



## مفهوم مالکیت مشاع و مقایسه با سایر مفاهیم در نظام حقوقی ایران و افغانستان و فقه شیعه و حنفی

سیده زهرا مرتضوی<sup>۱</sup>

### چکیده

مالکیت و تصرف مال مشاع یکی از اقسام اصلی مالکیت می باشد که علاوه بر اسباب اختیاری و قهری ایجاد آن، افزایش چشمگیر جمعیت شهر نشین و احساس نیاز به پذیرفتن مالکیت های مشترک نیز بر جایگاه و میزان اهمیت بررسی این مبحث می افزاید. در تبیین بیشتر جایگاه و اهمیت این بحث باید گفت: با توجه به اسباب ایجاد آن که از جمله ی گسترده و شایع ترین آن ها ارث می باشد و همه روزه به انحاء مختلف شاهد آن هستیم، مالکیت های مشاعی در جامعه به گونه ای گسترده وجود دارد، بنابراین می طلبد در مبحثی مستقل و با دقت نظر کامل به آن پرداخته شود.

در مقاله ی حاضر سعی شده است موضوعات به شیوه ی توصیفی-تحلیلی مورد ارزیابی قرار گیرد.

محور مباحث مورد نظر در قوانین افغانستان، حقوق مدنی با تکیه بر نظر فقهای حنفی و در قوانین ایران، قانون مدنی ایران با تکیه بر نظر فقهای شیعه می باشد.

**کلید واژگان:** مال، مالکیت، مشاع، کلی در معین

---

۱-دانش پژوه فقه و معارف اسلامی و علوم تربیتی جامعه المصطفی(ص) و فارغ التحصیل فلسفه و حکمت اسلامی دانشگاه فردوسی و کارشناسی ارشد حقوق

## مقدمه

امروزه در هر نظامی و بالاخص در آموزه های اسلامی حق مالکیت به عنوان حقی فطری و بنیادی به رسمیت شناخته شده و به هر فردی رعایت این حق در مورد خود و دیگران توصیه شده است.

انگیزه ی آدمی برای زندگی بهتر و رشد و ترقی موجب حرکت، کار و تلاش وی می شود و به تبع آن، هر انسانی طبیعتاً خود را مالک آنچه با کار و تلاش فکری و یدی خود به دست آورده است می داند. از این روست که حق مالکیت جزو حقوق اولیه و فطری به شمار آمده و هیچ فردی حق تعرض به حدود مالکیت دیگری را ندارد. بنابراین این حق، موتور تحرک فعالیت های اقتصادی و حرکت به سمت رشد و شکوفایی بیشتر می باشد.

به همین علت هر چه دایره ی تصرفات و بهره برداری فرد از مالکیتش بیشتر باشد انگیزه ی وی در جهت رشد و پیشرفت اقتصادی بالاتر رفته و در نتیجه منجر به کارآمدی و تلاش بیشتر برای خود و جامعه می گردد. از این روست که در مقایسه با مالکیت های عمومی، مالکیت های خصوصی در همه ی جوامع از اهمیت زیادی برخوردار می باشد که خود به دو نوع مفروز و مشاع تقسیم می شود.

که از این رو بنده سعی نموده ام به بررسی ماهیت، احکام و آثار مالکیت های مشاع در نظام حقوقی افغانستان و ایران و فقه حنفی و شیعه پردازم که در این مقاله به عنوان پیش درآمد و بخش اول به بررسی مفهوم مالکیت مشاع و مقایسه آن با سایر موارد پرداخته شده است.

## مالکیت

قبل از تعریف مالکیت لازم است در ابتدا به عنوان مقدمه بیان شود که مالکیت مجرد و ذهنی نبوده بلکه مفهومی است که با توجه به متعلق آن انتزاع می شود. به عبارتی مالکیت مفهومی ذات الاضافه است که بدون در نظر گرفتن اضافه مالکیت محقق نمی شود. این نکته از آیه ۱ سوره تغابن قابل برداشت می باشد که خداوند متعال فرموده است: «یسبح لله ما فی السموات و ما فی الارض له الملك و له الحمد و هو علی کل شیء قدير» که با توجه به این آیه می توان دریافت که تحقق مالکیت با توجه به متعلق های آن مانند زمین و آسمان و هستی و... قابل برداشت می باشد. باید گفت مالکیت بشر در عرصه اجتماعی نیز این گونه بوده و مفهوم مالکیت با توجه به متعلق های

آن که عبارتند از مال، حق، منفعت و دین تحقق می‌یابد. که یکی از متعلق‌های مالکیت همان طور که بیان شد مال است. که در ابتدا به طور مختصر به تعریف آن پرداخته و سپس مالکیت را تعریف می‌نماییم.

### معنای مال

از آنجایی که مالکیت مشاع یکی از انواع مالکیت بوده و از متعلق‌های مهم و اصلی مالکیت مال می‌باشد، و تصور مفهوم مالکیت با مال روشن می‌گردد در این بند به بررسی معنای لغوی و اصطلاحی مال می‌پردازیم.

### الف. معنای لغوی مال

در تعریف لغوی مال باید گفت: اعراب مال را در ابتدا در مورد اراضی به کار بردند ولی بعداً توسعه بخشیدند. مال را در فارسی قدیم به منقول می‌گفتند (معادل چیزی) که مستندات آن در شاهنامه و قابوسنامه موجود می‌باشد. در دوره‌های بعد و تاکنون نیز به اسب و دام و حواشی مال گویند که یادگار دوران غلبه ی دام داری است. در زبان عرب مال را به معنی مالیات به کار برده‌اند و اسم کتاب الاموال ابو عبیده گداه نیز همین است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ص ۳۱۲۶) و در معنی خراج هم به کار رفته است. همچنین در تعریف مال آورده‌اند: مال در لغت به معنای دارایی، هستی، ثروت و نیز هر چیزی که شایسته به ملکیت درآمدن و حیات باشد است. (باذری فومشی، ۱۳۹۲، ص ۶۰۱) و همچنین به معنای خواسته و آنچه در ملک کسی باشد نیز آمده است. (پادشاه، ۱۳۳۵، ص ۳۷۵)

### ب. معنای اصطلاحی مال

در اصطلاح مال چیزی است که به علت منافع واقعی یا اعتباری آن مورد رغبت عقلا باشد، به گونه‌ای که حاضر باشند تا در مقابل آن عوضی پرداخت نمایند. به عبارت دیگر مال چیزی است که ارزش مبادلاتی داشته باشد. و در صورت تلف مسئول آن متلف شناخته می‌شود. (انصاری، طاهری، ۱۳۸۸، ص ۱۶۴۵) اصولاً در اینکه چه چیزی مال است اصطلاح خاصی ندارد بلکه مالیت یک امر عقلایی و انتزاعی است. لیکن شارع مقدس استفاده از برخی کالاها را ممنوع ساخته و فایده و ارزش آن‌ها را نادیده گرفته و آثار و مالیت را در آنها لغو کرده است و اینگونه اشیاء از نظر شرع مال نیستند. بنابراین به طور خلاصه خصوصیات مال را چنین می‌توان بیان کرد: شیء دارای منفعتی باشد که مورد رغبت واقع گردد. لذا آنچه منفعت عقلایی نداشته باشد



مثل اشیاء پلید عرفاً مال محسوب نمی‌شوند. (انصاری، طاهری، همان، ۳۱۲۶)

از نظر فقهاء و حقوق دانان (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۹۰، ص ۱۰) مال هر چیزی است که انسان مالک آن باشد. (انصاری، ۱۳۸۸، ص ۱۶۴۵) به عبارتی دیگر مال به معنای خواسته، دارایی و آنچه ارزش مبادله داشته باشد و یا هر چیزی که انسان می‌تواند از آن استفاده کند و قابل تملک باشد به کار رفته است. هر چه در تصرف و در ید کسی باشد به خصوص چیزی که ارزش اقتصادی داشته و قابل تبدیل به پول باشد. (دهخدا، ۱۳۷۲، ۱۷۶۳۶) و به طور معمول احتمال حیازت و انتفاع از آن وجود داشته باشد. بنابراین حقوق مالی مانند حق تحجیر و حق شفعه و حق صاحب علامت تجاری هم مال محسوب است. (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ص ۱۶۴۵) آقای لنگرودی در ذیل تعریف مال آورده است که «آنچه تعریف حقوقی از مال دیدم همه ناقص و مخدوش است ناچار باید به عناصر شماری روی آورم که از قرار ذیل است:

۱. مال باید قابل اختصاص دادن به شخص (حقیقی، حقوقی) باشد.
۲. در صورت اختصاص به شخص، قابل نقل و انتقال باشد. پس سرقتی که مستقلاً قابل نقل و انتقال نیست مال نیست.
۳. دارای نفع باشد. پس ده شاهی زمان حاضر مال نیست.
۴. نفع عقلایی داشته باشد.

