

## مبنای فقهی و حقوقی قبض در عقد رهن

ابراهیم دلشاد معارف\*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۰۲/۲۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۰۳/۲۶)

### چکیده

اصل حاکمیت اراده که در ماده ۱۰ قانون مدنی ایران به رسمیت شناخته شده و به عنوان اصلی بنیادین بر حقوق قراردادهای حکومت دارد «رضایی بودن» و «غیر تشریفاتی بودن» عقود را اقتضا می کند. با توجه به این اصل، عقودی که در آنها قبض شرط صحت است (عقود عینی) استثناء و خلاف اصل هستند و ضروری است تا علت وضع این حکم استثنایی مورد بررسی قرار گیرد. در این مقاله با توجه به ماده ۷۷۲ ق.م که قبض را شرط صحت عقد رهن دانسته و بر مبنای منابع فقهی که منبع الهام قانونگذار بوده به چرایی لزوم قبض در تحقق عقد رهن با رویکردی نقادانه پرداخته شده و با توجه به عدم اجماع فقها در لزوم این شرط و همچنین با توجه به قانون دریایی که قبض را در رهن کشتی به عنوان شرط صحت بیان نموده است پیشنهاد اصلاح قانون مبنی بر حذف این شرط ارائه شده و در ادامه نیز با توجه به وضع موجود قانون مدنی، فروض مختلف قبض در موارد خاص مانند رهن مال مشاع و رهن مکرر و تعدد مرتبه‌نین مورد مطالعه قرار گرفته است.

### کلیدواژگان

راهن، رهن، قبض، مرتهن، وثیقه.

---

\* استادیار، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران  
رایانامه: ebrahimdelshad@yahoo.com

## بیان مساله

ماده ۷۷۲ ق.م قبض را شرط صحت عقد رهن دانسته است. نظر به اینکه با توجه به اصل حاکمیت اراده صرف تراضی طرفین برای تحقق عقد کافی است لذا این سوال مطرح می‌گردد که به چه دلیل قانونگذار در عقد رهن از این قاعده تبعیت ننموده و علاوه بر تراضی راهن و مرتهن، قبض را نیز به عنوان شرط صحت این عقد بیان کرده است؟ سوال دیگر آن است که آیا با توجه به تحولات تقنینی که در حوزه اموال به ویژه اموال غیر منقول رخ داده است آیا در شرایط کنونی نیز قبض را باید به عنوان شرط صحت این عقد به حساب آورد؟ علاوه بر این با فرض وضع کنونی قانون مدنی که قبض را شرط صحت رهن دانسته، در رهن اموال مشاع و رهن مکرر، چگونه قبض مال مرهون قابل تحقق است؟ در این مقاله تلاش شده با تکیه بر منابع فقهی و حقوقی به این سوال پاسخ داده شود.

## اثر قبض در عقد رهن از منظر فقها

در فقه امامیه، نسبت به اثر قبض و نقش آن در تحقق عقد رهن، دیدگاه‌های گوناگونی مطرح گردیده است که با بررسی آثار فقها می‌توان این دیدگاه‌ها را در سه گروه دسته‌بندی کرد:

۱. گروهی از فقها، قبض مال مرهون را شرط صحت عقد رهن دانسته‌اند (شهید اول، بی تا، ص ۱۱۲، محقق حلی، ۱۴۰۸، ۶۶/۲، میرزای قمی، ۱۴۱۳، ۴۳۲/۲، طباطبایی یزدی، ۱۴۱۸، ۱۹۱/۹) مثل قبض در بیع صرف و عمده دلایلی که این گروه از فقها بیان می‌کنند بدین شرح است:

الف) آیه ۲۸۳ سوره بقره: «و ان کتتم علی سفر ولم تجدوا کاتباً فرهان مقبوضه» یعنی «اگر در سفر باشید و نویسنده (برای سند قرض در معامله نسبه) نیابید برای وثیقه دین گروی گرفته شود.» با توجه به آیه مذکور این دسته از فقها معتقدند رهن بدون قبض شرعاً محقق نمی‌شود، همان‌گونه که تراضی در تجارت و عدالت در شهادت از نظر شارع، شرط تحقق آنهاست، با توجه به آیه شریفه فوق نیز تحقق رهن شرعاً موقوف به تحقق قبض گردیده است (شهید اول، ۱۴۱۷، ۳۸۳/۳)

ب) دلیل دیگر، استناد به روایتی است که از امام باقر (ع) نقل شده است به این مضمون که «لا

رهن الا مقبوضا» (نوری، ۱۴۰۸، ۱۳/۱۹۴) به زعم این فقها، این روایت دلالت بر نفی حقیقت رهن بدون قبض می‌کند بدین معنی که رهن، حقیقتاً آن رهنی است که مقبوض باشد و غیرمقبوض اصلاً رهن نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱۰/۶).

در واقع بر مبنای این دیدگاه، قبض در ماهیت رهن دخیل است چرا که مسمای رهن لغتاً و عرفاً محقق نمی‌گردد مگر بعد از آن که مرتهن مال مرهون را قبض نماید و وثیقه بودن مال با عدم قبض آن منافات دارد چرا که تحقق وثیقه آن است که مال مرهون در ید و سلطه مرتهن باشد (موسوی بجنوردی، پیشین، ۱۳/۶).

ج) دلیل دیگری که در کلام برخی از فقها برای شرطیت قبض در رهن دیده می‌شود جلوگیری از ضرر و اختلافات و خصومات می‌باشد که با تحقق قبض از غرر و جهل جلوگیری می‌شود (حسینی مراغی، ۱۳۹۲، ۲۵/۲).

۲. برخی فقها قبض را شرط لزوم رهن می‌دانند به این معنا که عقد رهن با ایجاب و قبول واقع می‌شود ولی مادام که راهن مال مرهون را به قبض مرتهن نداده است می‌تواند رهن را برهم زند و در صورتی که مال مرهون به قبض مرتهن یا قائم‌مقام او داده شود، رهن لازم می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۰۱/۲۵).

۳. برخی فقها نیز معتقدند عقد رهن با ایجاب و قبول واقع می‌شود و قبض مال مرهون تأثیری در صحت یا لزوم این عقد ندارد بلکه با وقوع عقد رهن، راهن ملزم می‌باشد عین مرهون را به مرتهن تسلیم نماید (طباطبایی حکیم، ۱۴۱۵، ۲/۲۱۶، مغنیه، فقه، بی تا، ۴/۲۴، نجفی، ۱۴۰۴، ۱۰۲/۲۵، علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۳/۱۸۷، شیخ طوسی ۱۴۰۷، ۳/۲۱۹) به عبارت دیگر، عقد رهن با ایجاب و قبول واقع می‌شود و حق مطالبه مال مرهون برای مرتهن به وجود می‌آید لذا اگر راهن مال مرهون را به قبض مرتهن ندهد، مرتهن می‌تواند اجبار راهن را از حاکم درخواست کند و در صورتی که اجبار راهن ممکن نباشد، می‌تواند عقد را فسخ کند.

