوقی در مورد منفعت مال مشاع را تجویز و تحلیل نموده است پس اجازه وثیقه گذاشتن آن را نیز طبق آن ماده بدست آورد اینکه در ماده ۱۹۳۵ ق.م. تصرف یکی از شرکاء در مشاع منوط به عدم تضییع بقیه شرکاء شده است صحیح می‌باشد لیکن تصرف حقوقی (عقد مشاع) شرکاء در مشاع مستلزم ضرر برای دیگران نیست زیرا که سهم شرکاء در مال مشاع در عالم اعتبار و تصور قابل تجزیه و تفکیک بوده و شریک تنها سهم خودش را به رهن مرتهن بعنوان وثیقه دین می‌گذارد برخی هم این مورد را به استناد قانون ایران از آن جهت که تصرف در اموال دیگران است از مصادیق و جزء عقد فضولی

می‌داند که صحت آن نیازمند اجازه بعدی شرکاء می‌باشد چونکه در ماده ۵۸۱ اینگونه آمده است که تصرفات هریکی از شرکاء در صورت که بدون اذن و یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود هرچند عبارت ماده مذکور مطلق است ولی معلوم می‌گردد اولاً برخلاف ماده ۵۸۲ منظور از تصرف در این ماده، تصرف حقوقی است نه مادی و ثانیاً عنوان فضولی بودن تصرف اختصاص به تصرف در سهام باقی شرکاء دارد و الا تصرف شریک در سهم خودش معتبر است (شهیدی، همان، ۱۳۴)

لیکن هرچند هریک از شرکا می‌توانند که سهم مشاع خود را بفروشند یا هبه و صلح نمایند ولی این، به این معنا نیست که تصرف مادی شریک نیز نیاز به اذن شرکاء نداشته باشد بلکه متوقف به اذن سایر شرکا است. با توجه به این موضوع باید گفت: که رهن مال مشاع (معاملات و وثیقه ای) وضعیت خاصی دارد از یک طرف، رهن عقد از عقود است و تصرف حقوقی محسوب می‌شود و از طرف دیگر، در رهن، قبض، شرط صحت است و قبض مال تصرف مادی است و به آن لحاظ اذن سایر شرکا لازم است. (قربانیان، ۱۳۸۹، ۴۵) بنابر این از نظر قانون افغانستان نیز تصرف حقوقی شریک و رهن مشاع بدون اذن شریک جایز است.

۲. نظر حقوق انگلستان

در حقوق انگلیس و امریکا بر این شرط تصریح شده که راهن باید مالک مالی باشد که به رهن می‌گذارد؛ (Hal i sbury.s.۱۹۸۰، ۱۱۳-۱۱۲p-۱۹۴۹ corpus j uri s secundum p.۲۰۸). بنابر این، راهن که ملکیت اشاعه در مال مشاع دارد هم مالک گفته می‌شود و رهن مشاع درست است، در حقوق انگلیس هر نوع مالی قابل رهن گذاری است و این تضمین بر خلاف وثیقه اختصاص به نوعی معینی از اموال ندارد. بعضی از حقوق دانان انگلیس تصریح کرده اند که هر مالی شامل مال غیر منقول، اموال شخصی، اموال عینی و دینی، اموال موجود و حتی مالی که در آینده تحصیل (FATURE PROPERTY) می‌شود می‌تواند مورد رهن قرار گیرد (KEENAN& RI CHI St , ۲۰۰۲, P.۶۲; BRADJ ATE & FI NEEL, ۲۰۰۲, P.۳۰۲) عمومیت جواز رهن

هرنوع مال برای رهن در حقوق انگلیس، شامل اموال مشاع نیز می‌شود همچنین در قسمتی از ماده ۲۰۵ قانون حقوق اموال انگلیس مصوب ۱۹۲۵ آمده است: «رهن شامل هرنوع گرو و یا حق حبس است نسبت به هر نوع مالی به منظور تضمین مبلغی پول یا ارزش مالی بر قرار می‌شود» ([HTTP://WWW.PASLI.ORG/VU/LIGIS](http://www.pasli.org/vu/ligis)) مطابق این ماده مال، هرگونه حقی اعم از حق موضوع دعوی و یا حقی در اموال منقول و غیر منقول و -حقی مشاعی رهن و شریک- را شامل می‌گردد.