۵. ارزش ذاتی داشته باشد (مانند کار و کارگر، تبر پست، طلب منافع)

اینها عناصر عمومی اموال هستند. (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴، ۱۳۷۸، ص ۳۱۲۶)

حال باید گفت مال از مقسم های گوناگون به انواع مختلفی قابل تقسیم است از جمله به اعتبار اباحه و حرمت انتفاع، که به تقویم پذیر و تقویم ناپذیر تقسیم می‌شود، و به اعتبار استقرار یا عدم استقرار در محل به منقول و غیر منقول، و به اعتبار برخورداری یا عدم برخورداری از انواع همانند، به اموال مثلی و قیمی، و به اعتبار بقا یا عدم بقای عین با استعمال، به دو نوع استهالکی و استعمالی، و به اعتبار اختصاص، که از این حیث نیز اموال به دو نوع هستند:

الف. اموال خاص که عبارت از اموالی هستند که مالک خصوصی دارند. چه اموال مفروز باشند که دارای یک مالک معین است و چه اموال مشاع که دارای چند مالک مشخص است.

ب. اموال عمومی که عبارت از اموالی هستند که دارای مالک خاصی نبوده و به جامعه اختصاص دارد، (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ص ۱۶۴۸) مانند معابر، پارکها و مساجد. که به نظر می‌آید از میان تعاریف ارائه شده تعریف مال به آنچه که ارزش مبادله را داشته باشد و به عبارتی آنچه قابل انتفاع و حیات باشد، مانند حق اختراع مناسب تر و جامع تر به نظر می‌آید، و فقط در اعیان خلاصه نمی‌شود و تعریف مال به شیء باعث تنگ شدن دایره آن می‌شود، زیرا شیء در اصطلاح عبارت از اعیان منقول می‌باشد. که هم به علت عین بودن و هم منقول بودن دایره‌ی تعریف مال تنگ می‌شود. البته باید گفت بر اساس فقه حنفی، مال فقط شامل عین می‌شود. (الزحیلی، ج ۵، ۱۴۰۹)

### مفهوم مالکیت

بعد از روشن شدن معنای مال، به بررسی معنا و مفهوم مالکیت، که به عبارتی از رابطه انسان با مال ناشی می‌شود، به عنوان یکی از مفاهیم اساسی و مهم روشن کننده بحث پرداخته می‌شود.

### الف. معنای لغوی مالکیت

مالکیت در لغت به معنای احتواء، (دهخدا، ۱۳۷۲، ص ۱۷۶۴۹) استیلاء بر شیء، واجدیت و سلطنت، حق تصرف و تمکن در تصرف آمده است و همچنین به دارا شدن و صاحب شدن نیز تعبیر شده است. در جایی دیگر نیز این واژه را مصدر صناعی از ماده ملک می‌دانند و به آنچه آدمی مالک آن باشد و در آن تصرف کند اطلاق می‌نماید. (معین، ۱۳۷۹، ص ۳۷۱۲) عده ای نیز آن را مصدر ساختگی و جعلی به معنای مالک بودن و دارندگی دانسته است. (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ص ۱۶۵۹)

### ب. معنای اصطلاحی مالکیت

مالکیت مهمترین حق عینی و عبارت از رابطه ای است بین شخص و شیء که به وی حق همه گونه تصرف و انتفاع را می‌دهد. (صفایی، حقوق مدنی و تطبیقی، ۱۳۷۵، ص ۱۹۱) به عبارتی می‌توان گفت حق استعمال و تصرفات به هر صورت از سوی مالک در ملک و مال خود به جز مواردی که در قانون استثناء شده باشد. (مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۱۳۷۸، ص ۶۰۲)

و همچنین در تعریف آن آمده است، مالکیت انسان اموالی را شامل می‌شود که از راه شرعی به دست آمده باشد، مانند ارث، حیات مباحات و در آمد و کسب و کار. (حسینی دشتی، ۱۳۷۶، ص ۳۴) در قانون مدنی ایران تعریفی از مالکیت ارائه نشده است اما از فصل اول باب دوم کتاب



اول قانون مدنی که به مالکیت اختصاص دارد و از موارد مربوط چنین برداشت می‌شود که مالکیت عبارت از گونه‌ای از رابطه میان اشخاص و اموال است. چنانکه ماده ۲۹ ق.م ایران بیان می‌نماید: (ممکن است اشخاص نسبت به اموال علاقه‌های ذیل را دارا باشد. ۱- مالکیت اعم از عین یا منفعت ۲- حق انتفاع ۳- حق ارتفاق به ملک غیر) باید گفت: همان طور که از ماده ۳۰ و ۳۱ ق.م ایران برداشت می‌شود. مالکیت یکی از استوارترین حقوق انسان هاست که تنها قانون در پاره‌ای از موارد می‌تواند آن را محدود نماید. بنابراین از حیث استواری و گستردگی شمول حق مالکیت از مهمترین حقوق به حساب می‌آید و تمام حقوق عینی به گونه‌ای در آن متبلور می‌باشد. زیرا فردی که نسبت به چیزی حق مالکیت دارد دارای حق استعمال، حق بهره‌مندی و حق تصرف نیز می‌باشد. و به عبارتی منشاء برخورداری از همه حقوق بیان شده در ابتدا ثبوت حق مالکیت می‌باشد. به طور کلی باید گفت با توجه به ماده ۳۰ ق.م ایران می‌توان برای حق مالکیت دو عنصر مهم را بیان نمود، نخست حق تصرف و دوم حق انتفاع که بدون در نظر گرفتن این دو عنصر نمی‌توان حق مالکیت را به درستی تصور نمود. (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ص ۱۶۶۲) اما قانون مدنی افغانستان در ماده ۱۹۰۰ خود علاوه بر دو عنصر یاد شده عنصر استعمال را نیز ذکر می‌نماید و در این زمینه آورده است: (مالکیت حقی است که به مقتضای آن شیء تحت اراده و تسلط شخص قرار می‌گیرد. و تنها مالک می‌تواند در حدود احکام قانون به استعمال، بهره‌برداری و هر نوع تصرف مالکانه در آن پردازد.)

به طور کلی آقای لنگرودی مالکیت را دارای عناصری می‌داند که عبارتند از:

۱. اختصاص چیزی از چیزها به شخص یا اشخاص
  ۲. اکثراً آن چیز مال می‌باشد، خواه از اعیان خارجی باشد و یا از منافع یا مطالبات
  ۳. حق انتفاع آن به غیر از طریق اعمال قصد و رضا وجود داشته باشد.
  ۴. قابلیت انتقال به وراثت را دارا باشد. (جعفری لنگرودی، فرهنگ عناصر شناسی، ۱۳۸۲، ص ۴۹۷)
- بنابراین همان طور که بیان شد مال می‌تواند اعم از عین باشد هر چند که در فقه حنفی مال فقط در مورد اعیان استعمال می‌شود.

اما همان طور که از مورد ۱ بر می آید، مالکیت می تواند اعم از مال باشد. بنابراین در فقه حنفی نیز که منافع را مال نمی داند اما مالکیت بر منافع نیز می تواند مورد قبول واقع شود.

### اوصاف مالکیت

حقوق دانان برای حق مالکیت سه ویژگی مطلق بودن، انحصاری بودن و دائمی بودن را قائل شده اند که در ذیل به طور مختصر به آن می پردازیم. (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۹۰، ص ۱۶۶۵)

#### الف. مالکیت حقی است مطلق

مالکیت حقی است مطلق زیرا این حق به صاحب آن اجازه می دهد که هرگونه تصرفی در مال خود بکند و هر نوع بهره ای از آن ببرد. البته به جز مواردی در قانون استثناء شده باشد. ماده ۳۰ ق.م ایران در این زمینه آورده است: ( هر مالکی نسبت به ما یملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد، مگر در مواردی که در قانون استثناء کرده باشد.) که از این قاعده در فقه تحت عنوان قاعده تسلیط یاد می شود. که این قاعده بیانگر این مسئله است که هر مالکی نسبت به مال خود تسلط کامل دارد و می تواند در آن هرگونه تصرفی اعم از مادی و حقوقی بکند و هیچ کس نمی تواند او را بدون مجوز شرعی از تصرفات منع کند. باید گفت یکی از استثناء های موجود در این زمینه مالکیت مشاع می باشد که در مالکیت مشاع بر اساس ماده ۱۹۳۵ ق.م افغانستان حدود تصرفات هر شریک در مال مشاع تا حدی می تواند باشد که به حقوق سایر شرکاء ضرر وارد نگردد. هر چند که به طور کلی بر اساس قواعد و آموزه های اسلام ثروت امانت خداوند در دست انسان می باشد و انسان حق ندارد حق مالکیت را که از جانب خداوند امانتی در دست اوست، وسیله اضرار به غیر گرداند. بنابراین هر جا اصل تسلیط با قاعده لاضرر برخورد نماید حکومت با قاعده لاضرر است تا انگیزه ی غیر خواهی بر خود خواهی چیره شود. (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۹۰، ص ۱۰۷)

