

## وضعیت حقوقی اجاره مال مشاع

دکتر گودرز افتخار جهرمی<sup>۱</sup> - مجتبی شفیعی<sup>۲</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۱۲/۲۷ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۲/۱۹

### چکیده

اشاعه یکی از حالت‌هایی است که در مورد اموال قابل تصور است. در این حالت، به جای آن که مالکیت مال به طور کلی، متعلق به یک نفر باشد، دو یا چند نفر، مالک مال هستند. در حالت اشاعه، 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 سهم هستند و هیچ شریکی نمی‌تواند نسبت به جزئی از مال ادعای انحصاری داشته باشد. سؤال این است که آیا یکی از شرکای مال مشاع می‌تواند آن مال را به اجاره دیگری دهد؟ دو نظر کلی در این خصوص وجود دارد و در حقوق ایران با پیروی از نظریه مشهور فقهای امامیه این امر پذیرفته شده است؛ در حقوق مصر نیز اختلاف نظر مشهود است، لیکن در نهایت حقوق این کشور با شرایطی به سمت پذیرش نظریه صحت اجاره مال مشاع رفته است. هر چند هم در دکتین و هم در رویه قضاییه این کشور، بعضاً آرای مخالف دال بر عدم صحت اجاره مال مشاع نیز دیده می‌شود. در مقاله حاضر، مفهوم اجاره مال مشاع، وضعیت حقوقی و مبانی پذیرش مورد بررسی واقع شده است.

**واژگان کلیدی:** اجاره، مال مشاع، اذن شرکا، تصرف در مال مشاع، صحت.

shafa91111@gmail.com

۱. استاد حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول).

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم و تحقیقات، تهران.

## مقدمه

قاعده تسلیط<sup>۱</sup> بیانگر اختیار تام و کامل مالک در تمام و انواع تصرفات ممکنه در مایملک خود است؛ ولی گاهی اوقات این قاعده یا به عبارت اخیری این اصل با دیگر اصول و قواعد حقوقی تراحم پیدا می‌کنند. بر اساس ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی می‌تواند هر نوع تصرفی را که بخواهد در مال خود بنماید. در مال مشاع این اختیار برای کل شرکا با هم شناخته شده است. قطعاً هر شریکی نمی‌تواند کل اختیارات مالک را به تنهایی داشته باشد؛ چون این امر منجر به بروز تعارض می‌شود. لذا محدودیت‌هایی بر شرکای ملک تحمیل خواهد شد. ممکن است یکی از شرکا بخواهد سهم خود از مال مشاع را به جای استفاده شخصی به دیگری اجاره دهد؛ لذا این سؤال مطرح می‌شود که اساساً آیا چنین اجاره‌ای می‌تواند صحیح باشد؟ از طرف دیگر ترتیب تسلیم و بهره‌برداری از آن چگونه خواهد بود؟

با توجه به این که مستأجر مشاعی تمام منافع مورد اجاره را در اختیار دارد و در واقع سهام سایر مالکین مشاعی هم در ید وی می‌باشد، لذا روابط فی‌مابین مالکین مشاعی با لحاظ قواعد عمومی مربوط اهمیت فوق‌العاده‌ای پیدا می‌کند و تعهد، ضمانت و مسئولیت هر یک از طرفین در پرداخت تمام یا هر قسمت از مال الاجاره یا اجرت‌المثل مهم بوده و تحمیل مسئولیت بر مبنای قرارداد خصوصاً در جایی که استحقاق مستأجر به حق کسب و پیشه تحت شرایط قانونی نسبت به کلیت حق مشاع است و واگذاری قسمتی از مورد اجاره، از حیث اجرایی مواجه با اشکالاتی است. از طرف دیگر بر طبق مواد ۴۷۰ و ۴۷۱ قانون مدنی در صحت اجاره، قدرت بر تسلیم عین مستأجره شرط است و تسلیم عرصه ملک به مستأجر بدون رضایت سایر مالکین ممکن نیست که این امر چاره‌جویی مطلوبی را می‌طلبد.

جهت یافتن پاسخ این سؤال‌ها، ارائه راهکار قانونی یا راه‌حلی که با نگرشی عمیق و برگرفته از استدلال حقوقی و منطبق با موازین قانونی باشد اجتناب‌ناپذیر است. بدین سبب در این نوشتار، ضمن بیان نظرات فقهای عامه و امامیه و اختلاف نظر علمای اسلام در این خصوص، تحلیل مبانی پذیرش و صحت اجاره مال مشاع و مقایسه اجمالی با حقوق برخی کشورها نیز بیان می‌شود.

## ۱. کلیات

### ۱-۱. مفهوم اجاره

«اجاره» از ماده اجر، از نظر لغوی به معنای جزای به عمل و از نظر عرفی به معنای کرایه دادن است و معنی فقهی و شرعی آن نیز به این معنی نزدیک است.<sup>۱</sup> در ماده ۴۶۶ قانون مدنی ایران اجاره چنین تعریف شده است: «اجاره عقدی است که به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می شود.»

مشهور فقهای امامیه در تعریف اجاره، آن را تملیک منفعت به عوض معلوم<sup>۲</sup> و برخی «ثمره تملیک منافع و بقاء مالکیت مؤثر بر عین مستأجره» دانسته اند؛ یعنی تملیک منفعت در برابر عوض معلوم را ثمره عقد قلمداد کرده اند.<sup>۳</sup> بعضی نیز عقد اجاره را حاکمیت مستأجر بر عین مستأجره برای انتفاع از آن در برابر عوض معلوم دانسته اند.<sup>۴</sup> فقهای عامه نیز هر یک تعریفی مشخص از اجاره ارائه داده اند:

- تعریف حنفیه: «بیع منفعة معلومة بأجر معلوم»؛ یعنی خرید و فروش منفعت با اجرت معلوم و مشخص را اجاره می گویند.

- تعریف مالکیه: «تملیک منافع شیء مباحه مدۀ معلومه بعوض». تملیک منافع اشیاء مباح در مدت مشخص با عوض معلوم و معین.

- تعریف شافعیه: «عقد علی منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم» عقدی بر منفعت معلوم که قابل بذل و مباح بوده در مقابل عوض معلوم

- تعریف حنابله: «عقد علی منفعة مباحة معلومة مدۀ معلومة من عین معینة أو موصوفة فی الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم».<sup>۵</sup>

ماده ۵۵۸ قانون مدنی جدید مصر نیز به تعریف اجاره پرداخته و مقرر می دارد: «الایجار عقد يلتزم الموجه بمقتضاه ان یمكن المستأجر من الانتفاع، بشئ معین مدۀ معینة لقاء اجر معلوم»؛<sup>۶</sup>

۱. ابن منظور، لسان العرب، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۷ ق، ج ۴، ص ۶۰.

۲. شهیدین، شرح لمعه، ج ۴، تهران کتابفروشی اسلامیة ۱۳۶۵، ص ۳۲۷ و جواهر الکلام، ج ۲۷، ۱۳۶۷، ص ۲۰۴.

۳. علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۴۱۳، ص ۲۲۴ و محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۷، ۱۴۰۸، ص ۸۰.

۴. طباطبایی یزدی، مستمسک العروه الوثقی، ج ۱۲، ۱۳۳۰: ص ۴.

۵. کاسانی، بدائع الصنائع، جلد ۴، ۱۹۸۲: ص ۱۷۳.

۶. السنهوری، الوسیط، جلد ۶، ۲۰۰۸، ص ۱۳۲.

یعنی «عقد اجاره عقدی است که به واسطه آن موجر ملتزم می‌شود تا امکان انتفاع از شیء معین را در برابر اجرت معین و برای مدت‌زمان معین برای مستأجر فراهم آورد.»

