

## **Gift on joint property in Islamic Religious jurisprudence & Iranian law**

Abbas Mirshekari\*  
Mahmoud Hesami\*\*

Received: 2019/10/31  
Accepted: 2020/02/25

Joint property, is a property that two or more person jointly own each component. The partner material possessions, even to the extent of his portion, are subject to permission of others and without it create civil liability. But, all partner immaterial possessions are valid in relation to his portion and does not require the permission of others. There is, however, some debate over the contract of gift; because it is necessary for its formation, besides the agreement (as immaterial possession), the delivery (as material possession).

There are two general views on this topic in jurisprudence and Iranian law. The first view distinguishes between “divisible and indivisible” and also “immovable and immovable” property and on the basis of this distinction, rules on the validity of gift on the joint property. Against this view, there is another belief that it holds that the gift on the joint property to be valid, without making any distinction between the joint properties. There are, of course, differences on the quality of joint property delivery. Some insist on Necessary permission of partners, some believe that the delivery is fulfilled by eviction the partner, and finally, some with outline the concept of the immaterial delivery, consider the possibility of donee dominance over the donated property sufficient. In Iranian law there is no specific provision in civil law, however, it seems, citing the sufficiency of immaterial domination for the realization of delivery and not needing the material delivery, validity of gift on the joint property to be acceptable.

**Key Words:** joint property, gift, permission of partner, eviction, material domination, Islamic Religious jurisprudence, Iranian law.

---

\* Professor, Department of Islamic & Private Law, Tehran University, Tehran, Iran  
(Corresponding Author). Mirshekariabbas1@ut.ac.ir

\*\* L.L.M. Student, Private Law, University of judicial sciences & administrative services.  
Hesami73mohammad@gmail.com

## هبه مال مشاع در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران

عباس میرشکاری\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۸/۰۹

محمد حسامی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۰۶

### چکیده

مال مشاع، مالی است که دو یا چند نفر مشترکاً مالک جزء جزء آن هستند. تصرفات مادی هر شریک ولو به میزان حصه خود منوط به اذن دیگران و بدون آن ضمان‌آور می‌باشد. در مقابل، کلیه تصرفات حقوقی شریک نسبت به سهم خود نافذ می‌باشد و نیاز به اذن دیگران ندارد. با این وجود نسبت به هبه مال مشاع جای بحث وجود دارد؛ زیرا برای انعقاد آن علاوه بر توافق متعاملین (به عنوان تصرف اعتباری)، قبض مال موهوب (به عنوان تصرف مادی) لازم است.

در فقه و حقوق ایران راجع به موضوع مورد بحث دو دیدگاه کلی وجود دارد. دیدگاه نخست، بین اموال «قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم» و همچنین «منقول و غیرمنقول» قائل به تفکیک می‌شود و بر اساس همین تفکیک، درباره اعتبار هبه مال مشاع داوری می‌کند. در مقابل این دیدگاه، باور دیگری وجود دارد که هبه مال مشاع را صحیح می‌داند بدون آنکه بین اموال مشاع از جهات یاد شده تفاوتی قائل شود. البته در این دیدگاه نیز، درباره کیفیت قبض مال مشاع اختلاف‌نظرهایی وجود دارد. برخی بر لزوم اخذ اذن سایر شرکا اصرار می‌کنند، برخی با تخلیه مال از سوی شریک، قبض را محقق شده می‌دانند و در نهایت، عده‌ای با طرح مفهوم قبض معنوی، امکان تسلط متهب بر مال موهوب را کافی تلقی می‌کنند. در حقوق ایران، نص ویژه‌ای در قانون مدنی پیش‌بینی نشده است، با این حال، به نظر می‌رسد با استناد به کفایت سلطه معنوی برای تحقق قبض و عدم نیاز به قبض مادی، صحت هبه مال مشاع قابل پذیرش است.

واژگان کلیدی: مال مشاع، هبه، مذاهب اسلامی، حقوق ایران، اذن شریک، تخلیه، سلطه معنوی.

\* استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، تهران، ایران (نویسنده مسئول).

Mirshekariabbas1@ut.ac.ir

\*\* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، تهران، ایران.

Hesami73mohammad@gmail.com

## مقدمه

مقاله حاضر در صدد بررسی هبه مال مشاع در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران است. مال مشاع عبارت از مالی است که دو یا چند نفر به طور مشترک مالک جزء جزء آن هستند. تصرفات شرکاء در مال مشاع از دو نوع تصرف مادی و اعتباری خارج نمی‌باشد. تصرفات مادی هر یک از شرکاء ولو به میزان حصه خود منوط به اذن سایرین است. در مقابل، کلیه تصرفات اعتباری شریک به موجب مواد ۵۸۱ و ۵۸۳ قانون مدنی تنها نسبت به سهم خود صحیح است و هر گاه نسبت به حصه دیگران واقع شود تابع مقررات معاملات فضولی می‌باشد. از آنجا که در هبه مال مشاع، برای تحقق عقد، افزون بر توافق (به عنوان تصرف اعتباری)، قبض (به عنوان تصرف مادی) لازم است، درباره اعتبار انعقاد عقد هبه نسبت به مال مشاع تردید وجود دارد.

در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران راجع به این موضوع دو دیدگاه کلی مطرح می‌باشد. دیدگاه نخست اموال مشاع را به «قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم» و «منقول و غیرمنقول» تفکیک می‌کند. تفکیک نخست تنها در فقه حنفی مطرح است که بطلان و فساد اموال قابل تقسیم و صحت اموال غیرقابل تقسیم را می‌پذیرد و در اموال غیرقابل تقسیم تخلیه را معیار قبض می‌داند. فقهاء حنفی برای توجیه عقیده خود عقد هبه را با بیع و اجاره مال مشاع قیاس و به ضرورت استناد می‌نمایند و علاوه بر آن افزاز را شرط صحت هبه محسوب می‌کنند. تفکیک دوم نیز توسط برخی از فقهاء امامیه، شافعی و حنبلی مطرح می‌شود که عقد هبه را نسبت به کلیه اموال مشاع صحیح می‌دانند، ولی در اموال منقول و غیرمنقول به ترتیب استیلاء مادی و تخلیه را به عنوان ملاک قبض معرفی می‌کنند. در مقابل، دیدگاه عدم تفکیک وجود دارد که برخی از فقهاء امامیه، حنبلی و برخی از حقوقدانان قائل به آن هستند. طرفداران دیدگاه اخیر برای توجیه نظر خود به عموم پاره‌ای از روایات، اجماع، قاعده «ما جاز بیعه جاز هبته» و اصل صحت تمسک می‌کنند. ایشان بدون هیچ تفکیکی بین اموال مشاع معتقد به صحت عقد هبه می‌باشند و قبض کلیه اموال مشاع را نیز یکسان می‌دانند و در این خصوص لزوم أخذ اذن شریک، تخلیه و سلطه معنوی را به عنوان ضابطه معرفی می‌کنند. در مواردی که أخذ اذن شریک برای تحقق قبض مال موهوب ضرورت دارد، با توجه به لزوم أخذ اذن، اگر شریک از اعطاء اذن امتناع نماید چه باید کرد؟ در این صورت آیا می‌شود به حاکم مراجعه و از این

طریق شریک را ملزم نمود؟ تردید از این جهت است که به جهت عدم تحقق قبض هنوز عقد هبه شکل نگرفته است تا متهب ذینفع باشد و بتواند به دادگاه مراجعه کند. به علاوه اعطاء اذن حق شریک است نه تکلیف او و از این رو بعید به نظر می‌رسد که بتوان وی را ملزم به اعمال حق خود نمود. به هر روی، درباره این مسئله اختلاف نظر وجود دارد. گذشته از این گاهی ممکن است متهب به تنهایی و یا به همراه واهب و بدون اذن شریک دیگر مال مشاع را مورد قبض و اقباض قرار دهد. در این مورد فقهاء و حقوقدانان در خصوص ضمان شخص قبض کننده اختلافی ندارند اما در مورد اینکه قبض بدون اذن شریک موجب تشکیل عقد هبه می‌شود یا نه بین آنها اختلاف وجود دارد.