نتیجه گیری

نوشتار حاضر به این نتیجه رسیده است که در فقه امامیه و فقه مذاهب اربعه، مالکی، شافعی و حنبلی جز فقه حنفی تصرف حقوقی رهن و شریک (عقد رهن مال مشاع) بدون اذن باقی شرکاء از نظر حکم تکلیفی و وضعی بر اساس ادله عمومی و خصوصی در فقه امامیه و مذاهب ثلاثه اهل سنت صحیح و جایز می‌باشد چون در مرحله عقد و تصرف حقوقی، تصرف رهن سبب تصرف در حقوق دیگران نیست و به همین جهت، وجهی برای استیذان از شریکان دیگر ندارد، فقیهان امامی و مذاهب دیگر اهل سنت، ادله و مستندات فقیهان حنفی را نمی‌پذیرد و قابل قبول نمی‌باشد. قانونگذار افغانستان نیز در این زمینه از فقه اسلامی پیروی نموده و حکم به صحت آن نموده همچنین قانون انگلستان نیز شرط تصرف را مالکیت می‌داند لذا بر مستحقین مال مشاع نیز مالک صادق بوده و تصرف آنها صحیح است.

منابع و مآخذ

۱. قرآن کریم

۲. قانون؛ افغانستان، ایران و انگلستان

منابع فارسی

۳. افتخاری، دکتر جواد، حقوق مدنی، کلیات حقوق و قراردادهای، نشر میزان، تهران-ایران،

اول، ۱۳۸۲ه ش.

۴. بهرامی، احمدی، دکتر حمید، کلیات حقوق و قراردادها. نشر میزان، تهران-ایران، اول، ۱۳۸۱ه ش.
۵. پارسا، پور، دکتر محمد باقر، حقوق اموال، موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهردانش، تهران-ایران، دوم، ۱۳۸۹ه ش.
۶. خلیلی، حلیمه، تصرف عین مرهونه از سوی راهن، در فقه امامیه و قوانین موضوعه، نشریه شباک، اردیبهشت ۱۳۹۵، شماره ۹-۱.
۷. ره پیک، دکتر حسن، حقوق مدنی، عقود معین، خرسندی، تهران-ایران، اول، ۱۳۸۷ه ش.
۸. طاهری، دکتر حبیب الله، حقوق مدنی ج ۴، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، دوم، ۱۴۱۸ه ق.
۹. قربانیان، حسین، وضعیت حقوقی مال مشاع و تقسیم آن، نشریه کانون، ارد بهشت ۱۳۸۹ شماره ۱۰۴.
۱۰. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، اموال و مالکیت ها، نشر میزان، تهران-ایران، هفتم، ۱۳۸۲ه ش.
۱۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، بهنشر، تهران-ایران، بی چا، ۱۳۶۵ه ش.
۱۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، عقود اذنی وثیقه های دین، شرکت سهامی انتشار، تهران-ایران، پنجم، ۱۳۸۵ه ش.
۱۳. لنگرودی، جعفری، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، کتابخانه گنج دانش، تهران-ایران، بی چا، ۱۳۷۸ه ش.
۱۴. لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق مدنی، رهن و صلح، کتابخانه گنج دانش، تهران-ایران، سوم، ۱۳۷۸ه.

۱۵. نوین، دکتر پرویز، حقوق مدنی، عقود معین، کتابخانه گنج دانش، تهران-ایران، دوم، ۱۳۸۷ه ش.

منابع عربی

۱۶. احسائی، ابن ابی جمهور، محمد بن علی، عوالی (غوالی) الثالی العزیزیه، دار سید الشهدا للنشر، قم-ایران، اول، ۱۴۰۵ه ق.

۱۷. العلامه ابو الحسن الماوردی، کتاب الحاوی الکبیر-الماوردی، دار الفکر، بیروت، بی چا، بی تا.

۱۸. ابن محمود بن مودود الموصلی الحنفی، عبد الله، الاختیار لتعلیل المختار، دار الکتب العلمیه، بیروت-لبنان، سوم، ۱۴۲۶ه ق.

