

## اشاعه و آثار آن در حقوق ایران و فرانسه

شکراله نیکوند\*

### چکیده

بحث اشاعه و مالکیت مشاع یکی از مسائل مهم و کاربردی و غیر قابل اجتناب در حوزه حقوق خصوصی افراد جامعه است. نویسنده مقاله سعی دارد مجموعه قوانین و مقررات کاملاً پراکنده راجع به آثار مالکیت مشاع و حدود اختیارات هر یک از مالکین را جمع آوری و تدوین نموده و به ترتیبی منطقی در دسترس جامعه حقوقدانان ایران قرار دهد و در موارد سکوت، اجمال و ابهام قانون با استناد به اصول کلی پذیرفته شده در علم حقوق و با رعایت عدالت و منطقی، راهکارها و پیشنهادات مناسب ارائه دهد. به همین منظور تصرفاتی را که هر مالکی ممکن است در مال خود داشته باشد، اعم از تصرفات مادی و تصرفات حقوقی، به تفکیک در خصوص مال مشاع، مورد مطالعه و بحث قرار داده است. سوال اصلی در این تحقیق آن است که آیا هر یک از مالکین مال مشاع همانند هر مالک دیگری حق همه گونه تصرف در مال خود را دارد؟ آیا می‌تواند آنرا بفروشد، اجاره دهد یا رهن دهد؟ در این تحقیق حقوق کشور فرانسه به طور مستقیم مورد مطالعه و بررسی قرار گرفته و در خصوص مسائل فوق الذکر با حقوق ایران مقایسه شده است.

**کلید واژه‌ها:** اشاعه و مال مشاع، تصرفات مادی و حقوقی، حق شفعه، اداره

مال مشاع و انحلال اشاعه

\* دکتر شکراله نیکوند، فارغ التحصیل دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات  
دانشنامه حقوق و سیاست، سال اول، شماره ۳، تابستان ۱۳۸۴، ص ۷۵-۹۸

## مقدمه

موضوع اشاعه و مسائل پیرامون آن، از موضوعات بسیار مهم و کاربردی در جامعه ما و دیگر جوامع است. در واقع دو نکته مهم موجب کاربرد و اهمیت فراوان بحث اشاعه شده است: نکته اول، حدوث اشاعه بر اثر وقایع حقوقی نظیر فوت است. به عبارت دیگر اشاعه به طور قهری و بدون اراده افراد در اموال آنها حادث می‌شود و پس از فوت هر شخص تمام اموال او به ملکیت مشاع ورثه او در می‌آید. لذا ورثه به طور ناخواسته با مسائل اشاعه و آثار آن روبرو می‌شوند. نکته دیگر گسترش چشمگیر زندگی آپارتمان نشینی در شهرهای بزرگ است. افزایش جمعیت و کمبود زمین و مسکن مناسب در شهرهایی که رفاه نسبی دارند موجب شده است تا انسانها با ساخت ساختمانهایی چندین طبقه و برجهای بلند، زندگی را به شکل آپارتمان نشینی ادامه دهند که این امر باز هم به طور ناخواسته و قهری تمام مالکین ساختمان را با بحث قسمتهای مشترک ساختمان که به حکم قانون، مشاع هستند مواجه می‌سازد. از نگاهی دیگر اهمیت پرداختن به موضوع اشاعه به لحاظ محدودیتها و موانعی است که در خصوص نحوه تصرف و انتفاع از مال مشاع و اداره آن وجود دارد. مالکین مال مشاع نمی‌توانند آن طور که مقتضای قاعده تسلیط است (موضوع ماده ۳۰ ق.م) از مال مشاع استفاده کنند و همواره در حدود و نحوه تصرف و استفاده از مال مشاع، اختلافات حقوقی و قضایی بین مالکین وجود داشته است که موضوعاتی قابل بحث و بررسی را مطرح می‌سازد.

وجود شرکتهای تجارتي موضوع قانون تجارت نیز از اهمیت و کاربرد اشاعه نمی‌کاهد، زیرا محدوده عملکرد و کاربرد اشاعه مختلف و متفاوت از شرکتهای تجارتي است. همان طور که اشاره شد اشاعه می‌تواند به صورت قهری و بدون اراده مالکین به وجود آید. در حالی که شرکتهای تجارتي همیشه به صورت ارادی و با قرار داد به وجود می‌آیند. از طرف دیگر مال مشاع شخصیت حقوقی مستقلی ندارد و در ملکیت مالکین آن است و مالکیت شرکاء نسبت به مال مشاع به همان شکل باقی می‌ماند. در حالی که در شرکتهای تجارتي مالکیت اختصاصی هر یک از شریکان نسبت به اموال از بین می‌رود و شریکان فقط از شرکت طلبکار می‌شوند، زیرا شرکتهای تجارتي دارای شخصیت حقوقی بوده و اموال شرکت متعلق به خود شرکت و وثیقه بدهیهای شرکت است. با توجه به موارد مذکور و اهمیت موضوع و نظر به اینکه قانون مدنی ایران صریحاً به مسائل و مشکلات موجود پاسخی نداده