در قوانین موضوعه نسبت به مسئله مورد بحث نص خاصی وجود ندارد و در این باره در حقوق ایران تحقیق مستقلی صورت نگرفته است و حقوقدانان نیز به طور مختصر به آن اشاره نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۴۸ و جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، الف، ج ۵، ص. ۲۴۶). با توجه به این مقدمه، رسالت این مقاله، پاسخ به این پرسش اصلی است که عقد هبه نسبت به مال مشاع چه وضعیتی دارد؟ بر این اساس، ابتدا لازم است عقد هبه به صورت مختصر مرور شده و ضمن تعریف و تحلیل اثر آن، ماهیت آن به عنوان یک عقد عینی تبیین شود. سپس دیدگاه‌های موجود در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران مورد نقد و بررسی قرار گرفته و در پایان عقیده مناسب با حقوق ایران ارائه گردد.

#### ۱. معرفی عقد هبه از منظر فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران

قریب به اتفاق فقهاء مذاهب اسلامی هبه را «تملیک بلاعوض عین» تعریف می‌کنند (ابن نجیم، بی تا، ج ۷، ص ۲۸۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲، ص ۱۷۹؛ مرداوی حنبلی، بی تا، ج ۷، ص ۱۱۶؛ المواق المالکی، ۱۴۱۶ق، ج ۸، ص ۲۱؛ النوی الشافعی، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۳۷۳) و تنها برخی از فقهاء امامیه معتقدند علاوه بر عین معین و کلی در معین، کلی فی الذمه و دین نیز می‌توانند مورد هبه قرار گیرند و از این جهت هبه را «تملیک مجانی مال» می‌دانند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۶۱). قانون مدنی در صدر ماده ۷۹۵ هبه را تملیک مجانی مال و در قسمت پایانی آن مال مورد هبه را عین موهوبه معرفی می‌نماید. طبق اطلاق صدر ماده به نظر می‌رسد هبه دین و منفعت نیز صحیح

باشد و از این رو برخی حقوقدانان معتقدند: «این توسعه را نباید از نقایص تعریف شمرد، چون هر اندازه که مفهوم عقود معین گسترش یابد، به همان اندازه نیز به تنظیم قراردادهای خصوصی و بی‌نام کمک می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص ۵).

در مقابل برخی دیگر از حقوقدانان می‌گویند:

«با ذکر کلمه عین در این ماده که نسبت به کلمه «مال» خاص بعد از عام است می‌توان گفت که مورد هبه باید از اعیان باشد نه سایر اموال اما در ماده ۸۰۶ که از هبه دین سخن گفته است باید استفاده کرد که هبه اختصاص به تملیک عین ندارد. در شمول ماده ۷۹۵ نسبت به منافع و حقوق باید طبق اصل ۱۶۷ قانون اساسی عمل کرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ب، ص ۴۰۵).

مستنبط از ماده ۷۹۸ قانون مدنی هبه عقد عینی است، اما در فقه مذاهب اسلامی درباره نقش قبض در عقد هبه اختلاف نظر وجود دارد: برخی از مالکیه (ابن جزئی الکلبی، بی‌تا، ص ۲۴۲؛ ابن رشد، ۱۴۲۵ق، ج ۴، ص ۱۱۴) به طور کلی قبض را در عقد هبه شرط نمی‌دانند و در مقابل سایر فقهاء مالکی و فقهاء سایر مذاهب اسلامی قبض را در هبه شرط می‌دانند. البته راجع به اینکه قبض شرط صحت هبه است یا شرط لزوم آن در میان گروه اخیر اختلاف وجود دارد به نحوی که برخی فقهاء مالکی (النمری المالکی، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۳۱)، حنفی (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص ۶۸۸)، شافعی (عمرانی شافعی، ۱۴۲۱ق، ج ۸، ص ۱۱۷؛ الماوردی الشافعی، ۱۴۱۹ق، ج ۷، ص ۵۳۵)، حنبلی (رحیبانی حنبلی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص ۳۸۴؛ مرداوی حنبلی، بی‌تا، ج ۷، ص ۱۱۹؛ النمری المالکی، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص ۹۹۹) و امامیه (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۲۸۵؛ طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص ۵۵۵) قبض را شرط لزوم هبه می‌دانند و برخی دیگر از فقهاء همین مذاهب به غیر از مذهب مالکی معتقدند که قبض شرط صحت هبه می‌باشد (البابرتی الحنفی، بی‌تا، ج ۹، ص ۱۹؛ الحصنی الشافعی، بی‌تا، ج ۷، ص ۳۰۸؛ السلیمان الحنبلی، بی‌تا، ج ۴، ص ۱۴؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۲۰، ص ۲۷۵). بنابراین تمام فقهاء مالکی هبه را عقد رضایی می‌دانند اما در دیگر مذاهب برخی از فقهاء هبه را عقد رضایی و برخی دیگر آن را عقد عینی محسوب می‌کنند.

## ۲. بیان دیدگاه‌های مختلف راجع به اعتبار هبه مال مشاع

### ۱-۲. دیدگاه قائل به تفکیک

#### ۱-۱-۲. دیدگاه قائل به تفکیک بین اموال قابل تقسیم و غیر قابل تقسیم

در بررسی هبه مال مشاع تنها برخی از فقهاء حنفی که قبض را شرط صحت هبه می‌دانند بین اموال قابل تقسیم و غیر قابل تقسیم فرق می‌گذارند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۲۸؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص. ۱۱۹) و فقهاء سایر مذاهب از این حیث بین اموال مشاع تفکیکی قائل نمی‌شوند (طوسی، ۱۴۰۷ق، ج ۳، ص. ۵۵۷؛ کلودانی، ۱۴۲۵ق، ص. ۳۳۹ و نووی شافعی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۳۷۴). طرفداران این عقیده پس از تفکیک بین اموال قابل قسمت و غیر قابل قسمت به اتفاق صحت هبه مال مشاع غیر قابل تقسیم را می‌پذیرند و نسبت به مال قابل تقسیم بطلان و فساد عقد هبه را مطرح می‌نمایند که در مباحث آتی مفصلاً به هر یک از آنها پرداخته خواهد شد.

#### الف. معرفی مال قابل تقسیم و غیر قابل تقسیم

حنفیه در تعریف مال غیر قابل تقسیم می‌گوید: مال غیر قابل قسمت عبارت از مالی است که امکان تقسیم آن وجود ندارد به نحوی که تقسیم مال باعث می‌شود که مالیت آن به طور کامل از بین برود یا دچار نقصان گردد و یا اینکه دیگر نتوان مانند سابق از آن منتفع شد مثل حیوان، خانه کوچک، اتومبیل و... (شیخی زاده، بی‌تا، ج ۲، ص. ۳۵۶ و میدانی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۷۲). به عبارت دیگر در اموال غیر قابل تقسیم در صورت بروز اختلاف بین شرکاء، حاکم نمی‌تواند آنها را ملزم به تقسیم مال نماید (ابن نجیم، بی‌تا، ج ۷، ص. ۲۸۶ و عینی حنفی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰، ص. ۱۶۸). در برابر مال قابل قسمت، مالی خواهد بود که بتوان آن را تقسیم کرد بدون آنکه مالیت آن پس از تقسیم از بین برود یا دچار نقصان گردد و همچنان به همان کیفیت پیش از تقسیم قابل انتفاع باشد و در فرض ایجاد اختلاف میان شرکاء، حاکم هم بتواند شریک را ملزم به تقسیم مال نماید؛ مثل خانه بزرگ، گندم و... (عینی حنفی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰، ص. ۱۶۸ و میدانی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۷۲).