### ۲-۱. مفهوم مال مشاع

اشاعه در لغت به معنای نشر دادن و پراکنده کردن است<sup>۱</sup> و در اصطلاح حقوقی به معنای انتشار سهم هر یک از مالکان و صاحبان حق در تمام مال یا حق است و منظور از مشاع، آن است که مالکیت هر یک از شرکا محدود به جزء خاص و معینی از شیء مورد مشارکت نباشد، بلکه به کل آن تسری دارد. بدین معنی مشاع در برابر مال مفروز به کار می‌رود. مراد از مال مشاع نیز مالی است که به دو شخص یا بیشتر تعلق دارد. در مال مفروز، کل شش دانگ ملک متعلق به یک شخص می‌باشد و تمامی اجزای 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 سهم 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.

### ۳-۱. تحلیل نظریه اشاعه و مالکیت مشاع

اقتضای مالکیت، داشتن اختیار تام و کامل برای انحصار تصرفات است و قاعده «الناس مسلطون علی اموالهم» که به قاعده تسلیط معروف است و مفاد ماده ۳۰ قانون مدنی هم بر این اصل دلالت دارد که هر مالکی می‌تواند هر نوع تصرفی را که بخواهد در مال خود بنماید. در مالکیت مشاعی این اختیار برای کل شرکا با هم شناخته شده است، اما اختیار هر یک از شرکا به تنهایی محل بحث است ولی در شرکت با آن که هر یک از شرکا مالک مال مشاع هستند، خاصیت انحصاری بودن مالکیت وجود ندارد و این صورت خاصی از مالکیت است که با مالکیت به معنی اخص حقوقی از نظر احکام تفاوت دارد. تصرفات مالک می‌تواند به دو نوع صورت گیرد تصرفات حقوقی، تصرفات مادی.

۱. لسان العرب، همان ص ۴۵۰



الف) تصرفات حقوقی: منظور از تصرفات حقوقی هر نوع تصرف اعتباری و انجام معاملات و نقل و انتقالات اعم از عین یا منفعت نسبت به مال مشاع است. این معاملات ممکن است نسبت به سهم خود شریک باشد. ماده ۵۸۳ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند»؛ زیرا بر طبق قاعده کلی هر مالکی می‌تواند در ملک خود هر نوع تصرفی را به انجام رساند و ملک یادشده را به شخص یا اشخاص مورد نظر منتقل کند و یا نسبت به سهم شرکا که بر اساس ماده ۵۸۱ قانون مدنی، از نظر حقوقی این تصرفات از جهت آن که تصرف در اموال دیگران است فضولی می‌باشد و بنابراین تابع اجازه بعدی آن‌ها خواهد بود. ماده ۵۸۱: «تصرفات هر یک از شرکا در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود.»

ب) تصرفات مادی: تصرفات مادی ممکن است به منظور اجراء یک عمل حقوقی تشکیل یافته، انجام گردد یا آن که هیچ‌گونه ارتباطی با تصرفات حقوقی و اعمال حقوقی نداشته باشد و نیز ممکن است بدون اذن شرکا دیگر به عمل آید یا با اذن ایشان انجام شود که هر یک احکام خاص خود را دارد. کوتاه آن که هیچ‌یک از شرکا، قانوناً نمی‌تواند بدون اذن سایر شرکا در مال مشاع تصرف کند؛ مع الوصف هرگونه تصرف مادی با اذن شرکا دیگر در مال مشاع، تصرفی مجاز است.<sup>۱</sup> عقیده فقهای امامیه این است که هر شریک بدون اذن سایر شرکا حق تصرف در مال مشاع را ندارد و ماده ۴۷۵ قانون مدنی در همین راستا تسلیم عین مستأجره را به مستأجر، موقوف به اذن شریک می‌نماید.

از جهت قواعد و اصول کلی نیز می‌توان به عدم جواز تصرف مادی شریک بدون اذن شرکا دیگر قائل شد؛ زیرا در شرکت، حقوق متعدد مالکیت در آن واحد بر یک شیء استقرار پیدا می‌کند و تصرف مادی هر شریک در مال مشاع، هرچند تصرف در موضوع حق مالکیت خود اوست، لکن این تصرف عیناً با تصرف در حق مالکیت شرکا دیگر ملازمه دارد و مسلم است که عدم جواز تصرف در حقوق دیگران، تصرف مادی مورد بحث را غیرقانونی می‌سازد.

۱. شهیدی، مهدی، وضعیت حقوقی شریک مال مشاع، فصل‌نامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی)، تابستان ۱۳۶۵، شماره ۶،

## ۲. مبانی پذیرش اجاره مال مشاع

### ۲-۱. مبانی پذیرش اجاره مال مشاع در فقه اسلامی

در اجاره منفعت، قدرت بر تسلیم و تسلّم از جانب متعاقدین از شرایط اصلی و اساسی است؛<sup>۱</sup> از این رو اجاره چیزی که موجد نتواند آن را تسلیم مستأجر کند یا مستأجر نتواند آن را دریافت کند، صحیح نیست؛ زیرا قدرت بر تسلیم و تسلّم رکن صحّت عقود معاوضی است که با نبود آن، غرض نوعی از معاوضه منتفی می شود؛ چرا که هدف از انجام معاوضه صرف اعتبار تملیک در مقابل عوض، بدون تسلیم و استیلا بر معوض در خارج نیست.<sup>۲</sup> پس هرگاه چیزی به ازای عوض وجود نداشته باشد از نظر عرف و عقلاً، اساساً معاوضه ای انجام نگرفته است. این موضوع (قدرت بر تسلیم و تسلّم) میان بیع و اجاره، مشترک است و به عبارت دیگر از قواعد عمومی معاملات است.<sup>۳</sup> در قدرت بر تسلیم، هدف و مقصود از قدرت، قدرت تکوینی بر تسلیم و تسلّم است تا غرض و هدف نوعی از معامله و اجاره تحقق پیدا کند و قدرت بر تسلیم و تسلّم در هنگام عقد شرط است تا موجب غرری بودن معامله نشود، مع الوصف شرط قدرت بر تسلیم و تسلّم استثنائی دارد، این استثنائات عبارت اند از:

- ۱- اجاره معلق بر تسلیم: اجاره چیزی که فرد قادر بر تسلیم آن نیست، بر فرض تعلیق بر قدرت تسلیم و یا وجود محل و امکان تسلیم عین بر مبنای جواز تعلیق در عقود جایز است.
- ۲- اجاره به همراه ثبوت خیار تعدّر تسلیم: محقق نجفی در این باره می گوید: هر چند نص و فتوا متفق بر عدم جواز بیع در فرضی است که قدرت بر تسلیم مبیع وجود نداشته باشد و یا مشتری نتواند از آن استفاده کند، لکن ممکن است این منع و عدم جواز در صورتی باشد که مشتری بعد از تعدّر تسلیم، حق فسخ نداشته باشد. شکی نیست که در این فرض نیاز به ضمیمه است و در صورت اقدام بایع و مشتری بر آن، در صورت تعدّر تحصیل مبیع، ثمن در مقابل ضمیمه واقع می شود. مقتضای مطلب مذکور این است که بیع چیزی که مقدور و موجود نیست به تنهایی (بدون ضمیمه) نیز جایز است، به شرط این که ضمان آن بر عهده بایع باشد؛ یعنی جواز بیع، معلق بر حصول مبیع است و در فرض تعدّر حصول و تسلیم، از مال بایع خواهد بود و ثمن آن به

۱. خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ۱۳۶۶، ۵۲۵.

۲. المحقق الثانی (المحقق الکرکی)، جامع المقاصد، ج ۷، ۱۴۰۸، ص ۱۳۷.

۳. جمعی از نویسندگان، فقه اهل بیت علیهم السلام، ج ۶۳، ۱۳۹۶، ص ۴۱۸.



مشتری باز می‌گردد.<sup>۱</sup> این مطلب قابل نقد است؛ زیرا قدرت بر تسلیم در صحت عقد شرط است؛ چراکه غرض اصلی و نوعی معامله با آن در خارج تحقق پیدا می‌کند، از این رو نمی‌توان آن را با مواردی که تسلیم مبیع - بعد از ثبوت قدرت بر تسلیم آن هنگام عقد - به صورت اتفاقی متعذر شود و یا بایع از روی عمد آن را تسلیم نکند، قیاس کرد؛ زیرا در این موارد مستأجر یا مشتری خیار تعذر تسلیم دارد.