استدلال این گروه از فقها بر چند پایه استوار است که از آن جمله ضعیف دانستن سند حدیثی است که قائلین به اشتراط قبض به آن استناد نموده‌اند (مغنیه، همان ۲۵) هم‌چنین عدم دلالت آیه

«فرهان مقبوضه» بر اشتراط قبض در رهن است، چرا که قائلین به اشتراط قبض در رهن با استناد به این آیه شریفه این گونه استدلال می‌کنند که مفهوم «مقبوضه» در این آیه دلالت بر آن دارد که غیر مقبوض رهان محسوب نمی‌شود در حالی که چنین مفهومی، مفهوم وصف است و در اصول، مفهوم وصف فاقد اعتبار و حجیت است و لذا آیه مذکور جنبه ارشادی دارد و بر اشتراط قبض در رهن دلالت نمی‌کند (شهید ثانی، بی تا، ۱/ ۳۴۹، محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۹۴/۵) استدلال دیگری که قائلین به این نظر بیان می‌کنند آن است که اگر قبض، مانند ایجاب و قبول شرط تحقق عقد باشد، در این صورت قول خداوند که فرموده است، «مقبوضه» تکرار بی‌فایده است (عاملی، ۱۴۱۹، ۴۳۴/۱۵)

صاحب عناوین که قبض را شرط صحت عقد رهن می‌داند در رد این دلایل می‌گوید ضعف سند این روایت یکی با شهرت عملی و دیگری با توجه به ظاهر کلام خداوند در آیه مذکور جبران می‌شود و نمی‌توان چنین مناقشه و ایراد کرد که این آیه و روایت از راه مفهوم وصف ادعای ما را ثابت می‌کند تا گفته شود که مفهوم وصف ضعیف است و اعتباری ندارد، هم‌چنین نمی‌توان ایراد کرد که ظاهر آیه قرآن بیانگر آن است که برای ارشاد و راهنمایی است زیرا ظاهر آیه و روایت بر آن است که قبض را شرط رهن بدانند و فتوای فقها که مطابق با آیه و روایت فتوی داده‌اند ظهور آیه و روایت را تقویت می‌کند و بنای شارع نیز بر آن است که آنچه را که غرر و جهل و دشمنی‌ها را از بین می‌برد معتبر می‌داند و این منظور شرع حاصل نمی‌گردد مگر در صورتی که قبض شرط صحت عقد رهن باشد (حسینی مراغی، پیشین، ۲۵/۲)

در قانون مدنی با وجود آن که از بخش نخست ماده ۷۷۲ این گونه به ذهن متبادر می‌گردد که قانونگذار از آن دسته از فقها تبعیت نموده که به اعتقاد ایشان قبض نقشی در صحت یا لزوم عقد رهن ندارد ولی فراز پایانی ماده ۷۷۲ این تبادر اولیه را نفی می‌کند و نشان می‌دهد که قانونگذار قبض را شرط صحت رهن دانسته است چه آن که در این بخش از ماده مذکور آمده است: «... ولی استمرار قبض، شرط صحت معامله نیست.»

شرطیت قبض در رهن آن گونه که در ماده ۷۷۲ ق.م.آ آمده مورد نقد حقوقدانان قرار گرفته و

آن را حکمی مزاحم دانسته‌اند که رویه قضایی می‌تواند خود را از آن آزاد سازد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۵۰۸/۴) این نویسندگان دو ایراد عمده به اشتراط قبض در رهن وارد نموده‌اند:

اولاً - برای تحقق «وثیقه» این امر ملازمه‌ای با قبض دادن مال مرهون ندارد چه آن که در مورد اموال غیر منقول که طبق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت باید با تنظیم سند رسمی واقع شود، با تنظیم سند و انعکاس رهنیت در سند، وثیقه از نقل و انتقال مصون می‌ماند و هدف از رهن محقق می‌گردد، پس ضرورتی ندارد که برای تحقق رهن، مال مرهون به تصرف مرتهن داده شود و یا آن گونه که ماده ۷۷۲ ق.م.مقرر داشته برای تحقق رهن، مال مرهون برای اندک زمانی به قبض مرتهن داده شود و مجدداً به رهن باز گردانده شود. به تعبیر این نویسندگان عرف نیز با درک این بیهودگی بی آن که رهن قبض به معنای واقعی آن را انجام دهد، مرتهن به صورت رسم القباله در سند رهن اقرار به قبض می‌نماید تا شرایط قانونی عقد رهن تحقق یابد، با این وصف چه ضرورتی دارد که قبض از عناصر رهن و شرط وقوع آن محسوب گردد (کاتوزیان، پیشین، ش ۳۲۸).

ثانیاً - با وقوع عقد رهن، حق مالکیت رهن نسبت به عین و منافع باقی می‌ماند (ماده ۷۸۶ ق.م) و در صورتی که قبض و تسلیم مال به مرتهن شرط تحقق رهن باشد، جمع بین مالکیت منافع رهن و تسلیم مال به مرتهن دشوار خواهد بود چه آن که با تسلیم مال مرهون به مرتهن، امکان انتفاع برای رهن فراهم نخواهد بود (همان). برخی نویسندگان تلاش کرده‌اند این ایراد را این گونه پاسخ دهند که «ممکن است منفعت مال در تمام مدت رهن، همان توثیق دین و در رهن قرار گرفتن باشد مانند جواهرات و سکه‌های طلا که برای دریافت وام و یا خرید کالا به رهن گذاشته می‌شود، در این موارد مال مرهونه تا پرداخت تمام دین در تصرف داین باقی است و انتفاع مالک نیز قرار گرفتن آن در رهن و اخذ وام یا خرید اقساطی کالا است.» (باریکلو، ۱۳۸۸، ۱۹۴).

این پاسخ نمی‌تواند ایراد مذکور را به کلی رفع نماید زیرا وثیقه قرار دادن طلا و سکه آن گونه که گفته شد فقط یک نمونه از مواردی است که به اعتبار ارزش ذاتی آن در رهن قرار می‌گیرد و

امکان ترهین جهت اخذ وام منفعت آن است اما این امر را نمی‌توان به تمام اموال تعمیم داد. به عنوان نمونه وقتی خانه‌ای در رهن قرار می‌گیرد، چنانچه این ملک به مرتهن تسلیم شود، راهن چگونه می‌تواند از منافع آن نظیر سکونت در خانه برخوردار شود، وانگهی در وثیقه طلا و سکه نیز نمی‌توان گفت یگانه منفعت این اموال ترهین و توثیق آن‌ها جهت اخذ وام است چرا که منافع دیگری نظیر استفاده از آن‌ها برای تزئین هم متصور است و چنانچه این اموال به قبض مرتهن داده شود، مالک از سایر منافع مال خود محروم می‌گردد.

