Studies of Islamic Jurisprudence and the Basis of Law
Online ISSN: 2783-0837 Print ISSN : 2783-2368
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

Concept of Co-Ownership (Isha'ah), Joint Property, Theft, Property Belonging to Another

Muhammad Khani[1]

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Criminal Law and Criminology, Neyshabur Branch, Islamic Azad University, Neyshabur, Iran. E-mail: mohammad.khani@iau.ac.ir

https://doi.org/10.22034/fvh.2025.20651.2114

امکان سنجی تحقّق سرقت شریک از مال مشاع در پرتو مفهوم شناسی اشاعه(رویکردی انتقادی به ماده ۲۷۷ قانون مجازات اسلامی)

محمد خانی[۱]

۱. نویسنده مسئول، استادیار گروه حقوق جزا و جرم شناسی، واحد نیشابور، دانشگاه آزاد اسلامی، نیشابور، ایران. mohammad.khani@iau.ac.ir

Article Info

Article type:
Research Article

Article history:
Received
Received in revised form
Accepted
Available online

Keywords:
Concept of Co-Ownership (Isha'ah),

ABSTRACT

Imamiyya (Twelver Shi'a) jurists define jointly owned property (property held in common) as that in which co-ownership is actualized, such that every individual part of a single object is simultaneously subject to the proprietary rights of each co-owner. Accordingly, a significant doctrinal dilemma arises in the context of offenses against jointly owned property. Since every hypothetical component of the corpus is concurrently the property of the possessing partner and the other partners, the characterization of the act is inherently perspective-dependent. From the standpoint of the possessor, they are exercising dominion over their own property, rendering the act devoid of criminal character. Conversely, from the perspective of the other partners, the possessor is trespassing upon their property, thus constituting a culpable offense. The legislator, in Article 277 of the Islamic Penal Code, and in reliance upon the prevailing view among jurists, has adopted the doctrine that the crime of theft is

Joint Property,
Theft,
Property Belonging to Another

indeed realizable in jointly owned property. Nevertheless, alternative theories exist regarding the true nature and essence of co-ownership. Adopting an analytical-descriptive methodology, the present paper undertakes a critical examination of this subject. The research findings demonstrate that the essential objective element of the crime of theft is the "belonging of the property to another" (i.e., a party other than the perpetrator). Furthermore, it is established that under none of the aforementioned theoretical frameworks delineating the nature of co-ownership can the element of "belonging to another" be conclusively ascertained in the case of a partner's appropriation from jointly owned property. Consequently, the imperative necessity of establishing this objective element precludes the attribution of criminal liability for theft from joint property in instances where the property's exclusive belonging to another (non-possessing party) is not definitively proven.

Cite this article: Khani, Muhammad. (2026). Concept of Co-Ownership (Isha'ah), Joint Property, Theft, Property Belonging to Another. *Studies of Islamic Jurisprudence and Basis of Law, X*(X), X- X. https://doi.org/10.22034/fvh.2025.20651.2114

© Muhammad Khani. Publisher: Al-Mustafa International University.

https://doi.org/10.22034/fvh.2025.20651.2114

مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق
شاپا برخط: ۰۸۳۷-۲۷۸۳ شاپا چاپی: ۲۳۶۸-۲۷۸۳
Homepage: fvh.journals.miu.ac.ir

امکان‌سنجی تحقّق سرقت شریک از مال مشاع در پرتو مفهوم شناسی اشاعه (رویکردی انتقادی به ماده ۲۷۷ قانون مجازات اسلامی)

اطلاعات مقاله

نوع مقاله:
مقالۀ پژوهشی

تاریخ دریافت:
تاریخ بازنگری:
تاریخ پذیرش:
تاریخ انتشار:

کلیدواژه‌ها:
حقیقت اشاعه،
مال مشاع،
سرقت،
مال متعلق به غیر

چکیده

فقیهان امامیه، مال مشاع را مالی می‌دانند که در آن شرکت محقق شود، به نحوی که هر جزئی از اجزای شیء واحد، در عین حال متعلق حق مالکیت هریک از ایشان باشد. بر این‌اساس، در جرایم علیه اموال مشاع، اشکال مهمی مطرح می‌شود، زیرا هر جزء مفروضی از عین هم ملک شریک متصرف است و هم ملک سایر شرکاء، بنابراین اگر از ناحیه‌ی متصرف نگریسته شود، وی در ملک خود تصرف نموده، عملش فاقد جنبه‌ی جزایی است، اما از دید سایر شرکاء،متصرف در ملک آنان تصرف نموده و مجرم است. قانون‌گذار در ماده ۲۷۷ ق.م.ا بر اساس دیدگاه مشهور فقیهان، نظریه تحقق جرم سرقت در اموال مشاع را پذیرفته است. با این وجود دیدگاه‌های دیگری نیز نیز در تبیین ماهیت اشاعه وجود دارد؛ نوشته حاضر با روش تحلیلی-توصیفی، موضوع را بررسی نموده و یافته‌های تحقیق نشان می‌دهد که موضوع جرم سرقت «تعلق مال به غیر» است و بر اساس هیچ‌کدام از نظریاتی که در تبیین ماهیت اشاعه ذکر شده نمی‌توان تعلق مال به غیر را در سرقت شریک از مال مشاع احراز نمود. در نتیجه لزوم احراز موضوع منع از آن است که در مواردی که مال غیر محرز نیست، بتوان سرقت از مال مشاع را واجد وصف مجرمانه دانست.

استناد: خانی، محمد (۱۴۰۶). نظریه اعتماد مشروع قضایی و نقش آن در ثبات رویه در حقوق کیفری ایران. مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، https://doi.org/10.22034/fvh.2025.20651.2114

ناشر: جامعه المصطفی العالمیه. © محمد خانی

مقدمه

ویژگی مشترک کلیه‌ی جرایم علیه اموال از جمله سرقت آن است که موضوع این جرایم مال غیر می‌باشد. یکی از مباحث مهمی که در همین راستا مطرح می‌شود امکان ارتکاب این جرایم در اموال مشاع است، چرا که ویژگی اشاعه موجب می‌گردد که تحقق عنوان «مال غیر» با تردید مواجه شود. بدین جهت گاه آرای متفاوتی نیز در مورد تحقق جرایم علیه اموال مشاع صادر شده است هیئت عمومی دیوان عالی کل کشور، سرقت مال مشاع، توسط احد از شرکا را مانند رای شماره ۱۲۲- ۱۳۲۱/۷/۲۵، شعبه شش و رای ۲۰۵ مورخ ۱۳۲۱/۱/۳۱، شعبه ۵ دیوان کشور جرم ندانسته است. در مقابل رأی شماره‌ی ۱۸۴۹ مورخ ۱۳۲۵/۱۰/۱۸ ابراز می دارد «با احراز شریک بودن متهم در مال موضوع تصرف غیر قانونی، عمل ارتکابی او مشمول ماده‌ی ۲۴۱ قانون کیفر عمومی و یا سایر مواد کیفری نخواهد بود» ۱. شعبه شانزدهم دیوان عالی کل کشور در مورخه ۱۳۷۲/۳/۳۱ در دادنامه‌ی به شماره ۱۷۰ فروش ملک مورث بدون جلب رضایت سایر اوصیاء را به عنوان سرقت تلقی نکرده و بر این باور است که بر اساس قواعد فقهی و حقوقی فروش مال غیر زمانی مصداق پیدامی کند که آن مال مطلقا مال دیگری باشد. (بازگیر، ۱۳۷۶: ص۱۱۳). سرانجام قانونگذار در ماده ۲۷۷ قانون مجازات اسلامی ۹۲ به این نزاع پایان داد و خصوص سرقت مقرر داشت «هرگاه شریک یا صاحب حق، بیش از سهم خود، سرقت نماید و مازاد بر سهم او به حد نصاب برسد، مستوجب حد است.» هرچند این ماده قانونی حکم سرقت شریک از مال مشاع را در حقوق ایران واضح ساخت و به اختلافات حقوقی پایان داد ولی به نظر می‌رسد این ماده قانونی بدون توجه به ماهیت اشاعه و بر اساس برداشتی از برخی روایات موجود چنین دیدگاهی را پذیرفته است. در حالی که توجه به ماهیت و مفهوم شناسی اشاعه در تحقق عنوان «مال غیر» که در تحقق سرقت امری ضروری است بسیار مؤثر است.

جالب توجه است که هرچند مسأله سرقت از اموال مشاع از مسائل مبتلا به است و در مقالات متعددی بدان پرداخته شده است اما از منظر تأثیر ماهیت و مفهوم شناسی اشاعه بر تحقق سرقت از اموال مشاع مورد توجه قرار نگرفته است. به عنوان مثال حجت الله فتحی علی محمدی جورکویه و غلامرضا پیوندی در مقاله «نصاب حد سرقت از مال مشاع در بوته نقد» که بر موضوع نصاب تمرکز دارد بیشترین تلاش خویش را در چگونه جمع بین دو روایت محمد بن قیس و عبدالله بن سنان مبذول داشته است و در مورد امکان تحقق سرقت در اموال مشاع اشاره ای بسیار مختصر و گذرا داشته است.