#### ب. معتقد به بطلان هبه مال قابل تقسیم

بطلان هبه مال مشاع قابل تقسیم تنها توسط تعداد اندکی از فقهاء حنفی مورد پذیرش

قرار گرفته است (ابن نجیم، ۱۴۰۰ق، ص. ۳۱۱ و رازی حنفی، ۱۴۳۱ق، ج ۴، ص. ۳۹) به گونه‌ای که برخی از طرفداران دیدگاه فساد تنها یک نفر را قائل به آن می‌دانند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۵۰) و برخی دیگر هم ضمن بیان دیدگاه‌های موجود اشاره‌ای به دیدگاه بطلان نمی‌کنند (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ج ۵، ص. ۶۹۰). در این خصوص هیچ فرقی ندارد که حالت اشاعه قبل از تشکیل عقد وجود داشته باشد یا هم‌زمان با وقوع عقد حادث شود (رازی حنفی، ۱۴۳۱ق، ج ۴، صص. ۳۹-۴۲). طرفداران دیدگاه بطلان هبه مال مشاع قابل تقسیم برای توجیه و تأیید نظر خود از یک طرف استیلاء مادی را ملاک تحقق قبض می‌شمارند و برای اثبات آن علاوه بر استناد به روایت (رازی حنفی، ۱۴۳۱ق، ج ۴، ص. ۳۹)، معتقدند که در اموال قابل قسمت با توجه به اینکه امکان تقسیم و افزای این اموال وجود دارد تنها استیلاء مادی برای تحقق قبض معتبر می‌باشد و برخلاف اموال غیرقابل تقسیم نمی‌توان تخلیه را در آنها به عنوان ملاک قبض پذیرفت (میدانی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۷۲). از طرف دیگر ایشان در زمان ترازی واهب و متهم مفروز بودن مورد معامله را از شرایط صحت هبه تلقی می‌کنند (ابن نجیم حنفی، ۱۴۰۰ق، ص. ۳۱۱).

شرط دانستن افزای در زمان ترازی متعاملین بدان معنا است که این دسته از فقهاء حنفی برای قابلیت قبض در آینده و همچنین رضایت شریک جهت به قبض دادن مال مشاع به متهم اعتباری قائل نیستند. از یک سو به نظر می‌رسد اشتراط افزای در مذهب حنفی برای حمایت از متهم باشد؛ زیرا در اموال مشاع به جهت بقای حالت اشاعه این احتمال وجود دارد که متهم و شریک در روابط خود دچار اختلاف شوند؛ مثلاً شریک از اذن خود رجوع نماید و یا اینکه اختلاف شریک و واهب به متهم منتقل شود که گویا این امر با تبرعی بودن عقد هبه منافات دارد. از سوی دیگر به نظر می‌رسد پذیرش بطلان هبه مال مشاع برای حمایت از شریک باشد: صحیح دانستن هبه مال مشاع قابل تقسیم موجب ورود ضرر به شریک می‌شود؛ چرا که در این صورت شریک سابق مجبور به شراکت با متهم به عنوان شریک ناخوانده می‌باشد.

با این حال از یک سو افزای تنها در فقه حنفی شرط صحت عقد هبه می‌باشد و دیگران از این حیث قائل به چنین نظری نیستند، به ویژه اینکه از ملاک مواد ۴۶، ۵۸، ۳۵۰ و ۴۷۵ قانون مدنی نیز می‌توان این قاعده را استنباط کرد که مورد معامله در هر

یک از عقود می‌تواند مفروز یا مشاع باشد و در این خصوص فرقی نمی‌کند این عقود عینی باشند یا رضایی، موجب انتفاع از منافع عین شوند یا ملازمه‌ای با انتفاع از منافع نداشته باشند. از سوی دیگر لزومی ندارد برای قبض مال موهوب تصرف مادی اتفاق بیفتد؛ چه هدف از قبض تسلط بر مورد قبض است که لزوماً با استیلاء ید حاصل نمی‌شود، به ویژه که در عرف کنونی اماره ید به عنوان قرینه مالکیت و تسلط دیگر کاربرد سابق را ندارد و در بسیاری از موارد قابل استناد نمی‌باشد. علاوه بر آن اثر عقد هبه نیز تملیک عین موهوبه و امری اعتباری است که برای تحقق آن تصرف مادی ضرورتی ندارد. در نهایت باید گفت: برای حمایت از شریک دلیلی ندارد که هبه مال مشاع را باطل بدانیم؛ زیرا اگر شریک حاضر به شراکت با متهب نباشد مانند سابق حق دارد درخواست افراز مال مشاع را نماید. در این صورت پذیرش بطلان هبه مال مشاع حقیقتاً نه تنها به نفع شریک نیست، بلکه مانع برخی تصرفات واهب و به ضرر او می‌باشد.

### ج. معتقد به فساد هبه مال قابل تقسیم

در فقه حنفی قریب به اتفاق فقهای که قبض را شرط صحت عقد هبه می‌دانند قائل به فساد هبه مال مشاع قابل قسمت می‌باشند: هبه مال قابل قسمت را مادام که تقسیم و تسلیم نشده در حکم هبه قبل از قبض می‌دانند (ابن عابدین، بی‌تا، ج ۸، ص. ۲۳۴ و بغدادی حنفی، بی‌تا، ص. ۲۳۵) به نظر این گروه از فقهاء حنفی از آنجا که امکان تقسیم و تسلیم اموال قابل قسمت وجود دارد لذا تنها استیلاء مادی ملاک تحقق قبض می‌باشد و تخلیه (به عنوان قبض ناقص) نمی‌تواند ملاک قبض قرار گیرد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۵۰ و میدانی، بی‌تا، ج ۲، ص. ۱۷۲). این گروه از فقهاء حنفی مفروز بودن مال موهوب را در زمان قبض آن از شرایط صحت عقد هبه می‌دانند (سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، صص. ۱۶۱-۱۶۲ و عینی حنفی، ۱۴۲۰ق، ج ۱۰، ص. ۱۶۲) که در اموال قابل قسمت امکان حصول این شرط وجود دارد. حنفیه علاوه بر دلایل فوق معتقد است وقتی مال مشاع مورد هبه قرار می‌گیرد چیزی که به قبض متهب داده می‌شود بیشتر از سهم واهب است و همین امر سبب می‌شود تا واهب ملتزم به تقسیم مال مشاع شود: صحیح دانستن هبه مال مشاع قابل تقسیم موجب می‌شود که واهب ملتزم به تقسیم آن



شود که این امر سبب ورود ضرر به واهب و مخالف با تبرعی بودن عقد هبه است. از این رو هبه مال مشاع قبل از تقسیم فاسد می‌باشد و مادام که واهب سهم خود را تقسیم و تسلیم متهب نکند عقد هبه شکل نمی‌گیرد (غزنوی حنفی، ۱۴۰۶ق، ص. ۱۲۲ و سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۱۶۱).

#### د. معتقد به صحت هبه مال غیرقابل تقسیم

فقهاء حنفی بدون هیچ اختلافی هبه مال مشاع غیرقابل تقسیم را صحیح اعلام می‌نمایند (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۲۸؛ سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص. ۱۶۱ و کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص. ۱۱۹). بر اساس این عقیده اگرچه ملاک تحقق قبض استیلاء مادی بر مال موهوب است، اما در اموال غیرقابل تقسیم که امکان تقسیم مال مشاع وجود ندارد نمی‌توان تصرف فیزیکی را به عنوان ملاک قبض به‌شمار آورد و به ناچار باید تخلیه را به عنوان ضابطه قبض پذیرفت. مهمترین دلیلی که فقهای حنفی برای توجیه صحت هبه مال مشاع غیرقابل تقسیم بدان استناد نموده‌اند قیاس با عقود رضایی است که اثر آنها تملیک عین است. طبق این استدلال همان‌طور که تملیک مال مشاع غیرقابل تقسیم به وسیله عقود رضایی مثل بیع، وصیت و... صحیح می‌باشد، هبه مال مزبور نیز صحیح خواهد بود؛ چه اینکه عقد هبه نیز مفید تملیک عین است (رازی حنفی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، ص. ۴۰۵). به بیان دیگر همان‌طور که در عقود تملیکی قصدی قبض و اقباض مورد معامله برای تشکیل‌شان ضرورت ندارد در هبه مال مشاع غیرقابل تقسیم نیز به جهت غیرقابل تقسیم بودن مال امکان قبض و اقباض فیزیکی مال مشاع وجود ندارد و از این رو به نظر می‌رسد که عقد هبه در این صورت شبیه عقود رضایی است و برای تشکیل آن نیاز به قبض مادی نمی‌باشد و مجرد تخلیه برای تحقق آن کافی است. به علاوه، برخی دیگر برای توجیه این حکم به مقایسه بین هبه و اجاره مال مشاع دست می‌زنند. مطابق با این دلیل هدف از عقد اجاره انتفاع از مورد اجاره می‌باشد که مستلزم استیلاء ید بر عین مستأجره است و در این خصوص فرقی میان اموال قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم وجود ندارد؛ به جهت ملازمه داشتن اجاره با انتفاع از عین مستأجره در هیچ صورتی نمی‌توان تخلیه را ملاک قبض قرار داد. ولی در هبه مال مشاع که ملازمه‌ای با انتفاع از مورد آن ندارد قضیه متفاوت است و از این رو حداقل می‌توان