بنابراین آنچه در حال حاضر به اقرار صورتی مرتهن به قبض مال مرهون یا اقرار به رسم القباله در اسناد رهنی انجامیده فقدان فایده عملی قبض در اموال غیرمنقول و موانع عملی مذکور است. نویسندگانی که انتقاد فوق را بیان کرده‌اند، معتقدند همین اشکال‌ها موجب شده تا معتقدین به شرطیت قبض، استمرار و استدامه قبض را از سوی مرتهن ضروری ندانند و ماده ۷۷۲ ق.م نیز استمرار قبض را شرط صحت عقد رهن تلقی نکند (کاتوزیان، پیشین، )

نکته قابل توجه آن است که قانونگذار در قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳/۶/۲۹ قبض را شرط صحت رهن کشتی ندانسته است. ماده ۴۲ این قانون مقرر داشته است: «کشتی مال منقول و رهن آن تابع احکام این قانون است. رهن کشتی در حال ساختمان و یا کشتی آماده بهره‌برداری نیز وسیله سند رسمی باید صورت گیرد و قبض شرط صحت رهن نیست...»

با وجود آن که قانون اصلاح قانون دریایی در سال ۱۳۹۱ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید اما حکم مقرر در ماده ۴۲ تغییری نکرد و می‌توان گفت ماده ۴۲ قانون دریایی حکم عام مندرج در ماده ۷۷۲ ق.م را تخصیص زده و با توجه به پیشینه فقهی امر که بسیاری از فقها نیز قائل به عدم اشتراط قبض در رهن هستند این زمینه وجود دارد که قانونگذار در اصلاحات آتی قانون مدنی همچون ماده ۴۲ قانون دریایی قبض را شرط صحت رهن نداند. تا آن زمان آن‌گونه که برخی نویسندگان گفته‌اند رویه قضایی می‌تواند از دو طریق حکم اشتراط قبض در رهن را تعدیل کند. یک راه حل آن است که با توجه به سابقه فقهی موضوع و وجود نظریات فقهای برجسته‌ای که قائل به عدم اشتراط قبض در رهن هستند، بخش نخست ماده ۷۷۲ ق.م را حاکم بر موضوع

نماید یا آن که در تفسیر مفهوم قبض، به جای قبض مادی، استیلائی معنوی و عرفی بر مال مرهون را به مثابه قبض بدانند (کاتوزیان، پیشین)

در بین فقها نیز این مفهوم قبض پذیرفته شده است و گفته شده اصطلاح قبض، حقیقت شرعیه ندارد بلکه به معنای لغوی و عرفی خود باقی است و هر جا که لفظ قبض استفاده شده است در کتاب یا سنت یا موارد اجماع در حقیقت به معنای عرفی آن حمل می‌شود که همان استیلائی عرفی است (موسوی بجنوردی ۱۳۷۴، ۱۹۸).

### عدم لزوم استمرار قبض

با وجود آن که فقها در مورد اشتراط قبض در رهن اختلاف نظر دارند ولی در عدم لزوم استمرار و استدامه آن متفق القولند (شهید ثانی، پیشین، ۳۴۹، میرزای قمی، پیشین، ۴۴۷/۲) و بر آن ادعای اجماع هم شده است (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷، ۲۴۳) یعنی فقهایی که قبض را شرط صحت یا شرط لزوم عقد رهن می‌دانند، قبض ابتدایی را برای تحقق آثار مترتب بر آن کافی می‌دانند و استمرار و استدامه قبض را ضروری نمی‌دانند (محقق ثانی، ۱۴۱۴، ۹۵/۵) بدیهی است فقهایی که قبض را شرط صحت یا لزوم عقد نمی‌دانند، موضوع عدم لزوم استمرار قبض را سالبه به انتفاء موضوع می‌دانند (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۲۱۹/۳) در بخش اخیر ماده ۷۷۲ ق.م نیز متکی بر دیدگاه فقها تصریح شده: «... استمرار قبض شرط صحت معامله نیست.»

### لزوم اذن راهن در قبض

بنابر آن چه در مورد نقش قبض در عقد رهن گفته شد معلوم گردید که قبض، شرط صحت رهن است به این معنا که «قبض» جزئی از ارکان تحقق این عقد محسوب می‌گردد و تا زمانی که قبض واقع نشود، عقد رهن محقق نمی‌گردد. بنابراین به صرف ایجاب و قبول، حقی برای مرتهن نسبت به عین مرهون ایجاد نمی‌شود و حتی حق الزام راهن را به تسلیم مال مرهون ندارد، لذا از آن جا که «قبض» از ارکان عقد رهن است باید به اذن راهن واقع شود. مقایسه مواد ۷۷۲ و ۳۷۴ ق.م می‌تواند به تبیین بیشتر این موضوع کمک کند: در عقد بیع (به استثنای بیع صرف) قبض هیچ نقشی در

تحقق عقد ندارد و عقد بیع با ایجاب و قبول واقع می‌شود (ماده ۳۳۹ ق.م) و به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع می‌شود (بند ۱ ماده ۳۶۲ ق.م) نتیجه منطقی این امر آن است که مشتری برای قبض مبیع نیاز به اذن فروشنده ندارد به همین دلیل نیز ماده ۳۷۴ ق.م مقرر داشته: «در حصول قبض اذن بایع شرط نیست و مشتری می‌تواند مبیع را بدون اذن قبض کند.» اما در عقد رهن، قبض اثر عقد نیست بلکه از ارکان سازنده آن است لذا تا زمانی که قبض محقق نشود، عقد رهن واقع نمی‌گردد به همین دلیل قبض باید به اذن رهن باشد. در صورتی که رهن اذن دهد و قبل از قبض از اذن خود رجوع نماید، قبض مال مرهون از سوی مرتهن اثری در تحقق عقد ندارد زیرا اذن با رجوع از بین می‌رود و در این فرض که رهن از اذن خود رجوع نموده، هنگام قبض، اذن وجود نداشته است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۶۶/۲)

در مواردی که عین مرهونه پیش از عقد، در قبض مرتهن بوده است مانند آن که مال مرهون قبلاً به عنوان عاریه یا اجاره در تصرف مرتهن بوده است، اذن رهن لازم است منتها در این فرض می‌توان گفت ایجاب و قبول دلالت ضمنی بر اذن به قبض نیز دارد (کاتوزیان، پیشین، ش ۳۲۹) و ملاک ماده ۸۰۰ ق.م در عقد هبه نیز مؤید این امر است.