#### ب. انحصاری بودن

مالکیت حقی است انحصاری یعنی مالک حق دارد منحصراً از مال خود بهره مند شود و از تصرفات و انتفاع دیگران در آن جلوگیری نماید هر چند که این تصرفات هیچ ضرری به حال او نداشته باشد. ماده ۳۱ ق.م ایران در این زمینه می گوید: ( هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی توان بیرون کرد مگر به حکم قانون). بنابراین در این جا نیز مالک حق هرگونه انتفاع و تصرف در مال خود را دارد مگر در مواردی که



در قانون استثناء شده باشد. البته به نظر برخی از نویسندگان حقوق مدنی، اسلام دامنه‌ی تصرف در مال خود را نیز تا حدی گسترده ندانسته است که هر فرد بتواند مال خود را بدون غرض عقلایی نابود کند، مانند اینکه خانه‌ی خود را بدون غرض عقلایی نابود نماید (صفایی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ۱۳۷۵، ص ۹۰)

### ج. دائمی بودن

و مالکیت حقی دائمی است یعنی مدت معینی ندارد و تا موضوع آن باقی است مالکیت هم باقی می ماند و با عدم استفاده یا معطل گذاردن مال از بین نمی‌رود. (صفایی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ۱۳۷۵، ص ۱۹۱) بنابراین دائمی بودن نسبت به شیء مملوک است، نه نسبت به شخص مالک، بنابراین تا زمانی که مملوک باقی باشد مالکیت نیز باقی است و حق مالکیت زمانی از بین می‌رود که مملوک از بین برود، اما شخص مالک ممکن است همواره تغییر نماید و یک شخص باقی نماند. و همچنین می‌تواند شخص حقیقی یا حقوقی باشد. اگر شخص حقیقی باشد به ناچار بعد از مدتی مشخص و محدود که متجاوز از عمر وی نمی‌شود حق مالکیت به دیگری منتقل می‌شود اما تغییر مالک به معنای عدم دوام مالکیت نمی‌باشد. و با فرض تغییر مالک، مالکیت همچنان بر سر جای خود باقی است. دو معنی که برای دوام حق مالکیت متصور است و در آن اختلافی وجود ندارد، الف- اولین معنای دوام حق مالکیت آن است که مالکیت در ذات خود غیر موقت است بر خلاف سایر حقوق عینی که همگی یا موقت‌اند و یا امکان موقت بودن آن وجود دارد. مانند حق ارتفاق اما حق مالکیت تا زمانی که مملوک باقی است باقی می‌ماند. ب- و معنای دوم آن است که حق ملکیت با عدم استعمال از بین نمی‌رود چرا که حق ملکیت حقی دائمی است و به تبع آن حق مالکیت نیز پا برجا می‌ماند. بنابراین مالک برای هر چند مدتی که از ملک خویش استفاده نیز ننماید حق ملکیت آن از بین نمی‌رود. (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ص ۱۶۶۶) باید گفت که اوصاف یاد شده در رابطه با مالکیت عین می‌باشد درحالی‌که قانون مالکیت منافع را نیز معتبر دانسته است و علاوه بر این در حقوق اسلامی مالکیت دامنه گسترده تری را دارد از جمله شامل حق شخص بر تملک را نیز می‌شود.





## مشاع

بعد از پرداختن به مسئله‌ی مالکیت به بررسی تعریف مشاع و اشاعه و انواع آن می‌پردازیم. مشاع در لغت به معنای منتشر، شایع و مشترک است. و در اصطلاح فقه و حقوق، در یک مال مشترک تقسیم نشده (افراز نشده) حصه و سهمی که در جزء آن مال منتشر شده است مشاع می‌گویند. و به این انتشار اشاعه یا شیوع می‌گویند. (اباذری فومشی، ۱۳۹۲، ص ۷۶۰) همچنین در تعریف مشاع آمده است که هر مال که دو یا چند شخص را در آن حصه باشد و حصه‌ها متمایز نباشند خواه آن مال عین باشد یا منافع یا دین و طلب (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۵، ۱۳۷۸، ص ۳۳۶۵) مشاع است. که خود مال مشاع به اعتبارهای گوناگون دارای اقسامی می‌باشد. که در بندهای دو، سه و چهار به آن پرداخته می‌شود.

## تعریف و ماهیت حقوقی اشاعه

اشاعه در لغت انتشار و پخش کردن خبر است. در علم حقوق انتشار مالکیت شرکاء در همه اجزاء و حصص مال و حق به صورت مشاع است. (انصاری، ۱۴۲۰، ص ۳۰۱) به عبارت دیگر: اشاعه عبارت است از وضع ناشی از اجتماع حقوق چند نفر برمالی معین، خواه در خارج موجود باشد خواه در ذمه. اجتماع حقوق ارادی و قهری می‌تواند باشد، مثل اجتماع حقوق ورثه بر ترکه. اشاعه اخص از اشتراک است زیرا در هر اشاعه اشتراک هست نه بالعکس چنانچه در شرکت‌های تجاری اشتراک هست بدون اشاعه. اراضی مفتوح العنوه ملک مشترک مسلمین است بدون اشاعه (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، ۱۳۷۸، ص ۳۸۸) همچنین در تعریف اشاعه در فقه آمده است به پراکندن مالکیت هر یک از شریکان در تمامی بخشها و اجزای مال اشاعه می‌گویند. به نحوی که اگر دست روی هر بخش از آن بگذارد نتواند ادعای مالکیت شخصی کند. صاحب جواهر الکلام در این زمینه آورده است: (اجتماع حقوق الملاك فی شیء الواحد علی سبیل النشیاع) (نجفی، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۲۸۴) همچنین در توضیح اشاعه از نظر برخی از حقوق دانان آمده است گاه اتحاد مالکیت‌ها به کمال نمی‌رسد و به حالت اجتماع در می‌آید بدون اینکه اصالت هر کدام از بین برود. در این اجتماع یا موضوع مالکیت‌ها چنان با هم در هم می‌آمیزد که تمیز آن‌ها از یکدیگر ممکن نمی‌شود مانند امتزاج روغن‌های دو ظرف یا گندم‌های دو خرمن از



یک مزرعه، یا مالکیت واحدی در اثر واقعه حقوقی به اجزای آمیخته به هم تجزیه می‌شود و به کثرت می‌رسد مانند خانه ای که از پدر به دو فرزند او به میراث می‌رسد، یا مالکان به اختیار می‌پذیرند که مالکیت‌های خصوصی و مستقل خود را به مالکیت اشتراکی تبدیل کنند، به گونه ای که حق هر کدام در عین حال که به صورت حق عینی وجود و اصالت دارد، منتشر در مجموع باشد مانند تراضی مالک دو مزرعه که می‌خواهند هر کدام مالک نیمی از هر دو مزرعه باشند. در تمام این فروض شرط ایجاد شرکت مزج و آمیختگی حقوق چند مالک در هر جزء از مال مشترک و انتشار هر حق در مجموع اجزاء است. این حالت اجتماع و امتزاج را اشاعه می‌نامند. در حالت اشاعه که مرحله ناقص و تکامل نیافته اتحاد مالکیت‌ها است، مالکیت هر یک از شریکان اصالت خود را از دست نمی‌دهد و در مالکیت جمعی منحل نمی‌شود؛ منتها در عالم خارج آمیخته با حق دیگران است به گونه ای که در هر جزء وجود دارد، بدون اینکه بتوان مصداق مستقل و جداگانه‌ای برای آن معین کرد. برای مثال دو برادری که خانه پدر را به میراث برده اند در هر آجر و هر ذره از خاک آن حق مالکیت برابر دارند، ولی بر هیچ بخشی نیز نمی‌توانند ادعای مالکیت مستقل داشته باشند. به همین جهت است که بر اساس حقوق ایران هیچیک از مالکان مشاع بدون اذن دیگران حق تصرف در مال مشترک را ندارد چرا که در حق دیگران نیز تصرف می‌کند. (کاتوزیان، مشارکتها و صلح، ۱۳۸۳، ص ۹) هر چند که بنا بر حقوق افغانستان اگر چه اصل بر اذن همه‌ی شرکاء می‌باشد، اما از آن جایی که این توافق دشوار به نظر می‌رسد به هر شریک اجازه داده شده است به طور مستقل و به اندازه‌ی حصه‌ی خود در مال مشاع، اما به گونه‌ای که به حقوق سایر شرکاء ضرر وارد نیاید از مال مشاع منتفع گردد. (عبدالمنعم، بی تا، ص ۱۶۳) بنا بر آنچه گذشت باید توجه داشت که نباید اشاعه را با اجتماع ساده حقوق مالکان در یک مال اشتباه کرد. مثلاً اگر شخصی مالک عرصه خانه و دیگری صاحب اعیان موجود در آن باشد حقوق دو مالک در مصداق خانه جمع است بدون اینکه بین آن دو حالت اشاعه باشد (عاملی، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳.ه.ق، ص ۳۰۲) در موردی که حقوق اشخاص متعدد در مالی جمع می‌شود و هر کدام بدل دیگری قرار می‌گیرد مانند حق فقرا بر مالی که وصیت به در ماندگان شده است، نباید سخن از شیاع در مالکیت بمیان آورد به ویژه که هیچ



