

# امکان سنجی استفاده از عقود مشارکتی در اموال و سرمایه به صورت مشاع

سید عبدالحمید ثابت<sup>۱</sup>

مصطفی ابراهیمی<sup>۲</sup>

## چکیده

قرارداد مشارکت یکی از عقود اسلامی است که می‌توان از آن برای تأمین مالی استفاده کرد. به این معنا که چند نفر می‌توانند اموال خود را از طریق عقد شرکت با هم شریک کنند و سود حاصل از آن را بر اساس سهم هرکدام در سرمایه یا طبق توافق تقسیم نمایند. اگر سرمایه اولیه شرکت‌کنندگان در سرمایه‌گذاری مجزا باشد، واضح است که طبق شرایط مشارکت امکان بهره‌گیری از این عقد وجود دارد؛ اما با توجه به اینکه در بسیاری از موارد اتفاق می‌افتد که سرمایه اولیه یا اموال شرکت‌کنندگان به صورت تفکیک‌پذیر نیست، بلکه به صورت مشاع است. لذا سؤالی که مطرح می‌شود این است که می‌توان از عقد شرکت برای اموال و سرمایه مشاع استفاده نمود یا خیر؟ مورد تردید است. نتایج تحقیق حاضر که با روش توصیفی-تحلیلی انجام شده، نشان می‌دهد که می‌توان از اموال مشاع در قالب شرکت‌های غیرعادی استفاده کرد و همچنان می‌توان آن را به صورت رهن و اجاره و مضاربه در اختیار گرفت، ولی به صورت اوراق مشارکت به صورت مستقیم قابل استفاده نیست، بلکه ابتدا باید این اموال را مالکین در خدمت شرکت سهامی قرار دهند و سپس می‌توانند این اموال را به صورت اوراق مشارکت بفروش برسانند.

**کلیدواژه‌ها:** سرمایه، اموال، مشاع، عقد شرکت، شرکا

---

۱. استادیار گروه اقتصاد، جامعه المصطفی العالمیه. ایمیل: sah\_sabet@yahoo.com

۲. عضو هیئت علمی دانشکده اقتصاد، دانشگاه کاتب، کابل، افغانستان.

Mustafa.ibrahimi@Kateb.edu.af

## مقدمه

یکی از راه‌های توسعه اقتصادی برای هر کشور، جلب و جذب سرمایه و سرمایه‌گذار است و دولت‌ها از این طریق می‌توانند تأمین سرمایه کرده و در بخش‌های اقتصادی سرمایه‌گذاری نمایند. از این رو معمولاً کشورها برای جذب سرمایه و تأمین منابع، دست به انتشار اوراق می‌زنند و از این طریق تأمین مالی می‌کند. گاهی سیاست‌های مالی دیگر را در پیش می‌گیرد، مانند امتیازدهی اعتمادسازی برای سرمایه‌گذار و...؛ اما در کشورهای اسلامی دولت‌ها علاوه بر آن، از اوراق و عقود اسلامی نیز استفاده می‌کنند. از جمله عقود که می‌شود از آن استفاده کرد، عقد شرکت است. عقد شرکت انواع مختلف دارد، مانند شرکت عقدی و شرکت غیرعادی، شرکت در اعتبار و شرکت در کار شرکت در اموال، این‌ها نمونه‌هایی از عقود هستند که برای تأمین مالی می‌تواند دولت‌ها و مردم برای کار سرمایه‌گذاری مشترک از آن‌ها استفاده نمود. باین وجود از جمله پرسشی که در این تحقیق مطرح می‌شود این است که برای تأمین سرمایه می‌توان از مال مشاع استفاده کرد یا خیر؟ برای تحلیل این مسئله ابتدا باید به تحلیل و تفسیر عقد شرکت پردازیم که مال مشاع تحت کدام یکی از عقود شرکت مطرح است و مال مشاع چگونه اموالی است و آیا مال قابلیت رهن و اجاره و مضاربه را دارد یا خیر؟ لذا این تحقیق به دنبال پاسخ به این مسئله است و آن را از ابعاد مختلف واکاوی کرده است. برای روشن‌تر شدن مطلب، ابتدا باید مفاهیم چون سرمایه و شرکت و مشاع را روشن سازیم، سپس مال مشاع را و تصرف در اموال مشاع را و اینکه با کدام تصرف، تصرف حقوقی یا تصرف مادی قابلیت استفاده دارد. با توجه به پیشینه عقد مشارکت در فقه و حقوق مالی اسلامی تحقیقات بسیاری در موضوع مشارکت و عقد شرکت به صورت کتاب و مقالات منتشر شده و از ابعاد مختلف، محققین به این بحث پرداخته‌اند. بسیاری از این کتاب‌ها و مقالات جنبه‌های فقهی آن همانند شرایط صحت عقد، شرایط سهامداران، فسخ عقد و... را بررسی کرده است؛ یعنی بیشتر در حوزه اقتصاد دستوری بوده است و از لحاظ امکان‌سنجی استفاده از آن در توسعه اقتصادی با استفاده از این عقود کمتر مورد توجه