محمد باقری کمار علیا و محمد نصرتی صدقیانی(۱۳۹۵) در مقاله‌ی باعنوان «بررسی امکان تحقق جرم علیه اموال مشاع توسط شریک» نیز عمدتا با اشاره به برخی رویه های قضایی و بدون بررسی دقیق مبانی فقهی این گونه استنتاج نموده اند که بر اساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات و تفسیر مضیق و به نفع متهم، در غیر از جرم سرقت حدی و تخریب صدور حکم و مجازات در جرایم علیه اموال مشاع مجاز نخواهد بود.

جعفر حبیب زاده و باقر شاملو(۱۳۸۹) در مقاله‌ی با عنوان " سرقت مال مشاع" بر این عقیده اند که: « با توجه به ممنوعیت تصرف در مال مشاع بدون رضایت سایر شرکاء، بدیهی به نظر می رسد که اگر رفتار شریک

در تصرف مال مشاع به صورت ربایش باشد، مشمول عنوان سرقت گردد. به طور کلی در جرایم علیه اموال، تحقق جرم نسبت به مال مشاع امکان پذیر است. و دلیلی ندارد که در جرایم مختلف قائل به تفصیل شویم.

علی دریکوند و هاجر دریکوند(۱۳۹۵) در مقاله‌ی با عنوان« بررسی و چگونگی سرقت مال مشاع» بر این عقیده اند که« که اگر تصرف احد شرکا در مال مشاع را بدون اجازه سایر شرکا نامشروع و غیر قانونی بدانیم هرگونه تصرفی خواه بصورت ربودن که برای سرقت لازم است و خواه بصورت اتلاف که برای تخریب لازم است واجد عنوان مجرمانه مناسب خود خواهد شد و نمی توان در جرایم علیه اموال در این زمینه تفاوت قائل شد و مانند رای شماره ۱۰ مورخ ۲۱ / ۷ / ۱۳۵۵ تخریب در اموال مشاع را قابل تحقق دانست و سرقت را قابل تحقق ندانست چون در مال مشاع، مال غیر هست سرقت قابل تحقق است».

مشاهده می شود که در پژوهش‌های فوق، هر یک از جنبه های مختلف موضوع را مورد بررسی قرار داده اند، اما وجه امتیاز و نوآوری پژوهش حاضر این است که تحقق سرقت در مال مشاع را مبتنی بر تفسیر "عنوان اشاعة" مورد توجه قرار داده است که است در سوابق و پیشینه مقالات دیگر وجود ندارد و از این جهت واجد نوآوری است و در راستای اهداف نوشته حاضر لازم مفهوم‌شناسی اشاعه و تحلیل فقها از این مفهوم مطرح شود زیرا هر تصویری که از اشاعه پذیرفته شود، می‌تواند در تحقق یا عدم تحقق «مال غیر» و به دنبال آن تحقق سرقت در اموال مشاع نقش کلیدی داشته باشد. پس از انتخاب یکی از تفسیرهایی که در تبیین مفهوم مال مشاع مطرح شده است لازم است، نسبت این تفسیر با اصول کلی حاکم بر حقوق جزا و روایات خاص موجود در این زمینه بررسی شده، برآیند آنها در تحقق جرم سرقت از اموال مشاع مورد تحلیل قرار گیرد.

۱. مفهوم شناسی

۱-۱. اشاعه در لغت

در ریشه‌ی اصلی این واژه اختلاف است برخی آن را از ریشه‌ی شوع (ابن منظور، ۲۰۰۰: ص ۱۷۸؛ زبیدی، ۱۴۱۴: ص ۲۵۵؛ ابوالحسین احمد بن فارس زکریان، ۱۴۰۴: ۲۸۸) و برخی از ریشه‌ی شیع (جوهری، ۱۴۱۰: ص ۱۲۳۹؛ بن عباد، بی‌تا: ص ۹۷) می‌دانند. مصدر این واژه‌ی شیاع است که به معنای انتشار و تقویت می‌باشد (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ص ۴۷۰). مفهوم مشاع برای برخی واژه‌شناسان بدیهی و روشن بوده، و در تعریف «شائع» آن را به کار برده‌است (بن عباد، بی‌تا: ص ۴۱۰۰). برخی دیگر بالعکس مشاع را به «شائع» معنا نموده‌اند (حمیری، ۱۴۲۰: ص ۳۶۰۹). اما برخی دیگر آن را به «غیر مقسوم» معنا نموده‌اند (جوهری، ۱۴۱۰: ص ۱۲۴۰؛ زبیدی، ۱۴۱۴: ص۲۵۶) علی‌رغم این که مفهوم لفظی این واژه نزد واژه‌شناسان روشن بوده‌است اما درک ماهیت آن چندان آسان نیست، بدین جهت اهل لغت نیز با ارائه‌ی مثال‌هایی سعی نموده‌اند ماهیت اشاعه را تبیین نمایند. ازهری می‌گوید اگر مشاع در جمیع خانه باشد، بدین معناست که هر جزء از نصیب فرد متصل به هر جزء از خانه است (ابن منظور، ۲۰۰۰: ص۱۹۱).

یکی دیگر از واژه‌شناسان نیز می‌گوید: «و گفته می‌شود که در این خانه سهم شائع است بدین معناست که سهمی منتشر است و اگر گفته شود، نصیب فلان شخص در جمیع خانه شائع و مشاع است بدین معناست که نصیب او تقسیم نشده وکنار گذاشته نشده‌است» (زبیدی، ۱۴۱۴: ص ۲۵۶).

همچنین گفته شده‌است که « فلان یُشیِّعه علی ذلك مال» یعنی او را بر آن تقویت نمود. اصعمی می‌گوید تقویت آتش با انداختن هیزم تشییع آن است. ابوسعید نیز می‌گوید هر چیزی که تمام یا زیادی شیء‌ای به آن باشد شیاع آن خوانده می‌شود (ازهری، بی‌تا: ص ۴۱-۴۲).

در این میان برخی واژه‌شناسان معاصر با بازگرداندن مشتقات دیگر این ریشه، ماهیتی از مشاع معرفی نموده‌است که به نظر می‌رسد از دیدگاه برخی فقیهان پیش از او اقتباس شده‌است: «اصل واحد در این ماده، توسعه در امری است،... و زمانی سهم شائع و مشاع خواهد بود، که حصه‌ی مزبور بر حصص علی البدلی از حیث شمول توسعه دارد.»(مصطفوی، ۱۴۲۶، ج۶، ص: ۱۶۶).

به نظر می‌رسد با توجه به این که معنای اصلی شیاع، انتشار است، سهم مشاع سهمی است که در تمام اجزاء عین منتشر است، بنابراین سخن ازهری در تبیین ماهیت مشاع، که سهم مشاع را به معنای اتصال جمیع اجزاء سهم به جمیع اجزاء مال می‌داند، به صواب نزدیک‌تر است. اما دیدگاهی که مشاع را به معنای حصه‌ی علی البدل معنا نموده‌است، مؤیدی از کلام سایر لغویین نداشته، بازگرداندن معنای اصلی این ریشه به «توسعه» نیز با چنین معنایی ملازمه ندارد و با معنای برگزیده نیز سازگار است.

قابل ذکر است که اکثر دیدگاه‌های فقیهان در رابطه با حقیقت اشاعه، با یکی از کلمات اهل لغت سازگاری دارد، و به نظر می‌رسد که و دیدگاه برگزیده‌ی نگارنده در آن مقام نیز در راستای معنای مورد پذیرش در واژه‌شناسی است.

۲-۱. مفهوم اشاعه در اصطلاح

از منظر اصطلاحی، مفهوم اشاعة بیگاه از معنای لغوی آن نیست، اشاعه در فقه در دو معنا به کار می‌رود؛ برخی آن را به معنای انتشار و برخی دیگر از فقیهان آن را به معنای افراز یعنی تقسیم مال مشاع می‌دانند، در معنای نخست: مقصود از اشاعه، انتشار سهم هر يك از مالکان و صاحبان حق در تمام مال یا حق است. (شاهرودی، بی‌تا: ص ۴۹۷). بیشترین کاربرد اصطلاح "اشاعة"در متون فقهی، معنای نخست این اصطلاح است و معنای دوم آن(افراز) غالبا با مفاهیم استفاضة و شیاع به کار می‌رود. معنای نخست اشاعة در فقه، غالبا در باب هایی چون: رهن، تجارت، شرکت، اجزاه، مضاربه، مزارعة، هبة، وقف، قضا و وصیت، کاربرد دارد.(شاهرودی، ۱۳۸۲، ج۱، ص: ۵۲۶).