۳- اجاره منفعتی که تحقق آن مجهول است به همراه ضمیمه: این بحث اعم از شرطیت قدرت بر تسلیم و شرطیت وجود معوض در خارج است. در بحث اجاره برده فراری، قدرت بر تسلیم وجود ندارد و در اجاره درختان برای سال‌های آینده منفعت وجود خارجی ندارد، ولی فقها میان این دو مقام تفصیل نداده‌اند.

علی‌رغم این که فقها قائل به صحت این موضوع در بیع هستند، در باب اجاره، به دلیل روایات خاص اشکال کرده‌اند و دلیل اشکال این است که روایات دال بر صحت در این مورد، اختصاص به باب بیع دارد و دلیلی برای تسری آن روایات به غیر بیع وجود ندارد. علامه در این باره گفته است: «اجاره کردن برده فراری صحیح نیست؛ زیرا تسلیم منفعت اجیر به تسلیم شخص اجیر تحقق می‌یابد و فرض این است که تسلیم آن متعذر است، ولی اگر مستأجر متمکن از تحصیل آن باشد به احتمال قوی اجاره صحیح است. همچنین اگر چیزی در کنار برده فراری به عنوان عین مورد اجاره ضمیمه شود و مستأجر هر دو را اجاره کرده باشد، جواز و صحت آن همانند بیع، محتمل است، لکن عدم جواز آن به دلیل تعذر تسلیم عین مورد اجاره است و حمل مورد اجاره به باب بیع، قیاس است که مورد قبول ما نیست.»<sup>۲</sup>

آنچه از فقه اسلامی برمی‌آید و می‌توان حتی از آن یک ضابطه کلی استخراج کرد این است که: «مانع و اشکال اصلی در این موارد عدم وجود چیزی در مقابل ثمن و اجرت است، اما وقتی ضمیمه‌ای باشد، دیگر مشکلی وجود نخواهد داشت و تفاوتی ندارد که معوض عین باشد یا منفعت. مثلاً گاهی حیوان برای استفاده از پشم، شیر و محصول آن اجاره داده می‌شود و برخی در این موارد - معامله مجهول به همراه ضمیمه - اجاره را به طریق اولی جایز دانسته‌اند؛ زیرا

۱. نجفی محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۲۲، ۱۳۶۷، ص ۳۹۵

۲. علامه حلی، تذکره الفقهاء، ج ۲، ۱۴۲۰، ص ۲۹۶.

تحمل غرر در اجاره نسبت به بیع بیشتر است.<sup>۱</sup> البته در این مطلب اختلاف نظر وجود دارد و گفته‌اند: «این روایات در مقام بیان علت حکم نیست تا در عقد اجاره هم جاری باشد، بلکه در مقام بیان حکم تعدّر تسلیم برده فراری است؛ بدین معنی که مشتری در صورت عدم دسترسی به برده فراری حق رجوع به فروشنده - بابت استرداد مقداری از ثمن - را ندارد، بلکه این یک معاوضه قهری است بین تمام ثمن و بین ضمیمه، مضافاً بر این که شاید دلیل صحت چنین معاوضه‌ای در بیع، این باشد که امکان انتفاع به برده فراری به آزاد کردن و مانند آن وجود دارد، در حالی که در اجاره چنین نیست؛ بنابراین در این مورد به مورد منصوص که بیع است باید اکتفا کرد.»<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد در این خصوص با توجه به بنای عقلا و امضائی بودن بسیاری از عقود از جمله اجاره و حکمت و ظهور روایات و با توجه به قواعد عمومی معاملات و مبانی مشترک در بیع و اجاره، امکان به دست آوردن یک ضابطه کلی از این روایات وجود دارد؛ زیرا اگر صحت بیع مستند به امکان انتفاع از مبیع در حالت اعتباری باشد، تفصیل میان این عقود موجه نمی‌باشد، مضاف بر این که عمومات برای حکم به صحت هم کفایت می‌کند.<sup>۳</sup>

بنا بر آنچه بیان شد در خصوص اجاره مال مشاع در فقه اسلامی بین فقهای اسلام اعم از عامه و امامیه اتفاق نظر وجود ندارد. برخی از فقهای عامه اجاره مال مشاع را به دلیل عدم امکان قدرت بر تسلیم و مجهول بودن مورد اجاره در اشاعه، اجاره آن را به غیر شریک اجازه نداده‌اند، اما اجماع فقهای امامیه بر این است که اجاره مال مشاع جایز است و تصرفات حقوقی در مال مشاع از تصرفات مادی جداست. به همین جهت تصرفات حقوقی بدون نیاز به اذن قبلی یا اجازه بعدی شرکا نافذ و صحیح است، مگر این که منجر به ضرر شرکای دیگر باشد. در فقه مقارن چنین آمده است: «واختلفوا فی إجارة المشاع. فقال أبو حنیفة: لا تصح إجارة المشاع إلا من الشریک. وقال مالک والشافعی: تصح علی الإطلاق. و عن أحمد روایتان أظهرهما: أنها لا تصح علی الإطلاق، والأخری: تصح، اختارها أبو حفص العکبری.»<sup>۴</sup>

۱. المحقق الثانی (المحقق الکرکی)، جامع المقاصد، ج ۷، ۱۴۰۸، ص ۱۳۴ - الروضة البهیة، ج ۴، ۱۳۶۵، ص ۳۵۰ - طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، عروه، جلد ۱۲، ۱۳۳۰، ص ۹.  
 ۲. محقق حلّی، ریاض المسائل، ج ۹، ۱۴۲۲، ص ۲۱۹.  
 ۳. جمعی از نویسندگان، فقه اهل بیت علیهم السلام، پیشین، ص ۳۴.  
 ۴. همان، ص ۷۸.





با تحقیق در متون فقهی خصوصاً فقه امامیه، اطلاق ادله اجاره صحت این نوع از اجاره (اجاره مال مشاع) را نیز شامل می‌شود؛ زیرا اگر حق مالکیت برای کسی شناخته شد، حق بهره‌برداری از آن را نیز خواهد داشت؛ بنابراین می‌تواند این حق را در قالب اجاره به دیگری واگذار کند. در حقیقت مستأجر را جانشین وضعیت خویش می‌کند. این نکته را شیخ طوسی با این عبارت آورده است: «اجاره مال مشاع جایز است و مستأجر قائم مقام مالک است و اختیار هر چیزی را که مالک داشته، وی هم این اختیار را دارد.»<sup>۱</sup>

برابر اجماع فقهای امامیه اجاره دادن مال مشاع صحیح است. میرزا حبیب‌الله رشتی فرموده است: «اجاره مال مشاع همانند مال قابل تقسیم جایز است و در کتاب تذکره و مسالک به اجماعی بودن آن اشاره شده و فرقی بین اجاره به شریک و غیر شریک وجود ندارد؛ بر خلاف یکی از اقوال ابی حنیفه و برخی از علمای عامه که اجاره به غیر شریک را جایز ندانسته‌اند.»<sup>۲</sup> در فقه امامیه فرقی بین اجاره به شریک و اجاره به اجنبی (ثالث و غیر شریک) قائل نگردیده‌اند و به‌طور مطلق، حکم به صحت اجاره داده‌اند. سید محمدجواد عاملی می‌نویسد: «در نظر ما فقهای شیعه، فرقی نیست همان‌طور که در روضه آمده است بین این که مال مشاع به شریک اجاره داده شود یا به یک شخص بیگانه و در مسالک گفته شده این امر مورد توافق فقهای امامیه است.»<sup>۳</sup>

اما در فقه عامه، برخی با اجاره مال مشاع به غیر شریک مخالفت کرده‌اند و آن را منحصر به فرض اول کرده‌اند که مال به شریک اجاره داده می‌شود. این قول منسوب به ابوحنیفه است.<sup>۴</sup> بنای نظریه فقهای عامه بر این است که مال مشترک، قابل تسلیم به مستأجر نیست، ولی اگر به شریک اجاره داده شود چون او شریک است مشکلی از جهت تسلیم بروز نمی‌کند. لذا مطابق این اصل اگر ملکی مشترک بین سه نفر باشد، یکی از آنها نمی‌تواند سهم خود را به شریک دیگر اجاره بدهد ولی می‌تواند به دو شریک دیگر اجاره بدهد.

