

توثیق دین و منفعت از دیدگاه فقها و حقوق ایران

مجله علمی پژوهش در علوم انسانی و مطالعات اجتماعی (سال چهارم)
شماره ۱۱ / بهار ۱۳۹۷ / ص ۲۶۲-۲۷۲

رحمت دشتی^۱، سید باقر سیدی بنابی^۲، کامل کیانی^۳

^۱دانشجو دکتری، حقوق خصوصی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران

^۲استادیار، فقه و حقوق، واحد بناب، دانشگاه آزاد اسلامی، بناب، ایران

^۳دانشجو دکتری، حقوق خصوصی، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران

نویسنده مسئول:

رحمت دشتی

چکیده

اختلاف میان فقها در تعیین نوع مال مورد وثیقه به علت نوع تفسیری که از آیه «وإن كنتم علی سفرٍ و لم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضه» و حدیث «إن ما فی الذمه مال تقع به الوثیقه فجاز أن یکون رهناً قیاساً علی سلعه موجود» دارند، مشهود است. این اختلاف نه تنها در میان فقها بلکه در میان حقوق دانان هم بارز است. البته، استدلال عقلی حقوق دانان دامن گیر این نوع اختلاف در مورد تعیین نوع مال مورد وثیقه شده است ولی همه فقها و حقوق دانان و قانون مدنی ایران در ماده ۷۷۴ در عین بودن مال مورد وثیقه اتفاق نظر دارند. وثیقه معنای عام دارد و رهن یکی از مصادیق وثیقه است قاعده عامی که در روابط حقوقی استقرای حاکم است و در دادگاهها اعمال می شود بدین عبارت است که: اموال و یا دارایی های مدیون یک نوع وثیقه است برای تأدیه طلب داین، بدین معنی که هرگاه شخصی مدیون شده و نخواهد یا نتواند دین خود را تأدیه نماید طلبکاران با رعایت مقررات قانونی می توانند طلب خود را از قیمت فروش اموال وی برداشت یا وصول نمایند.

بنابراین در مورد تفاوت میان رهن و وثیقه می توان گفت نسبت رهن به وثیقه، نسبت «عموم و خصوص مطلق» است و به عبارت دیگر، هر مال مرهونی وثیقه است لکن هر وثیقه ای رهن نیست، بهر حال فقها در تعریف رهن می گویند: «رهن شرعی آن است که مال را نزد صاحب دین به عنوان وثیقه ای برای دریافت مال خود قرار دهند.» و یا اینکه «رهن وثیقه دین است» و ماده ۷۷۱ ق.م تعریفی از رهن بدین عبارت نموده است: «عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را به عنوان وثیقه به داین می دهد. رهن دهنده را رهن و طرف دیگر را مرتهن می گویند.»

واژگان کلیدی: مال مورد وثیقه، توثیق سهام، توثیق مال مشاع.

مقدمه

توثیق یا رهن از عقود و اعمال حقوقی بارز در معاملات می باشد به گونه ای که ما ده ۷۷۱ ق.م و دیگر کتب فقهی توثیق را بدین نحو تعریف کرده اند: «رهن عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می دهد و ...» هدف از توثیق دستیابی طلبکار به طلب خود در صورت عدم پرداخت آن از سوی مدیون است و این امر زمانی محقق می گردد که مال مورد وثیقه به قبض طلبکار درآمده باشد؛ اما مسئله مفروض این است که آیا لزوماً مال مورد وثیقه باید عین معین باشد یا اموال دیگری را که دارای ارزش مادی هستند نیز قابلیت توثیق را دارند؟ دیدگاه فقها و حقوق دانان نسبت به قضیه مطروحه به چه شکلی است؟ توثیق مال مشاع باید به چه طریقی صورت پذیرد؟ در این مقاله سعی بر این است که با تجزیه و تحلیل آرا و نظرات فقها و حقوق دانان به تبیین مسائل مذکور پرداخته شود؛ مسائلی که امروزه گریبان گیر بسیاری از معاملات، خصوصاً در حوزه تجارت، گردیده است به گونه ای که عین مال مورد وثیقه در معاملات چندان لازم به نظر نمی رسد بلکه اموالی را که ارزش مادی دارند مانند سهام شرکت ها، ثمره ای که ته آن روییده باشد مانند میوه درختان، قابلیت توثیق را دارند زیرا هدف توثیق در این نوع اموال قابل دستیابی است: بدین نحو که طلبکار با فروش یا حق تعقیب و تقدم، در صورت عدم پرداخت دین در زمان سررسید می تواند به طلب خود دسترسی حاصل نماید.

۱- مفهوم وثیقه

۱-۱- تعریف لغوی وثیقه

تعریف لغوی: اصل لغت وثیقه را مونث وثیق به معنای ثابت و محکم می دانند. وثیق صفت مشبهه است که دلالت بر دوام دارد.

۱-۱-۱ تعریف اصطلاحی وثیقه

معنای اصطلاحی آن هم از معنای لغوی دور نیفتاده و بدین معنا است: الف) مالی است (منقول یا غیرمنقول) که وام گیرنده تحت یکی از صور قانونی (از قبیل رهن یا معامله یا حق استرداد) آن را نزد وام دهنده می گذارد و وام می ستاند که اگر در موعد مقرر آن را پس ندهد وام دهنده بتواند از محل فروش وثیقه و قیمت آن، طلب خود را کلاً یا بعضاً وصول کند. ب) مالی است که برای تضمین حسن اجراء تعهد داده می شود. در این صورت، دین بالفعل و محقق وجود ندارد (به عکس رهن و بیع شرط که باید در آن دین بالفعل در حین عقد باشد) جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ج ۲، ص ۷۳۵ و رهن در لغت دارای معانی متعددی است که به چند مورد اشاره می شود: الف) احتباس یا حبس یا ثبوت و دوام و استمرار (الولید، ۱۹۷۳، م، ص ۱۰) و هنگامی که گفته می شود فلان چیز به رهن گذاشته شد یعنی مداومت بر آن چیز وجود دارد «یقال رهن الشيء رهناً» ای دام- و يقال ماء رهن- ای راکد.

ب) به معنای حبس و لزوم هم استعمال شده است به استناد این بیت شعر و فارتکت برهن فکاک له یوم الوداع فامسی الرهن قد غلقا یعنی قلب محب (عاشق) نزد معشوق (حبیب) است به گونه ای که فکاک (جدایی) بین آن دو ممکن نیست (همان، ص ۱۱) وثیقه معنای عام دارد و رهن یکی از مصادیق وثیقه است قاعده عامی که در روابط حقوقی استقراضی حاکم است و در دادگاه ها اعمال می شود بدین عبارت است که: اموال و یا دارایی های مدیون یک نوع وثیقه است برای تأدیه طلب داین، بدین معنی که هرگاه شخصی مدیون شده و نخواهد یا نتواند دین خود را تأدیه نماید طلبکاران با رعایت مقررات قانونی می توانند طلب خود را از قیمت فروش اموال وی برداشت یا وصول نمایند.

۲- مورد وثیقه منفعت و دین

در این بند ابتدا به توثیق منفعت از دیدگاه فقها پرداخته شده و در بند دیگر توثیق منفعت از دیدگاه حقوق دانان بررسی شده است.