کدام پیش از تعیین حصه و تسلیم به او مالکیت محققى ندارد (نجفى، محمد حسن، ۱۴۰۴ ه.ق، ص ۲۸۴) بنابراین اشاعه از اجتماع حقوق مالکین در یک مال ایجاد می‌شود. که ممکن است به اسباب مختلف صورت گیرد که گاه قهری است و گاه ارادی (انصاری و طاهری، ۱۳۸۸، ص ۲۸۷) علی سرخی به نقل از آقای صادقی گلدار در تعریف اشاعه آورده است گاهی حقوق مالکان متعدد در یک شیء مستقر می‌شود؛ آنهم به گونه ای که در خارج حق هر ذی حقی آمیخته با حقوق دیگران باشد و هیچ حقی وجود مستقل نداشته باشد و حق هر ذی حق جاری در تمام اجزای آن شیء باشد، که در اینجا مفهوم اشاعه تحقق پیدا می‌کند و به چنین مالی مشاع و مالکین آن را مالکین بالاشاعه می‌گویند؛ مثل حقوق وراث نسبت به ترکه. (سرخی، ۱۳۹۳، ص ۲۴) با این توصیف تعریف ماده ۵۷۱ ق.م ایران (شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد) در حقیقت تعریف اشاعه است. (سرخی، ۱۳۹۳، ص ۲۴) و قانون گذار در اینجا در تعریف شرکت، اشاعه را اراده کرده است. بنابراین منظور از شرکت در قانون مدنی ایران همان اشاعه می‌باشد، و شرکت در اینجا بیانگر این مسئله است که اگر دو یا چند فرد مالک چیزی شوند که حصه و سهم هر یک از آنان مشخص نباشد، آنان به طور مشاع مالک آن خواهند بود و حصه هر کدام از آنان اگر دلیلی بر خلاف آن نباشد برابر خواهد بود. بنابراین معلوم می‌شود که مالکیت مشاع قطعاً بر مالی واقع می‌شود که از یک سو کاملاً معین باشد و از طرفی دیگر بیش از یک نفر در مالکیت آن شریک باشد. و مالکیت هر یک از شرکاء بدون تقسیم بر تمام اجزای مال مشاع تعلق می‌گیرد. البته حق مالکیت هر یک از آنان می‌تواند معلوم شود و حصه‌ی هر فرد مشخص گردد بدون آنکه خود مال تقسیم شود. در ماده ۱۹۳۵ ق.م افغانستان در باب ملکیت مشاع آمده است (هرگاه ملکیت عین، بین دو نفر یا زیاده از آن مشاع باشد، هر یک آن‌ها به اندازه حصه خویش از آن حق استفاده داشته و میتواند در آن طوری تصرف نماید که به شریک دیگر ضرر عاید نگردد...)، در این ماده به تعریف دقیقی از اشاعه اشاره نشده است و بیشتر به ثمرات مال مشاع پرداخته است که البته با توجه به ماده می‌توان نتایج ذکر شده در بالا را از آن برداشت نمود. البته در برخی از کتب شرح قانون مدنی مصر مانند، الوسیط که شرح قانون مدنی جدید مصر می‌باشد و یکی از منابع قانون افغانستان و برگرفته از فقه حنفی است، آمده است: در صورتیکه دو نفر یا بیشتر



از دو نفر مالک شیء ای باشد بدون اینکه حصه هر کدام در آن مشخص (مفروز) باشد این ها شرکاء در شیوع خواهند بود. و به عبارتی برای هر کدام از آن ها حقی باشد در حصص منتسب به آن شیء واحد، مانند نصف، ثلث و ربع (عبدالمنعم، بی تا، ص ۱۵۴) در صورتیکه دلیل بر عدم تساوی نداشته باشیم حصه همه ی آن ها به طور مساوی خواهد بود. از این تصریح بر می آید که ملکیت شائعه بر مال معین واقع می شود که بیش از یک فرد مالک آن باشد. و این ملکیت شامل تمام مال مشاع می شود که تقسیم نشده است. اما حق هر شریکی بر حصه ی مشاع از این مال واقع می شود بنابراین بر همه ی مال واقع نمی شود و از این جهت محل حق هر شریکی همان حصه ی شائعه خواهد بود. ولی از آنجاییکه مالکین مال مشاع متعدد هستند ناگزیر باید سهم و حصه ی هر فرد در این مال مشخص باشد که نصف است، ربع و یا خمس است. حصه ی هر شریک معمولاً از ابتدای شیوع معین می شود که این مسئله بر اساس همان سبب و محل شیوع می باشد. مثلاً اگر سبب شیوع میراث باشد قانون میزان حصه ی هر فرد را مشخص می نماید. و اگر سبب آن وصیت باشد وصیت کننده حصه ی هر فرد را مشخص می نماید. و گاهی نیز حصه ها مشخص نمی باشد مانند زمانی که عده ای مالی را به صورت مشاع بخرند و مشخص نمایند که حصه ی هر فرد به چه میزان باشد، در چنین مواردی اگر دلیلی بر خلاف آن نباشد حصه شرکاء مساوی خواهد بود. (السنهوری، الوسیط فی شرح القانون مدنی، ج ۸، بی تا، ص ۷۹۵-۷۹۷)

### اشاعه اختیاری و قهری به اعتبار اراده ی مالکین

از آنجایی که ملکیت مشاع، نوعی از ملکیت است بنابراین سبب مال مشاع نیز هر سببی از اسباب ملکیت می تواند باشد. (السنهوری، همان، ص ۸۰۱) که به طور کلی اشاعه را از جهت اسباب ایجاد آن و نقش اراده ی مالکین مال مشاع در به وجود آمدن اشاعه، می توان به دو نوع اشاعه قهری و اختیاری تقسیم نمود که ماده ۵۷۲ ق.م ایران بر آن تصریح کرده است و گفته است شرکت اختیاری است یا قهری. اما باید گفت، این اختیاری و قهری بودن اسباب اشاعه، بر اساس تقسیم بندی آقای دکتر امامی مربوط به اشاعه یا همان شرکت غیر عقدی می باشد. زیرا در شرکت عقدی، که شامل برخی از عقود جایز مانند شرکت اعمال می شود، طرفین با اراده ی خود به انعقاد عقد و تشکیل شرکت می پردازند و به طور قهری و اجباری نمی توان کسی را وادار به



تشکیل عقد نمود.

### الف. اشاعه اختیاری

اشاعه اختیاری که مالکین آن را با اراده‌ی خود برگزیده اند، همان گونه که ماده ۵۷۳ ق.م ایران اشاره کرده است یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود مانند زمانی که چند نفر ملکی را خریداری کنند و یا آن را اجاره نمایند و یا به آن‌ها هبه شود، و چنانچه از این ماده بر می‌آید مالکیت مشاع ممکن است ناشی از هر عقدی که طرفین در آن توافق نمایند که حقوق مالکیت اختصاصی خود را کنار گذاشته و مالکیت مشترکی را ایجاد نمایند باشد. (اسکینی، ۱۳۸۹، ص ۱۶) یا ممکن است در نتیجه عمل شرکاء باشد مانند مزج اختیاری، چنانکه چند کشاورز گندم‌های خود را در یک انبار بریزند و هر کدام به مقداری که ریخته در گندم‌های انبار شریک شوند و یا قبول نمودن چند نفر مال مشاعی را در ازاء عمل خود چنانکه چند نفر به دستور کسی عملی را انجام دهند و در عوض اجرت المثل خود یک توپ پارچه دریافت نمایند و یا آنکه در نتیجه حیازت مباحات باشد مانند زمانی که چند نفر باهم درخت مباحی را بکنند. (امامی، حقوق مدنی، ج ۲، ۱۳۹۲، ص ۲۳۱)

### ب. اشاعه قهری

در اشاعه قهری، مالکین مال مشاع، خود اشاعه در اموال را برگزیده اند بلکه به طور قهری و بدون اراده‌ی از پیش تعیین شده به طور مشاعی مالک مالی شده اند. که از جمله‌ی اسباب ایجاد آن ارث و مزج قهری می‌باشد. چنان که در ماده ۵۷۴ ق.م ایران آمده است: (شرکت قهری، اجتماع حقوق مالکین است که در نتیجه‌ی امتزاج یا ارث، حاصل می‌شود)، مانند زمانی که فردی فوت نماید و دارای چند ورثه باشد، که ورثه‌ی او به طور قهری در ماترک شریک هستند، و همه با هم مالک مشاعی آن محسوب می‌شوند. که در اینجا مزج به حکم شارع مقدس صورت گرفته است. که یکی از مهمترین و شایع ترین اسباب اشاعه همین ارث می‌باشد، و یا چنان که دزدی از خانه‌های چند نفر گندم بدزد و در انبار خود بریزد و گندم‌های آنها بدون اراده شرکا مخلوط شود. البته امتزاج خواه قهری باشد و خواه اختیاری، در اشیایی سبب شرکت می‌شود که پس از امتزاج دیگر از هم قابل تمیز، خواه از جنس واحد باشد مثل روغن زیتون کسی با روغن زیتون کسی دیگر مخلوط شود و خواه از یک جنس نباشد مانند آرد جو کسی با آرد گندم کسی دیگر مخلوط شود. (امامی، همان، ص ۳۳۲)