بنابر قول برخی فقها، حتی اگر تصرف سابق مرتهن، تصرف غاصبانه بوده است، قبض جدید لازم نیست و ایجاب و قبول طرفین، با لحاظ قبض پیشین مرتهن، کافی است (محقق حلی، پیشین، شهید ثانی، شرح لمعه، ۳۵۰) این دیدگاه در بین نویسندگان حقوقی مطرح و با این استدلال که تغییر عنوان متصرف، کافی برای تحقق می‌باشد مورد پذیرش قرار گرفته است (امامی، ۱۳۷۲، ۳۳۳/۲)

اگر چه قانونگذار در قانون مدنی به لزوم اذن رهن در قبض مال مرهون تصریح نکرده است اما با توجه به پیشینه فقهی (شهید اول، ۱۴۱۷، ۳۸۴/۳) موضوع و تصریح به لزوم اذن رهن و هم‌چنین تحلیلی که مبنی بر رکن بودن قبض در تحقق رهن بیان گردید تردیدی در لزوم اذن رهن در قبض مال مرهون نمی‌توان داشت. ملاک ماده ۷۹۸ ق.م نیز مؤید لزوم اذن رهن در قبض است چه آن که در ماده مذکور در عقد هبه، قبض بدون اذن واهب را معتبر ندانسته است و عقد هبه از

جهت عینی بودن همانند عقد رهن است و لذا برخی نویسندگان نیز قاعده مندرج در ماده ۷۹۸ ق.م را شامل کلیه عقودی که قبض شرط صحت آنهاست می‌دانند (امامی، پیشین، ۳۷۶/۲)

### لزوم وجود و اهلیت راهن و مرتهن هنگام قبض

ماده ۷۷۲ ق.م قبض را از ارکان عقد رهن به شمار آورده است، در نتیجه احکامی که در مورد سایر ارکان عقد (ایجاب و قبول) رعایت می‌شود در مورد این رکن عقد نیز جریان دارد. از جمله این احکام آن است که هنگام ایجاب و قبول باید طرفین عقد زنده و دارای اهلیت باشند. مرگ و حجر موجب یا مخاطب ایجاب در فاصله بین ایجاب و قبول، مانع تحقق عقد است (کاتوزیان، ۱۳۷۲، ۳۱۷/۱).

در مورد قبض نیز به عنوان یکی از ارکان عقد رهن، می‌بایست طرفین عقد در زمان قبض موجود و زنده باشند و مرگ یا حجر آنان هنگام قبض به منزله مرگ و حجر آنها در فاصله ایجاب و قبول است (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ۴/ش ۳۳، محقق حلی، ۱۴۰۸، ۶۶/۲)

به عقیده برخی نویسندگان، رهن عبارت از ایجاب و قبول و قبض می‌باشد و اختیاری که راهن در زمان عقد دارا بوده، قبل از قبض عین مرهونه به موت و جنون احد طرفین زائل می‌گردد (امامی، پیشین، ۳۳۴/۲).

برخی فقها در این زمینه، بین فوت مرتهن و فوت راهن قائل به تفصیل گردیده‌اند و گفته‌اند در صورتی که مرتهن قبل از قبض فوت نماید، ورثه او به قائم‌مقامی، عین مرهونه را قبض می‌نمایند ولی در صورت فوت راهن، چون مال مرهون متعلق حق ورثه و طلبکاران دیگر او می‌شود، رهن باطل است (شهید ثانی، پیشین، ۳۴۹) به نظر می‌رسد با توجه به نقشی که قبض در تحقق رهن دارد، این تفصیل وجهی نداشته باشد زیرا وقتی گفته می‌شود قبض از ارکان سازنده عقد رهن است بدین معناست که تا قبل از تحقق قبض، عقد رهن واقع نگردیده و ایجاب و قبول، عقد رهن را واقع نساخته تا پس از ایجاب و قبول و قبل از قبض با فوت مرتهن، برای ورثه وی به عنوان قائم‌مقامی قائل به حق قبض باشیم. ملاک ماده ۸۰۲ قانون مدنی در این زمینه می‌تواند راهگشا باشد زیرا عقد هبه نیز مانند عقد رهن از عقود عینی است و در ماده ۸۰۲ ق.م تصریح گردیده

است: «اگر قبل از قبض، واهب یا متهب فوت کند هبه باطل می‌شود.» علت این حکم آن است که عقد هبه تا قبل از قبض، به طور کامل تکوین نیافته و ناقص است و لذا فوت واهب یا متهب قبل از قبض، تحقق این عقد را عقیم می‌گذارد. این مبنا را می‌توان در عقد رهن نیز پذیرفت و گفت در صورت فوت راهن یا مرتهن قبل از قبض، عقد رهن باطل می‌شود و یا بهتر آن است که گفته شود عقد رهن محقق نمی‌گردد. برخی نویسندگان نیز به مخالفت ظاهری ماده ۸۰۲ و ۷۹۸ ق.م.ا اشاره کرده‌اند با این تعبیر که «مفاد این ماده ظاهراً مخالف ماده ۷۹۸ است چه مطابق ماده اخیر «هبه واقع نمی‌شود مگر با قبول و قبض متهب...» پس هبه بدون قبض متهب وقوع پیدا نمی‌کند و حال آن که مستنبط از ماده ۸۰۲ آن است که هبه بدون قبض صحیح می‌باشد چه ماده مزبور مقرر می‌دارد که اگر واهب یا متهب قبل از قبض فوت کند هبه باطل می‌شود به عبارت دیگر مثل این است که ماده مزبور هبه را قبل از حصول قبض صحیح فرض کرده است.» و البته در ادامه در تبیین حکم ماده ۸۰۲ گفته‌اند: «مقصود از بطلان هبه که در ماده ۸۰۲ ق.م. تصریح شده است، بطلان همان ایجاب و قبولی است که معقب به قبض نگشته...» (عدل، ۱۳۷۳، ۳۴۹).

این حکم را می‌توان به عارض شدن حجر نیز تعمیم داد، به این معنی که اگر پس از ایجاب و قبول، راهن یا مرتهن محجور گردند، حجر آنان مانع از تحقق و تکوین نهایی عقد خواهد شد چه آن که فرض آن است که قبض، عنصر و رکن سازنده عقد است و در زمان تحقق قبض نیز باید اهلیت طرفین باقی باشد.

در عقد هبه، برخی نویسندگان با تایید این امر گفته‌اند اگر بعد از ایجاب و قبول و پیش از قبض، یکی از طرفین، اهلیت خود را از دست بدهد، عقد هبه واقع نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۳/۶۰).