۲-۱- توثیق منفعت از دیدگاه فقها

ماده ۷۷۴ ق.م به پیروی از شهرت عظیم بین فقها توثیق منفعت را باطل می داند در تأیید این نظر گفته شده که چون منفعت به تدریج از عین حاصل می شود و ایجاد هر جزئی از آن با اتلاف جزء پیشین آن ملازمه دارد. هیچ گاه نمی توان تمام آن را به طلبکار تسلیم کرد

(کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۴، ۵۰۸) البته بعضی از فقهای عامه هم «شافعیه، حنیفیه، حنابلّه» (الولید، پیشین، ص ۱۹۸) قائل به عدم جواز توثیق منفعت می‌باشند استدلال این دسته از فقها چنین است که: منفعت هنگام عقد موجود نیست در نتیجه قابل تسلیم نمی‌باشد و هر وقت یافت شود با اتلاف جزء پیشین همراه است. از سوی دیگر چون منفعت استقرار و ثبوت ندارد تسلیم آن ممکن نیست و وضع ید بر آن تا فرا رسیدن زمان دین یا تا وقت استیفا دین ممکن نیست در نتیجه توثیق آن صحیح نمی‌باشد؛ به عبارت دیگر اگر دین موجد باشد تا فرا رسیدن منافع نیز از بین می‌رود و فایده‌ای از وثیقه نهادن آن به بار نمی‌آید.

و هرگاه دین حال باشد، بهمان اندازه که پرداخت دین به تأخیر می‌افتد مورد وثیقه نیز تلف می‌شود و وثیقه برای طلبکار ایجاد نمی‌کند؛ اما قول دیگر از فقهای «مالکیه و شهید ثانی از امامیه» جواز توثیق منفعت است (پیشین، ص ۱۹۹). هدف از وثیقه الزام بدهکار به وفای دین با پرداخت طلب از محل وثیقه است و این امر در توثیق منافع که همانند عین است امکان پذیر است (پیشین، ص ۲۰۰) صاحب التاج به نقل از کتاب المدونه توثیق حاکم مدیون را جایز شمرده است. پس اگر خادمی جهت خدمت حاکمش ممنوع شود، حاکم می‌تواند در آن وقت وی را به اجاره داده و اجاره خدمتش می‌تواند به عنوان وثیقه برای حاکم باشد و این امر حتی از میوه‌ای که هنوز ته آن نرویده و جهت توثیق منافع صحیح شمرده شایسته‌تر و بهتر است. (پیشین، ص ۲۰۰)

۲-۲- توثیق منفعت از دیدگاه حقوق دانان

پاره‌ای از حقوق دانان، بر این باورند که در توثیق اعیان، لزومی ندارد که حق طلبکار از عین مال استیفا شود. به طور طبیعی دین از محل فروش عین مورد وثیقه یا بدل آن پرداخته می‌شود و این کار در مورد منافع نیز قابل اجرا است. زیرا چه مانعی دارد که منافع به دیگران یا طلبکار واگذار شود و بهای آن وثیقه طلب باقی بماند. (کاتوزیان، همان، ص ۵۴۳) قبض منفعت با تسلیم عین به طلبکار امکان دارد زیرا مقصود از قبض استیلائی شخص بر عین و در اختیار گرفتن صلاحیت انتفاع است که با تسلیم عین انجام می‌پذیرد. چنانکه در اجاره نیز با تسلیم عین مورد اجاره منافع نیز تسلیم شده محسوب است و بر همین مبنا موجد می‌تواند اجاره بهای تمام مدت را از مستأجر بگیرد. عده‌ای دیگر از حقوق دانان گفته‌اند که منفعت را از طریق وکالت می‌توان به وثیقه داد بدین نحو که طلبکار به عنوان وکیل، دین را از مدیون وصول نماید و منفعت را به دیگری انتقال دهد و آنچه در عوض بدست می‌آورد وکالتاً از طرف موکل نزد خود وثیقه گذارد. (انتقاد وارد شده بر این نظریه این است که چون توثیق منفعت مال غیر مجهول، مجهول و غیر قابل تملیک است در نتیجه وثیقه آن درست نیست (امامی، حقوق مدنی، ۱۳۸۰، ۲، ص ۴۲۰) ما این پاسخ قانع کننده به نظر نمی‌رسد زیرا مفهوم عرفی تسلیم منفعت با قبض عین تحقق می‌پذیرد و لزومی ندارد که منافع استیفا و تلف شود. دلیل بطلان اجاره در اثر تلف منافع ناتمام ماندن قبض آن نیست، علت این است که تلف عین یا منافع نشان می‌دهد که از آغاز منفعتی در مدت باقیمانده موجود نبوده است. اجاره بها در برابر احتمال تراوش منفعت از عین داده می‌شود و تلف نشان می‌دهد که اجاره بها در برابر چیزی پرداخته شده که وجود خارجی نداشته است و باید بازگردانده شود. وثیقه نهادن منفعت بر این مبنا که اجاره بها در وثیقه باقی بماند، از مصادق های توثیق، منفعت است و با وثیقه اجاره بها تفاوت دارد (الولید، پیشین، ص ۲۰۱) البته جمهور فقها بر عدم جواز توثیق خود منفعت اتفاق نظر دارند و اختلافشان تنها در بدل منفعت مورد وثیقه است که فقهای مالکیه و عاملی از امامیه بدل منفعت تلف شده را جایز و دیگر فقها آن را جایز نمی‌دانند ((الولید، پیشین، ص ۲۰۱) که البته نظر عدم جواز توثیق منفعت با دلایل مذکور مورد انتقاد واقع شده، اما در نهایت توثیق منفعت و بدل آن جایز است زیرا هدف از رهن حصول توثیق از منافع یا بدل آن به وسیله قبض از طریق اجاره یا وکالت که مصادیقی از دین هستند و وثیقه از آنها فهمیده می‌شود، می‌باشد. یا به عبارت دیگر ممکن است در توثیق شرط شود که اجاره بها نزد طلبکار به عنوان وثیقه قرار گیرد و بدین وسیله نیاز به توثیق منفعت به طور غیر مستقیم برآورده شود.

۳- مورد وثیقه دین

۳-۱- بررسی وضعیت توثیق دین در فقه

فقها در بطلان و صحت توثیق دو نظر دارند:

الف) عده ای از فقها (حنفیه، حنابلّه قول صحیح شافعی توثیق دین را باطل می‌دانند. ((الولید، پیشین، ص ۲۰۱) استناد بطلان آنها به کتاب، آیه «فرهان مقبوضه» و عقل است. این دسته از فقها، بر این باورند که آیه قرآن دلالت بر توثیق مشروع قابل قبض می‌نماید و قبض شرط لازم عقد رهن است زیرا هدف از توثیق این است که طلبکار به وصول حق خود مطمئن شود و اگر نتواند آن را از بدهکار بگیرد از محل وثیقه بتواند استیفا دین از مال مورد وثیقه است نه از عین آن و این امر در دین قابل تصور نیست. اما در پاسخ این استدلال گفته شده که قبض دین ممکن است؛ زیرا قبض هر چیزی بستگی به شرایط آن مال دارد؛ مثلاً قبض مال غیر منقول به تخلیه آن و مال منقول با انتقال دادن و قبض دین با ذکر حق یا «امضاء در ظهر» بین راهن و بستانکار صورت می‌پذیرد. به عبارت دیگر قبض دین، با امضاء در ظهر و شهادت (همانند اسناد تجاری) کافی است که بستانکار در آن تصرف و دین از آن پرداخت گردد. اما از نظر عقلی استنادشان چنین است