بوده است. همچنین بعضی از محققین مال مشاع را مورد تبیین قرار داده‌اند و ویژگی‌های آن را تشریح نموده‌اند. بنابراین از مقالات و کتاب‌هایی که مشارکت و مال مشاع یا عقود شرکت را بحث نموده‌اند می‌توان مقالات و کتاب‌های ذیل را نام برد: سید عباس موسویان، ابزارهای مالی (۱۳۸۹) در بخشی از این کتاب به انواع عقود شرکت پرداخته است و همچنین اوراق مشارکت و نحوه تقسیم سود را بحث کرده است.

صادقی گلدر در مقاله تحت عنوان «عقد شرکت، مفهوم و قلمرو آن» (۱۳۹۹) بیشتر به تحلیل اصطلاحات همانند اشاعه، مشاع و تبیین عقد شرکت عقدی و غیر عقدی پرداخته است.

محمد سعید پور سعید (۱۳۹۷) در مقاله با عنوان «رهن مال مشاع»، رهن مال مشاع را از نظر فقها بررسی کرده است و همچنین دیدگاه فقها را درباره نحوه قبض و عدم آن را مورد بررسی قرار داده است. در یک نتیجه‌گیری کلی بعد از تحلیل و تبیین صحنه بر رهن مال مشاع می‌گذارد.

گودرز افتخار جهرمی و مجتبی شفیع (۱۳۹۹) در مقاله تحت عنوان «وضعیت حقوقی اجاره مال مشاع»، مبانی و وضعیت حقوقی را مورد تبیین قرار داده است، ولی تحقیق حاضر نگاه متفاوت‌تر به موضوع دارد به این معنا که مال مشاع را با عقد شرکت می‌توان از مال استفاده کرد یا خیر؟ در صورت پاسخ مثبت چگونه می‌توان برای تأمین سرمایه از مال مشاع استفاده کرد. برای رسیدن به نتیجه مطلوب باید ابعاد موضوع تحقیق را مورد کنکاش قرار دهیم.

## ۱. مفاهیم نظری

### ۱-۱. سرمایه

سرمایه در اصطلاح به آن دسته از ثروت‌های نقدی و غیرنقدی گفته می‌شود که همراه دیگر عوامل نظیر نیروی کار و منابع طبیعی در فعالیت‌های اقتصادی نظیر تولید، مبادله و بانکداری به کار گرفته می‌شود معمولاً واژه سرمایه مترادف با کالاهای

سرمایه‌ای است که انواع آن از زمین و کار به دست می‌آید، ولی در نظام فکری «بورديو» مفهوم سرمایه در معنای گسترده‌تر از حوزه مبادلات اقتصادی و دارایی مالی به کار گرفته شده است. این که سرمایه در نگاه غالب افراد به پول و ثروت مرتبط می‌شود، از نظر بورديو بدعت و تحمیل نظام سرمایه‌داری است. «درواقع نظام سرمایه و مبادله صورت‌های گوناگونی دارد. نظام مبادله گسترده‌ای که در آن انواع گوناگون سرمایه‌ها در شبکه‌های پیچیده‌ای منتقل شده یا در درون و بین میدان‌های گوناگون گردش می‌کنند. بورديو تلاش می‌کند با بسط ارزش‌های فرهنگی و فضای مردم‌شناسی، بازار سرمایه و مبادله را بسط دهد، ولی نظریه‌های اقتصادی با دیدگاه و خواستگاه منفعت‌طلبانه خود آن را به نظام مبادلات تجاری تقلیل داده‌اند. در نظام مبادلات بورديو چهار نوع سرمایه معرفی می‌شود:

الف. سرمایه اقتصادی که ماهیت کمی دارد و با پول، میزان دارایی و اموال قابل‌سنجش و اندازه‌گیری است.

ب. سرمایه فرهنگی مرتبط با تحصیلات، مدارج علمی، تخصص‌ها مهارت‌ها و... است.

ج. سرمایه اجتماعی به‌طور کلی همان شبکه ارتباط اجتماعی و دامنه اشخاص، گروه‌ها یا اجتماعات مرتبط با اشخاص است.