## اشاعه قهری و اختیاری به اعتبار بقاء در شیوع

این نوع تقسیم بندی اشاعه به اختیاری و قهری، برخلاف مورد بالا به اعتبار اسباب ایجاد آن نمی‌باشد، بلکه به اعتبار بقای آن می‌باشد. به عبارت دیگر در اینجا منظور از اشاعه قهری موردی است که مالکان گریزی از بقاء در شرکت ندارند مانند دیوار مشترک و زمین مشترک در آپارتمان‌ها و محل عبور و آبراه مشترک و شرکاء نمی‌توانند تقاضای تقسیم مال مشترک را نمایند، همچنین ماده ۱۹۷۸ ق.م.افغانستان در ذیل مبحث مربوط به مشاع اجباری آورده است: (هرگاه از منظور تهیه مال مشاع چنین معلوم گردد که مال مذکور باید بصورت دائم باقی ماند، شرکاء نمی‌توانند تقسیم آنرا مطالبه نمایند)، ولی در اشاعه عادی و اختیاری بقای در شرکت اختیاری است. و شریک می‌تواند به جز در مواردی که قانون یا قرارداد بقای شرکت را الزام می‌نماید، تقسیم مال مشترک را از دادگاه بخواهد. همچنین اشاعه قهری و اختیاری در اینجا دارای تفاوت‌های دیگری نیز می‌باشد از جمله:

۱- در شرکت قهری چون اداره ی مستمر مال مشاع نیاز به نظم خاصی دارد که گاه به منافع عمومی برمی‌گردد، قانون گذار به ایجاد سندیکایی از شریکان و اداره مال مشاع با اراده ی اکثریت یا نماینده آنان می‌پردازد مانند قوانین مربوط به آپارتمانها و محل‌های مشترک آنها، ولی در اشاعه عادی، بر اساس ماده ۵۷۶ ق.م.ایران اداره شرکت به قرارداد خصوصی و توافق شرکاء واگذار شده است.

۲- در اشاعه قهری موقعیت آن ایجاب می‌کند که زمینه ی انتفاع برای همه ی شریکان فراهم آید، مانند معبر مشترک، بنابراین هیچ کدام از شرکاء نمی‌تواند مانع استفاده شریک دیگر شود، که از جمله ماده ۱۳۴ ق.م.ایران در این زمینه می‌گوید: (هیچ یک از اشخاصی که در یک معبر یا یک مجری شریکند نمی‌توانند شرکای دیگر را مانع از عبور یا بردن آب شوند)، ماده ۱۹۸۰ ق.م.افغانستان نیز در ذیل مبحث مشاع اجباری در این زمینه بیان داشته است: (هرگاه دروازه مدخل طبقه بالا و پایین عمارت یکی باشد، ... مالکین هر دو طبقه حق استعمال آنرا بصورت مشترک داشته و هیچ یک دیگری را از استفاده از آن منع کرده نمیتواند.) اما در اشاعه عادی تصرف باید به توافق شرکاء انجام پذیرد. و دیگری بدون اذن حق تصرف در مال مشترک را ندارد.

۳- در اشاعه قهری مالک نمی‌تواند قسمت‌های مشاع را به تنهایی به فروش برساند و یا مورد استفاده آن را تغییر دهد و اختیار مالک



محدود به استعمالی است که مال مشترک به آن اختصاص یافته است. ولی در اشاعه عادی بر اساس ماده ۵۸۳ ق.م ایران هر مالک می‌تواند به طور دلخواه در سهم خود تصرف حقوقی نماید. (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۹۰، ص ۱۳۵ و ۱۳۶) در رابطه با مشاع اجباری به این اعتبار، در قانون مدنی افغانستان در مبحثی مستقل در قسمت ششم از کتاب چهارم، فصل اول، ذیل عنوان مشاع اجباری و ملکیت طبقات منازل، از ماده ۱۹۷۸ تا ماده ۱۹۸۴ به آن پرداخته شده است، اما در قانون مدنی ایران از ماده ۵۷۱ به بعد، مربوط به اشاعه به اعتبار اسباب ایجاد و به عبارتی بر اساس تقسیم بندی ارائه شده در اینجا، مربوط به اشاعه اختیاری و احکام مربوط به آن می‌باشد. و اشاره ای به قواعد مربوط به مشاع اجباری نکرده است. هر چند در قانونی مستقل تحت عنوان قانون تملک آپارتمانها به آن پرداخته شده است. که البته باید گفت احکام آن متفاوت با احکام اشاعه به طور عادی می‌باشد.

#### اشاعه در عین، منفعت و دین

در ماده ۵۷۱ ق.م در تعریف مال مشاع به شیء اشاره کرده است که در برگیرنده بیشترین گونه‌های مال مشاع است که وجود خارجی دارد. بنابراین موضوع اشاعه می‌تواند عین باشد مانند خانه، زمین و دیگر اموال عینی و همچنین می‌تواند منافع عین باشد. مانند منافع عین مورد اجاره هنگامی که مستأجر آن بیش از یک شخص است و یا هنگامی که مستأجر در هنگام اجاره فوت می‌کند و ورثه در باقی مانده مدت جانشین او می‌شوند. موضوع اشاعه همچنین می‌تواند حق دینی باشد مانند طلب مشترک یا حقوق قراردادی مشترک و نیز حق شفعه در صورتی که این حق بر اثر فوت دارنده آن به ورثه او منتقل گردد. مالکیت‌های معنوی نیز مانند حق اختراع، حق تالیف و دیگر حقوق معنوی می‌توانند به اشخاص گوناگون و به گونه مشاع تعلق گیرند. (کاشانی، قراردادهای ویژه، ۱۳۸۸، ص ۴۴) البته باید گفت در فقه حنفی ملکیت مشاع را فقط در مورد اموال مادی پذیرفته است. و در برخی از کتب معتبر آن در تعریف ملکیت مشاع آمده است، در ملکیت مشاع، شیء مادی مملوک دو نفر یا بیشتر از آن است. (عبدالمنعم، بی تا، ص ۱۱) و همچنین در ماده ۱۹۳۵ ق.م افغانستان که به ملکیت مشاع پرداخته از کلمه ملکیت عین استفاده شده است، بر خلاف اکثر فقهای شیعه که علاوه بر عین اشاعه را در منفعت، حق و دین نیز معتبر دانسته است، که در ذیل به طور مختصر به آن پرداخته می‌شود.



## الف. اشاعه در اعیان

شایع ترین موارد اشاعه در اعیان به وجود می آید، که ممکن است قهری باشد مثل آنکه شخصی دارای زمینی است و پس از فوت او فرزندان او مالک مشاعی آن ملک می شوند. و همچنین ممکن است اختیاری باشد مثل آنکه چند نفر باهم خانه ای را خریداری کنند و یا چند نفر باهم کاری انجام دهند و به ازاء عمل خود مالی را به عنوان اجرت قبول نمایند.

## ب. اشاعه در منافع

هرگاه فردی مالی را اجاره نماید مالک منافع آن می شود و اگر قبل از انقضای مدت اجاره فوت نماید وراثت او به طور قهری مالک مشاع منافع عین مستاجر می شوند. همچنین اشاعه در منافع می تواند اختیاری و با اراده مالکین منفعت باشد مثل آنکه چند نفر مجتمعا ملکی را اجاره نمایند.

## ج. اشاعه در حق

فقه‌های امامیه اشاعه در حق را نیز پذیرفته اند. (حلی، ۱۳۷۸ ه.ق، ص ۲۹۸) که منظور از حق به عنوان متعلق شرکت هر آنچه که غیر از عین و منفعت باشد است. حال ممکن است حق یک حق مالی باشد مانند حق تحجیر و حق سفه و حق صاحب علامت تجاری و حق تالیف، بنابراین ممکن است در این اموال نیز اشاعه پیش آید. مثلا خیارات مذکور در ماده ۳۹۶ ق.م. که عبارتند از خیار مجلس، خیار حیوان، خیار شرط، خیار تأخیر ثمن، خیار رؤیت و تخلف وصف، خیار غبن، خیار عیب، خیار تدلیس، خیار تبعض صفقه و خیار شرط، جزو حقوق مالی هستند و حتی چنانچه در ماده ۴۲۱ ق.م آمده است: (اگر کسی که طرف خود را مغبون کرده است تفاوت قیمت را بدهد خیار غبن ساقط نمی شود مگر اینکه مغبون به اخذ قیمت راضی گردد.)، بنابراین از این ماده به روشنی بر می آید که صاحب حق می تواند با گرفتن مقداری پول از طرف مقابل حق خود را ساقط نماید. بر اساس ماده ۴۴۵ ق.م این خیارات بعد از فوت دارنده آن به طور قهری به وراثت منتقل می شود و وراثت به طور مشاعی مالک آن حقوق می شوند. همچنین ممکن است چند نفر که مجتمعا عقدی منعقد نموده اند دارای یکی از خیارات مانند خیار غبن یا خیار عیب به طور مشاعی شوند. در مورد به ارث رسیدن خیارات و در نتیجه اشاعه در حقوق مالی با توجه به مواد ۴۴۶ و ۴۴۷ ق.م باید توجه داشت که در خیار