هیچ‌کدام از قوانین مدنی و جزایی تعریف دقیقی از اشاعه ارائه ننموده‌است. به نظر می‌رسد قانون‌گذار حقیقت اشاعه را امری مسلمی و بدیهی می‌دانسته‌است، از این رو بدون ارائه‌ی تعریفی از اشاعه، شرکت را به

اجتماع حقوق مالکین متعدد به نحو اشاعه تعریف نموده‌است.۱ از این رو ضروری است با بررسی دیدگاه‌های فقیهان از این حقیقت مهم رفع ابهام گردد. چرا که هر دیدگاهی که در این رابطه اتخاذ گردد می‌تواند تأثیر بسزایی در موضوع مورد تحقیق داشته باشد.

نگارنده، در بین آثار فقیهان، ۵ دیدگاه در زمینه‌ی حقیقت اشاعه یافته‌است، البته امکان دارد دیدگاه‌های دیگری نیز وجود داشته باشد که نگارنده، در دست‌یابی به آن‌ها موفق نبوده‌است. همچنین با توجه به مبانی فلسفی که برخی از این دیدگاه‌ها دارند نقد و بررسی آن‌ها به درازا می‌کشد و نمی‌توان از این اثر انتظار داشت که به ارزیابی این دیدگاه‌ها بپردازد، از این رو در این مقاله صرفا به ارائه‌ی این دیدگاه‌ها اکتفا می‌شود.۲

۲. بررسی تحقق سرقت در مال مشاع بر اساس اصطلاح فقهی اشاعه

به منظور آسان شدن تصور دیدگاه‌های متفاوتی که در مورد حقیقت مفهوم اشاعه ابراز شده‌است، این دیدگاه‌ها را در فرضی که دو نفر در عینی شریک باشند و هر کدام مالک نصف آن به نحو مشاع باشند پی‌می‌گیریم.

۲-۱کلی دارای مصادیق متعدّد

صاحب جواهر اشاعه را بدین معنا می داند که سهم هر یک از شرکا کلی است که دارای مصادیق متعدد است (نجفی، ۱۴۰۴: ج۲۶، ص ۳۱۱). به عبارت دیگر حق شریک بین مصادیق متعدد مردد است و تنها «قسمت» است که این مشتبه و متردد را روشن می‌نماید (نجفی، ۱۴۰۴: ج، ۲۶، ص: ۳۶۴) به عنوان مثال اگر دو نفر هر کدام به میزان نصف در مالی سهیم باشند، در واقع به هر کدام مفهوم نصفی که متعلق به عین است، اختصاص می‌یابد که در افراد فراوانی، مانند انتشار کلی در افرادش منتشر است، پس هر کدام از آنان مالک نصف کلی علی البدل است، که ممکن است بر هر نصفی که تجزیه‌ی عین بدان ممکن باشد، قابل صدق باشد، و معنای مالکیت یکی از شرکا بر نصف آن است که، علی سبیل البدل هر نصفی که فرض شود، فرد مالک آن است، این مطلب نسبت به مالک دیگر نیز صادق است (امامی خوانساری، بی‌تا: ص۲۷۳).

بر اساس این دیدگاه قبل از قسمت، هیچ یک از مالکین مشاع، نسبت به اجزاء عین مالکیتی ندارد، و تنها مالک نصف کلی است. بنابراین این دیدگاه، از ارائه تبیینی که بتواند ارتکاب سرقت از سوی شریک را ممکن سازد ناتوان است چرا که فرض آن است که هریک از شرکا صرفا مالک نصف فرضی هستند و نمی‌توان ایشان

---

۱ ماده‌ی ۵۷۱ قانون مدنی شرکت را بدین نحو تعریف می‌نماید: « شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه»

۲ یکی از محشین مکاسب، دیدگاه‌های مختلفی را که در بررسی ماهیت اشاعه وجود دارد، مورد نقد و بررسی قرار داده‌است. با توجه به این که اکثر دیدگاه‌هایی که نوشته‌ی حاضر از کلام بزرگان فقه یافته‌است، در این کتاب موجود است، رجوع به کتاب «الحاشیة الثانیة علی المکاسب»، برای نقد و بررسی این دیدگاه‌ها مفید است. (محمد امامی خوانساری، الحاشیةالثانیة علی المکاسب، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا، صص ۲۷۳-۲۷۹.)

را مالک عین خارجی دانست. البته این بدان معنا نیست که در صورتی که غیر از شرکا از این مال سرقت نمایند نسبت به آنان نیز مال غیر صدق نکند، چرا که ملکیت مجموع مال برای مجموع شرکا محرز است.

۲-۲. جزئی حقیقی موجود در خارج

محقق اصفهانی در تبیین حقیقت اشاعه دیدگاهی ابراز نموده است که مبتنی بر درک مقصود ایشان از قیام انتزاعی است. ۱ ایشان در تبیین حقیقت اشاعه می‌فرماید، شیء قابل قسمت، فی نفسه امر واحد است، اما از این حیث که قبول قسمت می‌نماید، وجود بالفعل آن وجود بالقوه اقسام نیز هست. پس اقسام موجودات خارجی هستند منتها قبل از افراز، وجود این اقسام مانند وجود امور انتزاعی است که وجودشان به وجود منشأ انتزاعشان می‌باشد، پس منشأ بالفعل موجود است و امر انتزاعی بالقوه وجود دارد، پس اقسام نیز مانند امر انتزاعی به وجود منشأ انتزاع خارجی‌اند و به جزئیت منشأ انتزاع جزئی حقیقی‌اند و بدین جهت که نسبت هر کدام از این قسمت‌ها، به تمام اجزاء موجود بالفعل، با نسبت قسمت مساوی دیگر با این اجزاء متساوی است، گفته می‌شود که این قسمت مشاع بوده، در کل اجزاء ساری است (اصفهانی، ۱۴۱۸: ص ۳۴۱-۳۴۲).

بر این اساس به خلاف کلی در معین که کلی است، مشاع به وجود منشأ انتزاع آن جزئی می‌باشد (اصفهانی، ۱۴۱۸: ص ۳۴۲). ولی مادامی که قسمت صورت نگرفته است هر کدام از مالکان صرفا مالک کسر مشاع است، منتها کسر مشاعی که به عین مورد نظر قائم است. بدین ترتیب از نظر ایشان قسمت مبادله نیست، بلکه صرفا تمییز حصص است. چرا که نسبت به اجزاء عین مالکان مشاع ملکیتی ندارند بلکه مانند دیدگاه صاحب جواهر، صرفا مالک کسر مشاع هستند با این تفاوت که این کسر مشاع کلی نیست و وجود انتزاعی جزئی دارد.

می‌توان گفت در برخی جرایم علیه اموال که مال از بین می‌رود یا مستهلک می‌شود، این امر انتزاعی به تبع منشأ انتزاع از بین رفته، تعدی به ملکیت مشاع صورت گرفته است اما در مواردی که عین باقی است صرف تصرف مالکانه فردی موجب نمی‌شود که ملکیت مشاع فرد از بین برود، چرا که مادام که عین موجود است قیام انتزاعی مزبور باقی است. بر اساس این تحلیل به نوعی ملکیت شرکاء با عین خارجی برقرار است و به خلاف تحلیل پیشین شرکا صرفا مالک عناوین کلی چون نصف نیستند. ولی این رابطه جزئی بین تمام شرکاء و عین خارجی وجود دارد. بنابراین شریک سارق نیز واجد این رابطه با عین خارج است و احراز عنوان «مال غیر» در چنین سرقتی دشوار می‌نماید.

---

۱ درتبیین دیدگاه محقق اصفهانی درباره‌ی قیام انتزاعی می‌توان گفت که در قیام انتزاعی وجود امر انتزاعی به وجود منشأ انتزاع آن است مثل وجود مقبول به وجود قابل. مثلا نطفه قابلیت آن را دارد که انسان شود، انسانیت نطفه وجود مستقل از نطفه نیست و انسان وجود مستقل از نطفه ندارد. نطفه جوهر است و همه‌ی ویژگی‌های نطفه را داراست اما انسان موجود در نطفه طبیعتا غیر از نطفه است و تعریف جوهر هم بر آن صادق نیست، زیرا چیزی جز استعداد آن محقق نیست، بنابراین انسان نمی‌تواند جوهر باشد لامحاله باید یکی از اعراض باشد در این صورت لازمه‌ی آن این است که ما با دو مقوله‌ی متباین مواجه باشیم در حالی که هیچ‌گاه شیء واحد من جهة واحدة نمی‌تواند مصداق دو مقوله باشد بنابراین ناچاریم بگوییم انسانیت قائم به نطفه است مانند قیام سفیدی به دیوار بنابراین در واقع ما امر واحد نداریم بلکه دو وجود داریم که یکی قائم به دیگری است.