اما همین نویسندگان در جای دیگر با استناد به ماده ۷۷۹ ق.م. گفته‌اند «حجر متهب اثری در انحلال ندارد و قبض مال موهوب با ولی او است.» (همان، ۴/۴۵) در حالی که به نظر می‌رسد ماده ۷۹۹ ق.م. ناظر به فرضی است که متهب از ابتدا یعنی قبل از ایجاب و قبول محجور بوده است نه آن که واهب، ایجاب هبه را به شخصی که دارای اهلیت است اعلام نماید و متهب نیز آن را قبول

کند و بعد متهب محجور شود. چه آن که در عقود عینی با فرض رکن بودن قبض در تحقق عقد، اثر و نقش اهلیت طرفین عقد در هنگام قبض، همچون اثر و نقش اهلیت آنها هنگام ایجاب و قبول است و همان گونه که حجر متهب قبل از قبول، مانع تحقق عقد هبه می‌گردد و ولی او نمی‌تواند ایجابی را که مخاطب آن شخص متهب بوده است قبول نماید، در قبض نیز این قاعده حکومت دارد. بر مبنای این تفسیر باید گفت آوردن «سفیه» در ماده ۷۹۹ ق.م نیز به نحو اطلاق نمی‌تواند صحیح باشد زیرا طبق ماده ۱۲۱۴ ق.م سفیه می‌تواند تملکات بلا عوض کند و هبه که مصداق بارز تملک بلاعوض است، از سوی متهب مستلزم قبول و قبض می‌باشد و لذا، سفیه که به حکم قانون مجاز به تملک بلا عوض است، می‌تواند قبول و قبض را خود به عمل آورد و لذا مقصود از ذکر سفیه در ماده ۷۹۹ ق.م باید بر هبه معوض حمل شود که در این صورت چون مستلزم تصرف مالی سفیه در اعطای عوض به واهب می‌باشد قبول یا قبض مال موهوب هم باید به اجازه ولی یا قیم باشد (عدل، پیشین، ۳۹۳) البته برخی نویسندگان معتقدند در موردی هم که هبه از طرف سفیه یا صغیر ممیز قبول می‌شود قبض باید به ولی یا قیم او داده شود (کاتوزیان، پیشین، ۶۰۰) که چنین امری از ظاهر مواد ۱۲۱۲ و ۱۲۱۴ ق.م مستفاد نمی‌گردد و صرفاً می‌تواند متکی به اصل حمایت از محجورین باشد.

### قبض از سوی نماینده

قبض مال مرهون می‌تواند توسط مرتهن و یا نماینده‌ای که او برمی‌گزیند انجام شود. قبض در عقد رهن جزئی از این عقد است و همان گونه که برای انعقاد عقد می‌توان به دیگری وکالت داد (ماده ۱۹۸ ق.م) اعطای نیابت در قبض به عنوان جزئی از عقد هم قابل پذیرش است (کاتوزیان، ۱۳۷۸/۴/۳۳۱) هم چنین طرفین می‌توانند با توافق یکدیگر مال مرهون را به قبض شخص ثالثی بدهند که در این صورت شخص ثالث امین و نماینده رهن و مرتهن است. ماده ۷۷۲ ق.م نیز با پیش‌بینی این فرض مقرر داشته: «مال مرهون باید به قبض مرتهن یا به تصرف کسی که بین طرفین معین می‌گردد داده شود.» در فرضی که طرفین تراضی می‌نمایند تا مال مرهون را به قبض ثالث بدهند، شخص ثالث حق ندارد مال مورد تصرف را به یکی از آنها برگرداند چه آن که در این حالت

شخص ثالث امین و نماینده هر دو طرف محسوب می‌شود و لذا مال را به هر کدام از آنها که برگرداند، بر خلاف مقتضای امانت از سوی دیگری عمل کرده است (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۷۱/۲)

### قبض در رهن مال مشاع

مال مشاع را می‌توان رهن داد زیرا رهن مصداق تصرف حقوقی در مال است و تصرف حقوقی در اموال مشاع جایز است. به همین دلیل نیز قانونگذار اجاره مال مشاع را تجویز نموده است (ماده ۴۷۵ ق.م) فقهای امامیه نیز قائل به صحت رهن مال مشاع گردیده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۲۷/۲۵، علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۲۷/۱۳) و برخی نیز دلیل آن را اجماع دانسته‌اند (ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷، ۲۴۲). ولی در بین فقهای عامه، ابوحنیفه رهن مشاع را مجاز ندانسته است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۲۱۹/۳).

آنچه محل بحث است «قبض» مال مرهون مشاع از سوی مرتهن است که مصداق تصرف مادی است. مال مرهون مشاع در تمام اجزای خود همراه با سهم سایر شرکاست و در نتیجه قبض آن از سوی مرتهن با تصرف در مال سایر شرکا ملازمه دارد که از نظر حقوقی ممنوع است و تصرف مادی در مال الشرکه باید به اذن شرکا باشد (ماده ۵۸۲ ق.م) به همین دلیل نیز در ماده ۴۷۵ ق.مکه اجاره مال مشاع را جایز دانسته است، تسلیم عین مستأجره موقوف به اذن شریک گردیده است. در مورد قبض مال مرهون مشاع سه دیدگاه از سوی فقها قابل طرح است: (صفار، ۱۳۹۱، ۶۷)

#### دیدگاه نخست - ممنوعیت مطلق قبض بدون اذن شرکا

مطابق این دیدگاه، قبض مال مرهون مشاع، مصداق تصرف مادی و مستلزم تصرف در سهم شرکاست و لذا خواه مال مرهون منقول باشد خواه غیر منقول، قبض مورد رهن باید با اذن شرکا باشد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۶۷/۲) در بین حقوقدانان نیز با استناد به وحدت ملاک ماده ۴۷۵ ق.م این نظر پذیرفته شده است (امامی، پیشین، ۳۳۴/۲)

#### دیدگاه دوم - جواز مطلق قبض بدون اذن شرکا

مطابق این نظر در صورتی که مال مرهون مشاع، بدون اذن شرکا به قبض مرتهن داده شود عقد

رهن تحقق می‌یابد، اگر چه به این ترتیب از حیث تصرف در سهم سایر شرکا کار ممنوعی انجام شده ولی از آنجا که قبض با اذن رهن انجام پذیرفته عقد رهن صحیح است و تجاوز به حقوق سایر شرکا لطمه‌ای به صحت این عقد وارد نمی‌سازد (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۱۱۷/۲) به عبارت دیگر در این حالت قبض صرفاً صدق می‌کند و نهایت آن است که مرتهن نمی‌تواند بدون اذن شریک یا شرکای رهن در مال مرهون تصرفی کند، همان‌گونه که بدون اذن رهن نیز حق تصرف در مال مرهون ندارد. قبض دادن مال مشاع، بدون اذن شریک را باید معتبر و صحیح دانست اگر چه در نتیجه یک عمل ممنوع است چرا که اقباض مال مرهون در زمره عبادات نیست تا گفته شود به دلیل همراه شدن با یک عمل حرام قابل تحقق نیست (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ۲۰/۶) در بین حقوقدانان نیز اگر چه دکتر امامی ابتدا دیدگاه نخست را با استناد به وحدت ملاک ماده ۴۷۵ ق.م.تایید نموده‌اند اما در ادامه به دیدگاه دوم متمایل شده و گفته‌اند این قول از نظر حقوقی بیشتر سازگار است (امامی، پیشین، ۳۳۴/۲)