شرط اگر به قید مباشرت و مختص به شخص مشروط له قرارداد شده باشد و نیز هرگاه خیار شرط برای شخصی غیر از متعاملین باشد دیگر منتقل به ورثه نخواهد شد. و یا اینکه منظور یک حق غیر مالی مثل حق قصاص و حق خیار باشد (النجفی، محمد حسن، ج ۲۶، ۱۴۰۴ه.ق، ص ۲۸۸، حایری ۱۴۱۸ه.ق، ص ۳۱۷) به طور مثال هرگاه چند نفر خانه ای را خریداری نمایند و در ضمن معامله تا مدت مشخصی برای خود حق خیار فسخ در نظر گرفته باشند همه آنها در مدت مشخص شده شریک در حق فسخ هستند. همچنین ورثه مقتول حق تقاضای قصاص از قاتل به وسیله حاکم را خواهند داشت. همچنین اثر یا اختراعی که با همکاری دو یا چند پدیدآورنده به وجود آمده باشد کار یکایک آنان جدا و متمایز نباشد اثر مشترک نامیده می شود و حقوق ناشی از آن حق مشاع پدیدآورندگان است. این حق بعد از فوت دارنده آن به ورثه وی منتقل شده و به مدت سی سال مورد حمایت قانون گذار است و اگر وارثی وجود نداشته باشد و بر اثر رضایت نیز به کسی منتقل نشده باشد برای همان مدت به منظور استفاده عمومی در اختیار وزارت فرهنگ خواهد بود. مراجعه شود به مواد ۶ و ۸ قانون حمایت حقوق مولفان و مصنفان و هنرمندان مصوب ۱۱ دی ۱۳۴۸.

#### د. اشاعه در دین

متعلق حق دینی در عالم خارج وجود ندارد بلکه در ذمه شخص مدیون مستقر است و تا هنگامی که مدیون دین خود را تأدیه نکرده است متعلق ما فی الذمه وی وجود خارجی پیدا نخواهد کرد. فرض کنید دو نفر مشاعاً مالک یک باب ساختمان است و هر دو با توافق همدیگر ساختمان مذکور را با انعقاد عقد بیع به ثالث واگذار می نمایند. که در نتیجه این معامله ثالث متعهد می گردد که در مدت دو ماه پس از انعقاد قرارداد بیع، مبلغ دویست میلیون تومان بابت ثمن به هر دو طرف معامله یعنی مالکین ساختمان بپردازد. در فقه امامیه ابن ادریس بر آن است که وصف اشاعه بر دیون عارض نمی شود (مروارید، ۱۴۱۰ه.ق، ص ۳۲) بنا بر عقیده او طرح دعوی افراز دین معنی ندارد. دلیل وی در این عقیده این است که اگر کسی طلب داشته باشد و بپذیرد و دو وارث داشته باشد در واقع بدهکار به جای یک بستانکار، دو بستانکار در برابر دارد و یکی از دو وارث می تواند نسبت به حصه خود ذمه بدهکار را ابراء کند یا حصه خود را به او هبه نماید. در این دو صورت که بستانکار مستقلاً اقدام به هبه یا ابراء می کند نیاز به موافقت شریک خود ندارد.



بنابراین همین بی‌نیازی دلیل این است که دین حالت اشاعه به خود راه نمی‌دهد. که بر این اساس یک بستانکار می‌تواند حصه خود را از طلب مشترک تماماً از بدهکار دریافت نماید زیرا او در وصول طلب خود استقلال دارد و شریک او نمی‌تواند بگوید آنچه را که دریافت کردی بین ما مشاع است. (لنگرودی، دایره‌المعارف مدنی و تجارت، ۱۳۸۵، ص ۱۴۱) ولی عده‌ای از فقهاء عقیده دارند که اشاعه‌ی دین از لحاظ حقوقی صحیح است. بنابراین اگر شرکاء یک ملک آن را به طور مشاع بفروشند دینی که بر ذمه مشتری است دارای وصف اشاعه است. در کتاب تحریر الوسيله در تعریف شرکت چنین آمده است (شرکت عبارتست از اینکه یک چیزی متعلق به دو نفر یا بیشتر باشد، و این شرکت یا در عین است یا در دین و یا در منفعت و یا در حق) (موسوی الخمینی، ۱۴۰۹، ص ۶۲۲) از این تعریف به روشنی برمی‌آید که موضوع شرکت و اشاعه ممکن است دین باشد و شرکت مدنی اختصاص به عین ندارد با این وجود به عقیده برخی از فقهاء شرکت عقدی در دین راه ندارد (محدث قمی، ۱۴۲۳، ص ۳۸۰) زیرا به نظر آن‌ها در تحقق شرکت عقدی امتزاج اموال شرط است و این شرط در مورد دین منتفی است. به طور کلی از کتب فقهی چنین استنباط می‌شود که قول مشهور در فقه امامیه این است که دیون و مطالبات هم می‌تواند دارای وصف اشاعه باشند (موسوی الخمینی، ۱۴۰۹، ص ۶۲۲)، قانون مدنی ایران هم هر چند که در این زمره نص صریحی ندارد اما با توجه به برخی از مواد مانند ماده ۶۰۶ ق.م می‌توان اشاعه در دین را نیز اثبات نمود. (صفایی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ۱۳۷۵، ص ۹۴) علاوه بر مدارک و دلائل فقهی برای جریان وصف اشاعه و احکام شرکت در مورد دیون در حقوق ایران می‌توان به دلایل زیر اشاره کرد.

اولاً: تعریف ماده ۵۷۱ ق.م از شرکت شامل دیون هم می‌شود به عبارتی کلمه شیء که در ماده ۵۷۱ به کار رفته است هم شامل اموال مادی و هم دیون و حقوق دینی می‌شود.

ثانیاً: در حقوق ایران مال به مفروز و مشاع تقسیم شده است و مال اعم از اموال مادی و غیر مادی است، به موجب صریح ماده ۶۸۴ ق.م دیون و تعهدات به سود بستانکار مال است، این ماده مقرر می‌دارد که: (عقد ضمان عبارتست از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است بر عهده بگیرد).

ثالثاً: ماده ۶۰۶ ق.م ایران از تقسیم دینی که بر ذمه میت بوده

بین ورثه سخن گفته است و از آن بر می آید که اصولاً مفهوم شرکت و تقسیم مال مشترک در مورد دیون هم قابل اجراست. (صفایی، همان، ص ۹۵) ماده ۸۶۹ ق.م ایران هم از حقوق و دیون علیه ما ترکه‌ی میت سخن گفته است سپس ماده ۸۷۰ همین قانون بیان می‌دارد که: (حقوق مزبور در ماده قبل باید به ترتیبی که در ماده مزبور مقرر است تادیه شود و مابقی اگر باشد بین وراث تقسیم گردد). که این تقسیم شامل همه‌ی اقسام ترکه است یعنی اگر در ترکه فقط مطالبات وجود داشته باشد پس از موضوع کردن حقوق و دیون مذکور در ماده ۶۹۸ ق.م باقی مانده مطالبات میت بین ورثه تقسیم می‌شود. (جعفری لنگرودی، دایره‌المعارف مدنی و تجارت، ۱۳۸۸، ص ۱۴۲) بنابراین در حقوق مدنی ایران اشاعه در طلب هم قابل تصور است و اصولاً طلب مشاع تابع مقررات شرکت مندرج در قانون مدنی است. (صفایی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ۱۳۷۵، ص ۹۵)

بنابراین به نظر می‌آید با توجه به دلایل ارائه شده در اخیر و همچنین با توجه به اینکه در جواب شبهه‌ی ابن ادریس در مورد عدم جریان اشاعه در دیون می‌توان گفت: بین اسقاط حق و اثبات حق، تفاوت است. ابراء دین و هبه‌ی آن به مدیون هر دو نمونه‌ی اسقاط حق هستند، و اسقاط حق یکی از دو شریک به طور مستقل مانعی ندارد. اما اثبات حق به تنهایی اشکال دارد. یعنی اگر یکی از دو بستانکار، مقداری از طلب را دریافت کند این دریافت، اثبات حق است به عبارتی دریافت کننده بر آنچه دریافت می‌کند، اثبات حق می‌کند، یعنی حق خود را بر آن تثبیت می‌نماید. در این مورد او نمی‌تواند مستقلاً عمل نماید و هر چه را دریافت کند بین او و سایر شرکاء به صورت مشاع باقی می‌ماند. (جعفری لنگرودی، دایره‌المعارف حقوق مدنی و تجارت، ۱۳۸۸، ص ۱۴۱) بنابراین با توجه به دلایل ارائه شده و رفع شبهه وارده می‌توان اشاعه در دین را نیز قابل تصور دانست.