۲-۳. ملکیت ناقص و ضعیف

این دیدگاه را می‌توان در کلمات برخی فقها مشاهده نمود. بر اساس کلمات یکی از ایشان در فرض مورد بحث هر کدام از مالکین، مالک تمام عین مملوک است، منتها ملکیت ایشان، ملکیت ضعیف و ناقص است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ص ۱۳۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ص ۲۴۴) و تفاوت آن با ملکیت غیر مشاع تنها در همین نکته است.

مرحوم کاشف‌الغطاء نیز نظری شبیه به همین دیدگاه را برگزیده‌است:

حقیقت اشاعه اجتماع چند مالک در ملکیت شیء واحد است، پس اشاعه نوع ضعیفی از ملکیت است و قسمت تبدیل ملکیت ضعیف هر کدام از شرکا نسبت به کل عین، به ملکیت قوی نسبت به بعض عین است (کاشف الغطا، ۱۳۵۹: ص ۲۲۲-۲۲۳).

یکی دیگر از فقیهان ضمن پذیرش این دیدگاه، تبیین مناسب‌تری از آن ارائه داده‌است. وی مدعی است ملکیت در شرکت فی‌نفسه تام و قوی است، اما نسبت به تمام مال ناقص است بنابراین هر کدام از شرکاء مالک تمام مال است منتها ملکیت ناقصی که با کسرهایی نظیر نصف و ثلث از آن تعبیر می‌شود. بر اساس این تفسیر در ملکیت مال، ضعف و نقصانی نیست و نقصان فقط در ملکیت تمام مال است که این نقص با قسمت، نسبت به بخشی از مال تتمیم می‌گردد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ص ۷۴).

با توجه به این دیدگاه، باید دید که موضوع سرقت ملکیت تام است یا ملکیت ناقص را نیز شامل می‌شود، اگر مختص به ملکیت تام باشد، افعال ارتکابی توسط مالک مشاع، تعدی به ملکیت تام کسی نبوده، در نتیجه موضوع این جرم محقق نگشته‌است. ولی اگر شامل ملکیت ناقص نیز گردد، اشکال مطرح بر اساس مبنای مشهور، در این مبنا نیز بازگشت می‌نماید، چرا که عین مذکور هم ملک دیگری است و هم ملک خود شخص.

این دیدگاه، بر این اساس که موضوع جرم سرقت، ملکیت تام باشد با اشکال دیگری نیز مواجه است و آن این که، تعدی غیر شریک نیز در مال مشاع جرم نخواهد بود، چرا که مال مورد نظر، ملک تام هیچ کس نیست، بنابراین موضوع جرم حتی نسبت به غیر شریک محقق نیست، مگر آنکه گفته شود مجموع شرکاء نسبت به مجموع ملک دارای ملکیت تام هستند در نتیجه سرقت غیر شریک تعدی به ملکیت تام تلقی می شود. به بیان دیگر، از عبارت «ملکیت در شرکت فی‌نفسه تام و قوی است» همین ملکیت تام مجموع شرکاء بر مجموع ملک استفاده می‌شود.

۲-٤. امر اعتباری که فقط در ظرف اعتبار وجود دارد

این دیدگاه را یکی از فقهای معاصر نقل نموده (عبدالرحمان، بی‌تا: ص ۱۱۶) اما مشخص ننموده است که کدام یک از فقها این دیدگاه را برگزیده‌است. به نظر می‌رسد بتوان این دیدگاه را به امام خمینی (ره) نسبت داد، ایشان در تبیین حقیقت کسر مشاع می‌گوید:

کسر مشاع اعتباری عقلایی در موضوعات خارجی است، مانند اعتبار ملکیت، رقیت، حریت و امثال آن، که عقلا در موجودات خارجی اعتبار می‌نمایند، پس با اعتبار این عناوین توسط عقلا، عناوین مذکور به حمل

شائع بر این وجودات خارجی صادق خواهد بود و گفته می‌شود: «دابه ملک است، زید عبد است و عمر حر است، اگر ذات جسم خارجی لحاظ شود، جسم خارجی واحد و غیر اجزاء و ابعاض است و هرگاه در آن کسر به نحو غیر معین لحاظ شود، ملحوظ و معتبر کسری مشاع خواهد بود، در مقابل افراز، تعیین و تمییز اعتباری. پس اشاعه و افراز در خارج دو امر اعتباری‌اند، مانند اعتبار ملکیت و حق، پس همان‌طور که ملک در خارج حقیقتی جز اعتبار ندارد، اشاعه و افراز نیز به جز اعتبار واقعیتی ندارد» (خمینی، ۱۴۲۱: ص ۵۶۳-۵۶۴).

به نظر می‌رسد پذیرش این دیدگاه تأثیر چندانی در بحث ما ندارد، زیرا صرف اعتباری دانستن کسر مشاع، مادام که نحوه‌ی این اعتبار روشن نشود، نمی‌تواند در تعیین نحوه‌ی تملک عین به شرکاء مؤثر باشد. بر اساس این دیدگاه هر کدام از شرکاء اعتبارا سهمی در ملکیت عین دارد ولی سؤال این است که رابطه‌ی این ملکیت اعتباری با اجزاء عین چگونه است؟ آیا این ملکیت اعتباری به نحو کلی علی البدل است یا در جمیع اجزاء عین سریان دارد؟

۲-۵. سریان ملک شرکاء در تمامی اجزاء

این دیدگاه، به مشهور فقیهان امامیه نسبت داده شده‌است. (حسینی روحانی، ۱۴۱۲: ص ۱۳۷؛ رشتی، ۱۴۰۱: ص ۳۱). برخلاف برخی دیدگاه‌ها بر اساس این دیدگاه اشاعه عبارت است از سریان ملک هر کدام از شرکاء در هر جزء مفروض از عین مشترکه، بدین معنا که هر کدام از شرکاء در واقع و نفس الامر مالک نصف آن جزء است. به عبارت دیگر هر جزء قابل تجزیه‌ای که فرض شود، حق تمام مالکان در آن جزء شایع است. (امامی خوانساری، بی‌تا: ص ۲۷۹).

عمده‌ترین اشکالی که بر این دیدگاه وارد است، آن است که تجزیه‌ی عین نهایتا به جزئی منتهی می‌شود که قابل تجزیه نیست، در این صورت چگونه می‌توان نصف آن را ملک یکی و نصف دیگر را ملک دیگری دانست.۱ در پاسخ به این اشکال گفته شده‌است که در اینجا هم هرچند خود عین قابل تجزیه نیست ولی می‌توان بر حسب مالیت آن را تجزیه نمود و نصف آن را از لحاظ مالیت ملک یکی و نصف دیگر آن را ملک دیگری دانست. (رشتی، ۱۴۰۱: ص ۳۱).

به نظر می‌رسد حقوق ایران نیز به تبع مشهور فقهای امامیه همین تعریف از اشاعه را پذیرفته‌اس ت؛زیرا قانون‌گذار در ماده ۵۷۱ قانون مدنی در این خصوص مقرر داشته است: « شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی ء واحد به نحو اشاعه». یکی از حقوق‌دانان در تبیین این ماده می‌گوید: «مقصود قانون‌گذار از عبارت « به نحو اشاعة»، فرضی است که موضوع مالکیت هیچ یک از صاحبان یک شیء، مشخص نباشد، به گونه‌ای که " هر جزئی از اجزاء یک شیء" در عین حال متعلق حق مالکیت سایرکاء نیز می

---

۱ در رابطه‌ی امکان تصور ملکیت نسبت به جزئی که قابل تجزیه نیست، اشکالی مطرح شده‌است که آمیخته با مباحث فلسفی است، و در نقد و بررسی آن نیز از همین مباحث کمک گرفته‌شده‌است، ولی به نظر می‌رسد با توجه به این که مالکیت امری اعتباری و سهل المؤنه است، پذیرش و عدم پذیرش این اشکال، در بحث ما تأثیری نداشته باشد، بنابراین از وارد شدن به این بحث خودداری می‌نماییم و اهل تحقیق می‌توانند در صورت تمایل به (خوانساری، همان، ص۲۸۰؛ میرزا حبیب‌الله رشتی، همان، ج۲، ص۳۳)

باشد»(شهیدی، 1365: ص ۱۳۹) این برداشت کاملا منطبق با دیدگاه مشهور فقهای امامیه در تعریف اشاعه است.