که دین قبل از قبض به خاطر احتمال انکار از سوی مدیون، غیرقابل اعتماد است. پس چطور چنین دینی به عنوان وثیقه می تواند مقبول باشد؟ یا گفته شود که شاید بدهکار قادر به تسلیم دین نباشد. زیرا نمی داند که آیا مدیون آن را اداره می کند یا خیر! و بدون شک این امر ضروری است و مانع صحت عقد است. حتی به عقیده مشهور فقهای امامیه، به علت عدم امکان قبض دین توثیق آن باطل است، زیرا دین امری کلی و اعتباری است که در خارج از ذهن موجود نیست و از این رو قبض آن نیز غیرممکن است. ازسوی دیگر گفته اند: قبض مصداقی از کلی که مدیون آن تعیین می کند نمی تواند به عنوان قبض کلی تلقی شود، هرچند که در هبه مافی الذمه، قبض کلی با تعیین فرد تحقق می یابد. (طباطبائی، ۱۴۲۰ ه.ق، ج ۹، ص ۱۹۳). زیرا در مورد قبض، ما فی الذمه ادله اطلاق (عموم) دلالت دارد و لذا قبض به هر کیفیتی که عرف آن را قبض تلقی کند تحقق می یابد در رهن متبادر از قبض تنها قبض خود مال مرهون است نه قبض مصداق آن و بالاخره صاحب جواهر نیز نظریه بطلان توثیق دین را اینگونه توجیه کرده است: «در رهن قبض معتبر است و در مورد دین قبض غیر ممکن است، زیرا دین امری کلی است که در خارج موجود نیست تا قابل قبض باشد، و آنچه مدیون می پردازد عین دین نیست بلکه فردی از افراد دین کلی است»^{۲۳}. (نجفی، ۱۴۰۰ ه.ق، ج ۲۵، صص ۱۱۷ و ۱۱۶). اما در پاسخ به دلیل اول گفته شده که، طلبکار ممکن است حصول وثیقه دین را تأیید کند پس احتمال انکار و جحد در آن مانند احتمال تلف عین مورد وثیقه است پس صحت توثیق بخاطر احتمال جحد و انکار دین که خود نوعی شهادت بر وثیقه است مردود می باشد. اما در جواب فقهای مشهور گفته شده که اشکال مربوط به قبض مال کلی وارد نیست، زیرا قبض عقد رهن را کامل می کند، ولی پیش از آن تراضی طرفین در حدود طبیعت ویژه خود آثاری دارد (مواد ۵۹ و ۶۰ ق.م.پس، هیچ لزومی ندارد که قبض مورد رهن بی درنگ انجام پذیرد. مدیون بایستی دین را معین سازد و همان مصداق می تواند به عنوان مظهر دین به قبض داده شود. ولی این امر را نیز باید دانست که در داد و ستدها نیز موجود ذهنی مورد معامله قرار نمی گیرد و نظر به مصداق های خارجی است و مفهوم کلی تنها به عنوان نشانه و معیار تعیین آن مصداق ها بکار می رود. برای مثال هنگامی که گفته می شود پنج خروار گندم ورامین مدیون هستم، مقصود مصداق خارجی گندم است که بدین وسیله از ابهام خارج می شود و هیچ عاقلی در دنیای معانی و مفاهیم معامله نمی کند. بنابراین، چگونه ممکن است ادعا شود که قبض مصداق کلی نمی تواند به منزله تسلیم مورد رهن باشد^{۲۴}. (کاتوزیان، پیشین، ص ۵۴۵). از سوی دیگر چرا در بیع که قدرت بر تسلیم شرط صحت آن است بیع کلی را مجاز می شمرد (۳۵۰ ق.م. و اگر قبض دین امکان ندارد، چرا هبه مخصوص عین معین نشده است و قانونگذار کلمه «مال» را در تعریف آن بکار می برد؟ در حالی که در هبه نیز قبض شرط صحت است (ماده ۷۹۸ ق.م) از اینها گذشته هدف از قبض در معاملات استیلای عرفی بر مورد آن و در رهن محفوظ ماندن وثیقه برای فروش احتمالی از سوی طلبکار است. این مفهوم با تسلیم سند طلب و توقیف آن نزد بدهکار تحقق می پذیرد و نیاز به قبض مصداق کلی نیز ندارد. وانگهی، اگر دین مورد وثیقه بر عهده طلبکار باشد، آیا باز هم می توان در قبض چنین وثیقه ای تردید کرد. بدین ترتیب ماده ۷۷۴ ق.م که رهن دین و منفعت را باطل می داند نهادی مزاحم و زیانبار است که باید از پیکر نظام حقوقی کنونی زدوده شود^{۲۵} (کاتوزیان، پیشین، ص ۵۴۵).

(ب) جواز توثیق دین اعم از اینکه بر ذمه بدهکار یا شخص ثالثی باشد (مالکیه^{۲۶}، قول مرجوح شافعیه^{۲۷}، قول مرجوح عاملی از امامیه^{۲۸} و ماده ۱۳۵۵ ق.م.عراقی) (الولید، پیشین، ص ۱۹۶). استدلال این دسته از فقها از نظر عقلی چنین است: الف «بان ما فی الذمه یجوز بیعه فیجوز رهنه» آنچه که در ذمه باشد بیعش جایز است پس توثیق آن هم جایز می باشد. به این استدلال ایراد شده که قبض در رهن شرط صحت حال آن که دین قابل قبض نیست و به استناد قاعده «اذا وجد مانع و مقتضی غلب المانع» زمانی که مانع و مقتضی موجود باشند مانع غالب است، پس وثیقه دین جایز نیست.

«إن ما فی الذمه مال تقع به الوثیقه فجاز أن یکون رهنًا قیاساً علی سلعہ موجوده» اگر آنچه را که در ذمه مال باشد به عنوان وثیقه قرار گیرد با قیاس به کالای موجود، وثیقه آن نیز جایز است. اما ایراد وارد شده به این استدلال چنین است که این نوع قیاس، قیاس مع الفارق است چون کالای موجود را می توان قبض نمود برخلاف دین که قابل قبض نیست. به این دو ایراد پاسخ داده شده بدین نحو که عدم امکان قبض دین غیرمسلّم است. زیرا امکان قبض دین نیز هست همانطور که در مورد چک (اسناد تجاری) صادق است. پس حق طلبکار در آنچه که به عنوان دین تعیین شده محفوظ باقی می ماند و در ایراد اول تنها مقتضی صحت برای عدم جواز توثیق دین باقی می ماند و چون مانع قبض باشد برطرف شده، نتیجتاً مقتضی آن هم برطرف و توثیق دین صحیح است. اما فقهای مالکیه توثیق دین را زمانی جایز می دانند که مدت وثیقه بیش از مهلت تأدیه دین باشد و برای طلبکار امکان درخواست فروش آن وجود داشته باشد پس هرگاه مدت وثیقه چنان معین شود که پیش از فرا رسیدن موعد دین از بین برود در بطلان توثیق دین نباید تردید نمود^{۲۹}. (الولید، پیشین، ص ۱۹۷)

۲-۳- بررسی وضعیت توثیق دین در حقوق ایران

۱-۳- وثیقه ابتدایی

به موجب ماده ۷۷۴ ق.م مال مرهون باید عین معین باشد و رهن دین و منفعت باطل است. علت آن که مال مورد وثیقه لزوماً باید عین معین باشد آن است که از منظر قانون مدنی عقد رهن باقبض مورد رهن تمام می شود (م ۷۷۲ ق.م) بنابراین مورد وثیقه باید وجود خارجی

داشته باشد تا دارای قابلیت قبض و اقباض باشد، از این رو عین کلی نمی تواند مورد وثیقه قرار گیرد بلکه در شمار دیون و حقوق دینی قرار می گیرد، و به همین جهت، بیع آن صحیح ولی توثیق آن باطل است (کاتوزیان، پیشین، ص ۵۳۹). البته کلی در معین (مقدار معین به طور کلی از شیء مستأوی الاجزاء) نیز در حکم عین معین است و می تواند موضوع وثیقه قرار گیرد و قبض آن نیز به یکی از دو صورت ذیل انجام می شود: الف) تسلیم تمام مالی که بخشی از آن وثیقه قرار گرفته است.