#### دیدگاه سوم: تفصیل بین مال مرهون منقول و غیر منقول

مطابق این دیدگاه، در رهن اموال منقول مشاع، قبض باید به اذن شریکان دیگر باشد اما در مورد اموال غیر منقول خصوصاً اراضی چون قبض آن‌ها به مجرد تخلیه و صرف رفع ید محقق می‌گردد و قبض آن مستلزم تصرف مادی در سهام دیگران نیست قبض مورد رهن نیازی به اذن سایر شرکا ندارد. در بین حقوقدانان نیز برخی نویسندگان این دیدگاه را پذیرفته و در تکمیل آن گفته‌اند: «تفاوت میان قبض اموال منقول و غیر منقول بر مبنای غلبه است بدین معنی که در غالب اراضی و اموال غیرمنقول قبض حصه مشاع به معنی تصرف در حقوق دیگران نیست و در غالب اموال منقول این اقدام با قبض سهام دیگران همراه است.» (کاتوزیان، پیشین، ۴/ش ۳۳۳) و در نتیجه بر این مبنا معیاری عمومی ارائه داده‌اند که هر جا قبض بدون تصرف در حق شریکان دیگر امکان‌پذیر باشد نیاز به اذن آنان ندارد (همان)

با توجه به انتقاداتی که به دیدگاه نخست و دوم وارد می‌شود، نظریه سوم قابل پذیرش است. ایرادی که به دیدگاه نخست وارد شده آن است که مقایسه رهن مال مشاع با اجاره مال مشاع

صحیح نیست زیرا هدف و نتیجه حاصله از این دو عقد متفاوت است. به موجب عقد اجاره، مستأجر مالک منافع عین مستأجره می‌شود و هدف او انتفاع است و طبعاً انتفاع نیز ملازمه با تصرف مادی دارد که این تصرف در مال مشاع خود ملازمه با تصرف در سهم سایر شرکا دارد که ممنوع و موجب ضمان است، به همین دلیل ماده ۴۷۵ ق.م با وجود آن که اجاره مال مشاع را جایز دانسته ولی تسلیم آن به مستأجر را موقوف به اذن شرکا نموده است. اما در عقد رهن هدف اصلی ایجاد حق عینی تبعی برای مرتهن است. مرتهن نه مالک عین می‌شود و نه مالک منفعت و حق استفاده و انتفاع از مال مرهون را ندارد، به عبارت دیگر ایجاد وثیقه برای مرتهن و امکان فروش و استیفاء طلب از مال مرهون در صورت عدم تأدیه دین، هدف اصلی از تحقق عقد رهن است و بنابراین در موردی که این سلطه و ایجاد حق عینی بر مال مشاع ملازمه‌ای با تصرف در حقوق شرکا نداشته باشد نیازی به اذن شریکان ندارد (همان). دیدگاه دوم نیز از این جهت در معرض انتقاد قرار می‌گیرد که به موجب آن عملی که ممنوع است یعنی «تصرف مادی غیر مأذون در مال مشاع» زمینه و مقدمه انعقاد یک عقد نافذ و معتبر دانسته شده است. نتیجه منطقی این نظر آن است که قبض مال مرهون، بدون اذن راهن هم باید به صحت عقد رهن خدشه‌ای وارد نسازد و حال آن که همان‌گونه که پیشتر گفته شد تمام نویسندگانی که قبض را از ارکان عقد رهن می‌دانند قبضی را معتبر می‌شناسند که به اذن راهن باشد (همان)

### قبض در رهن مکرر

منظور از رهن مکرر آن است که راهن بعد از آن که مال خود را در رهن مرتهن قرار داد مجدداً همان مال را قبل از تأدیه دین و فک رهن بابت دین دیگر خود در رهن همان مرتهن یا شخص دیگری قرار دهد که در نتیجه، دو طلبکار در طول یکدیگر نسبت به یک مال، مرتهن قرار می‌گیرند. اگر چه محل اصلی بحث در مورد رهن مکرر می‌تواند در مبحث مربوط به شرایط مال مورد رهن باشد اما علت طرح زود هنگام آن در این قسمت آن است که با فرض صحت رهن مکرر، وضعیت قبض مال مرهون توسط مرتهن دوم بررسی شود. بر این مبنا ناگزیر ابتدا می‌بایست وضعیت حقوقی رهن مکرر بررسی شود و سپس به مقوله چگونگی قبض در آن پرداخته شود.

## وضعیت حقوقی رهن مکرر

در مورد وضعیت حقوقی رهن مکرر باید مقدمتاً به این نکته توجه داشت که در عقد رهن، مال مرهون عیناً و منفعتاً در مالکیت رهن باقی می ماند و صرفاً تصرفات مالکانه رهن به دلیل آن که مال مرهون متعلق حق مرتهن گردیده است، محدود می گردد (ماده ۷۹۳ ق.م). حال این سوال مطرح می گردد که آیا رهن می تواند مالی را که در رهن قرار داده است پیش از تأدیة دین و فک رهن مجدداً در رهن قرار دهد؟ بدیهی است اگر مال مرهون بابت طلب دیگری که مرتهن دارد در رهن او قرار گیرد چنین رهنی نافذ است و با ایرادی مواجه نیست چه آن که عین مرهون متعلق حق او است اما سوال اصلی آن است که مال مرهون پیش از فک رهن نخست، در رهن طلبکار دیگری قرار می گیرد. این نوع رهن در واقع وثیقه گذاردن مازاد احتمالی مال است و به همین دلیل نیز به «رهن مازاد» مشهور است. بنابر آنچه گفته شد تصرفات مالکانه رهن نباید منافی با حق مرتهن باشد و لذا اگر رهن در رهن مکرر یا مازاد، حقوق مرتهن را حفظ نماید، نباید در صحت عقد رهن مکرر تردید نمود. در واقع در رهن مکرر یا رهن مازاد آنچه مورد رهن دوم قرار می گیرد مازاد احتمالی است به این معنا که در جهت استیفای طلب مرتهن، مرتهن اول دارای حق تقدم می باشد و چنانچه مازادی از آن مال باقی ماند، مرتهن دوم می تواند طلب خود را از آن استیفا نماید (کاتوزیان، پیشین، ۴/ش ۳۳۴) برخی نویسندگان (باریکلو، ۱۳۸۸، ۱۹۸) بنا به دلایل ذیل ممنوعیت رهن مکرر را با قواعد حقوقی مطابق دانسته اند زیرا:

۱. حق رهانه مرتهن به تمام مال تعلق گرفته است و برای مرتهن دوم هیچ توثیقی حاصل نمی شود، به عبارت دیگر مال مرهون قابل تعلق حق رهانه دیگری نیست.
۲. به دلیل اشکال مذکور، ماده ۳۴ مکرر ق.ث اختیار معامله رهن را منوط به پرداخت کامل دین و فک عین کرده است.
۳. اطلاق قاعده تصرف مالک در مال خود نسبت به مال مرهون صادق نیست چون اختیار مالک با در رهن قرار دادن مال محدود شده است و مال مرهون از طلق بودن خارج شده است که طبق ماده ۷۷۳ ق.م رهن آن صحیح نیست.