کلیه‌ی اشکالاتی که نسبت به سرقت از مشاع مطرح شده‌است مبتنی بر همین دیدگاه است، (منصورآبادی، ۱۳۸۲، ص: ۱۲۳) چرا که بر اساس این دیدگاه هر جزء مفروضی از عین هم ملک شریک متصرف است و هم ملک سایر شرکاء، بنابراین اگر از ناحیه‌ی متصرف نگریسته شود، وی در ملک خود تصرف نموده‌است و عملش فاقد جنبه‌ی جزایی است، اما اگر از دید سایر شرکاء نگاه کنیم، شریک مزبور در ملک آنان تصرف نموده و مرتکب جرم شده‌است. حقوق‌دانان نیز در این موضوع دو دیدگاه کاملا متضاد اتخاذ نموده‌اند، برخی از دید شرکای متضرر نگریسته، ارتکاب سرقت توسط شریک را ممکن دانسته، جرم انگاری این اعمال را لازم می‌دانند. (نجیب حسنی، ۱۹۸۴: ص ۷۲۷-۷۲۸؛ القهوجی، ۱۴۲۱: ص ۶۷۵-۶۷۷). اما برخی دیگر از حقوق‌دانان از دید شریک مرتکب به واقعه نظر انداخته، بر اساس اصول مدعی‌اند، اقدامات شریک فاقد جنبه‌ی جزایی است.(کوشا، ۱۳۱: ۱۳۹۰ و۱۸۵).

به نظر می‌رسد نگاه دسته دوم مطابق با موازین حقوقی پذیرفته شده در حقوق ایران است چرا که ماده ۲۶۷ قانون مجازات مقرر می دارد: «سرقت عبارت است از ربودن مال متعلق به غیر» بنابراین از نظر قانونگذار موضوع جرم سرقت «تعلق مال به دیگری است» نه اینکه صرفا «عدم تعلق آن به مرتکب» مقصود قانون‌گذار باشد، این در حالی است که در مال مشاع، شرط تعلق مال به "دیگری" در صورتی که در جرایم علیه اموال توسط یکی از شرکاء ارتکاب یابد، محرز نمی‌شود.

برای اثبات این دیدگاه از نظریات اصولی نیز می‌توان کمک گرفت، چرا که در اصول اثبات شده‌است که حکم، فرع بر موضوع است و رابطه‌ی موضوع و حکم همانند رابطه‌ی علت و معلول است و مادام که موضوع احراز نگردد، نمی‌توان حکم را جاری دانست،(نائینی، ۱۴۱۸: ۱، ۱۴۶) با این بیان با توجه به این که در خصوص اموال مشاع، موضوع جرم سرقت که «مال متعلق به غیر» است، محرز نیست. البته روشن است که این استدلال و دلایل فوق در صورتی جریان می‌یابد که عرف، مال مشاع را مال غیر نداند، چرا که در برخی موارد علی‌رغم تصویر مبهمی که در حقیقت اشاعه وجود دارد، صدق عرفی مال غیر محرز می‌باشد. به عنوان مثال در فرضی که یکی از مالکین مشاع در تمام عین مال تصرفی نماید که مانع تصرف سایر شرکا گردد، تعدی به مال غیر محرز است، اما در صورتی که شریک مزبور به اندازه‌ی سهم خویش در مال مشاع تصرف نماید، نه تنها در تحقق تعدی به مال غیر شک وجود دارد بلکه ممکن است ادعا شود یقینا هیچ تعدی به مال غیر اتفاق نیافتاده‌است. اما اگر تصرف بیش از سهم شریک باشد، ولی در تمام آن نباشد، محل شک و بحث است. افزون بر آن که اصل برائت و قاعده درأ نیز مقتضی آن است که در موارد شک و شبهه حد ساقط گردد.

۳. شواهد روایی عدم تحقق سرقت از مال مشاع بر اساس مفهوم شناسی اشاعه

عمده‌ترین روایاتی که می‌تواند تأییدی بر عدم تحقق سرقت در مال مشاع بر اساس مفهوم شناسی اشاعه محسوب شود عبارتند از:

۳-۱. صحیحه‌ی محمد بن قیس

الكلينيّ عن عدّة من أصحابنا، عن سهل بن زياد؛ و عن عليّ بن إبراهيم، عن أبيه؛ جميعاً عن ابن أبي نجران، عن عاصم بن حميد، عن محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام قال في رجل أخذ بيضة من المقسم فقالوا: قد سرق، اقطعه، فقال: إنّي لا أقطع أحداً له فيما أخذ شرك؛ در مورد شخصی که کلاه خودی را از غنایم برداشت، گفتند که سرقت کرده است و باید [دست] او قطع شود، حضرت فرمودند: من [دست] کسی را که در مال ربوده شده شریک است قطع نمی‌کنم» (کلینی، ۱۴۰۷: ص ۲۲۳).

این روایت دو طریق دارد که یک طریق مرسل است اما طریق دوم کلینی به این روایت فاقد اشکال بوده، معتبر است.

۳-۲. خبر مسمع بن عبد الملک

عن أبي عبد اللّه عليه السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام أتي برجل سرق من بيت المال، فقال: لا يقطع فإنّ له فيه نصيباً؛ شخصی را نزد علی علیه السلام آوردند که از بیت المال سرقت کرده بود، پس فرمودند که قطع نمی شود زیرا او در آن (مال مسروق) سهم دارد» (حرعاملی، ۱۴۰۳: ص ۲۸۸).

این روایت به خاطر وجود محمد بن حسن بن شمون و عبدالله بن عبدالرحمن الاصم ضعیف و فاقد اعتبار است.

۳-۳. خبر دعائم الإسلام

عن أمير المؤمنين عليه السلام: «إنّه جمع أهل الكوفة ليقسّم بينهم متاعاً اجتمع عنده، فقام رجل فاشتمل على مِغْفَر فأخذه، فرفع إلى أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: ليس عليه قطع، لأنّه شريك في المتاع فليس بسارق، و لكنّه خائن؛ اهل کوفه را جمع کرد تا متاعی که نزد او جمع شده بود را توزیع کند، پس شخصی برخاست و کلاه خودی را برداشت. پس او را نزد امیر المؤمنین علیه السلام بردند و ایشان فرمودند که بر او قطع نیست زیرا او شریک در متاع است و سارق محسوب نمی شود» (مغربی، ۱۳۸۳: ص ۴۷۲).

۳-٤. روایت جعفریات

أَخْبَرَنَا عَبْدُ اللَّهِ أَخْبَرَنَا مُحَمَّدٌ حَدَّثَنِي مُوسَى قَالَ حَدَّثَنَا أَبِي عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ عَنْ عَلِيٍّ (ع): أَنّه رفع إليه رجل سرق من بيت مال المسلمين فقال لا قطع عليه لأنّ له فيه نصيباً؛ شخصی را نزد او آوردند که از بیت المال مسلمانان سرقت کرده بودند پس حضرت فرمودند بر او قطع نیست زیرا او در آن سهم دارد» (کوفی، بی‌تا: ص ۱۴۱).

تعلیل‌های مذکور در روایات(فان له فیه نصیبا؛ لانه شریک فی المتاع فلیس بسارق؛ لان فیه نصیبا) تحلیلی که از حقیقت اشاعه ارائه شد را تقویت می کند. این تعلیل‌ها روشن می نماید که موضوع جرم سرقت، ربودن از مال غیر است و در مورد سرقت شریک از مال مشاع، ثبوت حد سرقت، به دلیل وجود شراکت، تحقق مال غیر را منتفی می‌کند. البته از این روایات تنها روایت نخست، از سند معتبر برخوردار است ولی سایر روایات می‌تواند مؤید روایت نخست باشد، بعلاوه کتاب دعائم الاسلام از کتب مورد توجه فقهاست و برخی محدثین همچون محدث نوری کتاب جعفریات را نیز چنان معتبر می‌دانست (نوری، ۱۴۱۷: ص ۲۴-۳۴) که انگیزه‌ی نگارش «مستدرک الوسایل»، دست‌یابی به این کتاب بوده‌است (تهرانی، ۱۴۰۳: ص ۱۱۰).

سه روایت آخر دارای تعلیل صریح است، اما روایت نخست هرچند ظهور در تعلیل دارد اما عبارت «انی لااقطع؛ من قطع نمی‌کنم» صراحتی در تعلیل ندارد با این وجود تأکید بر شمولی بودن حکم آن که با عبارت «إنّي لا أقطع أحداً له فيما أخذ شرك» به ویژه «ان»«احد»«شرک» ابراز شده است آن را در قوه تعلیل صریح قرار می‌دهد. افزون بر آن که این ظهور به کمک سایر روایات تقویت و تأیید شده، می‌تواند صراحت در تعلیل تلقی شود؛ بنابراین می‌توان گفت که تعلیل موجود در روایات معتبر بوده، بر اساس آن در سرقت هیچ مال مشاعی نمی‌توان حد قطع را جاری نمود.

البته این روایات در خصوص اجرای تعزیر به خاطر جنبه‌ی عمومی جرم ساکت می‌باشد، به ویژه که تأکید همه‌ی روایات بر «عدم قطع» بوده‌است نه «عدم مطلق مجازات». همچنین از این روایات تنها در خبر جعفریات، عنوان مجرمانه‌ی سرقت نفی شده‌است که عمل مزبور را عنوان قابل تعزیر خیانت دانسته‌است، به نظر می‌رسد همین بقاء عنوان مجرمانه می‌تواند مؤیدی بر امکان اجرای تعزیر باشد.