د. سرمایه نمادین که درواقع نوع خاصی از سرمایه فرهنگی است که اشاره دارد به پرستیژ، منزلت و افتخارات کسب شده افراد در جامعه. (گرائفل، ۱۷۷-۱۷۴)

## ۱-۲. مشاع

اشاعه در لغت به معنای نشر دادن و پراکنده کردن است و در اصطلاح حقوقی به معنای انتشار سهم هریک از مالکان و صاحبان حق در تمام مال یا حق است و منظور از مشاع آن است که مالکیت هریک از شرکا محدود به جزء خاص و معینی از شیء مورد مشارکت نباشد، بلکه به کل آن تسری دارد. بدین معنا مشاع در برابر مال مفروض به کار می‌رود. مراد از مال مشاع نیز مالی است که به دو شخص یا بیشتر تعلق دارد. در مال مفروض، کل شش دانگ ملک متعلق به یک شخص است و تمامی



اجرای آن متعلق به آن شخص است. در حالت اشاعه نیز مالکیت شرکا در تمام اجزا و ارکان مال است؛ به نحوی که هر جزئی از مال که در نظر گرفته شود کلیه شرکا در آن سهیم هستند و هیچ شریکی نمی‌تواند نسبت به جزئی از مال ادعای انحصاری داشته باشد. اشاعه هم می‌تواند در حقوق عینی باشد، مثل مالکیت بر اموال منقول و غیر منقول و هم در خصوص حقوق دینی، مثل ثمن در ذمه راجع به اموال مشاعی، سبب اشاعه نیز ممکن است اختیاری یا قهری باشد. (جهرمی و شفیع، ۱۳۹۹: ۱۲۶)

### ۱-۳. شرکت

در تعریف شرکت فقها تعابیر نزدیک به هم دارند و آن را به صورت عام تعریف نموده‌اند. امام خمینی (ره) می‌فرماید: «شرکت عبارت است از این که یک چیز برای دو نفر یا بیشتر باشد و آن یا در عین است یا در دین یا در منفعت یا در حق و سبب آن گاهی ارث است. گاهی عقد انتقال دهنده، مثل وقتی که دو نفر باهم مالی را بخرند یا باهم مالی را اجاره کنند. برای شرکت سبب‌های دیگر نیز وجود دارد مثل حیات یا مثل کسی که دیگری را در مال خود شریک کنند». (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ۱: ۵۸۰)

### ۱-۳-۱. انواع شرکت

عقود شرکت به دو صورت است؛ شرکت عقدی یا غیرعقدی. به صورت کلی عقد شرکت انواع و اقسامی دارد که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرد:

الف. شرکت غیرعقدی (مال مشاع): شرکت غیرعقدی یا شرکت مطلق همان طور که در ماده ۵۷۱ ق.م. آمده، عبارت است از: «اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه است». (قانون مدنی، ۲۱۹) بنابراین تعریف هر جزء از اجزای مال مذکور، ملک مالکین مشاع است. مال مشاع یا مشترک می‌تواند یک عین خارجی باشد، مانند خانه و باغ مشترک و همین طور می‌تواند یک منفعت باشد، مانند منفعت خانه مورد اجاره که در اثر فوت مستاجر به ورثه انتقال یافته است یا حق باشد مانند حق خیار، حق شفعه و طلب که در اثر فوت مورث به ورثه انتقال

یافته است. (امامی، ۱۳۶۴، ۲: ۲۰۵)

ب. شرکت عقدی (مدنی): فقهای اسلامی عقد شرکت را با تعابیر متفاوتی تعریف نموده‌اند که اضافه یا کم شدن برخی اصطلاحات در تعریف این عقد، نشان‌دهنده برخی مقاصد یا اضافه و کم شدن قلمرو این تعاریف است. برخی آن را به اجتماع حقوق چند مالک در یک چیز به صورت مشاع شرکت تعریف کرده‌اند. (حلی، ۱۴۱۴، ۱۶: ۳۰۷) برخی دیگر استحقاق دو یا چند نفر نسبت به چیزی به نحو اشاعه را در تعریف اضافه کرده‌اند. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۸: ۸) در کتاب‌های حقوق مدنی آن را عقدی می‌دانند که بین دو یا چند نفر، بر معامله کردن به مالی که بین آن‌ها مشترک است که به آن شرکت مدنی نیز گفته می‌شود. اثر عقد مذکور آن است که هر یک از شرکا به وکالت از دیگران می‌توانند به کسب و معامله در مال الشریکه تصرف نمایند. هر یک از شرکا مانند نماینده و عامل از طرف دیگران در امور شرکت رفتار می‌کنند، مگر آن‌که شرکا قرارداد یا توافق مخصوص داشته باشند و اداره امور شرکت را به یک یا چند نفر واگذار کنند که در این صورت معلوم می‌شود شرکا اجازه تصرف به عنوان وکالت را از دیگران سلب نموده‌اند. شرکت عقدی یکی از عقود معینه است و باید تمام شرایط اساسی برای صحت معامله که در ماده ۱۹۰ ق.م. آمده است را دارا باشد. (قانون مدنی، ۲۱۴)

البته فقهای امامیه مثل امام خمینی در مورد شرکت چهار قسم دیگر از شرکت را بیان کردند:

الف. شرکت اعیان (شرکت در اموال): شرکتی است که دو یا چند نفر در اموال منعقد می‌کنند در اینکه اموال نقد باشد یا جنس تفاوتی ندارد و در هر دو مورد می‌توان شرکت اعیان را منعقد نمود.