### مفهوم اشاعه و مفاهیم همگن

حال که به تعریف اشاعه پرداخته و مفهوم آن واضح گردید، برای روشن تر شدن مطلب و جلوگیری از خلط مبحث به بررسی تفاوت‌ها و شباهت‌های این مفهوم با سایر مفاهیم مشابه آن می‌پردازیم.

### تمیز اشاعه از کلی در معین

مالکیت بر کلی در معین یا آنچه در حکم معین است با مالکیت مشاع تفاوت دارد. در فرض نخست پیش از تعیین مصداق حق، مالک بخش کلی از عین مانند دو خروار برنج از گندم مزرعه معین صاحب حق



عینی بر هیچ بخشی از مال نیست، موضوع حق او مفهومی کلی است که بر ذمه دیگری قرار گرفته و به همین جهت مالک توده متساوی الاجزاء (برنج) را از تصرف در آن باز نمی‌دارد و تنها او را مدیون به تعیین و تسلیم بخش کلی می‌کند. ولی در مالکیت مشاع، شریک حق عینی بر تمام اجزاء مال دارد و تصرف مادی در هر جزء به معنی تجاوز به حق شریک است و به اذن او نیاز دارد. به عبارت دیگر، کلی در معین از اقسام کلی است و باید آن را در زمره دیون آورد و صاحب حق مالک چیزی میان ذمه و عین است: ذمه به این اعتبار که مالک را متعهد به تعیین و تسلیم می‌کند؛ و صاحب عین، از این لحاظ که موضوع تعهد باید از عین خارجی داده شود. به همین اعتبار است که کلی در معین را در حکم عین معین گفته‌اند و بر همان پایه صاحب حق را نیز باید در حکم مالک شمرده اما عین مشاع از اقسام عین خارجی است و مالکیت شریک تحقق یافته، جز اینکه حق منتشر در مجموع است، و در اثر تقسیم از آن مجموعه جدا می‌شود و استقلال مادی پیدا می‌کند. (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۹۰، ص ۱۴۰)

تقسیم مال مشاع را نظر مشهور تمیز حق می‌داند، به این مناسبت که حق منتشر در مجموع در بخش معینی از مال صورت خارجی می‌یابد. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ص ۱۰۷، نجفی، محمد حسن، ج ۲۶، ۱۴۰۴، ص ۳۱۱) این تحلیل از نظر هدف تقسیم درست است، زیرا شریکان بدین وسیله می‌خواهند بر حق موجود خود دست یابند و قصد معامله ندارند. ولی لازمه تحقق این هدف مبادله حق بر مجموع با حق بر پاره ای مستقل و جدا شده از آن است. در تقسیم، حق مشاع تبدیل به حق مفروز می‌شود و به همین جهت نیز نیاز به تراضی دارد.

### تفاوت مالکیت در اشاعه با حق شریکان در شرکت‌های دارای شخصیت حقوقی

در اشاعه، که در حقوق ایران شرکت مدنی را نیز شامل می‌شود، مالکیت هر ذره مال و در نتیجه مجموع آن به شریکان تعلق دارد. مجموع مالکان و حقوق آمیخته آنان شخصیتی جدای از شریکان ندارد و مالکیت دارای چهره‌ی فردی می‌باشد. همچنین است در فرضی که مجموعه ای از اموال به گروهی از مالکان به نحو اشاعه تعلق می‌یابد مانند حقی که وارثان متوفی بر ترکه او دارند. ولی شریکان مجموعه ای از اموال که خود شخصیت حقوقی و جداگانه یافته است. (شرکت تجاری در قانون ایران و کل شرکت‌ها به مضاربه در قانون افغانستان)،

دیگر حق عینی و مالکیت بر آورده‌های خود ندارند. و اتحاد مالکیت‌ها صورت گرفته و شخصیت حقوقی تحقق پیدا می‌نماید و همه چیز به آن شخصیت حقوقی که شخصیت مستقلی محسوب می‌شود تعلق پیدا کرده و شرکاء مالکیت بر آورده‌های خود ندارند. همه چیز به آن شخصیت حقوقی تعلق دارد (عبدالمنعم، بی تا، ص ۱۵۵) و مالکیت را باید فردی شمرد نه جمعی. به همین جهت نیز اموال شرکت به دارایی هیچ شریکی نمی‌پیوندد، دیون و مطالبات خاص دارد و تصرف در آن با سازمان اداری شخصیت حقوقی است. همچنین است وضع اموال عمومی که به شهر یا دولت تعلق یافته، زیرا حق مردم را بر آن اموال نباید مالکیت نامید. (کاتوزیان، اموال و مالکیت، ۱۳۹۰، ص ۱۴۱) و همچنین از دیگر تفاوت‌هایی که می‌توان برای شرکت‌های دارنده‌ی شخصیت حقوقی و مالکیت مشاع بیان کرد عبارتند از اینکه، در این شرکت‌ها، صرف داشتن حصه مشترک به ایجاد شرکت، نمی‌انجامد بلکه این شرکت‌ها با هدف سود اقتصادی تشکیل می‌شود، در حالیکه در اشاعه این همکاری ممکن است حتی دلیل ارادی هم نداشته باشد، علاوه بر آن اشاعه امری پایدار نیست و شرکاء هر زمان که بخواهند می‌توانند با تقاضای افراز سهم خود را از سهم دیگران جدا نمایند و یا با انتقال سهم خود به دیگری به اشاعه پایان دهند در حالیکه در شرکت‌ها تجاری شرکاء بدون کسب رضایت سایرین نمی‌توانند سهم خود را به دیگران انتقال دهند و یا تقاضای انحلال شرکت را نمایند. و تقسیم سرمایه فقط در موارد استثنایی و گاهی با مراجعه به دادگاه میسر است. (اسکینی، ۱۳۸۹، ص ۳۱)

### تفاوت طبیعت مالکیت مشاع با ملک عمومی و فردی

در اینجا علاوه بر تعریف مختصر ملکیت عمومی و فردی به بررسی این مسئله می‌پردازیم که آیا ملکیت مشاع ملکیت فردیه (خصوصی) است یا ملکیت جماعیه (عمومی)؟ برای رسیدن به جواب ابتدا به توضیح ملکیت فردی و ملکیت اجتماعی می‌پردازیم. ملکیت فردی در جایی است که مالک فرد یا افراد معین باشد ولو این فرد شخص اعتباری باشد. (سنهوری، الوسیط فی شرح القانون مدنی، ج ۸، بی تا، ص ۷۹۷) (مانند شرکت‌های تجاری) بنابراین حق استعمال و بهره برداری آن ملک نیز متعلق به همان شخص و یا اشخاص معین بوده و دیگری حق تصرف در آن را ندارد. (انصاری و طاهری، ج ۳، ۱۳۸۸، ص ۱۹۶۴) ملکیت اجتماعی نیز به وجه خاص همان ملکیت ید مشترک یا ملکیت عمومی می‌باشد.



که مالک در این نوع ملکیت عده ای از مردم می باشد بدون اینکه از شخصیت اعتباری بهره مند شوند. (سنهوری، الوسیط فی شرح القانون مدنی، ج ۸، بی تا، ص ۸۰۰) به عبارتی ملک عمومی ملکی است که حق استفاده و بهره مندی از آن به عموم مردم بر می گردد و بر خلاف ملکیت فردیه (خصوصی) شخص یا اشخاص معین حق استفاده از آن را به صورت انحصاری ندارند.

امروزه در نظام های حقوقی دولتها بر املاک عمومی مانند مساجد، معابر و پارکها نظارت داشته و گستره ی استفاده و استعمال آن را معین می نمایند. و افراد یک جامعه به نحوی حق استفاده از آن را دارند که زمینه ی بهره برداری دیگران از آن را از بین نبرند. (انصاری و طاهری، ج ۳، ۱۳۸۸، ص ۱۹۶۴) حال که به طور مختصر تفاوت ملکیت عمومی و فردی (خصوصی) مشخص شد، در ابتدا بررسی می نمایم که آیا ملکیت مشاع حق ملکیت به حساب می آید یا خیر؟ و در صورت جواب مثبت آیا این حق ملکیت، فردی است یا اجتماعی؟ در جواب سوال اول باید گفت در اینکه حق ملکیت می باشد شکی نیست، بنابراین عناصر ملکیت را در بر می گیرد و برای مالک مال مشاع حق استعمال، حق انتفاع و حق تصرف وجود دارد، و تعریف ملک مشاع که می گوید: در صورتی که دو نفر یا بیشتر از دو نفر مالک شیء ای باشد بدون اینکه حصه ی هر کدام در آن مشخص باشد اینها شرکاء در تساوی خواهد بود.، بر این مطلب صراحت دارد. بنابراین این تعریف به صراحت اصحاب مالکیت مشاع را بیان داشته و وصف می نماید که همه ی آنها مالک شیء مشاع می باشد یعنی اینها حق مالکیت دارد. و تمام عناصر ملکیت را که شامل حق تصرف، حق استعمال و حق انتفاع است برای آن می شناسد و بیان می دارد که هر شریکی مالک مشاع حصه خود است به گونه ملک تام یعنی می تواند در حصه خود تصرف نماید و تسلط بر منافع آن داشته و از آن استفاده نماید البته تا جایی که اعمالش ضرر به حقوق سایر شرکاء نرساند. حال بعد از پاسخ به سوال اول باید ببینیم که ملک مشاع حق ملکیت فردیه (خصوصی) است یا اجتماعی (عمومی)؟ در جواب این سوال نیز باید گفت: ملکیت مشاع حد وسط بین ملکیت مفروز و ملکیت اجتماعی می باشد، زیرا از آنجایی که حصه هر شریک در کل مال مشاع، شائع است و در یک قسمت مال متمرکز نیست این باعث می شود که ملکیت مشاع از ملکیت مفروز متمایز گردد زیرا در ملکیت مفروز ملکیت متمرکز در قسمتی مشخص می باشد. و از طرفی