از روایات پیشین این‌گونه استنباط شد که در سرقت از مال مشاع حد جاری نمی‌گردد ولی روایاتی که در مورد سرقت از مال غنیمت و سرقت از بیت‌المال وارد شده‌است با این عمومیت ناسازگار است، چرا که، علی‌رغم مال مشترک بودن مال غنیمت و برخی انواع بیت‌المال، برخی روایت حکم دیگری را در این دو موضوع ثابت نموده‌اند. فقها نیز در هر دو موضوع دیدگاه‌های متفاوتی برگزیده‌اند، برخی قایل به تفصیل شده‌اند، (علامه حلی، ۱۴۲۰: ص۳۵۲؛ جبعی العاملی، ۱۴۱۰: ص ۲۲۷-۲۳۰؛ جبعی العاملی، ۱۴۰۹: ص ۴۸۳؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ص ۹۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ص ۴۸۳-۴۸۵؛ خویی، ۱۴۲۲: ص ۲۸۴ و ۳۴۵) برخی قطع را مطلقا ناروا می‌دانند (مفید، ۱۴۱۰: ص ۸۰۳؛ حلبی، ۱۳۶۲: ص ۴۱۱؛ ابن زهره، ۱۴۱۷: ص ۴۳۰؛ دیلمی، ۱۴۱۴: ۲۶۰؛ حلی، ۱۳۸۷: ص ۵۲۵؛ جبعی العاملی، ۱۴۲۲؛ ص ۲۰۴؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴: ص ۳۷۴؛ طباطبایی، ۱۴۱۲: ص ۸۸-۹۰) و عده‌ای نیز در حکم توقف نموده‌اند (جبعی العاملی، ۱۴۲۲: ص ۲۲۳؛ حلی، ۱۴۱۳: ص ۲۱۶-۲۱۷؛ حلی، ۱۴۱۳: ص ۵۵۸؛ جبعی العاملی، ۱۴۱۰: ص ۲۳۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ص ۴۸۴ و ۴۸۵؛ خمینی، بی‌تا: ص ۴۸۳).

در خصوص سرقت از غنیمت چند دسته روایت وجود دارد، صحیحه‌ی محمد بن قیس که حد قطع را به طور مطلق نفی می‌نماید، صحیحه‌ی عبدالله بن سنان که بین سرقت بیش از سهم سارق، به میزان نصاب و

کمتر از آن تفصیل داده‌است۱ و صحیحه‌ی یزید بن عبدالملک که بین سرقت از امام جائر و امام عادل قایل به تفصیل شده، در اولی قطع را روا نشمرده ولی در دومی قتل را جایز می‌داند.۲ فقها در جمع بین این روایت، روایت یزید بن عبدالملک را به دلیل مقطوع البطلان بودن مفاد آن نادیده گرفته‌اند (خویی، ۱۴۲۲: ص ۳۴۵) و در مقام جمع بین سایر روایات، مفاد روایت عبدالله بن سنان را وجه جمع قرار داده، تفصیل موجود در آن را برای جمع بین روایاتی که قطع را مطلقا روا می‌دارند یا ناروا می پندارند، برگزیده‌اند (حلی، ۱۴۲۰: ص ۳۵۲؛ فیض کاشانی، بی‌تا: ص ۹۰؛ نجفی، ۱۴۰۴: ص ۸۳؛ خویی، ۱۴۲۲: ص ۳۴۵؛ موسوی اردبیلی، ۱۴۱۳: ص ۴۰؛ جبعی العاملی، ۱۴۱۰: ص ۲۲۷-۲۳۰ و جبعی العاملی، ۱۴۰۹: ص ۴۸۳). قانونگذار نیز در ماده ۲۷۷ به تبعیت از همین رأی فقهی درصورتی که مال مسروق مازاد بر سهم سارق بوده و به حد نصاب برسد سارق را مستوجب حد می داند. اما به نظر می‌رسد این رویکرد قانون‌گذار قابل نقد است چرا که تفصیل موجود در روایات غنیمت قابل تسری به سایر گونه‌های سرقت از مال مشاع نیست و تنها در خصوص سرقت از غنیمت به دلیل وجود روایات معتبر می‌توان از عموم تعلیل چهار روایتی که در آغاز بحث اشاره شد، رفع ید نمود. ولی در سایر موارد، فقدان مخصص و مفصل موجب می‌شود که این تعلیل بر اعتبار خویش باقی باشد. تنها در صورتی که بتوان از غنیمت الغاء خصوصیت قطعی یا عرفی نمود، می‌توان تفصیلی که از روایات آن استفاده می‌شود، را به سایر اموال مشترک تسری داد، ولی به نظر می‌رسد این الغاء خصوصیت نه تنها قطعی نیست، بلکه عرفی هم نیست، حتی احتمال خصوصیت نیز داده می‌شود زیرا اگر جنگ با اذن امام نباشد تمام غنیمت ملک امام است و رزمندگان در آن سهم ندارند حتی اگر با اذن امام باشد به غنیمت خمس تعلق می‌گیرد، و یک پنجم آن ملک امام و سادات است، و این احتمال منتفی نیست که سرقت در ملک امام و سادات واقع شده باشد، علاوه بر این که ممکن است ادعا شود که مجاهدین مالک چهار پنجم باقی نیستند بلکه صرفا مورد مصرف هستند، به همین دلیل پیامبر (ص) در جنگ حنین غنیمت را به مساوات تقسیم ننمود. (بخاری، ۱۴۰۱: ص ۶۱؛ ابویعلی، بی‌تا: ص۶۶؛ طبری، ۱۴۰۳: ص ۳۵۹). شاید به همین جهات علامه، علی رغم توقف در حکم سرقت از غنیمت، سرقت از بیت‌المال، زکات و خمس را موجب قطع نمی‌داند. (حلی، ۱۴۱۳: ص ۵۵۸). صاحب جواهر هم تأکید می‌نماید که نمی‌توان حکم غنیمت را به مطلق مال مشترک سرایت داد. (نجفی، ۱۴۰۴: ص ۴۸۶). بنابراین الغای خصوصیت از غنیمت، در جهت اثبات مجازات حدی، فاقد مبنای متقن فقهی است چرا که شریک بودن غانم ضعیف ترین نوع شرکت در مال است، (حبیب‌زاده، ۱۳۸۱: ص ۴۹) و همین ضعیف بودن نوع شرکت در مال موجب احتمال خصوصیت و مانع الغای خصوصیت است. بر این‌اساس، رویکرد قانونگذار

---

۱ « وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ يُونُسَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ سِنَانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: قُلْتُ رَجُلٌ سَرَقَ مِنَ الْمَغْنَمِ- (أَيْشٍ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ أَ يُقْطَعُ)- قَالَ يُنْظَرُ كَمْ نَصِيبُهُ- فَإِنْ كَانَ الَّذِي أَخَذَ أَقَلَّ مِنْ نَصِيبِهِ- عُزِّرَ وَ دُفِعَ إِلَيْهِ تَمَامُ مَالِهِ- وَ إِنْ كَانَ أَخَذَ مِثْلَ الَّذِي لَهُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ- وَ إِنْ كَانَ أَخَذَ فَضْلًا بِقَدْرِ ثَمَنِ مِجَنٍّ وَ هُوَ رُبُعُ دِينَارٍ قُطِعَ.» (وسائل الشیعة، ج۲۸، ص۲۸۹)

۲ «وَ بِإِسْنَادِهِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ الصَّفَّارِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْحُسَيْنِ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ بَزِيعٍ عَنْ صَالِحِ بْنِ عُقْبَةَ عَنْ يَزِيدَ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ عَنْ أَبِي جَعْفَرٍ وَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ وَ أَبِي الْحَسَنِ ع وَ عَنِ الْمُفَضَّلِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: إِذَا سَرَقَ السَّارِقُ مِنَ الْبَيْدَرِ مِنْ إِمَامٍ جَائِرٍ- فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ إِنَّمَا أَخَذَ حَقَّهُ- فَإِذَا كَانَ مِنْ إِمَامٍ عَادِلٍ عَلَيْهِ الْقَتْلُ.» (وسائل الشیعة، ج۲۸، ص۲۸۹)

در ماده ۲۷۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص پذیرش تحقق سرقت در مال مشاع، قابل انتقاد است. قانون‌گذار در ماده فوق الذکر مقرر داشته است: «هرگاه شریک یا صاحب حق، بیش از سهم خود، سرقت نماید و مازاد بر سهم او به حد نصاب برسد، مستوجب حد است.» این در حالی است که این رویکرد با تعلیل‌های موجود در برخی روایات که مورد اشاره قرار گرفت، سازگار نیست.