۱. اجاره المشاع جایزه و يقوم المستأجر مقام المالك يعمل ما يعمله سواء

۲. اجاره المشاع جائزه كالمقسوم بالاجماع المحكى عن التذکره و المسالک من غير فرق بين كون المستأجر و هو الشريك او الاجنبى عندنا كما عن المسالک خلافاً لأبي حنيفة في احد قوليہ و بعض العامة فمنعنا عن الثانی...

۳. لا فرق عندنا كما في الروضه بين أن يأجره من شريكه او غيره و في المسالک إنه موضع وفاق.

۴. كاسانی، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، ج ۶، ص ۳۳.

در این زمینه ماده ۴۲۹ المجله مقرر داشته بود: «فللمالك أن يوجر حصته الشائعة في الدار المشترك شريكه ان كانت قابله للقسم أو لم تكن و ليس له أن يوجرها بغيره و لكن بعد المهائنه له أن يوجر نوبته للغير». در تفسیر این ماده گفته شده همان گونه که مالک می تواند تمام سهم مشاع خود را به شریک اجاره دهد، می تواند جزئی از آن را نیز اجاره بدهد. اما در اجاره به غیر اختلاف است؛ یعنی برخی فقهای عامه گفته اند اجاره به غیر شریک جایز است و عده ای گفته اند جایز نیست و ابوحنیفه نیز همین عقیده را داشته است و المجله که یک منبع معتبر فقه حنفی است همین قول را پذیرفته است. در حالی که خود آن ها صحت بیع مال مشاع را قبول کرده اند. بدین ترتیب که شریک می تواند سهم خود را به غیر بفروشد. این فرق بین بیع و اجاره بدون دلیل است. در حالی که در فقه شیعه هر دو مورد پذیرفته شده است. پس نه تنها اجاره کل سهم مشاع توسط یک شریک به غیر جایز است، اجاره جزئی از آن نیز صحیح و معتبر است.<sup>۱</sup>

## ۲-۲ ادله قائلین به عدم جواز اجاره مشاع به غیر شریک

گفتیم که برخی از فقهای عامه اجاره مال مشاع را جایز نمی دانند و این دسته از فقهای عامه که عقیده دارند اجاره مال مشاع جایز نیست، به دلایل و مبانی زیر استناد می کنند که با دقت در مبانی ذکر شده استدلال آن ها خالی از وجه نمی باشد.

یکی از موارد استدلال وجه آن این است که از جمله موارد و شرایطی که در اجاره منفعت شرط است، قدرت بر تسلیم و تسلّم عوضین از طرف متعاقدین است. از این رو اجاره چیزی که موجر نتواند آن را تسلیم مستأجر کند یا مستأجر نتواند آن را دریافت کند صحیح نیست؛ زیرا قدرت بر تسلیم و تسلّم رکن صحت معاوضات است که با نبود آن، غرض نوعی از معاوضه منتفی می شود؛ چرا که غرض از معاوضه صرف اعتبار تملیک در مقابل عوض، بدون تسلیم و استیلا بر معوض در خارج نیست، پس هرگاه چیزی به ازای عوض وجود نداشته باشد از نظر عرف و عقل اصلاً معاوضه ای انجام نگرفته است.<sup>۲</sup>

بحث قدرت بر تسلیم و تسلّم میان بیع و اجاره، مشترک است و در اجاره مال مشاع حصول این انتفاع بدون تسلیم عین مستأجره ممکن نیست؛ زیرا موجر در این حالت به لحاظ اشاعه ملک

۱. السنهوری احمد عبدالرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۶، ۲۰۰۸، ص ۶۵.

۲. علامه حلی، قواعد الاحکام، ۱۴۱۳، ص ۲۲۴.

قدرت بر تسلیم عین مستأجره را ندارد و هرگونه انتفاع از این عین موکول به تسلیم آن است و امکان استیفای منفعت با عدم امکان تسلیم حادث نمی‌شود؛ زیرا تسلیم عین موکول به اذن سایر شرکا است. از طرف دیگر اجاره اختصاص به حصه موجر دارد و حصه سایر شرکا داخل در این عقد نشده است و فساد این واضح است. این همانند اجاره مبیع قبل از قبض آن است؛ پس هم چنان که اجاره قبل از قبض آن جایز نیست، اجاره مشاع در این حالت نیز جایز نیست. به عبارت دیگر اگرچه امکان انتفاع از مال مشاع وجود دارد ولی تسلیم آن بدون مهایات امکان‌پذیر نمی‌باشد و لازمه امکان مهایات هم وجود عقد قبلی است و لذا این امر صلاحیت ایجاد و امکان حصول ملکیت ندارد. بدیهی است که عقد موخر نمی‌تواند در امکان حصول انتفاع قبلی دخیل باشد و اثر آن به قبل از عقد تسری ندارد، پس اجاره مال مشاع صحیح نیست.<sup>۱</sup> وجه دیگر استدلال قائلین به عدم صحت این است که اجاره مال مشاع داخل در بیع غرری است؛ زیرا غرر به معنای ضرر و به خطر انداختن مال است، به طوری که عقلاً آن را اجازه نمی‌دهند و ضرری سنگین و غیرقابل اغماض را در پی دارد و در اجاره مال مشاع چون سهم شرکا از یکدیگر افزاز و تسهیم نشده است و خصوصاً در موردی که میزان مالیت آن‌ها مساوی نباشد این تضمر نمود بیشتری پیدا می‌کند و مصداق بارز غرر است و پیامبر اکرم (ص) هم صریحاً از معامله غرری نهی کرده است.<sup>۲</sup>

دلیل بعدی و برخی از علمای عامه در عدم پذیرش اجاره مال مشاع این است که قیاس اجاره مال مشاع با بیع آن، قیاس مع الفارق است؛ زیرا هدف از اجاره انتفاع مستأجر در عین مورد اجاره است و این یک امر حسی است که امکان حدوث آن بدون حدوث سببیت مشاع قابل تصور نمی‌باشد و هم‌چنین امکان تعیین قدرت موجر بر تسلیم عین متصور نیست در حالی که در اجاره مال مشاع یک امر حکمی است که ممکن الحصول نمی‌باشد.<sup>۳</sup>

از دیگر مبانی و استدلال دانشمندان عامه برای عدم پذیرش اجاره مال مشاع این است که اجاره دادن سهم مشاع، موجب ضرر برای شریک دیگر بوده و در این صورت در مقابل قاعده تسلیط، قاعده لاضرر که هم برای مالک است و هم برای شریک دیگر، حاکم می‌شود. پس مالک می‌تواند به‌رغم بروز ضرر برای شریک دیگر، جهت رفع ضرر از خود مبادرت به اجاره

۱. رشتی میرزا حبیب‌الله، *الاجاره*، چاپ سنگی، ۱۳۲۰، ص ۸۵.

۲. نجفی، محمد حسن، *جوهر الکلام*، ج ۲۲، قم، دارالکتاب اسلامی، ۱۳۶۷، ص ۳۹۹.

۳. طباطبایی حکیم، سید محسن، *مستمسک العروه الوثقی*، ج ۱۲، قم، دارالتفسیر، ۱۳۷۳، ص ۴.