ب. شرکت ابدان (شرکت در کار): شرکتی است که دو یا چند نفر با یکدیگر توافق می‌کنند که هر کدام هر چه به وسیله کار خود به دست آورد، همه آن‌ها در آن شریک باشند. در این مورد نیز تفاوتی ندارد که کار آن‌ها از یک نوع باشد، مثل اینکه همه خیاطی کنند یا مختلف باشد مثل اینکه یکی نجاری و دیگری قصابی کند. طبق نظر



فقه‌ها شرکت ابدان باطل است؛ زیرا مقدار کار افراد یکسان نیست. می‌توان به وسیله عقد صلح، نتیجه مورد نظر از شرکت ابدان را به دست آورد؛ مثلاً خیاط یا قصاب و یا نجار سهمی از درآمد خود را برای مدت معینی به دیگری در مقابل سهمی از درآمد او در همان مدت، صلح کند. در صلح مذکور نتیجه‌ای که از شرکت ابدان در نظر است، به دست می‌آید.

ج. شرکت وجوه (شرکت در اعتبار): این نوع شرکت عبارت است از این که دو یا چند نفر که صاحب سرمایه نیستند با یکدیگر توافق کنند که هر یک جنسی را به اعتبار خود به صورت نسبه خریداری کنند و بفروشند و سودی که حاصل می‌شود هر دو/ همه در آن شریک باشند. این نوع شرکت باطل است؛ اما شرکا می‌توانند به وسیله عقد وکالت نتیجه شرکت وجوه را به دست آورند. به این شکل که هر کدام، دیگری را وکیل انتخاب کند که هر چه خریداری می‌کند، دیگری در آن شریک کند؛ یعنی آن را برای خود و فرد یا افراد دیگر به نسبت معینی، نسبه خریداری کند در این صورت آنچه به صورت نسبه خریداری شده، متعلق به هر دو خواهد بود و در سود و زیان به همان نسبتی که به صورت شرکت خریداری کرده از نصف یا ثلث یا ربع و امثال آن شریک خواهند بود.

د. شرکت مفاوضه: این شرکت، شرکتی است که دو یا چند نفر با یکدیگر توافق کنند که هر سود و فایده‌ای که به هر کدام از آن‌ها رسید اعم از تجارت، زراعت، کسب، ارث، وصیت و امثال آن همه در آن سهم داشته باشند. این شرکت نیز از نظر فقه‌ها باطل است. (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۶: ۲۹۸)

در یک تقسیم‌بندی دیگر برخی فقه‌ها به اسباب تحقق شرکت پرداخته و اسباب شرکت را به ارث، عقد، امتزاج و حیات و احیا تقسیم نموده‌اند. (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۶: ۲۹۰) برخی دیگر همین تقسیم‌بندی اسباب شرکت را در یک تقسیم‌بندی کلی‌تر به شرکت قهری و اختیاری و شرکت ظاهری و واقعی تقسیم نموده‌اند. (طباطبایی حکیم، ۱۳۹۱، ۱۳: ۶) با توجه به اینکه موضوع اصلی این تحقیق شرکت عقدی است از توضیح موارد دیگر خودداری می‌شود.

### ۱-۳-۲. احکام شرکت

وقتی شرکت به هرکدام از اسباب فوق‌الذکر محقق شود، احکامی بر آن مترتب می‌شود که ازجمله می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود:

هیچ‌یک از شرکا بدون اجازه بقیه نمی‌تواند در مال مشترک تصرف کند، ولی با اجازه یکی از دو شریک به دیگری، وی حق تصرف پیدا می‌کند؛ لیکن خود اجازه دهنده حق تصرف ندارد، مگر آنکه شریک وی نیز به او اجازه تصرف دهد. نحوه و مقدار تصرف بستگی به نحوه اذن دارد. بنابراین با اجازه نوعی خاص از تصرف، همچون سکونت در خانه یا زمان خاص از آن، مانند سکونت در ماه محرم، یا شرطی ویژه از قبیل سکونت همراه با شخص معین، تعدی از آن جایز نیست. (زین‌الدین، ۱۴۱۷، ۴: ۴۲۶)

تصرف در مال مشترک، برای بعضی از شرکا بدون رضایت بقیه جایز نیست؛ اما اگر یکی از شرکا به شریک دیگرش اجازه تصرف بدهد، برای فرد اجازه داده شده جایز است تصرف کند، ولی اجازه دهنده بدون اجازه شریکش نمی‌تواند تصرف کند و بر اجازه داده شده واجب است که از لحاظ کمیت و کیفیت تصرف، به مقدار اجازه داده شده اکتفا نماید. مگر اینکه اجازه در امری را مستلزم اجازه در لوازم آن نیز بدانیم که در این صورت موارد متعارف بیشتر نیز مجاز به تصرف خواهد بود. (موسوی خمینی، ۱۳۷۹، ۱: ۶۶۳)

### ۱-۳-۳. ارکان شرکت عقدی

عقود شرعی دارای ارکانی است که در صورت فقدان هرکدام از این ارکان عقد باطل خواهد بود. شرکت عقدی دارای سه رکن است که مربوط به طرفین عقد، خود قرارداد یا صیغه و موضوع قرارداد یا مال است.