است و سایر قوانین و مقررات نیز ابهامات مذکور را روشن نساخته است، نویسنده را بر آن داشت تا با تحقیق بیشتر و جمع آوری مطالب پراکنده و غیر منسجم و ارائه نظریات مبتنی بر اصول کلی پذیرفته شده در حقوق ایران، مجموعه ای کاملتر و دقیقتر فراهم آورد تا پاسخگوی نیاز جامعه و برطرف کننده مسائل موجود باشد. سوال های اصلی این مقاله - همان طور که از عنوان مقاله بر می آید - این است که اشاعه در اصطلاح حقوقی و در حوزه حقوق خصوصی به چه معنی است انواع آن چیست و چه آثاری را به دنبال دارد؟ در حقوق فرانسه اشاعه چگونه تعریف شده است؟ از حیث آثار تفاوتها و شباهتهای آن با حقوق ایران کدام است؟ آیا مالکیت مشاعی حق همه گونه تصرف را آن گونه که ماده ۳۰ قانون مدنی عنوان داشته، به مالک می دهد؟ و یا اینکه اشاعه موجب محدودیتها و ممنوعیت هایی برای مالک می شود؟ تصرفات مادی و تصرفات حقوقی چیست و مالک مال مشاع چه تصرفاتی می تواند داشته باشد؟ اگر به صراحت قانون مالک مال مشاع حق فروش سهم خود را دارد، نحوه تسلیم مبیع چگونه است؟ و آیا مبیع مشاع را می توان به قبض مشتری داد؟ اجاره و رهن مال مشاع چگونه است؟ حقوق کشور فرانسه در این موارد چه مقرراتی دارد؟ آیا برای اداره مال مشاع نیاز به اذن دیگر مالکین است؟ و مواردی که موجب انحلال اشاعه می شود کدام است؟ این مقاله درسه بخش تهیه و تنظیم شده است: بخش یکم به معنی و مفهوم اشاعه و انواع آن اختصاص می یابد. در بخش دوم، آثار اشاعه بررسی می شود و در بخش سوم به اداره مال مشاع و انحلال اشاعه می پردازد.

### بخش یکم: مفهوم اشاعه و انواع آن

اشاعه در لغت به معنی پراکنده ساختن و رواج دادن است.<sup>۱</sup> معنی اصطلاحی و حقوقی آن نیز از معنی لغوی دور نیفتاده و به معنی پراکنده بودن حقوق مالکانه دو یا چند مالک در یک مال می باشد. به عبارت دیگر هر گاه دو یا چند حق مالکیت در یک مال جمع شود و هر یک از مالکیتها نیز اصالت خود را حفظ کند، در اصطلاح حقوقی به آن اشاعه می گویند. شرط تحقق اشاعه اجتماع و امتزاج حقوق مالکانه دو یا چند نفر در یک مال است. در اشاعه حقوق هر یک از مالکین در هر جزء و ذره فرضی از مال ثابت و باقی است، بدون آنکه بتوان برای هر یک از مالکین بخشی مستقل و جداگانه از مال مشاع معین نمود.<sup>۲</sup> بهترین مثال برای حالت اشاعه زمانی است که در اثر فوت

شخصی اموال او به ورثه منتقل می شود و هر یک از ورثه به اندازه سهم الارث او نسبت به ما ترک متوفی حق مالکیت دارند، ولی مالکیت هر یک از ورثه به صورت اشاعه است؛ یعنی در هر ذره از اموال متوفی شریک و مالک است، ضمن اینکه هیچ یک از مالکین بر هیچ قسمتی مالکیت مستقل و اختصاصی ندارند و حق مالکیت هر یک از شریکان در مال مشاع آمیخته با حق دیگران است. فقها و نویسندگان حقوقی، اشاعه را در بحث و عنوان شرکت توضیح داده اند. آنها شرکت را اختلاط دو یا چند مال دانسته اند، به نحوی که امکان تمییز و تشخیص آن از یکدیگر نباشد.<sup>۳</sup> شرکت را در اصل بر دو نوع تقسیم کرده اند: شرکت غیر عقدی و شرکت عقدی. شرکت غیر عقدی یا شرکت به طور مطلق ممکن است به طور قهری و بدون اراده افراد به وجود آید و یا به طور ارادی و در قالب یکی از عقود غیر از عقد شرکت، با تحقق شرکت، چه به صورت قهری و چه به صورت ارادی - هیچ یک از شرکاء به تنهایی حق تصرف در اموال مشترک را ندارد، یعنی به صرف شریک بودن نمی توانند در مال مشاع تصرفی مادی کرده و یا از آن استفاده کنند. مگر اینکه شخص از همه شرکاء اذن بگیرد. اما شرکت عقدی آن است که دو یا چند نفر به قصد ایجاد شرکت و تقسیم منافع و سود حاصله از اموال مشترک مبادرت به انعقاد عقد شرکت نمایند.<sup>۴</sup> به همین دلیل بسیاری از اساتید معتقدند فقط این نوع شرکت را که در نتیجه عقد شرکت به وجود می آید باید شرکت بنامیم و مورد سابق (شرکت غیر عقدی) را باید اشاعه بنامیم نه شرکت.<sup>۵</sup> بنابراین آنچه در این مقاله مورد بحث و مطالعه قرار می گیرد فقط شرکت غیر عقدی (اشاعه) است.