بین اموال قابل قسمت و غیرقابل قسمت در چگونگی تحقق قبض تفاوت گذاشت و نسبت به مورد اخیر که امکان تقسیم آن وجود ندارد تخلیه را به عنوان ملاک قبض پذیرفت (رازی حنفی، ۱۴۳۱ق، ج ۳، صص. ۴۰۴-۴۰۵). افزون بر این‌ها، استناد به ضرورت دلیلی دیگری است که حنفیه بدان متوسل می‌شود. مطابق با این دلیل در اموال مشاع غیرقابل تقسیم که امکان تقسیم و افراز مال وجود ندارد نمی‌توان افراز را شرط صحت هبه دانست. بنابراین ظاهراً باید بطلان هبه مال مشاع غیرقابل تقسیم را مطرح کرد، اما حکم به بطلان هبه در این مورد مانع برخی تصرفات ضروری مردم نسبت به اموال خود می‌شود و اختلال در امور روزمره مردم را به دنبال خواهد داشت. فلذا در این فرض از باب نیاز جامعه به چنین قراردادی باید پذیرفت که تخلیه می‌تواند در عقد هبه نسبت به اموال غیرقابل تقسیم ملاک قبض باشد (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۲، ص. ۷۴؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۶، ص. ۱۲۰). این عقیده از آن جهت قابل تقویت است که نپذیرفتن صحت عقد هبه موجب می‌شود که واهب در مال مشاع حبس و متحمل ضرر شود به نحوی که نه می‌تواند سهم خود را تقسیم کند و نه می‌تواند آن را هبه نماید. از این‌رو، فقهاء حنفی، قائل به صحت هبه مال مشاع غیرقابل تقسیم شده‌اند. با این حال تفکیک بین اموال قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم لازم به نظر نمی‌رسد؛ چه همان‌طور که پیشتر بیان شد ضرورتی ندارد که قبض مادی به عنوان ملاک قبض اموال قابل تقسیم در نظر گرفته شود و با توجه به تملیکی بودن عقد هبه می‌توان تخلیه را در تمام اموال مشاع به عنوان ضابطه قبض پذیرفت.

## ۲-۱-۲. دیدگاه قائل به تفکیک بین اموال منقول و غیرمنقول

برخی از فقهاء امامیه (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص. ۳۱۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۶ و علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۸۶)، حنبلی (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۶، ص. ۴۵؛ مرداوی حنبلی، بی‌تا، ج ۷، ص. ۱۲۳) و شافعی (بغوی شافعی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص. ۵۲۸ و خن، بغا و شریجی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۱۲۵) در بررسی هبه مال مشاع بین اموال منقول و غیرمنقول تفکیک می‌نمایند. مطابق با این دیدگاه که پشتوانه قول مشهور را در فقه امامیه دارد (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص. ۳۱۸) هبه مال مشاع نسبت به کلیه اموال مشاع صحیح و تفکیک صورت گرفته تنها از جهت کیفیت تحقق قبض و مسائل

مربوط به آن می‌باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۶ و موحدی لنگرانی، ۱۴۲۵ق، ص. ۴۷۵).

طرفداران دیدگاه مذکور برای توجیه تفکیک اموال مشاع به منقول و غیرمنقول، هبه را با بیع مال مشاع قیاس می‌کنند (بکری دمیاطی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۱۷۵ و معبری شافعی، بی‌تا، ص. ۳۹۴). مقصود از قیاس مذکور مقایسه وضعیت بیع و هبه مال مشاع نمی‌باشد؛ چه در این صورت با توجه به عینی بودن عقد هبه و قصدی بودن عقد بیع قیاس انجام شده مع الفارق خواهد بود. بر این اساس به نظر می‌رسد مراد از قیاس بیع و هبه مال مشاع، اخذ ملاک از نحوه قبض مبیع مشاع است بدین شرح که اثر اصلی بیع و هبه تملیک اعیان است و از این رو قبض در هبه همان‌طور اتفاق می‌افتد که در بیع رخ می‌دهد و این درحالی است که این گروه در بیان کیفیت قبض مبیع مشاع نیز بین اموال منقول و غیرمنقول فرق می‌گذارند. علت تفکیک اموال مشاع به منقول و غیرمنقول نیز از آن جهت است که طبق این دیدگاه برخلاف اموال منقول، در اموال غیرمنقول با توجه به غیرممکن بودن جابه‌جایی مادی، شرایط تحویل و تسلیم مال به متهب وجود ندارد و بدین ترتیب استیلاء ید بر مال غیرمنقول ممکن نمی‌باشد و از این رو در اموال غیرمنقول تنها تخلیه به عنوان ملاک قبض مطرح می‌گردد.

#### الف. کیفیت قبض مال منقول

همان‌طور که قبلاً بیان شد طرفداران این نظر معتقدند که هبه مال مشاع صحیح است و تفکیک اموال مشاع به منقول و غیرمنقول تنها از جهت نحوه قبض مال مشاع می‌باشد. به عقیده این گروه از فقهاء در اموال منقول به جهت وجود قابلیت نقل و انتقال فیزیکی قبض فقط با تسلط مادی بر مال موهوب اتفاق می‌افتد. تسلط مادی بر مال مشاع موجب تصرف در حصه شریک دیگر است و از این رو تحقق آن منوط به اذن وی خواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص. ۳۰۶). با موافقت شریک نسبت به قبض مال مشاع، متهب تمام مال مشاع را قبض می‌کند که به نسبت سهم واهب مال به عنوان مالکیت و به نسبت سهم شریک به عنوان ودیعه تحت استیلاء او قرار می‌گیرد (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۶، ص. ۴۵؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۶، ص. ۳۰۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۳، ص. ۲۷۵ و عمرانی شافعی، ۱۴۲۱ق، ج ۸، ص. ۱۲۰). با وصف مذکور هر گاه

شریک مال مشاع از اعطای اذن امتناع نماید چه می‌توان کرد؟ از آنجا که قبض مال موهوب قائم به شخص نیست به نظر می‌رسد که متهب می‌تواند به شریک یا واهب وکالت دهد تا مال را از طرف او قبض نمایند تا عقد هبه منعقد شود (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۶، ص. ۴۵؛ رحیبانی حنبلی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۳۸۴؛ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، صص. ۳۰۶-۳۰۷). در اینجا ممکن است متهب و شریک به ترتیب از توکیل یا قبول وکالت امتناع کنند که در فرض نخست عدم تشکیل عقد هبه مستند به عمل متهب است ولی در فرض دیگر طرفداران این نظر رجوع به حاکم را تجویز می‌کنند تا متهب با رجوع به حاکم بتواند شخص ممتنع را ملزم به قبض مال مشاع نماید و حاکم نیز امینی را نصب و مال مشاع را در تصرف او قرار می‌دهد تا امین منصوب بخشی از مال را به عنوان هبه و بخشی دیگر را به عنوان ودیعه به ترتیب از جانب متهب و شریک قبض نماید (خن، بغا و شریجی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۱۲۵؛ رحیبانی حنبلی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۳۸۴ و طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، صص. ۳۰۶-۳۰۷). اما به نظر می‌رسد رجوع به حاکم در این فرض با اشکال روبه‌رو باشد؛ چه از یک سو پیش از قبض عقدی تشکیل نمی‌شود تا متهب ذیحق و ذینفع شناخته شود و به موجب آن بتواند به حاکم رجوع نماید. از سوی دیگر اعطاء اذن حق شریک است و به نظر نمی‌رسد که بتوان شریک را برای اعمال حق خویش ملزم نمود. البته برخی از فقهاء امامیه بر این باورند که با امتناع شریک از قبول وکالت می‌توان مجرد تخلیه را در اموال قابل انتقال به عنوان قبض به حساب آورد؛ زیرا امتناع شریک سبب می‌شود که مال قابل انتقال در حکم مال غیرقابل انتقال در نظر گرفته شده و قبض در آن به مجرد تخلیه صورت بگیرد (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۸۲).