۲-۲-۳- انتخاب مقدار معین به وسیله بدهکار و تسلیم آن به طلبکار (همان، ص ۵۴۰).

به عقیده برخی حقوق دانان، وجه نقد را نمی توان رهن داد. زیرا اصطلاحاً عین معین در حقوق مدنی بر غیروجه نقد اطلاق می شود، و نیز به قرینه قابلیت فروش مال مورد وثیقه در ماده ۷۷۷ ق.م. به بعد می توان استناد کرد که وجه نقد نمی تواند رهنه باشد (لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۱۰). ولی می توان گفت: اصولاً اسکناس و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آنهاست، هیچ مانعی ندارد که عین اسناد موضوع رهن قرار گیرند و بدین لحاظ رهن وجه نقد و اسکناس و اسناد در وجه حامل صحیح است، ولی اسناد و اوراق تجاری با نام، به لحاظ آن که در حکم سند طلب هستند و ارزش محتوای آن در زمره اموال غیر مادی است لذا توثیق آن نیز با عنایت به لزوم عین بودن وثیقه، صحیح نیست (کاتوزیان، پیشین، ص ۵۴۰). همچنین با عنایت به لزوم عین معین بودن مورد رهن، اموال غیر مادی مانند حق تالیف، سرقفلی، حق تجعیر و حق خیار و... از شمول بخش اول ماده ۷۷۴ خارج است و رهن این قبیل اموال و حقوق نیز باطل است (جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۱۱). از سوی دیگر در ماده ۷۷۴ ق.م. و از «عین معین» در مقابل منفعت قرار داده شده است و توثیق منفعت (که سخن از آن به میان آمد و فقها در مورد وثیقه، قرار گرفتن آن اختلاف نظر دارند و...) در قانون مدنی ما به طور کلی باطل اعلام شده است؛ ولی باید دانست منظور از منفعت تنها منفعت غیرمادی است مانند سکناى منزل که بر اثر عقد اجاره به مستاجر تملیک می شود، ولی توثیق منافع مادی مانند میوه موجود بر درختان، یا برگ چای و ... که دارای وجود عینی و خارجی هستند و قبض آنها نیز ممکن است صحیح و معتبر است (همان، ص ۵۴). گفتنی است که توثیق منفعت درخت یا زراعت و مانند آن زمانی صحیح است که اصل و ته آن روئیده باشد و در عرف بتوان آن را موجود نامید والا رهن منافع مادی که در آینده بوجود می آیند، باطل است. بنابراین می توان ادعا کرد که توثیق منافع مادی نیز به اعتبار عین بودن آنهاست. پس از نظر قانون مدنی توثیق ابتدایی بخش عمده ای از اموال مانند اموال غیرمادی سرقفلی، حق تالیف، عین کلی، منافع و دیون و مطالبات و نیز اسنادی که معرف دین و طلب هستند، باطل است (قزوینی، ۱۳۹۰، ص ۶۳).

۲-۲-۳- توثیق بدلی

به موجب ماده ۷۹۱ ق.م. «اگر عین مرهونه بواسطه خود راهن یا شخص دیگری تلف شود، باید تلف کننده بدل آن را بدهد و بدل مزبور رهن خواهد بود»، برخی از نویسندگان حقوق مدنی با الهام از ماده فوق اظهار داشته اند: هرچند توثیق ابتدایی دیون باطل است ولی چنانچه توسط بدهکار یا شخص ثالث اتلاف شود، از تاریخ اتلاف عوض قانونی آن بر ذمه متلف است بنابراین، ذمه که در این مورد رهن است عنوان رهن دین را خواهد داشت هرچند وثیقه دین ابتدا جایز نیست ولی بعد از اتلاف عین مرهونه اشکالی ندارد (جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۶۱). ایشان همچنین می افزاید: توثیق دین و منفعت ابتدائاً باطل است ولی اگر بعد از توثیق به علتی از علل قانونی مورد وثیقه مبدل شد و به عنوان جبران تلف رهنه عین کلی و یا منفعت و یا وجه نقد گرفته شد، اشکالی ندارد که همان بدل جایگزین رهنه باشد (همان، ص ۶۹). ولی به نظر می رسد ماده (۷۹۱ ق.م) نمی تواند مستند نظریه فوق قرار گیرد، زیرا هرچند که ماده مزبور نسبت به ویژگیهای بدل مرهون ساکت است ولی این سکوت نمی تواند دلیل بر تجویز به رهن دادن هر نوع مالی به عنوان بدل عین مورد وثیقه تالف باشد به عبارت دیگر ماده ۷۹۱ ق.م. نسبت به ویژگیهای بدل مال مرهون فاقد اطلاق است زیرا قانونگذاری در این ماده در مقام بیان ویژگیهای بدل مال مرهون نبوده است تا سکوت آن از بیان خصوصیات، دلیل اطلاق تلقی شود. بلکه هدف مقنن در ماده مرقوم صرفاً لزوم پرداخت بدل در صورت تلف عین مرهونه و نیز رهن بودن بدل مزبور است، از این رو نسبت به ویژگیهای بدل مال مرهون باید به سایر مقررات قانون مدنی خصوصاً ماده ۷۷۴ این قانون مراجعه شود، بدین لحاظ منعی که در ماده ۷۷۴ ق.م. نسبت به دین یا منفعت بودن مال مرهون وجود دارد در مورد بدل مال مرهون موضوع ماده ۷۹۱ ق.م. نیز وجود دارد این استدلال هم چندان مقبول نیست، زیرا هرچند ظاهر ماده ۷۷۴ رهن دین را به تبعیت از فقههای مشهور امامیه باطل می داند (کریمی، ۱۳۸۸، ص ۲۲، علوی قزوینی، ۱۳۹۰، ص ۶۸). ولی بطلان یا صحت رهن دین در میان فقها (که از آن سخن به میان آمد) مورد اختلاف است و علت اختلاف متأثر از عدم قبض دین است. اما این ادعا که دین را نمی توان وثیقه دین دیگری قرار داد پذیرفتنی نیست زیرا اشخاص از حیث اعتبار و توانایی مالی و صداقت یکسان نیستند و چه بسا دیونی که اعتماد به پرداخت آن از وثیقه عینی بیشتر است. وانگهی هر اندازه که احتمال وصول نشدن زلب قوی باشد، باز هم به عنوان وثیقه بر درجه اعتماد طلبکار می افزاید و مدیون چنین وثیقه ای در حکم ضامنی است که ذمه او به تعهد مدیون اصلی ضمیمه شده است پس هیچگاه نباید رهن دین را با هدف از عقد رهن (ایجاد وثیقه) منافی پنداشت (کاتوزیان، پیشین، ص ۵۴۵). از سوی دیگر عرف، امروزه رهن دین را همچنان که توثیق اسناد تجاری خود نوعی حق دینی به شمار می آیند صحیح به شمار آورده، در نتیجه رهن آن صحیح است.