طرفین عقد باید بالغ و عاقل باشد و اختیار داشته باشد و به خاطر ورشکستگی یا سفاهت ممنوع از تصرف در اموال خویش نباشد. (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ۵: ۲۷۵) در مورد قرارداد یا صیغه عقد شرکت، بسیاری از فقها آن را از عقود نیازمند ایجاب و قبول دانسته‌اند؛ (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۲: ۳۲۶) اما برخی فقط ایجابی را که رضایت



طرف مقابل را داشته باشد، کافی می‌دانند. در حالی که برخی دیگر شرکت معاطاتی یا مخلوط کردن اموال به قصد تجارت یا معامله را صحیح می‌دانند. (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۶: ۲۹۰)

سومین رکن شرکت مال است که از شرایط آن این است که عین باشد و قابلیت مخلوط شدن به صورت ممزوج را داشته باشد (حسینی عاملی، بی‌تا، ۱۶: ۵۸۷) و برخی مشابهت کامل یا متحد بودن در جنس را نیز شرط دانسته‌اند. بنابراین شرکت عقدی در اموری همانند دین و منفعت صحیح نخواهد بود. (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۶: ۲۹۰)

## ۲. تصرف در اموال مشاع و راه‌های تأمین سرمایه

تصرف در اموال شرکت طبق توافق طرفین امکان‌پذیر است. چنانکه در ماده ۳۰ قانون مدنی آمده است: «هر شخصی نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون آن را استثنا کرده باشد؛ اما اختیارات داده شده در این ماده را نسبت به مالک مال مشاع به صورت مطلق نمی‌توان قابل تحقق دانست. چیزی که قلمرو این تصرفات را محدود می‌کند، در مرحله اول لزوم رعایت نظم عمومی و حقوق مالکان دیگر است و در مرحله دوم، معلوم نبودن سهم اختصاصی شریک در حالت مشاع است. لذا با توجه به نوع تصرف، در مواردی اجازه شرکای دیگر شرط استفاده از سهم مشاع اختصاصی است. در اینجا به بررسی انواع تصرفات مادی هر یک از شرکا و تصرفات حقوقی در این نوع اموال که عمده آن انتقال و تقسیم است، می‌پردازیم:

### ۱-۲. تصرفات حقوقی

مراد از تصرفات حقوقی انجام معاملات نسبت به مال مشاع توسط یکی از شرکا است. این معاملات ممکن است به دو صورت واقع شود:

الف. تصرفات حقوقی یکی از شرکا نسبت به سهم خودش: هرکدام از شرکا می‌توانند در مال مشترک نسبت به سهم خود هر نوع تصرف حقوقی داشته باشد، چه



این تصرف انتقال دهنده عین باشد، مانند بیع سهم مشاع یا انتقال دهنده منفعت؛ مانند اجاره که به موجب آن مستأجر مالک منفعت سهم مشاع شریک موجر می‌گردد گرچه دریافت منفعت از عین اجاره داده شده و تصرف مادی در آن منوط به اجازه شرکا دیگر خواهد بود و همچنین ممکن است که تصرف مورد بحث غیر ناقل باشد. به هر صورت تحقق تصرفات حقوقی، ذاتاً مستلزم تصرفات مادی در مال مشاع نیست. چنانچه این گونه از تصرفات نسبت به سهم شریک دیگر انجام نشود، صحیح و معتبر خواهد بود. از این رو ماده ۵۸۳ قانون بیان می‌کند: «هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را به صورت جزئی یا کلی به شخص ثالث انتقال دهد». برای صحت این انتقال فرق نمی‌کند میان آنکه سهم شریک به یک شخص منتقل شود، یا به اشخاص متعدد انتقال یابد و این امر که انتقال سهم یک شریک به اشخاص متعدد، سبب کثرت شرکا می‌گردد، مانع صحت انتقال مذکور نخواهد شد؛ زیرا طبق قاعده کلی هر مالک حق دارد در ملک خود هر نوع تصرفی را به انجام دهد و ملک یاد شده را به شخص یا اشخاص مورد نظر انتقال دهد، مگر آنکه قانون طور دیگری حکم کرده باشد؛ اما در مسئله مورد بحث ما منع قانونی در این زمینه وجود ندارد. (شهیدی، ۱۳۶۵: ۲۰)