#### ب. کیفیت قبض مال غیرمنقول

طبق باور فقهاء امامیه (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴ق، ص. ۱۶۷)، شافعی (بغوی شافعی، ۱۴۱۸ق، ج ۴، ص. ۵۲۷ و عمرانی شافعی، ۱۴۲۱ق، ج ۸، ص. ۱۲۰) و حنبلی (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ج ۶، ص. ۴۵) همانند اموال منقول هبه مال مشاع غیرمنقول نیز صحیح است، اما با توجه به غیرقابل انتقال بودن مال موهوب امکان قبض حقیقی و مادی آن وجود ندارد فلذا قبض این اموال به مجرد تخلیه رخ می‌دهد و از آنجا که تخلیه مال

مشاع موجب تصرف در آن نیست به اذن شریک دیگر نیازی ندارد. موضوع اخیر شبیه همان نظری است که فقهاء حنفی در قبض اموال مشاع غیرقابل تقسیم مطرح کرده‌اند. با این وجود منظور از قبض آن است که متهب بر موضوع هبه مسلط شود و بتواند از آن هرگونه که بخواهد بهره‌برداری نماید، اما صرف اینکه واهب مورد هبه را تخلیه کند آیا بدان معناست که متهب بر آن مسلط شده و می‌تواند از آن استفاده نماید؟ به‌ویژه آنکه قرار است شریک همچنان مال مشاع را در اختیار خود داشته باشد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص. ۴۴). در تقویت این ایراد، برخی دیگر نیز مال قابل انتقال و غیرقابل انتقال را از این حیث یکی می‌دانند؛ چه قبض معنایی عرفی دارد و در هر دو به یک معنا به کار می‌رود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۶). به بیان دیگر در اموال غیرمنقول نیز قبض باید همراه با تصرف و استیلاء بر مال موهوب باشد که در این صورت به طور کلی قبض مستلزم اذن شریک خواهد بود. با این حال عده‌ای دیگر نیز اشکالی نمی‌بینند که در هر دو نوع مال تخلیه کافی باشد همان‌طور که تخلیه در قرارداد بیع به روشنی بر قبض مبیع دلالت دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۶).

با این وجود ضرورتی ندارد بین اموال منقول و غیرمنقول تفکیک شود؛ زیرا اولاً، با توجه به تملیکی بودن عقد هبه و ملازمه نداشتن آن با انتفاع از منافع برای تشکیل عقد نیازی به قبض مادی و استیلاء ید بر عین موهوبه نیست که عقیده برخی از فقهاء مذاهب اسلامی نیز مؤید این ایراد است (خن، بغا و شریجی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۱۲۶ و مصطفوی، ۱۴۲۳ق، ص. ۴۰۷)؛ به ویژه اینکه قانون‌گذار نیز در وضع ماده ۳۶۷ قانون مدنی با اینکه تحت تأثیر فقه امامیه بوده، قبض را به معنای سلطه معنوی دانسته است و به نظر می‌رسد در مقام بیان قاعده‌ای است که کیفیت قبض را در عقود که ملازمه با انتفاع از منافع عین ندارند بیان می‌کند. ثانیاً، بر فرض ملاک بودن قبض مادی باز هم از نظر منطقی تفکیک صورت گرفته مورد اشکال است بدین شرح که قابلیت قبض اموال همیشه ناظر به مال مورد قبض نیست، بلکه گاهی ناظر به شخص قبض‌کننده است: در اموال منقول با توجه به وصف مال امکان تسلیم مال وجود دارد اما در اموال غیرمنقول اگرچه نمی‌توان مال را مورد نقل و انتقال فیزیکی قرار داد اما شخص قبض‌کننده می‌تواند شخصاً بر آن وضع ید نموده و از آن منتفع شود. بنابراین قبض مادی هم در اموال منقول و هم در اموال غیرمنقول قابل تحقق است و از این حیث تفکیک انجام شده توجیهی ندارد.

## ۲-۲. دیدگاه عدم قائل به تفکیک: معتقد به صحت هبه مال مشاع

در میان فقهاء مذاهب اسلامی برخی از فقهاء امامیه (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص. ۳۱۹؛ خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص. ۴۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۶) و حنبلی (ابن مفلح، ۱۴۱۸ق، ج ۵، ص. ۱۹۵؛ حجاوی، بی‌تا، ج ۳، ص. ۳۳)؛ و در میان حقوقدانان نیز عده‌ای قائل به دیدگاه فوق می‌باشند (امامی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص. ۵۱۲ و کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۴۹). طرفداران این دیدگاه در بررسی هبه مال مشاع بین اموال مشاع تفکیک قائل نمی‌شوند و هبه کلیه اموال مشاع اعم از منقول و غیرمنقول و همچنین قابل تقسیم و غیرقابل تقسیم را صحیح می‌دانند و در خصوص وضعیت قبض مال مشاع نیز معیار واحدی را به عنوان ضابطه قبض معرفی می‌نمایند. این دسته از فقهاء برای توجیه نظر خود به همان دلایل پیشین: عموم برخی روایات، قیاس هبه و بیع مال مشاع، اصل صحت، قاعده «ما جاز بیعه جاز هبه»، اجماع، قیاس هبه مال مشاع و مفروز استناد می‌کنند و معتقدند تملیک مال موهوب همان‌طور که در مال مفروز امکان دارد در اموال مشاع نیز ممکن خواهد بود. بنابراین طرفداران این دیدگاه با توجه به قابلیت قبض اموال مشاع هبه این اموال را صحیح می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۴۷) و برای اثبات این امر بیش از هر چیز بر قبض اموال مشاع و چگونگی تحقق آن تمرکز می‌کنند. در ادامه تمام نظراتی که در فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران راجع به کیفیت قبض اموال مشاع وجود دارد مورد اشاره قرار می‌گیرد. در این باره برخی قبض مادی را به عنوان ضابطه می‌پذیرند و در خصوص اینکه أخذ اذن شریک برای تحقق آن لازم باشد یا نه با هم اختلاف می‌کنند. در مقابل، عده‌ای با رویگردانی از معیار سنتی قبض مجرد تخلیه و سلطه معنوی را جایگزین قبض مادی می‌نمایند که مفصلاً به هر یک از این عقاید پرداخته خواهد شد.