۴- توثیق سهام و تعیین نوع وثیقه سهام**۴-۱- توثیق سهام و انواع آن**

مشهور است که دارایی بدهکار وثیقه بدهی های اوست. یکی از انواع دارایی وی می تواند سهام شرکت ها باشد. پرسش این است که آیا مورد وثیقه می تواند سهام باشد یا خیر؟ و اگر این احتمال وجود داشته باشد اولویت خود را برای توثیق پذیرفتن نشان دهند؟ فرض ما چنین است اگر شخصی به اعتبار دارایی خود وامی را از بانک مطالبه نماید بانک با تکیه بر این اعتبار، حاضر به پرداخت مطالبه مذکور باشد و یکی از انواع داراییهای مطالبه کننده وام، سهام باشد، آیا این نوع سهام به عنوان وثیقه قابل قبول است یا خیر؟ همان طور که از تعریف سهام برای ما مشخص شد: سهم یک حق دینی است که سهامدار در شرکت سهامی دارد و به همان اندازه مالک منافع و تعهدات در شرکت است. پس اگر سهم حق دینی سهامدار در شرکت است و با تحلیل و تفسیری که در مورد وثیقه دین سخن به میان آمد و پذیرفتن آن به عنوان وثیقه (البته با اختلاف نظر) مورد قبول قرار گرفت پس می توان گفت که، سهام شرکتها را هم می توان به عنوان وثیقه پذیرفت. همچنان که پاره ای از حقوق دانان بر این باورند در تأیید مطالب مذکور می گویند: آیا ضرورتی دارد که ارزش عین به اعتبار جنس یا ماده اصلی آن باشد یا آنچه را هم که دارای ارزش اعتباری یا نماینده مقداری ارزش است می توان به رهن داد؟

برای مثال، آیا وثیقه نهادن اسکناس یا اسناد در وجه حامل یا سهام بی نام شرکتها، به ویژه آنها که فروش ارزش مالیشان به طور مسلم امکان دارد، درست است یا باطل؟ (کاتوزیان، پیشین، ص ۵۴۰). در این مورد قوانین و رویه قضایی پاسخ مسلمی ندارد. ولی به نظر می رسد که رهن اینگونه اسناد درست است. زیرا در دید عرف، ارزش موضوع آن ها چنان با عین سند مخلوط شده است که انتقال و قبض اسناد به منزله انتقال و قبض اموال موضوع آن هاست. پس هیچ مانعی ندارد که عین این اسناد موضوع رهن قرار گیرد همچنان که موضوع بیع نیز واقع می شود. ممکن است ایراد شود که چون سهم حق دینی است، قبض آن ممکن نیست و به استناد ماده ۷۷۴ ق.م که رهن دین و منفعت را باطل می داند، رهن سهام هم باطل اعلام گردد اما در پاسخ می توان گفت مفهوم « وثیقه گذاشتن » با سپردن و تسلیم کردن ملازمه ندارد. چنانکه در مورد رهن املاک که بر طبق مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت باید به وسیله سند رسمی انجام شود، با تنظیم سند و توقیف ملک، وثیقه از نقل و انتقال مصون می ماند و طلبکار می تواند اطمینان یابد که در صورت لزوم می توان آن را از راه اجرای ثبت بفروش رساند از سوی دیگر هدف از قبض مورد رهن، فراهم آوردن مقدمه انتفاع طلبکار نیست، زیرا منافع عین به رهن تعلق دارد. هدف این است که مرتهن از حبس مورد رهن و امکان دسترسی به آن مطمئن شود این اطمینان را با توقیف ملک نیز می توان ایجاد کرد. و در مورد اموال منقول، که سهام خود نوعی از حق دینی در زمره اموال منقول است، کافی است که سهامدار (رهن) را ملزم به تسلیم آن نمود پس، چه ضرورتی دارد که قبض از عناصر رهن و شرط وقوع عقد به حساب آید و باعث دشواری های حقوقی و عملی و اقتصادی فراوان شود. نتیجه اینکه توثیق سهام می تواند پذیرفتنی باشد همچنان که امروزه در فعالیتهای اقتصادی، بانکها بدان اعتبار حاضر به پرداخت وام به شرکتها هستند. اما در پاسخ به پرسش دوم که چه نوع سهامی را می توان به وثیقه قبول کرد؟ به استناد ماده ۳۹ ق.ت که سهم بی نام به صورت سند در وجه حامل معرفی و تنظیم و ملک دارنده آن شناخته شد. و نقل و انتقال این گونه سهام به قبض و اقباض به عمل می آید پس در وثیقه قرار دادن چنین سهامی نباید تردید به عمل آید. زیرا هدف از وثیقه گذاردن حصول اطمینان طلبکار برای فروش مال مورد رهن در صورت عدم پرداخت دین از سوی بدهکار است. پس هنگامی که طلبکار توانایی قبض چنین سهامی را دارد و از سوی دیگر پذیرش توثیق اسناد تجاری به معنای خاص (برات، سفته، چک) به عنوان امری مسلم در عرف و اماره ای برای تأیید مطلب فوق و نص ماده ۳۹ ق.ت دیگر ابهامی برای این امر باقی نمی گذارد.

پس می توان گفت که سهام بی نام شرکتها را می توان به عنوان وثیقه پذیرفت. اما در مقابل این نوع سهام، سهام با نام قرار دارد که به نظر دکتر کاتوزیان چون در نظر بین سند و موضوع آن یگانگی وجود ندارد، این گونه اسناد در حکم سند طلب است، ارزش محتوای آن در زمره اموال غیرمادی است و رهن آنها با توجه به لزوم عین بودن وثیقه درست به نظر نمی رسد.

ولی این نظر در پی تحقیق به عمل آمده از سازمان بورس چندان مقبول نیست زیرا سازمان بورس تنها سهام با نام را به عنوان وثیقه می پذیرد، شاید علت پذیرش این نوع سهم جلوگیری از دردهای ناشی از اجرای توثیق در فروش آن می باشد: بدین طریق که برای اجرای فروش نخواهد علیه سهامداران در دادگاه اقامه دعوا نماید بلکه فقط با سلب انتقال سهم از سوی سهامدار بخواهد حق خود (طلب) را اکتساب نماید. احتمال دیگر اینکه سازمان بورس بخواهد نام سهامداران با نام را شناسایی و وضعیت آنها را در معاملات تجاری مورد بررسی قرار دهد.

مسئله توثیق در سهام ممتاز به بارزتر جلوه می نماید: زیرا امتیازات متعلق به سهام ممتاز در رابطه با دیگر سهام ها طلبکار را برای توثیق چنین سهامی بیشتر ترغیب می نماید از سوی دیگر برای طلبکار داشتن امتیاز این نوع سهام جهت دستیابی به طلب خود اطمینان بخش تر و قانع کننده تر است تا دیگر سهام ها.

۴-۲- تعیین نوع وثیقه سهام

از آنجا که امروزه به تمام انواع دارایی شخصی مال گفته می‌شود ممکن است در ردیف یکی از این انواع، سهام شرکتها باشد که خود نوعی حق دینی منقول است: بدین عنوان که شخص (طبیعی یا حقوقی) با پرداخت مبلغی پول به عنوان آورده شرکت با دیگر افراد سرمایه گذار که سهامدار نامیده می‌شوند، حقی را دارا می‌شوند که از آن تعبیر به حق دینی می‌شود. شاید در بادی امر به نظر رسد که توثیق این نوع حق نمی‌تواند موضوع وثیقه عام باشد زیرا ارزش سهام ممکن است تا اندازه ای ناچیز باشد که کفاف پرداخت طلب های بدهکار را ننماید. وانگهی منظور از وثیقه عام، تمام اموال و دارایی مدیون است حال آنکه سهام ممکن است یکی از انواع دارایی شخص باشد اما این استدلال چندان خالی از ابهام نیست زیرا هدف از توثیق حصول اطمینان برای طلبکار بابت پرداخت طلب از وصول محل آن مال است و این امر در سهام که دارای ارزش مالی است، قابل تصور است.