آن شیء ای را که شرکاء به شکل مشاع مالک آن هستند مملوک تمام شرکاء به طور دسته جمعی نمی‌باشد بلکه هر شریکی مالک حصه خود در آن شیء خواهد بود، بر خلاف ملکیت اجتماعی که همه به طور دسته جمعی در همه حصص به طور مشترک ملکیت دارند. بنابراین این مطلب نیز ملکیت مشاع را از ملکیت اجتماعی جدا می‌نماید. حال که متوجه شدیم ملکیت مشاع حد وسط مابین مالکیت مفروز و مالکیت مشترک است باید بدانیم که آیا طبیعت ملکیت مشاع از طبیعت ملکیت مفروزه است یا طبیعت ملکیت اجتماعی؟ باید گفت همان طوری که قبلاً بیان شد در ملکیت مشترک مالک جماعت و عده ای از مردم است به گونه‌ای که هیچ شیء و حصه‌ای به طور مفروز مملوک هیچ کسی به تنهایی نیست، پس کل شیء مملوک دسته جمعی می‌باشد بدون اینکه دارای شخصیت معنوی باشد، بر خلاف ملکیت مشاع که هر شریکی به نوع ملکیت فردیه یا خصوصی در مال مشاع مالک حصه‌ی خود است، بنابراین طبیعت ملکیت مشاع متفاوت با طبیعت ملکیت اجتماعی می‌باشد و طبیعت آن ملکیت خصوصی می‌باشد، زیرا هم ملکیت مشاع و هم ملکیت مفروز از افراد ملکیت فردیه یا همان خصوصی می‌باشند. (سنه‌وری، الوسیط فی شرح القانون مدنی، ج ۸، بی تا، ص ۸۰۰) به طور خلاصه باید گفت: ملکیت یا فردی (خصوصی) است یا اجتماعی، و ملکیت فردی خود یا مشاع است یا مفروز به عبارتی برای ملک خصوصی یا فردی ممکن است یک مالک وجود داشته باشد (مفروز) و یا چند مالک (مشاع) (انصاری و طاهری، ج ۳، ۱۳۸۸، ص ۱۹۶۴) لذا ملکیت مشاع یکی از انواع و افراد ملکیت فردیه می‌باشد. (سنه‌وری، الوسیط فی شرح القانون مدنی، ج ۸، ص ۸۰۰)

در انتها لازم است تذکر داده شود که در این بند ملکیت فردیه همان ملکیت خصوصی می‌باشد که سنه‌وری در الوسیط به عنوان ملکیت فردیه از آن یاد کرده است و برخی از نویسندگان حقوقی مانند دکتر انصاری از آن به عنوان ملکیت خصوصی نام برده است. و همچنین ملکیت اجتماعی یا جماعیه در کلام سنه‌وری همان ملکیت عمومی در بیان انصاری می‌باشد.

### نتیجه گیری

مالکیت مشاع نیز یکی از انواع مالکیت است، بنابراین اسباب ایجاد آن نیز همان اسباب ایجاد ملکیت مانند: ارث، مزج و عقد می‌باشد، که یا اراده‌ی مالکان در ایجاد آن نقش دارد و یا خارج از اختیار آن‌ها صورت



می‌گیرد. اشاعه در عین، دین، حق و منفعت تحقق می‌یابد. اما به علت مشاع بودن مال یکی از ۳ ویژگی مهم حق مالکیت که عبارت از انحصاری بودن آن است را دارا نمی‌باشد، و به عبارتی فرد نمی‌تواند به طور انحصاری و مستقل در مال خود تصرف نماید.

همچنین باید گفت باید در تمییز مفهوم اشاعه از سایر مفاهیم مشابه دقت نمود از جمله مالکیت بر کلی در معین یا آنچه در حکم معین است با مالکیت مشاع تفاوت دارد.

و همچنین مالکیت در اشاعه با حق شریکان در شرکت‌های دارای شخصیت حقوقی دارای تفاوت‌های قابل توجهی می‌باشد.

فهرست منابع و مآخذ

۱. اباذری فومشی، منصور، ترمینولوژی حقوق نوین، تهران، شهید داریوش نوراللهی، چ اول، ج ۳، ۱۳۹۲ ه.ش
۲. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه‌ها، چ ۱۵، ج ۱، ۱۳۸۹ ه.ش
۳. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیة، چ سی و چهارم، ج ۲ و ۳، ۱۳۹۲
۴. انصاری، محمد علی، الموسوعه الفقهيہ الميسره، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چ اول، ج ۳، ۱۴۲۰ ه.ق
۵. انصاری، مسعود، طاهری، محمد علی، دانشنامه ی حقوق خصوصی، تهران، جنگل، جاودانه، چ سوم، ج ۱، ۲ و ۳، ۱۳۸۸ ه.ش
۶. پادشاه، محمد، فرهنگ آندراج، تهران، کتابخانه خیام، ج ۶، بی تا
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، چ بیست و پنجم، ۱۳۹۲
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، گنج دانش، چ اول، ج ۱، ۱۳۸۸ ه.ش
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، فرهنگ عناصر شناسی، تهران، کتابخانه گنج دانش، چ اول، ۱۳۸۲ ه.ش
۱۰. حائری، سید علی بن محمد، ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالدلائل، قم، مؤسسه آل البیت(ع)، چ اول، ج ۹، ۱۴۱۸ ه.ق
۱۱. حسینی دشتی، سید مصطفی، معارف و معاریف، ج ۹، قم، صدر، چ دوم، ۱۳۷۶ ه.ش
۱۲. حلی، محمد بن حسن بن یوسف، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چ اول، ج ۲، ۱۳۷۸ ه.ق
۱۳. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ اول، ۱۳۷۲ ه.ش
۱۴. الزحیلی، وهبه، الفقه الاسلامی و ادلته، دمشق، دارالفکر، چ دوم، ج ۵، ۱۴۰۹ ه.ق
۱۵. سرخی، علی، تقسیم اموال مشترک، تهران، انتشارات فکر سازان، چ چهارم،



- ۱۳۹۳ ه.ش
۱۶. السنهوری، عبد الرزاق احمد، الوسيط فی شرح القانون مدنی، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۸، بی تا
۱۷. صفایی، سید حسین، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران، نشر میزان، چ اول، ۱۳۷۵ ه.ش
۱۸. عاملی، زین الدین بن علی، روضه البهیمه فی شرح اللمعه الدمشقیه، قم، کتاب فروشی داوری، چ اول، ج ۶، ۱۴۱۰ ه.ق
۱۹. عبدالمنعم، فرج الصمد، الحقوق الاصلیه، بیروت، دارالنهضة العربیه، بی تا
۲۰. کاتوزیان، ناصر، اموال و مالکیت، تهران، میزان، چ سی و سه، ۱۳۹۰ ه.ش
۲۱. کاتوزیان، ناصر، مشارکتها و صلح، تهران، گنج دانش، چ ششم، ۱۳۸۳ ه.ش
۲۲. کاشانی، محمود، قراردادهای ویژه، تهران، نشر میزان، چ اول، ۱۳۸۸ ه.ش
۲۳. محقق حلی، جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ج ۲، ۱۴۰۸ ه.ق
۲۴. محدث قمی، شیخ عباس، الغایه القصوی فی ترجمه العروه الوثقی، قم، منشورات صبح پیروزی، چ اول، ج ۲، ۱۴۲۳ ه.ق
۲۵. مروارید، علی اصغر، سلسله الینابیع الفقهیه، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه الدار الاسلامیه، چ اول، ج ۱۷، ۱۴۱۰ ه.ق
۲۶. معین، محمد، فرهنگ فارسی، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر، چ پانزدهم، ج ۳، ۱۳۷۹ ه.ش
۲۷. موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چ اول، ج ۱، ۱۴۰۹ ه.ق
۲۸. نجفی، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، تحریر المجله، نجف اشرف، المکتبه المرتضویه، چ اول، ج ۲، ۱۳۵۹ ه.ق