دادن ملک مشاع کند و کسی تکلیفی ندارد برای دفع ضرر از دیگری، متحمل ضرر گردد. همچنین این قاعده برای مالک هم مجری است، لذا وی می‌تواند از این قاعده استفاده کند؛ زیرا این موضوع از مصادیق نفی ضرر نیست، بلکه نفی علت ضرر است. در حقوق موضوعه می‌توان از وحدت ملاک ماده ۱۳۲ قانون مدنی استفاده کرد و گفت که اجاره در این فرض باطل است.<sup>۱</sup>

### ۲-۳. ادله قائلین به جواز اجاره مال مشاع

چنان که گفته شد برخی از فقهای عامه اجاره مال مشاع را جایز نمی‌دانند، ولی برخی دیگر از فقهای عامه و اتفاق علمای امامیه عقیده به جواز اجاره مال مشاع دارند، اما فقهایی که عقیده دارند اجاره مال مشاع جایز است به دلایل و مبانی زیر استناد می‌کنند.

#### ۲-۳-۱. کتاب

مهم‌ترین منبع و مستند قائلین به صحت اجاره مال مشاع قرآن کریم می‌باشد. در قرآن کریم آیاتی وجود دارد که صریحاً جواز اجاره از آن استنباط می‌گردد. از جمله این آیات: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوَرَهُنَّ أَجُورَهُنَّ»<sup>۲</sup>. این آیه بر وجوب اجرت در مقابل رضاع دلالت می‌کند، پس می‌توان از این آیه به صحت اجاره استدلال کرد. عده‌ای نیز به آیه «لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا»<sup>۳</sup> (اگر می‌خواستی، می‌توانستی برای آن مزدی بگیری) استناد کرده‌اند و در روایتی حضرت علی (علیه‌السلام) وجه و دلیل مشروعیت اجاره را آیه «نَحْنُ قَسَمْنَا بَيْنَهُمْ مَعِيشَتَهُمْ»<sup>۴</sup> دانسته است که خداوند در آن اجاره را یکی از راه‌های امرار معاش مردم می‌داند. آیات مذکور به صحت اجاره اشاره دارد و با تمسک به اطلاق آن‌ها می‌توان حکم به صحت اجاره مال مشاع داد؛ زیرا اجاره مال مشاع از اقسام اجاره بوده و دلیلی بر منع آن وجود ندارد.

#### ۲-۳-۲. اجماع

هم‌چنان که می‌دانیم، اجماع اتفاق نظر عالمان درباره یک حکم شرعی است که فقهای شیعه، آن را مستقلاً معتبر نمی‌شمرند و به شرطی اجماع را ارزشمند و حجت شرعی می‌دانند که حاکی و

۱. عبادی بشیر، مقصود، اجاره مال مشاع مجله کانون سر دفتران: سال ۱۳۸۸.

۲. طلاق/ ۶۵.

۳. کهف/ ۷۷.

۴. زخرف/ ۴۳.

نشان‌دهنده نظر معصومین باشد؛ برخلاف اهل سنت که اجماع را در کنار کتاب، سنت و عقل، یکی از منابع استنباط احکام اسلامی می‌دانند.<sup>۱</sup> اجماع معتبر نزد شیعه، برخلاف اجماع در اهل سنت، مشروط به توافق همه عالمان نیست، بلکه باید این اطمینان را به فقیه بدهد که در بردارنده نظر معصوم است حتی اگر موافقان یک اجماع، اندک باشند.<sup>۲</sup>

دلیل و مبنای دیگر برای صحت اجاره مال مشاع تمسک به اجماع فقها می‌باشد که در موارد مختلفی به این اجماع اشاره شده است، از جمله: «و اجاره المشاع جائزة كالمقسوم بالإجماع المحكى عن التذكرة و المسالك و...»<sup>۳</sup>.

### ۲-۳-۳. سنت

قول و فعل و تقریر معصوم علیه السلام را سنت می‌نامند و فقها به حجیت سنت اعتقاد راسخ دارند، گرچه فقهای عامه فقط قول و فعل پیامبر را دارای حجیت می‌دانند. در هر حال قائلین به صحت اجاره مال مشاع استناد به سنت دارند که به نمونه‌هایی از آن اشاره می‌کنیم، از جمله:

- نهی رسول الله صلی الله علیه و آله آن يستعمل أجیر حتی يعلم ما أجرته.<sup>۴</sup>
- روی آن رسول الله (ص) نهی عن المزارعة و أمر بالمؤاجرة وقال: لا بأس بها.<sup>۵</sup>

وجه استدلال به حدیث فوق این است که منطوق صریح روایت اجاره را جایز دانسته است و فرقی بین مشاع و غیر مشاع قائل نشده است. عامه اهل تسنن عقیده دارند روایتی که این حدیث را تخصیص دهد به دست نیامده است و اگر اجاره مال مشاع جایز نبود پیامبر (ص) تصریح می‌فرمودند و کسی که اعتقاد به منع اجاره دارد باید دلیل بیاورد.

قیاس: با توجه به ادله موجود در بیع و شرایطی که بیع مال مشاع دارد اجاره مال مشاع نیز جایز است زیرا هر دو عقد معاوضی هستند و احکام بیع در اجاره مال مشاع هم ساری و جاری است

۱. نراقی، محمد مهدی، عوائد الایام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم، ۱۳۷۵: ۶۷۱

۲. مظفر، محمد رضا، أصول الفقه، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۰، ج ۳، ص ۱۱۲.

۳. میرزا حبیب اله رشتی، الاجاره، چاپ سنگی، ۱۳۲۰ ه. ق، ص ۸۷.

۴. شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، قم، آل البيت، ۱۴۱۴ ق، ج ۱۹، ص ۱۰۵.

۵. همان

هم چنین است در بیع منفعت پس می توان قیاس بر صحت اجاره مال مشاع از صحت بیع مال مشاع را جاری نمود.<sup>۱</sup>

## ۲-۳-۴. عقل

مال مشاع منافعی دارد که با تسلیم مال مشاع به مستأجر وی می تواند به انحاء ممکن از آن استیفای منفعت نماید و این منفعت ممکن است از طریق تقسیم یا تخلیه یا مهیایات صورت گیرد. هم چنان که در سایر عقود جایزه هم این امر ممکن است و در اینجا فرقی بین شریک و اجنبی وجود ندارد.<sup>۲</sup>

## ۲-۴. وضعیت اجاره مال مشاع در حقوق ایران

در حقوق ایران نیز اصول مشابهی در مورد اجاره اموال مشاع توسط احد شرکا مورد توجه قرار گرفته است. اصل تسلیط و توجه به حقوق مالکان دیگر هسته مرکزی این قواعد را تشکیل می دهد. طبق اصل تسلیط مقرر در ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی می تواند هر نوع تصرفی را که بخواهد در مال خود بنماید. در مال مشاع این اختیار برای کل شرکا با هم شناخته شده است، اما اختیار هر یک از شرکا به تنهایی محل بحث است و این سؤال مطرح است که حدود اختیارات هر یک از شرکا چیست؟ قطعاً هر شریکی نمی تواند کل اختیارات مالک را به تنهایی داشته باشد، چون این امر منجر به بروز تعارض می شود؛ مثلاً ممکن است شریک اول کل ملک را به شخص دیگری بفروشد و شریک دوم آن را باز به شخص دیگری انتقال دهد، لذا محدودیت هایی بر شرکای ملک تحمیل خواهد شد. همچنین ممکن است یکی از شرکا بخواهد سهم خود از مال مشاع را به جای استفاده شخصی به دیگری اجاره دهد. بر اساس ماده ۴۷۵ قانون مدنی چنین اجاره ای در حقوق ایران صحیح است و از طرف دیگر ترتیب تسلیم موکول به اذن سایر شرکاست و بهره برداری از آن نیز بر اساس مقررات املاک مشاعی می باشد.<sup>۳</sup>

۱. همان

۲. تبیین الحقائق فخرالدین عثمان بن علی الزیلعی الحنفی، مطبعه الکبری بولاق، مصر، شرح کنز الدقائق الامیریه، ۱۳۱۵ ق، ج ۵، ص ۱۲۶.