مقدمه دلیل نخست که «حق رهانه مرتهن به تمام مال تعلق گرفته است» صحیح است ولی نتیجه‌ای که از آن گرفته شده مبنی بر این که «برای مرتهن دوم هیچ توثیقی حاصل نمی‌شود» نمی‌تواند مورد پذیرش قرار گیرد. چرا که اگر مال مرهون دارای ارزشی به مراتب بیش از طلب مرتهن اول باشد، او فقط به میزان طلب خود حق استیفاء قیمت مال مرهون را دارد و اگر چه حق عینی او به تمام مال تعلق گرفته است ولی این امر به معنای امکان تملک کل مال مرهون در جهت استیفا طلب نمی‌باشد، لذا برای مرتهن دوم نیز نسبت به مازاد ارزش مال مرهون، توثیق و حق رهانه حاصل می‌گردد.

دلیل دوم که مستند به ماده ۳۴ مکرر ق.ث می‌باشد در حال حاضر سالبه به انتفای موضوع گشته است زیرا ماده ۳۴ مکرر ق.ث به موجب «قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن» مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲۹ مجلس شورای اسلامی حذف گردیده است. تا قبل از حذف ماده ۳۴ مکرر ق.ث اصلاحی ۱۳۵۱ نیز حقوقدانان بر این عقیده بودند که رهن مکرر امکان‌پذیر است. در این باره اطلاع از پیشینه بحث و تحولات تقنینی که در این خصوص به عمل آمده ضروری است: ماده ۳۴ مکرر ق.ث مصوب مرداد ۱۳۲۰ با تجویز رهن مکرر نسبت به اموال غیرمنقول مقرر می‌داشت: «معامله کننده می‌تواند با قید حق بستانکار مقدم، مورد معامله را برای وام‌های دیگر وثیقه و تأمین قرار دهد. در صورت فک معامله مقدم تمام مال مورد معامله، وثیقه وام بعدی و در صورت عدم فک معامله مقدم و فروش مال، هر بستانکار مقدم برای استیفاء اصل طلب و اجور و خسارات قانونی بر بستانکارهای بعدی مقدم خواهد بود...»

حقوقدانان با تحلیل حقوقی ماده مذکور معتقد بودند که حکم مقرر در این ماده در مورد اموال منقول نیز قابل اجرا می‌باشد (امامی، پیشین، ۳۴۱/۲)

با اصلاحاتی که در سال ۱۳۵۱ نسبت به ماده ۳۴ مکرر ق.ث به عمل آمد، حکم مقرر در این ماده تغییر کرد و در ماده ۳۴ مکرر اصلاحی مقرر گردید: «در کلیه معاملات مذکور در ماده ۳۴ این قانون بدهکار می‌تواند با تودیع کلیه بدهی خود، اعم از اصل و اجور و خسارات قانونی و حقوق اجرایی نزد سر دفتر اسناد رسمی تنظیم کننده سند، مورد معامله را آزاد و آن را با دیگری معامله

نماید یا کلیه بدهی خود را در صندوق ثبت یا هر مرجع دیگری که اداره ثبت تعیین می‌نماید تودیع و با تسلیم مدرک تودיעی به دفترخانه تنظیم کننده سند موجبات فسخ و فک سند را فراهم کند...»

اصلاح به عمل آمده در ماده مذکور این شبهه را ایجاد کرد که قانونگذار به موجب ماده مذکور رهن مکرر را ممنوع ساخته است و مدیون برای آن که مال خود را به رهن دیگری بدهد باید ابتدا با پرداخت دین، مال وثیقه را آزاد سازد و نمی‌تواند مالی را که در رهن است، وثیقه طلب دیگری قرار دهد، اما در همان زمان نیز برخی نویسندگان به درستی معتقد بودند اصلاح ماده ۳۴ مکرر ق.ث و تغییر حکم آن، به معنی ممنوع ساختن رهن مکرر نیست. زیرا رهن مکرر امری استثنایی و خلاف اصل نیست تا نیاز به نص قانون داشته باشد و حکم مقرر در ماده ۳۴ مکرر ق.ث مصوب ۱۳۲۰ نیز که رهن مکرر غیر منقول را تجویز می‌نمود تنها تاکید بر آن بوده و لذا حذف یا تغییر آن ماده نمی‌تواند به معنی ممنوعیت رهن مکرر باشد (کاتوزیان، پیشین)، و مواد ۱۳۱ و ۱۳۳ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایت از عملیات اجرایی مصوب تیرماه ۱۳۵۵ نیز مؤید این استنباط بود.

در شرایط کنونی به موجب «قانون اصلاح ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت مصوب ۱۳۵۱ و حذف ماده ۳۴ مکرر آن» مصوب ۱۳۸۶/۱۱/۲۹، ماده ۳۴ مکرر ق.ث از نظام حقوقی زدوده شده و حتی اگر عقیده نویسندگانی پذیرفته شود که ماده مذکور را حمل بر ممنوعیت رهن مکرر می‌کردند به لحاظ حذف این ماده، مطابق اصول کلی که مباح بودن رهن مکرر از آن‌ها استنباط می‌شود، رهن مکرر منع قانونی نداشته و قابل تحقق است.

ماده ۱۰۸ آیین‌نامه اجرای اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۸۷ نیز مؤید صحت رهن مکرر است. به موجب این ماده: «در معاملات رهنی و یا با حق استرداد و وثائق حسن انجام خدمات، معامله کننده می‌تواند با قید حق بستانکار مقدم و ذکر تاریخ انقضای سند مقدم، مورد معامله را برای وام‌های دیگر وثیقه یا تأمین دهد. در صورت فک معامله مقدم، تمام مال مورد معامله در وثیقه بستانکاران بعدی به ترتیب تقدم قرار می‌گیرد. معاملات بعدی باید در همان دفترخانه تنظیم

کننده سند مقدم واقع شود، سر دفتر مکلف است وقوع معامله مؤخر را با ذکر مشخصات کامل بستانکار معامله مازاد، در ملاحظات ثبت سند مقدم نیز قید کند... مطابق این ماده راهن می‌تواند با قید حق بستانکار مقدم و ذکر تاریخ انقضای سند مقدم، رهینه را وثیقه وام‌های بعدی قرار دهد. در بین فقها نیز رهن مکرر تجویز گردیده است (شهید ثانی ۱۴۱۳، ۳۱/۴) و برخی از فقها نیز بر صحت چنین رهنی ادعای اجماع کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ۱۵۵/۲۵)