پس هر شیء را که از نظر عرف ارزش اقتصادی داشته باشد ولو بهای آن در نگاه اول ناچیز نماید می‌تواند موضوع وثیقه قرار گیرد. و اینکه موضوع وثیقه عام تمام اموال و دارایی مدیون مدنظر است، می‌توان گفت شاید تنها مدیون داراییش سهام موجود در شرکت باشد. پس سهام می‌تواند در زمره وثیقه عام قرار گیرد و در مورد وثیقه خاص که خود به دو نوع شخص و عینی تقسیم می‌شود؛ می‌توان گفت توثیق سهام را می‌توان در مقوله عینی به شمار آورد زیرا در وثیقه عینی طلبکار بر مال معینی از اموال بدهکار حق عینی می‌یابد. پس اگر توثیق سهام را بپذیریم در واقع طلبکار حق تعقیب و تقدم که از نشانه حق عینی نسبت به مال مورد وثیقه است پیدا می‌نماید، پس می‌توان گفت سهام هم به عنوان وثیقه عام و هم به عنوان وثیقه خاص از نوع عینی مطرح است.

۵- بررسی تطبیقی توثیق سهام مشاع در فقه و حقوق

فرض ما چنین است اگر چند سهامدار، سهام خود را در وثیقه طلبکار قرار دهند آیا این نوع توثیق صحیح است یا خیر؟ برای پاسخ به این پرسش ابتدا به بررسی توثیق مال مشاع در فقه، سپس در حقوق می‌پردازیم. فقها در توثیق مال مشاع به دو طیف جدا از هم تقسیم می‌شوند عده ای توثیق مال مشاع را جایز و صحیح و عده ای دیگر آن را نادرست می‌پندارند.

۵-۱- بررسی سهام مشاع در فقه

عده ای از فقها بر این باورند: (طوسی، ۱۳۷۸، ج دوم، ص ۱۹۹، شیخ طوسی، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۲۲۴، محمد ربیعی، ۱۳۹۰، ج ۴ و ۵، ص ۱۵۵) تمام مال مشاعی که بیعش جایز است توثیقش هم جایز است و به استناد آیه «فرهان مقبوضه» مداومت در قبض را شرط نمی‌دانند. پس اگر توثیق مال مشاع ثابت شد و شرکاء توافق و تراضی نمایند که مورد وثیقه نزد طلبکار باقی بماند، توثیق مشاع جایز است. ولی در صورت اختلاف نظر، بدین نحو که طلبکار به باقی ماندن مورد وثیقه در دست شرکاء راضی نباشد و هم چنین شریک مال مشاع بگوید رضایت به سلطه طلبکار نسبت به مال مورد را وثیقه ندارم، به عبارت دیگر با عدالت و برابری به توافق نرسند، حاکم مورد وثیقه را از طلبکار و شرکاء اخذ و در صورت امتناع با اجبار و برای هر کدام از شرکاء اجرتی به صورت قطعی معین و مورد وثیقه را تا زمانی که قابل فروش باشد و از محل آن استیفا طلب شود به کرایه می‌دهد. پاره ای دیگر از فقها مطلب را به طریق دیگری عنوان کرده اند و گفته اند: توثیق مال مشاع اگر به اذن مالک باشد در صحت آن اجماع حاصل شده و مطابق قول مشهور در غیر اینصورت متوقف به اجازه مالک است و توثیق مال مشاع بدون اذن مالک را فضولی تلقی کرده اند (خوئی، ۱۴۱۰، ج دوم، ص ۲۰۳، طباطبائی، ۱۹۹۲، ج ۵، صص ۳۵۰ و ۳۵۱).

اما در مورد توثیق مال مشاع اشکال جایی است که آن مال به ملکیت طلبکار درآمده ولی خود از مشاع بودن مال خبر نداشته باشد و مالک سهم مشاع هم به این امر راضی نباشد، صاحب الدروس (طباطبائی، همان، ص ۳۵۰) گفته در اینصورت مورد وثیقه باید معین و آنچه را که جهالت به آن حاصل شده توثیقش صحیح نیست. همچنان که شیخ طوسی در کتاب الخلاف مساله ۶۵ از باب رهن بر این عقیده است (همان، ص ۳۵۰). قول دیگر که از فاضل روایت شده این است که تمیز و جدایی مال مشاع شرط نیست زیرا فرض مساله قابل تفکیک نیست. ممکن است در عقد رهن شرط شود که طلبکار به مشاع بودن مورد وثیقه علم داشته باشد. صاحب ریاض المسائل گفته این شرط فاسد و دارای اشکال است، و اگر گفته شود این شرط جایز است، گفته شده که بدهکار ضامن است هر چند مال بدون تعدی تلف شود زیرا این شرط بابت تلف رهن در عقد آمده است همچنان که صاحب مسالک برای صحت این امر به اجماع استناد کرده است در اینصورت مالک سهم مشاع می‌تواند بدهکار را ملزم به فک رهن نماید زیرا سهم مشاع نوعی عاریه است و عاریه عقد غیر لازم است اما اگر مال مشاع قبل از فرا رسیدن دین به وثیقه گذارده شود، لازم نیست بدهکار ملزم به انجام امر مذکور گردد و طلبکار می‌تواند با فرا رسیدن زمان در این مورد وثیقه را بفروشد و دینش را اگر وکالت در فروش داشته باشد استیفا نماید، در غیر اینصورت حاکم مورد وثیقه را اعم از رضایت یا عدم رضایت مالک بفروش می‌رساند زیرا اذن در رهن اذن در توابع آن نیز می‌باشد (طباطبائی، همان، ص ۳۵۰، حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ج اول، ص ۱۵۴).

برخلاف فقهای امامیه و شافعیه و نووی که توثیق مال مشاع را چه نزد شریکش یا شخص دیگر باشد و اعم از اینکه مال قابل تقسیم یا غیر قابل تقسیم باشد، صحیح می پندارند، ابوحنیفه (طهماز، ۲۰۰۱، ج ۴، ص ۴۶۲ و ۴۶۳، مرغینانی، ۲۰۰۰، ج ۴، ص ۱۵۶۴ و ۱۵۶۵) توثیق مال مشاع را به دو دلیل مطلقاً صحیح نمی داند:

دلیل اول: وی معتقد است که حکم رهن مبتنی بر ثبوت ید استیفا است: طلبکار بتواند بر مال مورد وثیقه سلطه پیدا کند و از آن استیفا دین نماید و این امر در مال مشاع متصور نیست. هر چند قائلین به توثیق مال مشاع در قیاس با عقد بیع که مصداق آن مبیع مشاع باشد پذیرفته اند ولی این استدلال مقبول ابوحنیفه نیست.