## ۲-۲-۱. لزوم أخذ اذن شریک

قائلین این نظر معتقدند قبض تمام اموال مشاع وقتی رخ می‌دهد که اذن شریک أخذ گردد و در این خصوص فرقی بین اموال منقول و غیرمنقول وجود ندارد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص. ۴۵؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۷) و برای توجیه و تأیید نظر خود به دو دلیل تمسک می‌جویند: نخست اینکه صرف تخلیه به معنای تحقق قبض

نیست و مجرد تخلیه از سوی واهب در اموال مشاع موجب تسلط متهب بر آن نمی‌شود، بلکه مسلط شدن متهب بر مال مشاع نیاز به استیلاء مادی دارد و این امر موجب تصرف در سهم شریک می‌شود، مع ذلک اخذ اذن شریک در اموال غیرمنقول نیز همانند اموال منقول ضروری و لازم به نظر می‌رسد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۷). دوم اینکه صرف تخلیه واهب سبب وقوع قبض نمی‌شود؛ چرا که سهم هر یک از شریکان در تمام مال مشاع پراکنده است و تجزیه سهام آنها پیش از تقسیم مال امکان ندارد و در این صورت با تخلیه واهب فقط سهم او تخلیه نمی‌شود، بلکه حصه شریک نیز مورد تخلیه قرار می‌گیرد و بدین جهت مراجعه به شریک جهت اخذ رضایت وی برای تحقق قبض لازم به نظر می‌رسد (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۴، ص. ۴۵). بنابراین دیدگاه مذکور مجرد تخلیه را ملاک قبض نمی‌داند و برای تحقق قبض استیلاء مادی را به عنوان ضابطه در نظر می‌گیرد و در خصوص کیفیت قبض معتقد است واهب پس از رفع ید تمام مال مشاع را با اذن شریک دیگر به متهب تسلیم می‌کند و متهب نیز به قصد اینکه نصف مال به عنوان هبه و نصف دیگر به عنوان ودیعه نزد او باشد، مال موضوع هبه را قبض می‌نماید. بنابراین تمام مسائلی که پیش از این در خصوص اذن شریک، امتناع شریک و... در اموال منقول بحث شد در اینجا نیز مطرح می‌شود که پرداختن مجدد به آن لزومی ندارد.

## ۲-۲-۲. قبض مادی بدون اذن شریک

به عقیده برخی دیگر از طرفداران دیدگاه عدم تفکیک، قبض تمام اموال مشاع با استیلاء مادی محقق می‌شود و با وجود اینکه چنین امری تجاوز به حقوق شریک دیگر تلقی می‌شود اما اخذ اذن او ضرورتی ندارد (سیستانی، ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص. ۴۰۸؛ موحدی لنکرانی، ۱۴۲۵ق، ص. ۴۷۵). به بیان دیگر اگرچه ممکن است قبض مال مشاع نسبت به سهم شریک ممنوع باشد و حتی سبب مسئولیت واهب و متهب به نسبت سهم او شود، اما از آنجا که واهب نسبت به قبض سهم خود رضایت داشته لذا به همان میزان از مسئولیت متهب کاسته می‌شود و به میزان سهم واهب نیز قبض مال مشاع معتبر و واجد اثر حقوقی می‌باشد و باعث می‌شود تا عقد هبه نیز صحیح گردد (بهوتی، ۱۴۰۲ق، ج ۴، ص. ۳۰۵؛ رحیبانی حنبلی، ۱۴۱۵ق، ج ۴، ص. ۳۸۸؛ طباطبایی حائری،

۱۴۱۸ق، ج ۱۰، ص. ۲۱۴). در تقویت و اصلاح این نظر می‌توان گفت: تصرف مادی در اموال مشاع وقتی ممنوع و موجب ضمان متصرف است که سبب ورود ضرر به شریک شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص. ۱۳). بنابراین هر گاه متهب تنها برای لحظه‌ای بر مال مشاع مسلط شود به گونه‌ای که عرفاً خسارتی به شریک وارد نشود، چنین تصرفی ولو بدون اذن شریک ممنوع به نظر نمی‌رسد و علاوه بر انتفاء ضمان، مانع انعقاد عقد هبه نخواهد بود.

#### ۲-۲-۳. تخلیه

برخی از پیروان دیدگاه عدم تفکیک مجرد تخلیه را بدون نیاز به اذن شریک دیگر در تمام اموال مشاع اعم از منقول و غیرمنقول به عنوان مصداقی از مصادیق قبض می‌دانند. این برداشت از قبض متکی بر این استدلال است که تخلیه بما هو تخلیه مفید قبض خواهد بود (بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۲، ص. ۳۱۹ و شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶، ص. ۲۷). با این وجود آیا به صرف تخلیه موجبات تسلط متهب بر سهم واهب میسر می‌شود؟ ظاهراً از نظر منطقی قابل قبول نیست که بتوان تخلیه را به تنهایی به عنوان ملاک قبض پذیرفت اما در دفاع از این عقیده شاید بشود گفت: از یک طرف با پذیرفتن تخلیه به عنوان ملاک قبض اگرچه استیلاء مادی برای متهب به صورت بالفعل حادث نمی‌گردد اما بعد از وقوع تخلیه عقد هبه تشکیل شده و متهب به عنوان یکی از مالکین مال مشاع محسوب می‌گردد و به صورت بالقوه بر سهم خود مسلط می‌باشد؛ چه هر وقت بخواهد می‌تواند برای انتفاع از منافع سهم خود و همچنین تقسیم آن با سایر مالکین توافق کرده یا به حاکم رجوع نماید. به عبارت دیگر تخلیه مسلماً قبض واقعی نیست ولی می‌توان آن را در حکم قبض حقیقی قرار داد، به ویژه اینکه هبه عقد تملیکی است و برای تحقق آن استیلاء مادی ضرورتی ندارد.

#### ۲-۲-۴. سلطه معنوی

به عقیده برخی از حقوقدانان برای تحقق قبض مال مشاع مورد هبه أخذ اذن شریک لازم نمی‌باشد. این دیدگاه برای بیان وضعیت قبض مال مشاع بین عقود که ملازمه با انتفاع از منافع مورد معامله دارند و عقودی که چنین ملازمه‌ای در آنها یافت نمی‌شود



تفاوت می‌گذارد. این تفکیک بدان جهت است که در عقود انتفاعی مثل اجاره و وقف که اثر اصلی عقد تملیک منافع و ایجاد حق انتفاع است قبض مال مشاع، چه به عنوان اثر عقد و چه به عنوان شرط صحت، باید به شکلی رخ دهد که مستاجر و موقوف‌علیه بتوانند از منافع مورد معامله منتفع شوند. به عبارت دیگر در عقود انتفاعی تسلط بر مورد معامله تنها با استیلاء مادی حاصل می‌شود و صرف سلطه معنوی نمی‌تواند معیار قبض در نظر گرفته شود. در مقابل در عقودی که ملازمه با انتفاع از منافع مورد معامله ندارند؛ مثل بیع و هبه برای تحقق قبض استیلاء ید بر مورد معامله ضروری نمی‌باشد؛ چه در مثال‌های فوق اثر اصلی عقد تملیک است که امری اعتباری و در عالم قرارداد اتفاق می‌افتد و از آن‌رو برای حصول آن نیازی به تصرفات بیرونی در مال مشاع نیست و همین که برای متب یا بایع سلطه معنوی ایجاد شود می‌توان قبض مورد معامله را محقق دانست (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، صص. ۴۸-۴۹).

امروزه قبض در مفهوم عرفی خود معنایی جز تسلط معنوی بر مال مورد قبض ندارد و این یعنی دیگر وجود تصرف مادی بر اموال جهت تسلط شناختن متصرف لزومی نخواهد داشت. حال، جایی که تصرف مادی بر مالی وجود ندارد احراز تسلط اشخاص بر آن دشوار خواهد بود، در نتیجه لازم است تا برای احراز تسلط اشخاص بر مال مقبوض و تنظیم روابط آنها قرائن و اماراتی ایجاد شود. به نظر می‌رسد قانون‌گذار در راستای این امر گام برداشته و تنظیم سند رسمی را در مواردی به صورت اختیاری و در مواردی هم به شکل اجباری مقرر نموده است. اینک سؤال آن است که آیا تنظیم سند رسمی، مخصوصاً در اموال مشاع، به عنوان قبض مال موهوب محسوب می‌شود؟ عده‌ای از حقوق‌دانان تنظیم سند رسمی را تنها در اموال غیرمنقول لازم می‌دانند و از آن تحت عنوان تشریفات یاد می‌کنند که در صحت قرارداد نقشی ندارد و ضمانت اجرای عدم رعایت این شرط را تنها غیرقابل اعتبار بودن این اسناد در ادارات و محاکم می‌دانند. بنابراین طبق نظر آنها وجود سند مالکیت تنها از بعد اثباتی اهمیت دارد نه ثبوتی (امامی، ۱۳۹۳، ج ۲، ص. ۵۰۶ و کاتوزیان، ۱۳۹۵، ج ۳، ص. ۷۰)، فلذا در عقود عینی رکن قبض باید، فارغ از تنظیم یا عدم تنظیم سند رسمی، به صورت مستقل و جداگانه اتفاق بیفتد. با این حال برخی دیگر تنظیم سند رسمی دلیل بر قبض می‌دانند به نحوی که بدون تنظیم سند ولو همین که مال تحت تصرف شخص باشد را دلیل تسلیم