جالب توجه است که قانونگذار در بند ح ماده ۲۶۸ قانون مجازات اسلامی مقرر داشته است که یکی از شرایط سرقت حدی آن است که مال مسروق از اموال دولتی، یا عمومی، وقف عام و یا وقف بر جهات عامه نباشد. این در حالی است که اگر معیار «مال متعلق به غیر» را ملاک قرار دهیم عدم تحقق موجب حد در ملک مشاع نسبت به اموال مذکور اولویت دارد. چرا که در فقه اسلامی نمی‌توان همه مسلمانان را مالک اموال عمومی و دولتی برشمرد. بنابراین در بسیاری از این اموال سارق هیچ سهمی ندارد و بدون شک این اموال ملک غیر محسوب می‌شود. به عنوان مثال بیت‌المال نهادی است که به عنوان مال عمومی تلقی می‌شود و فقها آن را ملک جمیع مسلمین می‌دانند، ولی با این حال بیت المال از منابع متعددی تشکیل شده‌است که هر کدام مصارف خاص به خود را دارد. (آشتیانی، ۱۴۲۵: ص ۲۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ص۱۵۷؛ کرکی، ۱۴۱۴: ص۴۰۲؛ خمینی ۱۴۲۱: ص ۴۹۵). برخی از این منابع مصارف خاص دارد و حتی به اعتقاد بسیاری ملک عده‌ای خاص از مسلمین است (سبزواری، ۱۴۲۴: ص ۲۸)، برخی دیگر ملک شخص پیامبر (ص) و امام (ع) و هر گونه که صلاح بدانند آن را مصرف می‌نمایند و تنها برخی از منابع متعلق به عموم مسلمین است، بنابراین نمی‌توان ملکیت مشاع جمیع مسلمین در همه‌ی بیت‌المال پذیرفت. علاوه بر آن که مواردی که متعلق به عموم مسلمین است در بسیاری موارد، در اموری مصرف می‌شود که تنها برخی مستقیما از آن بهره‌مند می‌شوند، مانند والیان (طوسی، ۱۳۸۷: ص ۷۵)، قضات (نجفی، ۱۴۰۴؛ ص ۵۱-۵۴)، مجاهدین (نجفی، ۱۴۰۴: ص ۲۱۴)، مجری حدود (خویی، ۱۴۲۴: ص ۳۵۳)، مؤذن (نجفی، ۱۴۰۴: ص ۵۴)، معلم قرآن (جبعی العاملی، ۱۴۰۹: ص ۳۵۰)، نفقه خانواده شهداء (طوسی، ۱۳۸۷: ص ۷۳)، نفقه زنی که شوهرش غایب است (نجفی، ۱۴۰۴: ص ۲۹۳)، هزینه کفن و دفن مرده مسلمان (نجفی، ۱۴۰۴: ص ۲۲۸ و حلی، ۱۴۱۳: ص ۲۲۸)، نفقه سادات نیازمند در صورتی که سهم‌شان از خمس کفایت ننماید (خمینی، بی‌تا: ص۴۹۰)، و... حتی بیت‌المال در مورد غیر مسلمانان هم در مواردی هزینه می شود (ابویوسف، ۱۳۲۸: ص ۱۴۴- ۱۴۵). برخی از فقها نیز تصریح می‌نمایند که ضابطه کلی آن است که بیت‌المال برای هر مصرف مالی ضروری نوعی یا شخصی است که امکان تدارک آن از محل دیگری فراهم نباشد (خویی، بی‌تا: ص ۱۴۵). البته نسبت به مشترکات عامه نظیر راه‌ها، مساجد، مدارس، اوقاف عامه، پارک‌ها، میادین و... که اموال عمومی خوانده می‌شوند، هیچ یک از افراد جامعه مالک آن نیستند. به عبارت دیگر رابطه مالکانه بین این مشترکات و افراد جامعه وجود ندارد و ایشان صرفا حق تصرف دارند. از این رو اگر شخصی در یکی از این امور تصرفی نماید، عرفا گفته نمی‌شود که در ملک شخص دیگری تصرف نموده‌است، همچنین برای چنین تصرفی از افراد دیگر اجازه مالکانه گرفته نمی‌شود، و چنین اجازه‌ای شخص را مالک آن نمی‌گرداند. اما به نظر می رسد اموال دولتی که دولت مالک آن محسوب می‌شود

به طور حتم مال غیر است چرا که دولت دارای شخصیت حقوقی متمایز از شهروندان دارد و تصرف در این اموال را می توان تصرف در مال متعلق به غیر محسوب نمود.

بر اساس مبانی فقهی نیز می‌توان تعزیر را در چنین جرمی جایز دانست زیرا هرچند بر اساس مبانی فقهی مذکور در سرقت از مال مشاع به خلاف سرقت از غنیمت حد قطع جاری نمی‌شود، ولی این امر موجب زوال وصف کیفری نگشته، امکان اجرای تعزیر را نفی نمی‌نماید. البته جواز اجرای تعزیر در این فرض نیست در صورتی مطرح می‌شود که اشاعه باعث پدید آمدن شبهه‌ی جواز تصرف شریک در کل مال نگردد والا در این فرض ممکن است حتی تعزیر نیز منتفی باشد.

نتیجه‌گیری

قانون‌گذار در ماده ۲۷۷ قانون مجازات اسلامی ۹۲ به اختلاف حقوقی در مورد تحقق سرقت در جرایم مشاع توسط شریک پایان داد و چنین سرقتی را در صورتی که مازاد بر سهم شریک به حد نصاب برسد موجب حد دانسته است. به نظر می رسد این رویکرد با اشتراط «تعلق مال به غیر» که در ماده ۲۶۸ همین قانون در تعریف جرم سرقت ذکر شده است در تعارض است. چرا که پس از بررسی که صورت گرفت در مفهوم اشاعه ۵ نظریه وجود دارد: کلی دارای مصادیق متعدّد، جزئی حقیقی موجود در خارج، ملکیت ناقص و ضعیف، امر اعتباری که فقط در ظرف اعتبار وجود دارد و سریان ملک شرکاء در تمامی اجزاء. بر اساس هیچ کدام از نظریاتی که در ماهیت شناسی اشاعه بیان شد «تعلق مال به غیر» احراز نمی‌گردد. البته بر اساس نظریه اخیر که نظریه مشهور فقهی است، سریان ملک شرکاء در تمامی اجزاء را می‌توان به گونه‌ای تقریب نمود که نوعی از «عدم تعلق مال به مرتکب» قابل اثبات باشد ولی همان‌طور که قانون‌گذار تصریح کرده است موضوع جرم سرقت «تعلق مال به غیر» است و برای این که حد بر مرتکب جاری شود لازم است موضوع حد بدون هیچ شبهه‌ای جاری شود. در حالی که حتی بر اساس این دیدگاه در ماهیت اشاعه نیز با توجه به سریان مالکیت شریک سارق در تمامی اجزاء مال مشاع نمی‌توان تعلق مال به غیر را احراز نمود. در نتیجه لزوم احراز موضوع مانع از آن است که در مواردی که مال غیر محرز نیست، بتوان سرقت از مال مشاع را واجد وصف مجرمانه دانست. روایات موجود نیز همراستا با این استنتاج است چرا که در ۴ روایت که اجرای حد را سرقت از مال مشاع جایز نمی‌داند تعلیلی ذکر شده است که مقتضی آن است که حد در مواردی که شرکت وجود داشته باشد بر شریک جاری نمی‌شود. البته در خصوص سرقت از غنیمت روایت عبدالله بن سنان که مستند قانون گذار نیز می‌باشد در صورتی که مال مسروق به مقدار نصاب بیش از سهم شریک باشد قطع را جایز می‌داند ولی به فرض پذیرش این روایت و نادیده گرفتن قواعد و تعلیل‌های مذکور در سایر روایات نمی‌توان سایر اموال مشاع را به غنیمت قیاس نمود.

منابع

آشتیانی، محمد حسن. (۱۴۲۵). *کتاب القضاء*. قم: انتشارات زهیر.

آقا بزرگ تهرانی، محمد محسن. (۱۴۰۳). *الذریعة الی تصانیف الشیعة*. بیروت: دارالاضواء.

ابن زهره، حمزة بن علی. (۱۴۱۷). *غنیة النزوع الی علمی الاصول و الفروع*. قم: موسسه امام صادق (ع).

ابن عباد، اسماعیل. (بی‌تا). *المحیط فی اللغة*. بیروت: عالم الکتاب.

ابن فارس، ابوالحسین. (۱۴۰۴). *معجم مقاییس اللغة*. بی‌جا: مکتبة الاعلام الاسلامیة.

ابن منظور، محمد بن مکرم. (۲۰۰۰). *لسان العرب*. بیروت: دارالصادر.