دلیل دوم: حبس دائم لازمه توثیق است، مقصود و هدف نص هم قابل قبض بودن مورد وثیقه است تا از آن استیفا دین شود و همه این موارد لازمه دوام است و در غیراینصورت مهایأت^۱ (اقتسام المنافع کان یسکن احد الشریکین الدار شهرها و یسکن الآخر شهرها) مطرح می گردد و بر این اساس هر مال مشاع اعم از قابل تقسیم بودن یا غیر قابل تقسیم بودن توثیقش صحیح نیست، بر خلاف هبه که حتی در مورد مالی هم که احتمال تقسیم آن نیست جایز است، و اگر ممنوعیتی در مال مشاع که به عنوان هبه داده شده حاصل گردد با پرداخت غرامت برطرف می گردد، و از سوی دیگر حکم هبه ملکیت است، و مال مشاع ملکیت را قبول می کند، پس در توثیق، که حکم ثبوت ید استیفا است در مال مشاع قابل قبول نیست. پس مورد وثیقه مال مشاع مطابق دلیل اول (عدم ثبوت استیفا) و مطابق دلیل دوم (یکبار مورد رهن در اختیار مرتهن و بار دیگر از وی سلب ید شود) درست نیست. مطابق اصل، شیوع عارضی مانع بقاء وثیقه است. ولی ابویوسف (از شاگردان ابوحنیفه) معتقد است که شیوع (مشاع) عارضی مانع تحقق وثیقه نیست، زیرا حکم به بقای ممنوعیت وثیقه مشاع ساده تر و بهتر است از اینکه بعداً این ممنوعیت را بوجود آوریم همانند هبه. با این استدلال که بقای ممنوعیت به خاطر عدم حلیت است پس همانند محارم نسبی در نکاح که از ابتداء و در بقاء ازدواج یا آنها ممنوع و حرام است، توثیق مال مشاع نیز چنین است، بر خلاف هبه که حکم آن مالکیت است و مال مشاع پذیرای ملکیت می باشد و اعتبار قبض در هبه از ابتدا به خاطر نفی پرداخت غرامت در آتی است و در حالت بقای مال موهوبه نیازی به قبض آن نیست، در رهن مشاع چنین امری صادق نیست، بر این اساس در بعضی موارد رجوع از بعضی هبه صحیح و رجوع از پاره ای اموال عاریه ای (عاریه غیر مضمونه) به عنوان مورد رهن، باعث فسخ عقد رهن نمی گردد (مختصر القدوری ص ۴۱، مختصر الطحاوی، ص ۹۲ و ۹۳- المبسوط، ص ۶۱ و ۶۲- روس المسائل، ص ۳۰۱، تحفه الفقهاء، ص ۳ و ۳۸- طریقه الخلاف، ص ۴۳۴ و ۴۳۵ بدائع الصنائع، ص ۶ و ۱۳۸ ایثار الانصاف، ص ۲۷۰، تکمله فتح القدیر، ص ۱۰ و ۱۵۲ و ۱۵۳- الاختیار ص ۲ و ۶۴ البنايه، ص ۱۱ و ۵۷۹ رد المحتار، ص ۴۸۹ و ۴۹۰- الباب فی شرح الکتاب، ص ۶ و ۲، به نقل از برهان علی بن ابوبکر مرغینانی، الهدایه شرح بدلیه المبتدی، ج ۴، ص ۱۵۶۴ و ۱۵۶۵).

۲-۵- توثیق مال مشاع در حقوق

مالک مال مشاع می تواند حصه خود را به وثیقه بدهد و در این کار نیازی به کسب اذن شریک خود ندارد و همان طور که گفته شد در میان فقها فقط ابوحنیفه توثیق مال مشاع را صحیح نمی پندارند. هم چنین ایجاب و قبول رهن مال مشاع با مالی که تمام آن به رهن گذارده می شود تفاوت ندارد، زیرا وقوع تراضی زبانی به سایر شریکان نمی رساند. ولی، آنچه با دشواری روبرو می شود تسلیم سهم مشاع به طلبکار است: در این فرض، مال مورد وثیقه با سهم سایر شریکان مخلوط و منتشر در مجموع است پس، تسلیم آن نیز با تصرف در مال شرکاء دیگر ملازمه دارد و باید به اذن آنان انجام بپذیرد (کاتوزیان، همان، ص ۵۱۴).

هم چنین توثیق مال مشاع در کشورهای عربی تحت عنوان رهن حيازتی (تصرف حق مالکیت) پذیرفته شده است و اگر نص خاصی در این زمینه وارد نشده باشد، قوانین آن تحت حاکمیت قواعد عمومی است (السنهوری، ۲۰۰۰، ج ۱۰، ص ۷۶۶).

پس توثیق مال مشاع، رهن حيازتی است و شریک مال مشاع می تواند سهم مفروز و شخصی خود را به وثیقه گذارد و تنظیم آن با نص و سند خاص بهتر و شایسته تر است. همچنین ماده ۱۲۵۸ ق.م آلمان (همان، ص ۷۶۷) در مورد مال مشاع مقرر می دارد: اگر مورد رهن حيازتی باشد، طلبکار توانایی اداره و منافع متعلق به بدهکار در حالت شیوع (اشاعه) بعد از ثبوت حقش را داراست، منتها قبل از ثبوت چنین حقی برای وی متصور نیست، و اگر مال از حالت شیوع درآمد و مفروز گردد و به مالکیت بدهکار درآید، در این صورت طلبکار می تواند قسمت مشاعی را که به عنوان وثیقه پذیرفته است بفروشد. قانون مدنی سابق مصر به علت عدم توانایی تسلیم مال مشاع از سوی بدهکار و سلطه بر آن از جانب طلبکار، آن را باطل می پنداشت، اما در قانون جدید چون عقد رهن حيازتی به عنوان عقد رضایی است و نیازی به تسلیم مال مورد وثیقه نیست، توثیق مشاع صحیح و نافذ است و صحت آن به ایجاب و قبول است؛ ولی مالک سهم مشاع همزمان نمی تواند آن مال را در وثیقه دو طلبکار قرار دهد مگر اینکه طلبکار اولی به این امر راضی باشد (همان، ص ۷۶۷).

^۱ مهایأت، تقسیم منفعت به گونه ای که یکی از شرکاء مال غیرمنقول یک ماه در خانه سکونت داشته باشد و ماه دیگر سکونت به شریک دیگر واگذار گردد.

به این ترتیب سهام مشاع ممکن است در اثر تجزیه تبدیل به قطعات کوچکتر گردد و تحت مالکیت چند نفر سهامدار به عنوان وثیقه، به طلبکار منتقل گردد، با توجه به شرایطی که در حق دینی مطرح گردید که سهام خود نوعی از آن است، مقبولیت وثیقه را اعم از اینکه سهم بی نام یا با نام (همان، ص ۷۶۴) یا ممتاز باشد، می پذیرد هر چند پاره ای از حقوقدانان (کاتوزیان، پیشین، ص ۵۴۱) سهام با نام را تحت عنوان سند طلب به شمار آورده و توثیق آنها را نادرست می داند و از سوی دیگر ق.م ماده ۷۷۴ رهن دین و منفعت را غیر صحیح می داند، اما این امر هم در کامن لا (Bagrial, 1995, p 153) و هم در کشورهای عربی پذیرفته شده است.