۱۹. ابن ادريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبی القرشی المکی، الشافعی ابو عبد الله محمد، الام (لشافعی) دار المعرفه-بیروت، بیچا، ۱۴۱۰ه ق-۱۹۹۰م.

۲۰. ابن علی بن محمد الحدادی العبادی الیمنی الزبیدی، ابوبکر، الجوهره النیره، بی نا، بی چا، بی چا، بی تا.

۲۱. ابن یوسف، بن ابی القاسم بن یوسف العبدری الغرناطی، ابو عبد الله المواق المالکی، محمد، التاج و الاکلیل لمختصر خلیل، دار الکتب العلمیه، بی چا، اول، ۱۴۱۶ه ق-۱۹۹۴م.

۲۲. ابو الحسین، احمد بن فارس بن زکریا، معجم مقایس الغه، انتشارات دفتر تبلیغات قم، قم، ایران، ۱۳۰۳ه ق.

۲۳. ابن منظور، ابو الفضل جمال الدین، محمد بن مکرم، لسان العرب، دار الفکر لطباعه و النشر و التوزیع-دار صادر، سوم، ۱۴۱۴ه ق.

۲۴. ابن طالب، بن حماد، بن ابراهیم الغنیمی الدمشقی الميدانی الحنفی، عبد الغنی، اللباب فی شرح الکتاب، المکتبه العلمیه، بیروت-لبنان، بی چا، بی تا.

۲۵. ابن محمد بن محمود، اکمل الدین ابو عبد الله ابن الشیخ شمس الدین ابن شیخ جمال الدین الرومی البابروتی، محمد، العنايه شرح الهدایه، دار الفکر، بی چا، بی چا، بی تا.

۲۶. ابن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمری القرطبی، یوسف ابو عمر، الکافی فی فقه اهل المدینه، مکتبه الرياض الحدیثه، الرياض، المملکه العربیه السعودیه، بیجا، دوم، ۱۴۰۰هـ ق- ۱۹۸۰م.
۲۷. اصفهانی، حسین بن محمد بن راغب، مفردات الفاظ قرآن، دار العلم-الدار الشامیه، لبنان-سوریه، اول، ۱۴۱۲هـ، ق.
۲۸. ابو حبيب، سعدی، القاموس الفقہی لغتا و اصطلاحا، دار الفکر، دمشق-سوریه، دوم، ۱۴۰۸، ق.
۲۹. النسقی، ابو البرکات عبد الله ابن احمد ابن محمود حافظ الدین، کنز الدقائق، دار البشائر الاسلامیه، بی جا، اول، ۱۴۳۲هـ ق، ۲۰۱۱م.
۳۰. الکاسانی، علاء الدین، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، دار الکتاب العربی، بیروت، بی جا، ۱۹۸۲.
۳۱. الزیلعی، فخر الدین عثمان بن علی، تبیین الحقائق شرح کنز الدقائق، بی نا، بی جا، بی تا، بی تا،
۳۲. الشربینی الخطیب، محمد، الاقناع لشرینی، دار الفکر، بیروت، بی جا، ۱۴۱۵هـ ق.
۳۳. بغدادی، مفید، محمد بن محمد، بن نعمان عکبری، المقنعه، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، قم-ایران،
۳۴. جوهری، اسماعیل بن حماد، الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیه، دارالعلم للملایین، بیروت لبنان، اول، ۱۴۱۰هـ ق.
۳۵. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، تذکره الفقها، موسسه آل البيت (ع) قم-ایران، اول، ۱۴۱۴هـ ق.
۳۶. حلی، ابن ادريس، محمد بن منصور بن احمد، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، دوم، ۱۴۱۰هـ ق.