ب. تصرفات حقوقی نسبت به سهم شرکا: طبق ماده ۵۸۱ قانون مدنی این تصرفات از جهت اینکه تصرف در اموال دیگران است، تصرف فضولی خواهد بود. بنابراین تابع اجازه بعدی آن‌ها است. ماده ۵۸۱: «تصرفات هر یک از شرکا در صورتی که بدون اجازه یا خارج از حدود اجازه باشد، فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی است». هر چند عبارت ماده ۵۸۱ مطلق است، ولی به قرینه مواد دیگر به خوبی معلوم می‌شود که اولاً برخلاف ماده ۵۸۲ مراد از تصرف در این ماده، تصرف حقوقی است نه تصرف مادی و ثانیاً عنوان فضولی بودن تصرف اختصاص به تصرف در سهام سایر شرکا دارد و گرنه تصرف حقوقی شریک در سهم خود همان گونه که قبلاً اشاره شد طبق ماده ۵۸۳ قانون مدنی و مقررات دیگر معتبر است. (همان)

## ۲-۲. تصرف مادی

تصرفات مادی ممکن است با هدف اجرای یک عمل حقوقی صورت بگیرد یا اینکه هیچ‌گونه ارتباطی با تصرفات حقوقی و کارهای حقوقی نداشته باشد. همچنین ممکن است بدون اجازه شرکای دیگر انجام شود یا با اذن ایشان انجام گیرد. این بحث در دو قسمت به شرح زیر بررسی می‌شود:

الف. تصرف مادی بدون اذن شرکای دیگر: هیچ‌یک از شرکا، قانوناً حق ندارد بدون اذن سایر شرکا در مال مشاع تصرف کند، اعم از آنکه این تصرف مادی به‌منظور اجرای یک عمل حقوقی باشد، مثل آنکه شریک سهم خود را از مال مشاع به شخص دیگر اجاره دهد و آن‌ها برای استفاده مستأجر به وی تسلیم نماید یا آنکه تصرف مادی ارتباطی با عمل حقوقی نداشته باشد، مثل آنکه شریک بدون اجازه دیگر شرکا در مال مشاع تغییراتی بیاورد یا آنکه شخصاً در خانه مشاع ساکن شود. عدم جواز تصرف شریک در مال مشاع، بدون اجازه شریک‌های دیگر، نظر فقهای امامیه است. در حقوق مدنی ایران هم باید بر عدم جواز تصرف مادی شریک بدون اجازه شرکای دیگر، اظهار نظر کرد؛ زیر:

اولاً مطابق قانون مدنی، هرچند در فصل مربوط به شرکت ماده‌ای نمی‌توان یافت که این تصرف را صریحاً ممنوع کرده باشد، ولی عدم جواز را می‌توان از مفهوم برخی ماده‌ها همانند ماده ۵۷۹ قانون مدنی و به‌طور صریح از مواد دیگر قانون مدنی مثل ماده ۴۷۵ استنباط کرد. مفهوم ماده ۵۷۹ اختیار هر یک از شرکا غیر اجازه داده‌شده در اداره مال شرکت را در اقدام انفرادی و استقلالی آن‌ها نسبت به اداره مال مشاع نفی می‌کند و ماده ۴۷۵ قانون مدنی تسلیم عین مستأجره را به مستأجر، موقوف به اجازه شریک می‌داند.

ثانیاً از نگاه قواعد و اصول کلی نیز می‌توان به عدم جواز تصرف مادی شریک بدون اجازه شرکای دیگر حکم کرد؛ زیرا در شرکت حقوق متعدد مالکیت در آن واحد بر یک شیء استقرار پیدا می‌کند و تصرف مادی هرکدام از شرکا در مال مشاع، اگرچه تصرف در موضوع حق مالکیت خود او است؛ اما این تصرف عیناً با تصرف در



حق مالکیت شرکای دیگر ملازمه دارد و واضح است که عدم جواز تصرف در حقوق دیگران، تصرف مادی مورد بحث را غیرقانونی می‌سازد.

ب. تصرف مادی با اجازه دیگر شرکای دیگر: این نوع تصرف در مال مشاع جایز است؛ اما شرکا می‌توانند هر زمان که بخواهند از اجازه خود رجوع کنند و از آن پس تصرف شریک (سابقاً) اجازه داده شده غیرقانونی خواهد بود. مگر آنکه اجازه یا اسقاط حق رجوع از آن، در ضمن عقد لازمی صورت گرفته باشد. (همان).