### بازگشت به بحث: قبض در رهن مکرر

با جایز دانستن رهن مکرر، سوالی که مطرح می‌شود آن است که راهن چگونه می‌تواند مال مرهون را به قبض مرتهن دوم بدهد؟ آیا در این خصوص اذن مرتهن اول برای قبض مال مرهون به مرتهن دوم لازم است؟ اگر چه به لحاظ وجود حق عینی مقدم برای مرتهن اول، قبض مال مرهون از سوی مرتهن دوم مسقط حق مرتهن اول نمی‌باشد و این حق در برابر همگان قابل استناد بوده و حق تقدم برای مرتهن نخست ایجاد نموده است اما این نگرانی وجود دارد که مال مرهون در معرض تلف یا پنهان کردن قرار گیرد، بنابراین باید به نوع مال و همچنین چگونگی قبض توجه کرد. به این معنا که اگر در رهن دوم، مرتهن دوم صرفاً اقرار به قبض می‌کند و مال مرهون در اختیار راهن قرار می‌گیرد، وجهی برای نگرانی از جهتی که گفته شد باقی نمی‌ماند و در مورد املاک که امکان پنهان کردن آنها در صورت قبض مادی وجود ندارد و احتمال تلف آنها نیز ضعیف است و قبض معمولاً با ثبت در دفتر املاک انجام می‌شود، اذن مرتهن اول برای رهن مکرر ضرورتی ندارد (کاتوزیان، پیشین) برخی نویسندگان، اذن مرتهن اول را برای قبض مطلقاً لازم دانسته‌اند زیرا تصرف دادن مالی که متعلق حق غیر است بدون اذن او تجاوز به حق غیر می‌باشد (امامی، پیشین، ۳۴۰/۲) بنابر آنچه گفته شد، می‌توان گفت معیاری که در لزوم اذن مرتهن اول وجود دارد آن است که آیا قبض مال مرهون به مرتهن ثانی آن را در معرض خطر تلف و مخفی شدن که منافی حق مرتهن اول باشد قرار می‌دهد یا خیر؟ در صورتی که مظنه و احتمالی بر خطر نسبت به مال مرهون وجود نداشته باشد اذن مرتهن اول لازم نیست.



۲. در رهن مال مشاع به ویژه مال غیر منقول، قبض مال مرهون مشاعی نیاز به اذن سایر شرکا ندارد زیرا رهن و قبض مال مرهون ملازمه با تصرف در سهم سایر شرکا ندارد و نمی‌توان از ملاک ماده ۴۷۵ق.م مقررات اجاره مال مشاع را به رهن مال مشاع تسری داد زیرا در اجاره مستاجر به منظور استیفای منافع در مال تصرف می‌کند و حال آنکه در رهن صرفاً حق عینی تبعی نسبت مال مرهون برای مرتهن ایجاد می‌شود و استمرار قبض نیز شرط نیست

۳. در رهن مکرر، اذن مرتهن اول برای قبض مال مرهون به مرتهن دوم در صورتی ضروری است که با توجه به نوع مال مرهون و اوضاع و احوال ظن قوی بر وجود خطر نسبت به مال رهنی وجود داشته باشد.

## منابع و مأخذ

۱. امامی، سید حسن، (۱۳۷۲) حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، تهران، چاپ هشتم.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۳) رهن و صلح، گنج دانش، تهران، چاپ چهارم.
۳. حسینی مراغی، میر عبد الفتاح، (۱۳۹۲) ترجمه و شرح العناوین، ترجمه و شرح دکتر عباس زراعت، انتشارات جنگل جاودانه، تهران، چاپ چهارم.
۴. صفار، محمد جواد، (۱۳۹۱) قبض و اثر آن در عقود، انتشارات جنگل جاودانه، تهران، چاپ دوم.
۵. عدل، مصطفی، (۱۳۷۳) حقوق مدنی، انتشارات بحر العلوم، قزوین، چاپ اول.
۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹) حقوق مدنی، عقود معین جلد ۳، نشر یلدا، تهران، چاپ اول.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸) حقوق مدنی، عقود معین جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، تهران، چاپ سوم.
۸. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۷۴) نقش قبض در رهن، مجله فقه اهل بیت، شماره ۳.
۹. حلبی، ابن زهره، (۱۴۱۷ه.ق) غنیه النزوع الی علمی الاصول و الفروع، موسسه امام صادق.
۱۰. حلبی، ابوالقاسم نجم الدین (محقق حلبی)، (۱۴۰۸ه.ق) شرایع الاسلام، موسسه اسماعیلیان، چاپ دوم.
۱۱. حلبی، حسن بن یوسف (علامه حلبی)، (۱۴۱۴ه.ق) تذکره الفقها، موسسه آل البیت، چاپ اول.
۱۲. حلبی، حسن بن یوسف (علامه حلبی)، (۱۴۱۳ه.ق) قواعد الاحکام، دفتر انتشارات اسلامی. وابسته به حوزه علمیه قم.
۱۳. طباطبایی یزدی، سید علی، (۱۴۱۸ه.ق) ریاض المسائل، موسسه آل البیت، چاپ اول.
۱۴. طباطبایی حکیم، (۱۴۱۵ه.ق) منهاج الصالحین، دار الصفوه، چاپ اول.
۱۵. طوسی، ابوجعفر (شیخ طوسی)، (۱۴۰۷ه.ق) الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۱۶. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۴۱۳.ق) مسالک الافهام، موسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
۱۷. عاملی، زین الدین بن علی (شهید ثانی)، (بی تا) روضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، مکتب الاعلام الاسلامی، چاپ پنجم.
۱۸. عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، (۱۴۱۹.ق) دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم، چاپ اول.
۱۹. عاملی کرکی، علی بن حسین (محقق ثانی)، (۱۴۱۴.ق) جامع المقاصد، موسسه آل البیت، قم، چاپ دوم.
۲۰. گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن (میرزای قمی)، (۱۴۱۳.ق) جامع الشتات، موسسه کیهان، تهران، چاپ اول.
۲۱. مغنیه، محمد جواد، (بی تا)، فقه الامام الصادق، موسسه انصاریان، چاپ دوم.
۲۲. موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۴۱۹.ق) قواعد الفقهیه، نشر الهادی.
۲۳. نجفی، محمد حسن، (۱۴۰۴.ق) جواهر الکلام، دار احیا التراث العربی، چاپ هفتم.
۲۴. نوری، میرزا حسین، (۱۴۰۸.ق) مستدرک الوسایل، موسسه آل البیت، چاپ اول.