۳۷. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، المختصر النافع فی فقه الامامیه، مؤسسه المطبوعات الدینیه، قم-ایران، ششم، ۱۴۱۸ه ق.
۳۸. حلی، محقق، نجم الدین، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه اسماعیلیان، قم-ایران، دوم، ۱۴۰۸ه ق.
۳۹. حلبی، ابن زهره، حمزه بن علی حسینی، غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع، مؤسسه امام صادق (ع) قم-ایران، اول، ۱۴۱۷ه ق.
۴۰. حلی، جمال الدین، احمد بن محمد اسدی، المذهب البارع فی شرح مختصر النافع، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، اول، ۱۴۰۷ه ق،
۴۱. حلی، فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، مؤسسه اسماعیلیان، قم-ایران، اول، ۱۳۸۷ه ق.
۴۲. دیلمی، سلار، حمزه بن عبد العزیز، المراسم العلویه و الاحکام النبویه، فی الفقه الامامی، منشورات الحرمین، قم-ایران، اول، ۱۴۰۴ه ق.
۴۳. سبزواری، محقق، محمد باقر بن محمد مومن، کفایه الاحکام، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، اول، ۱۴۲۳ه ق.
۴۴. شیرازی، ناصر مکارم، القواعد الفقهیه، مدرسه امام امیر المومنین (ع) قم-ایران، سوم، ۱۴۱۱ه ق.
۴۵. طوسی، ابو جعفر، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الامامیه، المكتبه المرتضویه، لاهیا الآثار الجعفریه، تهران ایران، سوم، ۱۳۸۷ه ق.
۴۶. طوسی، ابو جعفر، محمد حسن، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، اول، ۱۴۰۷ه ق.
۴۷. طبرسی، محمد بن حسن، مجمع البیان فی تفسیر القرآن، انتشارات ناصر خسرو، تهران-ایران، سوم، ۱۳۸۲ش.

۴۸. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، اللمعه الدمشقیه فی فقه الامامیه، دار التراث-الدار الاسلامیه، بیروت -لبنان، اول، ۱۴۱۰ه ق.
۴۹. عاملی، شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، دوم، ۱۴۱۷ ه ق.
۵۰. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم-ایران، اول، ۱۴۱۹ ه ق.
۵۱. عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی، حاشیه الارشاد، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، قم-ایران، اول، ۱۴۱۴ ه ق.
۵۲. عاملی، کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، موسسه آل البيت (ع) قم-ایران، دوم، ۱۴۱۴ ه ق.
۵۳. فیومی، احمد بن محمد بن مقری، المصباح المنیر فی غریب شرح الکبیر للرافعی، منشورات دار الرضی، قم-ایران، اول، بی تا،
۵۴. مازندرانی، ابن شهر آشوب، رشید الدین محمد بن علی، متشابه القرآن، دار البیدار للنشر، قم-ایران، اول، ۱۳۶۹ ه ق.
۵۵. محمود عبد الرحمن، معجم مصطلحات و الا الفاظ الفقهیه، بی نا، بی جا، بی تا،
۵۶. مشکینی، میرزا علی، مصطلحات الفقه، بی نا، بی جا، بی جا، ۱۴۲۸ ه ق.
۵۷. نجفی، کاشف الغطاء محمد بن حسین علی، بن محمد رضا، تحریر المجله، المکتبه المرتضویه، نجف اشرف-عراق، اول، ۱۳۵۹ ه ق،

منابع انگلیسی

۱. [HTTP://WWW.PASLI.I.ORG/VU/LI/GI/S](http://WWW.PASLI.I.ORG/VU/LI/GI/S).

۲. Anson, s Law of contract , Editors A. G. Guest & others, ۲۴th .

ed., oxford University press, ۱۹۷۵, p. ۲۸

.KEENAN&RI CHI St , ۲۰۰۲ ,P.۶۲; BRADJ ATE &FI NEEL,۲۰۰۲, P.۳۰۲.۳

۴. LawMade si npal .se. f . pedfi l d; نشر ۱۳۸۶، ترجمه: بهرام آریان کلور. P

۳۹۲-۳۹۰.

۵. Roger J . Smi th, property Law, Si xt he Edi ti on ۲۰۰۹, pearson .o

Edocat i on, p ۳

۶. El i zeth A. Mart i n, op.ci t .۶

۷ (panesar , ۲۰۰۱, p.۷-۸)

۸. w\k(ht t ps:\en.mw\ ki pedi a.org w\

۹. Hal i sbury.s.۱۹۸۰ -p۱۱۲-۱۱۳. corpus j uris secundum ۱۹۴۹

۲۰۸..p,

.KEENAN&RI CHI St , ۲۰۰۲ ,P.۶۲; BRADJ ATE &FI NEEL,۲۰۰۲, P.۳۰۲.۱۰.

۱۱. HTTP://WWW.PASLI I .ORG\ VU\ LI GI S .