### ۳. راه‌های تأمین سرمایه از طریق مال مشاع

برای تأمین سرمایه می‌توان از اموال مشاع استفاده کرد و این اموال را در قالب عقود اسلامی مانند رهن و اجاره و مضاربه و وقف، در خدمت سرمایه‌گذار قرارداد. سرمایه‌گذار می‌تواند از این طریق سرمایه لازم را برای سرمایه‌گذاری به دست آورد. بنابراین برای توضیح بیشتر به تحلیل چگونگی آن می‌پردازیم:

#### ۳-۱. تأمین سرمایه از طریق رهن مال مشاع

اگر یکی از شرکا طبق قراردادی، تمام یا بخشی از سهم خود را در برابر دینش گرو بگذارد، به این کار حقوقی رهن مال مشاع گفته می‌شود. چه اینکه اشاعه پیش از عقد رهن وجود داشته باشد یا در حین انعقاد رهن اشاعه به وجود آید. بنابراین منظور از رهن مال مشاع، عقد بین راهن و مرتهن است که راهن تمام یا قسمتی از سهم اموال شرکت خود در مال مشاع را در توثیق مرتهن بگذارد اعم از اینکه مال غیر منقول یا منقول باشد. (پور سعید و آقاپور، ۱۳۹۷: ۳۰۰) بنابراین رهن مال مشاع صحیح است و در صورت اختلاف شریک، راهن با مرتهن در نگهداری گرو، قاضی آن را می‌گیرد و خود، از جانب آن دو مال را نگهداری می‌کند و یا شخص عادل را بر این کار می‌گمارد. در مورد رهن مال مشاع، با توجه به عینی بودن این عقد و اینکه به قبض دادن عین رهن داده شده شرط صحت رهن است، ظاهراً کسب اجازه بقیه شرکا لازم است وگرنه باید عقد را باطل دانست. با این همه چون هدف از تسلیم در این موارد، انتفاع رهن گیرنده از عین نیست و حق تصرف مادی و حقوقی برای وی قابل تصور



نیست، در عمل، هیچ مداخله‌ای در سهم مالکان مشاع صورت نمی‌گیرد؛ مشروط بر اینکه عین مرهونه ملک مشاع باشد، زیرا قبض آن از طریق تنظیم سند در دفترخانه واقع می‌شود، ولی در مورد اموال منقول معمولاً قبض به شکل تسلیم مادی مال و در نتیجه، مستلزم تجاوز به سهم مشاع دیگران است. به‌طورکلی سرمایه‌گذار می‌تواند مال مشاع را رهن نماید و از طریق رهن نمودن مال الشریکه با توجه به شرایطشان تأمین سرمایه نماید.

### ۲-۳. تأمین سرمایه از طریق مضاربه مال مشاع

مضاربه با مال مشاع صحیح و جایز است. از این رو برای تأمین سرمایه برای پروژه‌های سرمایه‌گذاری از مال مشاع در قالب عقد مضاربه می‌توان استفاده نمود. فقها درباره جواز مضاربه با مال مشاع نسبت به جواز آن حکم کرده‌اند و مشهور علما آن را جایز می‌دانند. از جمله صاحب جواهر می‌فرماید: «ویصح القراض بالمال المشاع بلا خلاف ولا إشکال عندنا، لأنه معین فی نفسه، جامع لشرائط الصحة». (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۶: ۳۵۸) علت جوازش این است که مال مشاع فی نفسه معین و مشخص است و همچنین تمامی شرایط صحت مضاربه در آن وجود دارد؛ زیرا طرفین معامله و مقدار سرمایه در آن مشخص است. مرحوم علامه در تذکره و صاحب مفتاح الکرامه و صاحب حدائق نیز این مسئله را متعرض شده‌اند. همچنین از کلماتی از فقهای عامه استفاده می‌شود که آن‌ها نیز با امامیه موافق هستند و مضاربه را در مال مشاع جایز می‌دانند.

### ۳-۳. تأمین سرمایه از طریق اوراق مشارکت

یکی دیگر از ابزارهای مالی قابل استفاده در بازار سرمایه کشورهای اسلامی اوراق بهادار مشارکت است که بر اساس قرارداد شرکت به دو صورت منتشر می‌شود: الف. ناشر اوراق مشارکت بخشی از سرمایه مورد نیاز تأسیس یک بنگاه اقتصادی یا فعالیت سودآور را تهیه و بخش دیگر را از طریق واگذاری اوراق مشارکت تأمین می‌کند. دارندگان اوراق مشارکت در واقع به صورت مشاع به همراه ناشر اوراق به تناسب



سرمایه‌شان مالک بنگاه و فعالیت و به تبع آن در سود حاصل نیز شریک خواهند بود. ب. ناشر اوراق تنها به صورت مدیریت پروژه و فعالیت اقتصادی می‌پردازد و همه سرمایه مورد نیاز پروژه و فعالیت را از طریق انتشار اوراق جذب می‌کنند. در این روش ناشر وکیل صاحبان اوراق مشارکت خواهد بود که به نحوه مشاع مالک اصل فعالیت و سود آن هستند. ناشر می‌تواند به عنوان وکالت، از حق مدیریت برخوردار شود. (موسویان، ۱۳۸۹: ۳۱۳)