۳. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، تهران، انتشارات مدرس، ج ۲، ۱۳۷۴.

در حقوق ایران اصولاً تصرفات حقوقی بدون اذن سایر شرکا صحیح است،<sup>۱</sup> مثلاً مطابق ماده ۵۸۳ قانون مدنی هر یک از شرکا می‌تواند بدن رضایت شرکا دیگر سهم خود را جز یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند، اما در مورد اجاره مال مشاع نمی‌تواند به راحتی بدون اذن سایر شرکا این عمل حقوقی را انجام داد و در صورتی که شرکا اذن به تسلیم ندهند و موجر نتواند عین مستأجر را تسلیم کند، اجاره باطل است (ماده ۴۷۰ قانون مدنی). همچنین در مورد رهن مال مشاع، قبض شرط صحت رهن است و بدون آن واقع نمی‌شود و قبض نیز معمولاً موجب تصرف و تسلط مادی است و بدون اذن دیگر شرکا ممنوع است (ماده ۷۷۲ قانون مدنی). تصرفات مادی در مال مشاع به دلیل آن که موجب دخل و تصرف در اموال دیگران می‌شود، بدون رضایت همه مالکین ممنوع بوده و موجب ضمان است، اعم از این که این تصرفات به خاطر اجرای تصرفات حقوقی باشد مثل تسلیم مورد معامله یا برای اداره مال مشاع غیرنافذ هستند و نفوذ و اعتبار آن منوط به نتیجه تقسیم مال مشترک می‌باشد.<sup>۲</sup>

در خصوص این که ماهیت اذن شریک چگونه است و آیا اذن شریک در تحویل مورد اجاره، تنفیذ عقد اجاره در مورد سهم شریک است باید گفت این امر اراده انشایی شریک برای تصرف در عین مال مشاع می‌باشد و تنفیذ عقد محسوب نمی‌گردد؛ زیرا اگر شریک تمام مال مشاعی را اجاره دهد مشمول عنوان اجاره فضولی می‌باشد، لکن اگر فقط سهم خود را اجاره داده باشد نیازی به اعلام اراده انشایی برای عقد وجود ندارد. یا این وجود اگر اذن شریک را اخذ نکند تصرف وی در بیش از سهم مشاعی عدوانی و من غیر حق خواهد بود.

ماده ۴۷۵ قانون مدنی به صحت اجاره مال مشاع اشاره نموده است، ولی با دقت در نحوه نگارش ملاحظه می‌شود مفاد این ماده به اجمال بیان شده و کلمه «جزء مشاع» از قلم افتاده است و معلوم نیست که آیا اجاره به غیر مالک صحیح است یا نه؟ به عبارت دیگر آیا این حق محدود به اجاره دادن به شریک است یا نه؟ در پاسخ باید گفت اجاره مال مشاع هم به شریک و هم به غیر شریک جایز است. به این دلایل که اولاً اطلاق ماده ۴۷۵ قانون مدنی هر دو قسم اجاره را شامل می‌شود. ثانیاً مبنای قانون مدنی ما فقه امامیه است و در موارد سکوت قانون با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ باید به منابع معتبر فقهی مراجعه نمود و قول مشهور بین فقهای امامیه نیز صحت اجاره در هر دو فرض است.

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۲، چاپ هفتم، ص ۱۳۲.

۲. همان، ص ۲۹.

در قرارداد «مالکیت زمانی»<sup>۱</sup> نیز که چند نفر به صورت مقطعی مالک مال هستند - هر کدام از مالکان می‌تواند هرگونه تصرفی را در مال خود کند، مگر تصرفی که موجب ضرر دیگران شود و به قدر متعارف و برای رفع حاجت یا رفع ضرر از خود نباشد و همان‌طور که بیان شد، محدود شدن اختیارات مالک در این موارد منافاتی با حق مالکیت او ندارد. در صورت عدم توافق شرکای مال مشاع از مهاریات می‌توان برای تقسیم منافع یک ملک به صورت زمانی استفاده کرد و شرکای مال مشاع می‌توانند در یک قرارداد مهاریات، منافع مال مشاع را تقسیم کنند. فقها نیز در نظرات خود اجرای این نوع از قراردادهای مالکیت زمانی را از طریق عقد اجاره صحیح و بلاشکال اعلام کرده‌اند. زمانی که برای اولین بار قراردادهای مالکیت زمانی در ایران مطرح گردید، قوه قضاییه در استفتائی از فقهای معاصر، نظر آنان را در خصوص این قراردادها جویا شد. متن سؤال به این صورت بود: «در بخش عقود، فروش یک ملک به صورت زمانی به چند نفر چه حکمی دارد؟» آیت‌الله سید علی سیستانی در پاسخ اظهار داشتند: «فروش به زمان محدود نمی‌شود، ولی می‌توان آن را در هر فصل به یک نفر اجاره داد و اجاره موجب تملیک همه منافع است». آیت‌الله صافی گلپایگانی این قراردادها را به صورت اجاره قبول داشته و معتقدند: «فروش ملک به صورت مذکور شرعی نیست، ولی اجاره اشکال ندارد». آیت‌الله نوری همدانی معتقدند: «جایز نیست و در این قبیل موارد که اشخاص متعدد از ملک دیگری فایده می‌برند، اگر بدون پول و رایگان باشد عاریه است و اگر در برابر پرداخت پول باشد اجاره و یا مصالحه است». آیت‌الله ناصر مکارم شیرازی نیز می‌گویند: «جایز نیست؛ ولی اگر به صورت اجاره باشد صحت آن بعید نیست».<sup>۲</sup>

حال سؤال این است که اگر شریک بدون اجازه گرفتن از شریک دیگر و بدون رجوع به حاکم، مال را تسلیم کند چه ضمانت اجرایی وجود دارد؟ در این زمینه باید گفت: تسلیم بدون اذن، آثار تسلیم قانونی را دارد منتها چون مالک بدون اذن دیگری تصرف کرده، ضامن است و در صورت ورود خسارت مکلف به جبران آن می‌باشد.

در حقوق موضوعه در ارتباط با این مسئله می‌توان گفت اگر تسلیم بدون اذن صورت گرفته باشد شریک دیگر حق دارد تقاضای خلع ید از مستأجر را مطرح کند<sup>۳</sup> و دادگاه با استفاده از

## 1. Time sharing

۲. عبادی بشیر، مقصود، اجاره مال مشروع، مجله کانون سردفتران، ۱۳۸۸.

۳. کاتوزیان، پیشین، ص ۳۸۰.



وحدت ملاک ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ حکم به تخلیه خواهد داد؛ یعنی نسبت به کل ملک خلع ید خواهد شد و تصرف در آن تابع مقررات راجع به تصرف در مال مشاع است.

### ۳. حقوق تطبیقی

در این قسمت از بحث به طور مختصر به بررسی وضعیت اجاره مال مشاع در حقوق کشورهای فرانسه و مصر می‌پردازیم.

#### ۳-۱. حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه برخی نویسندگان (پلنیول و ریپر) اعتقاد دارند که اجاره مال مشاع همانند اجاره مال غیر است و در برابر سایر شرکا قابل استناد نیست، ولی برخی دیگر راه حل قانون مدنی را تأیید می‌کنند<sup>۱</sup> (مطابق ماده ۳-۸۱۵ قانون مدنی). همان‌طور که برای اداره مال مشاع و تصرف مادی و انتفاع از مال، نیاز به تحصیل اذن و رضایت همه مالکین می‌باشد، اجاره مال مشاع توسط یکی یا برخی از شرکا نیز نیاز به اذن دیگر شرکا دارد و حتی تجدید اجاره سابق را موقوف و منوط به اذن و رضایت همه مالکین نموده است.<sup>۲</sup> در صورتی که یکی یا تعدادی از مالکین برای اداره مال مشاع نماینده‌ای معرفی کرده باشند، نماینده نیز در صورتی می‌تواند اجازه به اجاره داده شدن مال مشاع را دهد که صراحتاً اختیار انجام اعمال حقوقی که متضمن انتقال عین یا منفعت می‌باشد را داشته باشد.<sup>۳</sup>

در قسمت پایانی ماده ۳-۸۱۵ ق.م. فرانسه مقرر شده است: «چنانچه یکی از مالکین مال مشاع، بدون تحصیل اذن دیگر شرکا اقدام به اداره مال مشاع نماید و دیگر مالکین از این کار باخبر بوده و اعتراضی نکنند، چنین شریکی نماینده ضمنی همه مالکین محسوب می‌شود و چنین نماینده‌ای می‌تواند اعمالی را که برای اداره مال مشاع لازم است انجام دهد، ولی نمی‌تواند اعمال ناقله انجام دهد یا از طرف دیگر مالکین، قرارداد اجاره منعقد کند و یا اجاره سابق

۱. همان، ص ۳۷۹.