و قبض نمی‌دانند. گروه اخیر در تأیید نظر خود با مثالی به عرف جامعه متوسل می‌شوند: «مفهوم قبض را باید از عرف اتخاذ کرد. با توجه به اینکه عرف، انتقال اسناد انبار را قبض محسوب می‌کند، شرع و قانون از این امر تبعیت خواهند کرد کما اینکه به عکس، اگر کسی اتومبیلی را بفروشد و آن را به نحو مادی تحویل مشتری بدهد، ولی هنوز انتقال رسمی و امضای سند انجام نشده باشد، به نظر می‌رسد که عرف، ماشین را قبض شده محسوب نمی‌کند» (محقق داماد، ۱۳۹۳، ص. ۱۹۳).

### ۳. تحلیل و ارزیابی دیدگاه‌ها

#### ۳-۱. حکم وضعی عقد هبه

برخلاف تصرفات حقوقی، تصرف مادی در اموال مشاع بدون اذن شریک دیگر ممنوع است و این درحالی است که قبض مال مشاع به عنوان تصرف مادی در مرحله تشکیل عقد هبه نقش دارد و از این رو نمی‌توان بین مرحله توافق متعاملین و قبض مورد معامله تمییز نمود. با این وصف هر چند قبض مال مشاع نقش اساسی در تشکیل هبه دارد اما این مسئله باعث نمی‌شود که صحیح دانستن هبه مال مشاع در حقوق ایران با اشکالی مواجه شود؛ زیرا: اولاً، شکی در صحت هبه اموال مفروز وجود ندارد و این امر بدان جهت است که امکان قبض و اقباض این اموال وجود دارد و از آنجا که اموال مشاع را نیز می‌توان مورد قبض و اقباض قرار داد دیگر شکی در صحت آن باقی نمی‌ماند و هر گاه مال مشاع تسلیم متبهب گردد عقد هبه انعقاد می‌یابد. ثانیاً، با وجود آنکه استمرار قبض مادی برای انتفاع از مورد معامله در عقود حق انتفاع، وقف و اجاره ضروری می‌باشد، قانون‌گذار به موجب مواد ۴۶، ۵۸ و ۴۷۵ قانون مدنی صحت عقد حق انتفاع و وقف اموال مشاع را به‌طور ضمنی و صحت اجاره مال مشاع را به‌طور صریح پذیرفته است. از این رو در هبه اموال مشاع که ملازمه‌ای با انتفاع از منافع عین موهوبه ندارد و استمرار قبض نیز در آن شرط نمی‌باشد به طریق اولی می‌توان صحت عقد را پذیرفت. ثالثاً، اثر اصلی عقد هبه همانند بیع تملیک عین مورد معامله است که در عالم اعتبار محقق می‌گردد و ملازمه‌ای با انتفاع از منافع آن ندارد. از این رو به نظر می‌رسد همان‌طور که سلطه معنوی ضابطه قبض مبیع است در عقد هبه نیز سلطه معنوی می‌تواند به عنوان ملاک قبض قرار گیرد: می‌توان با وحدت ملاک از ماده ۳۶۷ قانون مدنی سلطه معنوی را

ملاک قبض در هبه دانست. در این صورت از آنجا که استیلاء معنوی موجب تصرف در سهام شریک دیگر نمی‌باشد نیازی به اخذ اذن وی نخواهد بود. رابعاً، اطلاق ماده ۵۸۳ قانون مدنی: «هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند» شامل عقد هبه نیز می‌شود.

### ۲-۳. وضعیت قبض مال مشاع

عرفی بودن مسئله قبض سبب می‌شود که در زمان‌ها و مکان‌های مختلف معیارهای متفاوتی از قبض اموال مختلف ارائه شود. در ادوار سابق ملاک تسلط بر اموال استیلاء ید بر آنها بود و در مواردی که امکان تحقق آن وجود نداشت تخلیه جایگزین آن می‌شد. با پیشرفت تمدن بشری رفته رفته تسلط مادی جای خود را به سلطه معنوی داد بنحوی که امروزه تنظیم سند رسمی نسبت به برخی اموال دلیل بر تسلط بر آنها است و حتی عرف کنونی استیلاء مادی بدون سند رسمی را موجب تسلط بر آنها محسوب نمی‌کند. از این رو قانون مدنی در ماده ۳۶۷ سلطه معنوی را به عنوان ملاک قبض به رسمیت شناخت و به نظر می‌رسد در این ماده در مقام بیان قاعده‌ای کلی در خصوص قبض اموال مفروز و مشاع می‌باشد.

تملیکی بودن عقد هبه و ملازمه نداشتن با انتفاع از منافع عین موهوبه سبب می‌شود که لزومی به استیلاء ید بر مال موهوب نباشد و به موجب سلطه معنوی نیز بتوان بر آن مسلط شد، به ویژه اینکه متهب به موجب عقد هبه قائم مقام واهب شده و از حقوق و تعهدات او برخوردار می‌گردد که یکی از آنها منع تصرفات مادی بدون اذن دیگران است. بنابراین به دلیل وجود وضعیت اشاعه تصرف عملی در مال مشاع امکان ندارد و مجرد سلطه معنوی برای تحقق قبض کفایت می‌کند. بر این اساس تحقق سلطه معنوی و اعتباری در اموال مختلف متفاوت است به نحوی که در اموال قابل ثبت؛ مثل اموال غیرمنقول و اتومبیل تنها با تنظیم سند رسمی تسلط بر مال موهوب ایجاد می‌گردد. با این وجود مسئله اصلی در مورد املاک و اموالی است که حسب مورد فاقد سابقه ثبتی هستند و یا امکان ثبت رسمی آنها وجود ندارد. در این موارد به نظر می‌رسد که مجرد تخلیه می‌تواند به عنوان ضابطه قبض مطرح شود. اگرچه تخلیه ظاهراً موجب تسلط متهب بر مال موهوب نمی‌شود اما قرار دادن تخلیه به عنوان ضابطه قبض سبب می‌شود

که به وسیله آن عقد هبه تشکیل گردد و به تبع آن متهب به قائم مقامی از واهب حق انجام تصرفات حقوقی نسبت به سهم خود، درخواست تقسیم مال مشاع و رجوع به حاکم جهت الزام شریک را خواهد داشت. به بیان ساده‌تر هرچند تخلیه موجب تسلط عملی و بالفعل متهب بر عین موهوبه نمی‌شود اما به صورت بالقوه متهب را بر مورد معامله مسلط می‌نماید، به ویژه اینکه با وجود حالت اشاعه در مال موهوب امکان تصرفات عملی بر مورد معامله بدون رضایت شریک دیگر دشوار می‌باشد.

### نتیجه‌گیری

برخلاف تصرفات مادی، انجام تصرفات حقوقی و اعتباری در اموال مشاع نیاز به اذن سایر شرکاء ندارد. با این وجود هبه اموال مشاع محل اشکال است؛ زیرا علاوه بر توافق طرفین، قبض مال مشاع (به عنوان تصرف حقوقی) نیز برای تشکیل عقد ضرورت دارد. پس از بررسی عقاید فقهاء مذاهب اسلامی و حقوقدانان ایران، روشن شد که صحیح دانستن هبه مال مشاع اشکالی ایجاد نمی‌کند. اثر اصلی هبه مال مشاع تملیک عین است و با توجه به ملازمه نداشتن هبه با انتفاع از منافع عین موهوبه برای تحقق قبض مال موهوب استیلاء ید بر آن شرط نمی‌باشد و سلطه معنوی برای تحقق آن کفایت می‌کند، به ویژه اینکه ملاک ماده ۳۶۷ قانون مدنی هم مؤید این امر می‌باشد. تحقق سلطه معنوی در اموال قابل ثبت تنها با تنظیم سند رسمی اتفاق می‌افتد و در اموال غیرقابل ثبت مجرد تخلیه می‌تواند به عنوان ضابطه قبض در نظر گرفته شود.