#### ۴. تقسیم سود و زیان در عقد شرکت

اگر در قرارداد شرکت در مورد کیفیت تقسیم سود و زیان توافق خاصی صورت نگرفته باشد، سود و زیان به نسبت مال هریک از شرکا بین آن تقسیم می‌شود. پس اگر سرمایه طرفین مساوی بود، سود و زیان هم به نسبت مساوی تقسیم می‌شود؛ اما اگر در قرارداد کیفیت خاصی را توافق کردند، مثل اینکه سود بر اساس نسبت‌های غیر مساوی تقسیم شود با اینکه سرمایه‌ها مساوی اند یا سود به طور مساوی تقسیم شود با اینکه سرمایه متفاوتند، اعم از این که نسبت بیشتر سود برای کسی باشد که در شرکت کار می‌کند یا کار بیشتر می‌کند یا برای سایر شرکا، در پایان دوره سود بر اساس توافق تقسیم می‌شود. به مقتضای اصل اولی شرکت، سود و زیان بر حسب سرمایه تقسیم می‌شود؛ اما اگر ضمن عقد شرکت کنند، ضرر احتمالی با یک یا چند نفر از شرکا جبران کنند، مانعی ندارد. بنابراین برای جلب اطمینان اعضای شرکت، یک یا چند نفر از آن‌ها که اطلاعات و تجربه کافی دارند، می‌توانند ضرر احتمالی را تا مدت معینی یا مطلقاً بر عهده بگیرند و سرمایه شرکا را تضمین کنند.

#### نتیجه‌گیری

عقد شرکت یکی از عقود اسلامی است که در معاملات مالی در کشورهای اسلامی از آن استفاده می‌شود. فقها و حقوق‌دانان عقد شرکت را به چند نوع تقسیم کردند مانند شرکت عقدی و شرکت غیرعقدی، شرکت ابدان و شرکت وجوه و شرکت مفاوضه. شرکت در اموال مشاع یکی از انواع شرکت‌های رایج است. هریک از شرکا



در اموال غیر مشاع به میزان سهم خود می‌تواند بدون اذن سایر شرکا تصرف کنند؛ اما در اموال مشاع چون حقوق متعدد مالکیت هم‌زمان بر یک شیء مستقر می‌شود و تصرف مادی هرکدام از شرکا در مال مشاع، اگرچه تصرف در موضوع حق مالکیت خود او است؛ اما این تصرف عیناً با تصرف در حق مالکیت شرکا دیگر تلازم دارد. هیچ‌کدام از شرکا نمی‌تواند بدون اذن دیگر شرکا تصرف کند؛ اما با اذن دیگر شرکا می‌تواند تصرف نماید. از این‌رو برای تأمین مالی و سرمایه می‌توان از مال مشاع در قالب عقود شرکت و عقد رهن و مضاربه و مشارکت استفاده کرد و سود حاصل از آن را نسبت به سهم هر فرد تقسیم نمود.

## فهرست منابع

۱. افتخار جهرمی، گودرز و شفیعی، مجتبی، (۱۳۹۹)، وضعیت حقوقی اجاره مال مشاع، فصلنامه حقوق خصوصی، سال نهم شماره ۳۳.
۲. امامی، سید حسن، (۱۳۶۴)، حقوق مدنی، تهران: انتشارات سمت.
۳. پور سعید، محمد سعید، آقاپور، علی، رهن مال مشاع، (۱۳۹۷)، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، فصلنامه حقوق خصوص، سال ۱۱، شماره ۴۰.
۴. حسینی عاملی، سید محمد جواد، (بی تا)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم: جامعه مدرسین.
۵. زین الدین، محمد امین، (۱۴۱۷ ق)، كلمة التقوى، قم: اسماعیلیان.
۶. شهیدی، مهدی، (۱۳۶۵)، تحلیل وضعیت حقوقی حدود شریک، مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۶.
۷. طباطبایی حکیم، سید محسن، (۱۳۹۱)، مستمسک عروة الوثقی، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۸. طباطبایی یزدی، سید کاظم، (۱۴۱۴ ق)، عروة الوثقی، قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۹. علامه حلی، الحسن بن یوسف، (۱۴۱۴ ق)، تذکره الفقهاء، قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث.
۱۰. قانون مدنی ایران
۱۱. گرنفل، مایکل، (۲۰۱۰ م)، مفاهیم کلیدی پیربورديو، (ترجمه: محمد مهدی لیبی)، تهران: نشر افکار.
۱۲. محقق کرکی، نورالدین علی، (۱۴۱۴ ق)، جامع المقاصد، قم: موسسه آل البيت لاحیاء التراث.



۱۳. موسوی خمینی، روح‌الله، (۱۳۷۹)، *تحریر الوسیله*، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

۱۴. موسویان، عباس، (۱۳۸۹)، *ابزارهای مالی اسلامی (صکوک)*، قم: پژوهشگاه فرهنگ اندیشه.

۱۵. نجفی، محمدحسن، (۱۳۶۲)، *جواهر الکلام*، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