2. Art 3-815: Tout comme un propriétaire doit obtenir la satisfaction de tous les propriétaires, un bail est exigé par l'un des entrepreneurs pour exiger le propriétaire de l'autre et un renouvellement complet du bail d'origine.

3. Vermelle, George. *les contrats speciaux*, Dalloz, 1996, p. 73.

را تجدید نماید.» همچنین به موجب رویه قضایی فرانسه چنانچه مال مشاع با رضایت و دخالت همه مالکین اجاره داده شود، در صورت عدم پرداخت مال الاجاره، یکی از شرکا به تنهایی نمی تواند اجاره را فسخ نماید. ماده ۱۷۰۹ قانون مدنی فرانسه<sup>۱</sup> بیان می دارد: «اجاره اشياء، قراردادی است که به وسیله آن موجر ملزم می شود که امکان انتفاع از یک شیء را در طول مدت زمانی معین، در برابر اجرت معلوم که مستأجر ملزم به پرداخت آن است را فراهم آورد.» برخی در حقوق فرانسه معتقدند: اصولاً مالک می تواند مال خود را به هر کس که خواست اجاره بدهد، ولی در مورد مال مشاع اگر مالک سهم خود را اجاره بدهد صحیح است، اما اگر مالک علاوه بر سهم خود کل مال مشاع را اجاره بدهد مانند اجاره مال غیر و غیرنافذ است. برخی دیگر از حقوق دانان مثل علمای حقوق ما راه حلی شبیه به قانون مدنی ارائه می کنند و اظهار می نمایند اجاره مال مشاع بلامانع است ولی تحویل عین مستأجره به مستأجر موکول به اذن سایر شرکا می باشد.<sup>۲</sup>

### ۳-۲. حقوق مصر

در حقوق مصر این اجاره در چند فرض مختلف بررسی شده است: ۱- اگر یکی از شرکا کل ملک را به اجاره داده باشد اگرچه اجاره بین موجر و مستأجر صحیح است ولی حتی در حصه خود شریک نیز قابل اجرا نیست؛ زیرا او در این حالت قدرت بر تسلیم جزء مفروز را ندارد تا زمانی که تقسیم صورت بگیرد، حتی اگر به صورت تقسیم مهایاتی باشد. پس شرکای دیگر می توانند تخلیه ید مستأجر را بخواهند و مستأجر حتی در جزئی از مال نیز نمی تواند ید خود را نگه دارد ولی از طرف دیگر شرکا نیز نمی توانند او را مجبور کنند که منتظر تقسیم مال بماند، ولی اگر خود منتظر شد و مال تقسیم شد، اجاره فقط در سهم مفروز موجر نافذ است.

۲- اگر شریک، جزء مفروز مال مشاع را به اجاره داده باشد که معادل سهم اوست تا زمانی که تقسیم صورت نگرفته است قدرت بر تسلیم این جزء مفروز را نخواهد داشت و اجاره به صورت معلق می ماند تا تقسیم صورت بگیرد و جزء مفروز در سهم موجر قرار بگیرد و اگر در سهم شخص دیگری قرار بگیرد اجاره به وی منتقل خواهد شد.

1. Art. 1709: le louage des choses est un contrat par lequel, une des parties s, engage a faire quelque chose pour lautre, moyennant un prix convenu entre elle.

2. Ibid

۳- اگر موجر فقط سهم مشاع خود را به اجاره داده است، در اینجا اجاره صحیح است ولی تسلیم عین مستأجره متعذر است و تا زمانی که تقسیم مال صورت نگرفته است مستأجر حقیقی بیش از حق موجر نخواهد داشت. در این حالت اکثریت شرکا حق خواهند داشت کل مال را به اجاره بدهند این اجاره در برابر موجر و مستأجر نافذ است و مستأجر فقط می‌تواند به شریک موجر رجوع کند.<sup>۱</sup>

حقوق عراق نیز برگرفته از حقوق مصر است؛ لذا با نگرشی در قانون مدنی عراق خصوصاً مواد ۷۳۱ و ۱۰۶۱ آن می‌توان تشخیص داد که به صراحت صحت اجاره مال مشاع را پذیرفته است<sup>۲</sup> تا جایی که شریک مال مشاع می‌تواند سهم خود را به شریک دیگر یا به غیر اجاره بدهد. مع الوصف مستفاد از ماده ۱۰۶۱ قانون مدنی عراق این است که شریک مال مشاع فقط می‌تواند سهم خود را به شریک یا غی شریک اجاره بدهد، بدون این که احتیاجی به اذن قبلی یا اجازه بعدی شرکای دیگر داشته باشد؛ زیرا او در حدود حق خویش قراردادی منعقد کرده است، ولی شریک نمی‌تواند حصه مفروزی را قبل از تقسیم مال مشاع بدون اذن صریح یا ضمنی شرکای دیگر به اجاره دهد؛ زیرا این گونه تصرف به منزله تصرف در مال غیر و فضولی است و اگر شرکای دیگر اجازه ندهند، باطل است.<sup>۳</sup>

در میان فقها نیز غالباً به صحت اجاره مال مشاع، نظر داده‌اند البته به شرطی که منافعی با حقوق دیگر شرکا نباشد. در غیر این صورت، چنانچه به اجاره دادن کل یا قسمتی از مال مشاع از سوی یکی از شرکا، موجبات اضرار به دیگر شرکا را فراهم آورد، اجاره صورت گرفته، صحیح و منشأ اثر نخواهد بود. البته ممکن است گفته شود این اجاره بین مستأجر و موجر (شریک) معتبر است و نسبت به دیگر شرکای مال مشاع، قابل استناد نیست ولی در هر حال، به نظر می‌رسد مسئولیت جبران خسارات وارده به مستأجر، بر دوش شریکی که مال مشاعی را به اجاره نهاده، سنگینی می‌کند.

در حقوق ایران، همین قاعده جاری است به نحوی که در ماده ۴۷۵ قانون مدنی مقرر شده است: «اجاره مال مشاع جایز است، لیکن تسلیم عین مستأجره موقوف است به اذن شریک»؛ بنابراین قانون مدنی ایران هم‌چنان که اصل اجاره مال مشاع را ممنوع نکرده، لیکن آن را منوط

۱. السنهوری احمد عبد الرزاق، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۶، ۲۰۰۸، ص ۶۵.

۲. ماده ۷۳۱ قانون مدنی مقرر داشته است: شریک می‌تواند سهم خود را به شریک دیگر یا به غیر اجاره بدهد.

۳. دکتر صلاح‌الدین الناهی، الناهی صلاح‌الدین محاضرات عن القانون المدنی العراقی ۱۴۰۸، ۲۲۳.