ابویوسف، یعقوب بن ابراهیم. (بی‌تا). *کتاب الخراج*. بی‌جا: المطبعة السلفیة و مکتبتها.

ازهری، محمد بن احمد. (بی‌تا). *تهذیب اللغة*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

اصفهانی، محمد حسین. (۱۴۱۸). *حاشیة کتاب المکاسب*. قم: انوارالهدی.

امامی خوانساری، محمد. (بی‌تا). *الحاشیةالثانیة علی المکاسب*. بی‌جا: بی‌نا.

امینی پور، محمد تقی. (۱۳۳۰). *قانون کیفر همگانی و آراء دیوان کشور*. تهران: شرکت سهامی چاپ.

بازگیر، یدالله. (۱۳۷۶). *کلاه‌برداری، اختلاس و ارتشاء در آرای دیوان عالی کشور*. تهران: نشر حقوق‌دان.

بحرالعلوم، محمد بن محمد تقی. (۱۴۰۳). *بلغة الفقیه*. تهران: منشورات مکتبة الصادق.

بخاری، محمد بن اسماعیل. (۱۴۰۱). *صحیح البخاری*. بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر.

بروجردی عبده، محمد تقی. (بی‌تا). *اصول قضایی دیوان عالی کشور*. تهران: کتابفروشی محمد علی علمی.

جبعی العاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۰۹). *مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام*. قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه.

جبعی العاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. قم: کتاب‌فروشی داوری.

جبعی العاملی، زین الدین بن علی. (۱۴۲۲). *حاشیة المختصر النافع*. قم: انتشارات دفتر تبلیغات.

جوهری، اسماعیل بن حماد. (۱۴۱۰). *الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة*. بیروت: دارالعلم للملایین.

حبیب‌زاده، محمد جعفر و شاملو، باقر. (۱۳۸۱). سرقت مال مشاع. *فصلنامه‌ی مفید*، (۲۹).

حبیب‌زاده، محمد جعفر. (۱۳۸۹). *تحلیل جرایم کلاهبرداری و خیانت در امانت در حقوق کیفری ایران*. تهران: نشر دادگستر.

حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۳). *وسائل الشیعة*. بیروت: داراحیاء التراث العربی.

حسینی روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۱۲). *فقه الصادق*. قم: مدرسه امام صادق (ع).

حسینی روحانی، سید محمد صادق. (۱۴۲۹). *منهاج الفقاهة*. قم: انوارالهدی.

حلبی، ابوصلاح. (۱۳۶۲). *الکافی فی الفقه*. اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمومنین علی (ع).

حلی، جعفر بن حسن. (۱۴۰۲). *مختصر النافع*. تهران: موسسه بعثت.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳الف). *قواعد الاحکام فی معرفة الحلال و الحرام*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳ب). *مختلف الشیعة*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.

حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰). *تحریر الاحکام*. قم: موسسه امام صادق (ع).

حلی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*. قم: مؤسسه‌ی اسماعیلیان.

حماد، نزیه. (۲۰۰۱). *قضایا فقهیة معاصرة فی المال و الاقتصاد*. دمشق: دارالشامیة.

حمیری، نشوان بن سعید. (۱۴۲۰). *شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم*. بیروت: دارالفکر المعاصر.
خسروی فارسانی، علیرضا. (۱۳۸۷). تصرف عدوانی در دعوای حقوقی و کیفری. *نشریه مأوی*.
خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۲۲). *مبانی تکملهٔ المنهاج*. قم: مؤسسهٔ احیاء آثار الامام الخوئی.
دیلمی، سلار. (۱۴۱۴). *المراسم العلویهٔ و الاحکام النبویهٔ فی الفقه الامامیهٔ*. قم: معاونت فرهنگی مجمع جهانی اهل بیت.
راغب اصفهانی، حسین بن محمد. (۱۴۱۲). *مفردات الفاظ قرآن*. بیروت–دمشق: دارالعلم–دارالشامیهٔ.
زبیدی، سید محمد مرتضی. (۱۴۱۴). *تاج العروس من جواهر القاموس*. بیروت: دارالفکر.
سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۲۴). *الخمس*. بغداد: دفتر حضرت آیت‌الله سبزواری.
شاهرودی، سید محمود. (بی‌تا). *فرهنگ فقه*. قم: موسسه انتشارات دائرهٔ المعارف فقه بر مذهب اهل بیت (ع).
شهیدی، مهدی. (۱۳۶۵). وضعیت حقوقی تصرفات شریک در مال مشاع. *فصلنامه حق*، (۶).
طباطبایی، سید علی. (۱۴۱۲). *ریاض المسائل*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
طبری، محمد بن جریر. (۱۴۰۳). *تاریخ الطبری*. بیروت: مؤسسهٔ الاعلمی للمطبوعات.
طریحی، فخرالدین. (۱۴۱۶). *مجمع البحرین*. تهران: کتاب‌فروشی مرتضوی.
طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). *المبسوط فی الفقه الامامیهٔ*. تهران: المکتبهٔ المرتضویهٔ لاحیاء آثار الجعفریهٔ.
عبدالرحمان، محمود. (بی‌تا). *معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیهٔ*. بی‌جا: بی‌نا.
فاضل مقداد، عبد الله. (۱۴۰۴). *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.
فیروزآبادی، محمد بن یعقوب. (۱۴۱۲). *القاموس المحیط*. بیروت: دار احیاء التراث العربی.
فیض کاشانی، محسن. (بی‌تا). *مفاتیح الشرائع*. قم: انتشارات کتاب‌خانه‌ی آیت‌الله مرعشی نجفی (ره).
القهوجی، عبد الله. (۱۴۲۱). *قانون العقوبات*. بیروت: منشورات الحلبی الحقوقیه.
کاشف الغطاء، محمد حسین. (۱۳۵۹). *تحریر المجلهٔ*. نجف اشرف: المکتبهٔ المرتضویهٔ.
کرکی، علی بن حسین. (۱۴۱۴). *جامع المقاصد فی شرح القواعد*. قم: مؤسسهٔ آل البیت.
کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). *الکافی*. تهران: دارالکتب الاسلامیهٔ.
کوشا، جعفر. (۱۳۹۰). *حقوق جزای اختصاصی*. تهران: انتشارات مجد.
کوفی، محمد بن اشعث. (بی‌تا). *الجعفریات (الاشعثیات)*. تهران: مکتبهٔ نینوی الحدیثهٔ.
محمودی، فیروز. (بی‌تا). جرم‌انگاری برخی از عنوان‌های حقوقی در ایران و تأثیر ملاحظه‌های سیاسی و اجتماعی بر آن. *مجله پژوهشی دانشگاه امام صادق (علیه السلام)*، (۱۷).
مصطفوی، حسن. (۱۳۶۰). *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*. تهران: بنگاه ترجمه و نشر کتاب.
المطرزی، ابو علی السید. (بی‌تا). *المغرب*. حلب: مکتبهٔ اسامهٔ بن زید.
معلوف، لوییس. (۱۳۷۶). *المنجد فی اللغهٔ*. بیروت: دارالمشرق.
مغربی، نعمان بن محمد. (۱۳۸۳). *دعائم الاسلام و ذکر الحلال والحرام و القضایا والاحکام*. قاهره: دارالمعارف.
مفید، محمد بن محمد بن نعمان. (۱۴۱۰). *المقنعهٔ*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
منصور آبادی، عباس. (۱۳۸۲). موضوع جرم درباب جرایم علیه اموال. *نشریه حقوق خصوصی*، ۱(۴).
موصلی، ابو یعلی. (بی‌تا). *مسند ابویعلی* (تحقیق سلیم اسد). دمشق: دارالمأمون للتراث.
موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم. (۱۴۱۳). *فقه الحدود و التعزیرات*. قم: مکتبه امیر المؤمنین، دارالعلم مفید.
موسوی خمینی، سید روح الله. (بی‌تا). *تحریر الوسیلهٔ*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.

موسوی خمینی، سید روح الله. (۱۴۲۱). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه‌ی تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
نائینی، محمد حسین. (۱۴۱۸). *فوائد الاصول*. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
نجفی رشتی، حبیب الله. (۱۴۰۱). *کتاب القضاء*. قم: دارالقرآن الکریم.
نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. بیروت: داراحیاء التراث العربی.
نجیب حسنی، محمود. (۱۹۸۴). *شرح قانون العقوبات اللبنانی*. بیروت: دار النهضهٔ العربیهٔ.
نجیب حسنی، محمود. (۱۹۹۸). *جرایم الاعتداء علی الاموال فی قانون العقوبات اللبنانی*. بیروت: دار النهضهٔ العربیهٔ.
نوری، میرزا حسین. (۱۴۱۷). *خاتمهٔ المستدرک*. قم: مؤسسه‌ی آل البیت (علیهم السلام).