فهرست منابع و مآخذ

الف) کتب فارسی

۱. اسکینی، ربیعاً، (۱۳۸۵)، **حقوق تجارت**، ج ۲، چاپ پنجم، تهران، سمت.
 ۲. اعظمی زنگنه، عبدالحمید، (۱۳۵۳)، **حقوق بازرگانی**، چاپ اول، تهران، افسد رشیدیه.
 ۳. الماسی، نجادعلی، (۱۳۸۶)، **حقوق بین الملل خصوصی**، چاپ پنجم، تهران، میزان.
 ۴. امامی، سیدحسن، (۱۳۸۰)، **حقوق مدنی**، ج ۲، چاپ پنجم، تهران، اسلامیه.
 ۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۵)، **ترمینولوژی حقوق**، ج ۳، چاپ سوم.
 ۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۷۰)، **حقوق مدنی رهن و صلح**، چاپ سوم، تهران، مجد.
 ۷. ساکت، محمود، (بهار ۱۳۷۰)، **اهلیت و شخصیت در حقوق مدنی ایران**، تهران، مؤلف.
 ۸. ستوده، حسن، (۱۳۸۶)، **حقوق تجارت**، چاپ هشتم، تهران، دادگستر.
 ۹. عبادی، محمدعلی، (۱۳۶۸)، **حقوق تجارت**، چاپ اول، تهران، گنج دانش.
 ۱۰. عدل، مصطفی، (۱۳۵۴)، **حقوق مدنی**، چاپ هشتم، تهران، گلشن.
 ۱۱. عرفانی، محمود، (۱۳۷۴)، **حقوق تجارت**، ج ۲، چاپ دوم، تهران، جهاد دانشگاهی.
 ۱۲. کاتوزیان، ناصر، (زمستان ۱۳۸۵)، **اموال و مالکیت**، چاپ سیزدهم، تهران، میزان.
 ۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، **حقوق مدنی دوره ی عقود معین**، ج ۴، چاپ پانزدهم، تهران، شرکتهای سهامی انتشار.
 ۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹)، **مقدمه ی علم حقوق در نظام حقوقی ایران**، چاپ پنجاه و سه، تهران، بهمن.
- ب) کتب عربی
۱۵. ابن فدامه، موفق الدین و ابن قدامی المقدسی، (۶۳۰ قمری)، **شمس الدین المقنی و یا به الشرح الكبير**، ج ۴، بیروت، دارالکتب العربی.
 ۱۶. الجزیری، عبدالرحمن، (۱۹۹۰م)، **الفقه علی المذاهب الاربعه**، ج ۲، بیروت، دارابن الجوزی.
 ۱۷. الخلیل، احمد بن محمد، (رمضان ۱۴۲۷هـ)، **الاسهم و السندات و احکامها فی الفقه الاسلامی**، چاپ دوم، بیروت، دارابن الجوزی.
 ۱۸. الزحیلی، وهبه، (۱۹۹۷م)، **الفقه الاسلامی و ادلته**، ج ۵، بیروت، دارالفکر معاصر.
 ۱۹. الزحیلی، وهبه، (۲۰۰۵م)، **الوجیز فی الفقه الاسلامی**، ج ۲، چاپ اول، بیروت، دارالفکر.
 ۲۰. السنهوری، احمد عبدالرزاق، (۲۰۰۰م)، **الوسیط فی شرح القانون المدنی فی تأمینات الشخصیه و العینیه**، ج ۱۰، قاهره، حلبی.
 ۲۱. السنهوری، عبدالرزاق، (۱۹۹۸م)، **مصادر الحق فی الفقه الاسلامیه**، ج ۲، قاهره، مشورات الحلبي الحقوقیه.
 ۲۲. الشیرازی، السید محمد الحسینی، (۱۴۰۴هـ)، **الفقه (قرض، رهن)**، سیدالشهداء.
 ۲۳. العاملی، زین الدین (شهیدثانی)، (۱۳۸۶)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه**، ج ۲، تهران، ارغوان دانش.
 ۲۴. الغامدی، علی بن سعید، (۱۴۱۸هـ)، **اختیارات ابن قدام الفقیه فی اشهر المسائل الخلقیه**، ج ۳، دارالطبیه.
 ۲۵. بن البراج الطرابلسی، قاضی، عبدالعزیز، (۱۴۰۶هـ)، **المهذب**، ج ۲، تهران، مؤسسه نشر اسلامی.
 ۲۶. حسن طوسی، امام ابو جعفر، (۱۴۱۱هـ)، **کتاب الخلاف**، ج ۳، تهران، مؤسسه نشر اسلامی.
 ۲۷. خمینی، روح الله، (۱۴۰۸هـ)، **تحریر الوسیله**، ج ۲، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان شعبان.
 ۲۸. خوبی، السید ابوالقاسم، (۱۴۱۰هـ)، **منهاج الصالحین**، ج ۲، دارالتراث.
 ۲۹. ربیعی، محمد (مترجم)، (تابستان ۱۳۷۴)، **باقیات صالحات در فقه امام شافعی پر تو بیان**، ج ۵ و ۴.
 ۳۰. شفیق، محسن، (۱۹۵۴)، **الاوراق التجاریه القانون التجاری**، دارالمعارف بالاسکندریه.
 ۳۱. طباطبایی، سیدعلی، (۱۴۱۲هـ)، **ریاض المسائل فی بیان الاحکام با دلایل**، ج ۵، تهران، انتشارات دارالهادی.
 ۳۲. طباطبایی، سیدعلی، (۱۴۲۰هـ)، **ریاض المسائل**، ج ۹، قم، آل بیت، الاحیاء التراث.
 ۳۳. طهماز، عبدالحمید محمود، (۲۰۰۱م)، **الفقه الحنفی**، ج ۴، چاپ اول، دمشق، دارالقلم.
 ۳۴. عاملی، سید محمد جواد حسین، (۱۴۱۸هـ)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۱، لبنان، دارالتراث.
 ۳۵. عبدالبر، محمدزکی، (۱۹۹۸م)، **احکام المعاملات المالیه فی المذهب الحنبلی**، مکتبه دارالتراث.
 ۳۶. کمال طه، مصطفی، (۱۹۸۰)، **الوجیز فی القاتون التجاریه**، ج ۱، چاپ سوم، نشأ المعارف بالاسکندریه.
 ۳۷. کیایی، عبدالله، (پاییز ۱۳۷۴)، **قانون مدنی و فتاوی امام خمینی**، سمت، ج ۲، چاپ اول، تهران، سمت.

۳۸. گیلانی، قمی، میرزا ابوالقاسم بن حسن، (تابستان ۱۳۷۱)، **جامع الشتات**، ج ۲، تهران، چاپ مؤسسه کیهان.
۳۹. محمد بند حسن بن علی طوسی، ابوجعفر، (۱۳۷۸)، **المبسوط فی الفقه الامامیه**، چاپ سوم، تهران، حیدریه.
۴۰. محمد بدر، امین، (۱۹۵۳)، **الاوراق التجاریه فی التشریح المصری**، ج ۱، المطبعه، العالمیه.
۴۱. مرغیتانی، شیخ الاسلام برهان الدین علی بن ابوبکر، (۲۰۰۰م)، **الهدایه شرح بدایه المبتدی**، ج ۴، دارالاسلام.
۴۲. نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۴۰۰ه)، **جواهر الکلام فی شرح الشرایع الاسلام**، ج ۲۵، دارالکتب الاسلامیه.
- (ج) کتب انگلیسی

43. Bagrial, Ashok, 1998, **Company Law**, Published by, Vikas.

(ج) مقالات فارسی

۱. اخلاقی، بهروز، **توثیق اسناد تجاری**، مجله ی دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، شماره ی ۲۴.
۲. عبدالغفار، محمد، **بحوث فقهیه ی معاصره**، دارابن حزم، ۱۹۹۹م.
۳. علوی قزوینی، سیدعلی، **رهن دین**، فصلنامه ی اندیشه های حقوقی، چاپ مؤسسه ی الهادی، شماره ۴.
۴. کریمی، عباس، **رهن دین**، مجله ی دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی، انتشارات دانشگاه تهران، شماره ۳۷.