### کتابنامه

۱. ابن جزى كلبى، محمد بن احمد (بى تا). *القوانين الفقهيه*. بى جا: بى نا.
۲. ابن رشد، محمد بن أحمد مالکی (۱۴۲۵ق). *بدايه المجتهد و نهایه المقتصد*. قاهره: دارالحدیث.
۳. ابن عابدین، محمد امین بن عمر حنفی (۱۴۱۲ق). *رد المحتار علی الدر المختار*. بیروت: دار الفکر.
۴. ابن عابدین، محمد امین بن عمر حنفی (بى تا). *قره عین الأخیار لتکمله رد المحتار علی الدر المختار*. بیروت: دار الفکر للطباعه والنشر والتوزیع.
۵. ابن قدامه، عبد الله بن احمد حنبلی (۱۳۸۸ق). *المغنی*. قاهره: مکتبه القاهره.
۶. ابن مفلح، ابراهیم بن محمد حنبلی (۱۴۱۸ق). *المبدع فی شرح المقنع*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۷. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم حنفی (۱۴۰۰ق). *الاشباه و النظائر*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۸. ابن نجیم، زین الدین بن ابراهیم حنفی (بى تا). *البحر الرائق شرح کنز الدقائق*. بى جا: دار الکتب الاسلامی.
۹. امامی، حسن (۱۳۹۳). *حقوق مدنی*. تهران: اسلامیه.
۱۰. بابرتی حنفی، محمد بن محمود (بى تا). *العنايه شرح الهدایه*. بیروت: دار الفکر.
۱۱. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق). *الحدائق الناضره فی أحكام العترة الطاهره*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۲. بغدادی حنفی، غانم بن محمد (بى تا). *مجمع الضمانات*. بى جا: دار الکتب الاسلامی.
۱۳. بغوی شافعی، حسین بن مسعود (۱۴۱۸ق). *التهذیب فی فقه الامام الشافعی*. بى جا: دار الکتب العلمیه.
۱۴. بکری دمیاطی، ابوبکر بن محمد شطا (بى تا). *حاشیه اعانه الطالبین*. بیروت: دار الفکر للطباعه والنشر والتوزیع.
۱۵. بهوتی، منصور بن یونس حنبلی (۱۴۰۲ق). *کشاف القناع عن متن الإقناع*. بیروت: دار الفکر.
۱۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *رهن و صلح*. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱الف). *دایرة المعارف عمومی حقوق الفارق*. تهران: انتشارات گنج دانش.
۱۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱ب). *مجموعه محشی قانون مدنی*. تهران: انتشارات گنج

- دانش.
۱۹. حجاوی، موسی بن احمد حنبلی (بی تا). الإقناع فی فقه الامام احمد بن حنبل. بیروت: دار المعرفه.
۲۰. حصنی شافعی، ابوبکر بن محمد (بی تا). کفایه الاخیار فی حل غایه الاختصار. دمشق: دار الخیر.
۲۱. خن، مصطفی؛ بغا، مصطفی و شریجی، علی (۱۴۱۳ق). الفقه المنهجی علی مذهب الإمام الشافعی. دمشق: دار القلم للطباعه و النشر و التوزیع.
۲۲. خوانساری، سیداحمد بن یوسف (۱۴۰۵ق). جامع المدارک فی شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. رازی حنفی، ابوبکر الجصاص (۱۴۳۱ق). شرح مختصر الطحاوی. بیروت: دارالبشائر الاسلامیه و دارالسراج.
۲۴. رحیبانی حنبلی، مصطفی بن سعد (۱۴۱۵ق). مطالب اولی النهی فی شرح غایه المنتهی. بی جا: المکتب الاسلامی.
۲۵. سرخسی، محمد بن أحمد (۱۴۱۴ق). المبسوط. بیروت: دار المعرفه.
۲۶. سلمان حنبلی، عبدالعزیز بن محمد (بی تا). الأسئلة و الأجوبه الفقهیة. بی جا: بی نا.
۲۷. سمرقندی، علاءالدین (۱۴۱۴ق). تحفه الفقهاء. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۲۸. سیستانی، سید علی حسینی (۱۴۱۷ق). منهاج الصالحین. قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.
۲۹. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۳۱. شیخی زاده، عبدالرحمن بن محمد بن سلیمان (بی تا). مجمع الانهر فی شرح ملتقى الابحر. بی جا: دار إحياء التراث العربی.
۳۲. طباطبایی حائری، سیدعلی بن محمد (۱۴۱۸ق). ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام باللائل. قم: مؤسسه آل البيت (علیهم السلام).
۳۳. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۴ق). تکمله العروه الوثقی. قم: کتابفروشی داوری.
۳۴. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ق). المبسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریه.
۳۵. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه

مدرسين حوزه علميه قم.

۳۶. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق). *مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۷. علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). *تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب الإمامیه*. قم: مؤسسه امام صادق (علیه السلام).
۳۸. عمرانی شافعی، یحیی بن ابی الخیر (۱۴۲۱ق). *البيان فی مذهب الامام الشافعی*. جده: دار المنهاج.
۳۹. عینی حنفی، محمود بن احمد (۱۴۲۰ق). *البنایه شرح الھدایه*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۴۰. غزنوی حنفی، عمر بن اسحاق (۱۴۰۶ق). *الغره المنیفة فی تحقیق بعض مسائل الإمام أبی حنیفه*. بی جا: مؤسسه الکتب الثقافیه.
۴۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). *عقود معین - عطایا*. تهران: انتشارات گنج دانش.
۴۲. کاسانی، علاءالدین (۱۴۰۶ق). *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرایع*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۴۳. کلودانی، محفوظ بن احمد حنبلی (۱۴۲۵ق). *الھدایه علی مذهب الامام احمد*. بی جا: مؤسسه غراس للنشر و التوزیع.
۴۴. ماوردی شافعی، علی بن محمد (۱۴۱۹ق). *الحاوی الکبیر*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۴۵. محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۴۶. محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۳). *قواعد فقه - بخش مدنی*. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۴۷. مرداوی حنبلی، علاءالدین (بی تا). *الإنصاف فی معرفه الراجح من الخلاف*. بی جا: دار احیاء التراث العربی.
۴۸. مصطفوی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۳ق). *فقه المعاملات*. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴۹. معبری شافعی، زین الدین احمد بن عبد العزیز (بی تا). *فتح المعین بشرح قره العین بمهمات الدین*. بی جا: دار ابن حزم.
۵۰. مواق مالکی، محمد بن یوسف (۱۴۱۶ق). *التاج والإکلیل لمختصر خلیل*. بیروت: دار الکتب العلمیه.
۵۱. موحدی لنکرانی، محمدفاضل (۱۴۲۵ق). *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله (المضاربه، الشركه، المزارعه، المساقاه، الدین و...)*. قم: مرکز فقه ائمه اطهار (علیهم السلام).
۵۲. میدانی، عبدالغنی (بی تا). *اللباب فی شرح الکتاب*. تحقیق محمد محی الدین عبد الحمید،

بيروت: المكتبة العلمية.

۵۳. نمرى مالكي، يوسف بن عبدالله (۱۴۰۰ق). الكافي في فقه اهل المدينة. رياض: مكتبة الرياض الحديثه.

۵۴. نمرى مالكي، يوسف بن عبدالله (بى تا). الاستذكار. بيروت: دار الكتب العلمية.

۵۵. نووى شافعي، محي الدين يحيى بن شرف (۱۴۱۲ق). روضه الطالبين و عمدته المفتين. بيروت: المكتبة الاسلاميه.

۵۶. نووى شافعي، محي الدين يحيى بن شرف (بى تا). المجموع شرح المهذب. بيروت: دار الفكر.