به اذن همه شرکا نموده تا مبادا حقی از آنان ضایع گردد. در حقوق مصر نیز همین رویه اقتباس شده و اجاره مال مشاع، ممنوع نیست. با این حال چنین امری نمی‌تواند دلیل بر اضرار به دیگر شرکای مال مشاع باشد. ماده ۵۶۱ قانون مدنی این کشور، در سه قسمت، تکلیف اجاره مال مشاع را مشخص نموده است. به نظر می‌رسد در حقوق مصر، معیار تقسیم و افراز مال مشاع، در اجاره آن، منشأ آثار مهمی است به نحوی که شرایط اجاره مال مشاع، قبل و بعد از تقسیم و افراز مال مشاع، متفاوت است؛ در حالی که در حالت اول، اجاره مال مشاع ممکن است با مانع روبه‌رو گردد، هر چند حقوق مستأجر، همچنان در رابطه با موجر، به اعتبار و قوت خود باقی است و وی می‌تواند بر اساس قواعد و اصول مسئولیت مدنی، به شریک موجر بابت دریافت خسارات خود مراجعه نماید، لیکن فرایند اجاره مال مشاع پس از تقسیم و افراز، اصولاً با نرمش بیشتری از سوی قانون‌گذار مواجه است. دلیل منع اجاره مال مشاع قبل از تقسیم و افراز نیز عدم امکان تسلیم مال از سوی شریک موجر به مستأجر است که به نظر می‌رسد دلیلی منطقی باشد.

### نتیجه‌گیری

در حقوق ایران اصولاً تصرفات حقوقی بدون اذن سایر شرکا صحیح است، مثلاً مطابق ماده ۵۸۳ قانون مدنی هر یک از شرکا می‌تواند بدن رضایت شرکا دیگر سهم خود را جزاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند، اما در مورد اجاره مال مشاع نمی‌تواند به راحتی بدون اذن سایر شرکا این عمل حقوقی را انجام داد و در صورتی که شرکا اذن به تسلیم ندهند و موجر نتواند عین مستأجر را تسلیم کند، اجاره باطل است (ماده ۴۷۰ قانون مدنی). همچنین در مورد رهن مال مشاع، قبض شرط صحت رهن است و بدون آن واقع نمی‌شود و قبض نیز معمولاً موجب تصرف و تسلط مادی است و بدون اذن دیگر شرکا ممنوع است (ماده ۷۷۲ قانون مدنی). تصرفات مادی در مال مشاع به دلیل آن که موجب دخل و تصرف در اموال دیگران می‌شود بدون رضایت همه مالکین ممنوع بوده و موجب ضمان است، اعم از این که این تصرفات به خاطر اجرای تصرفات حقوقی باشد، مثل تسلیم مورد معامله یا برای اداره مال مشاع غیر نافذ هستند و نفوذ و اعتبار آن منوط به نتیجه تقسیم مال مشترک می‌باشد.

در مقام مقایسه میان رویکرد حقوق ایران و مصر در باب اجاره مال مشاع، می‌توان گفت در هر دو نظام حقوقی، اجاره مال مشاع نمی‌تواند محملی برای نقض حقوق دیگر شرکا و اضرار به آنها باشد. هم‌چنین در صورتی که شرکای دیگر، رضایت به اجاره ندهند، یکی از شرکا



حق اجاره مال مشاعی را نخواهد داشت. به علاوه در هر دو نظام حقوقی، به نظر می‌رسد دلیل منع اجاره مال مشاعی در فرض عدم رضایت همه شرکا، عدم مقدور بودن تسلیم مال اجاره‌ای از سوی شریک موجر به مستأجر باشد. باین حال، تفکیک میان مرحله تقسیم و افراز در حقوق مصر و وضعیت حقوقی شریک موجر، مستأجر و دیگر شرکا نسبت به یکدیگر، مقوله‌ای است که در حقوق ایران، صراحتی در مورد آن وجود ندارد و باید از قواعد عمومی مربوطه استفاده کرد. باین همه میزان اشتراک رویکرد دو نظام حقوقی در باب قواعد و احکام اجاره مال مشاع، بیش از میزان افتراق آنهاست. به نظر می‌رسد این اشتراک، در رویه قضایی دو کشور نیز صادق است و جز در موارد نادر آنها هم به دلیل منع اضرار به شرکای دیگر، با موارد منع اجاره مال مشاع روبه‌رو نیستیم و بنابراین رویه قضایی مصر و ایران، در باب اجاره مال مشاع، بیشتر، دال بر پذیرش نهاد اجاره مال مشاع است.

## منابع

## الف - فارسی

- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات اسلامی، جلد اول، چاپ پنجم، ۱۳۸۳).
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، (تهران: انتشارات اسلامی، جلد دوم، چاپ هفتم، ۱۳۷۱).
- شهیدی، مهدی، «وضعیت حقوقی تصرفات شریک در مال مشاع»، فصلنامه حق (مطالعات حقوقی و قضایی)، شماره ۶، (۱۳۶۵).
- عبادی بشیر، مقصود، «اجاره مال مشاع»، مجله کانون سردفتران و دفتریاران، شماره ۸۸، (۱۳۸۷).
- جمعی از نویسندگان حوزه علمیه قم، فصلنامه فقه اهل بیت، شماره ۶۳-۶۴، (۱۳۸۹).
- کاتوزیان، ناصر، عقود معین، (تهران: شرکت سهامی انتشار، جلد اول، چاپ چهارم، ۱۳۷۳).
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی؛ عقود معین، (تهران: انتشارات مدرس، جلد دوم، ۱۳۷۴).

## ب - منابع عربی

## القران الکریم.

- اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان، (قم: جامعه مدرسین، ۱۳۶۶).
- ابن منظور، لسان العرب، (بیروت: دارالاحیاء التراث العربی، ۱۴۱۷ ق).
- بحرانی، یوسف، حدائق الناصره فی احکام العترة الطاهره، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، جلد ۱۹، ۱۳۶۳ ه.ق).
- خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، (قم: مؤسسه انتشارات دار العلم، المجلد الثانی، ۱۳۶۶).
- رشتی، میرزا حبیب الله، الاجاره، (چاپ سنگی، ۱۳۲۰ ه.ق).
- السنهوری، احمد عبدالرزاق، الوسیط فی الشرح قانون المدنی المصر، (بیروت: نشر دارالاحیاء، المجلد الثانی، ۲۰۰۸ م).
- شهید ثانی، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، المجلد الاول، ۱۴۱۸ ه.ق).
- شیخ حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، (قم: مؤسسه آل البیت، ج ۱۹، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق).
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، عروه الوثقی، (قم: المجلد الثانی، ۱۳۳۰ ه.ق).
- طباطبایی، سید علی، ریاض المسائل فی بیان احکام الشرع بالدلایل، (قم: مؤسسه النشر الاسلامی، المجلد الثانی، ۱۴۲۲ ه.ق).
- العبدی، عبدالصلاح، محاضرات عن قانون مدنی مصری، (قم: المجلد الثانی، ۱۴۲۳ ه.ق).
- علامه حلی، قواعد الاحکام، (قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ه.ق).



كاسانی (قاسانی) ابوبكرين مسعود، كتاب *بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع*، (بيروت: ١٩٩٩، ج ١، ١٩٨٢/١٤٠٢).

محقق ثاني، *جامع المقاصد في شرح القواعد*، (قم: مؤسسه آل البيت، المجلد الاول، ١٤٠٨ هـ.ق).  
الناهي دكتور صلاح الدين، *محاضرات عن القانون المدني العراقي*، شركة الطبع والنشر الأهلية، (بغداد: ١٤٠٨ هـ.ق).

نجفی، محمدحسن، *جواهر الكلام*، (قم: دارالکتب الاسلامیه، جلد ٢٣، چاپ سوم، ١٣٦٧).  
نراقی، احمد، *عوائد الايام*، (قم: مركز النشر التابع لمكتب الاعلام الإسلامي، ١٤١٧ ق/ ١٣٧٥ ش).  
مظفر، محمدرضا، *اصول الفقه*، (قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دهم، ١٣٨٠ هـ.ش).

#### پ - فرانسوی

Vermelle, George. *les contrats speciaux*, (Daloz, 1996).

#### ت - تارنما

[http://nmrj.ui.ac.ir/article\\_17638.html](http://nmrj.ui.ac.ir/article_17638.html)