قانون مدنی ایران در بیان عقود معین و در ذیل عنوان شرکت در مواد ۵۷۱ تا ۶۰۶ به اشاعه و مقررات آن پرداخته است. به عبارت دیگر - با توجه به آنچه در تفکیک بین شرکت و اشاعه گفته شد - قانون مدنی ایران عقد شرکت را تعریف کرده است. مطابق ماده ۵۷۱: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه.» اما این تعریف و مواد بعدی حاکی از آن است که منظور قانون مدنی از شرکت، شرکت عقدی نبوده و تعریف مذکور تعریف اشاعه است. البته از شرکت عقدی نیز اشاعه به وجود می آید و یکی از نتایج عقد شرکت مدنی، اشاعه است ولی اشاعه همان عقد شرکت نیست.<sup>۶</sup> زیرا اشاعه هم می تواند از عقد به وجود آید - هر عقدی نه فقط عقد شرکت - و هم در اثر یک واقعه حقوقی مثل فوت مورث. در ماده ۵۷۲ ق. م مقرر شده: «شرکت یا

اختیاری است یا قهری.» و مطابق ماده ۵۷۴: «شرکت قهری، اجتماع حقوق مالکین است که در نتیجه امتزاج یا ارث حاصل می‌شود.» در حالی که بدیهی است شرکت به عنوان یک عقد همیشه باید ارادی و در نتیجه تراضی طرفین قرارداد باشد. این اشاعه است که می‌تواند قهری و بدون اراده به وجود آید نه عقد شرکت. عقد شرکت برای آن است که اموال به شیوه خاص و به وسیله اشخاص معین اداره شود و سود و زیان ناشی از آن بین شریکان تقسیم شود. یعنی عقد شرکت هدفدار است ولی صرف اشاعه در مالکیت هدفدار نیست.

بحث اشاعه غیر از قانون مدنی در قانون تملک آپارتمانها و قانون افراز و فروش املاک مشاع نیز به صورت پراکنده آمده است. در قانون تملک آپارتمانها، مصوب ۱۳۴۳، به قسمتهایی از آپارتمان که مالکیت در آنها مشاعی است اشاره شده است. مطابق ماده ۱۰ قانون مذکور: «هر کس آپارتمانی را خریداری می‌نماید به نسبت مساحت قسمت اختصاصی خریداری خود در زمینی که ساختمان روی آن بنا شده یا اختصاص به ساختمان دارد مشاعاً سهم می‌گردد...» همچنین در ماده ۱ قانون مذکور مقرر شده است که: «مالکیت در آپارتمانها شامل دو قسمت است: مالکیت قسمتهای اختصاصی و مالکیت قسمتهای مشترک» و مطابق ماده ۲ همان قانون: «قسمتهای مشترک مذکور در این قانون عبارت از قسمتهایی از ساختمان است که حق استفاده از آن منحصر به یک یا چند آپارتمان یا محل پیشه مخصوص نبوده و به کلیه مالکین به نسبت قسمت اختصاصی آنها تعلق می‌گیرد...» در قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ نیز هر چند موضوع املاک مشاع و نحوه افراز و فروش آنهاست، ولی اشاره ای به تعریف اشاعه و احکام آن نشده است و در واقع این امور به قانون مدنی محول شده است. اشاعه از جهات مختلف دارای انواع گوناگونی است و در یک تقسیم بندی کلی می‌توان آنها را به دو نوع تقسیم کرد: اشاعه از جهت مال مشاع و اشاعه از جهت اراده مالکین در تحقق اشاعه. در خصوص اشاعه از جهت مال مشاع باید گفت هر آنچه مالیت داشته باشد و قابل تملک باشد و یا حقوق مالی که اشخاص می‌توانند دارا شوند، می‌تواند مشاع نیز باشد.<sup>۷</sup> فقها نیز تصریح داشته‌اند که مورد اشاعه ممکن است عین باشد یا منفعت و یا حق مثل حق شفعه و خيارات.<sup>۸</sup> همان طور که نمونه بارز و شایع مالکیت، مالکیت در عین است، اشاعه در عین نیز مثال معمول و بارز اشاعه است. دو برادر اتومبیلی را به طور مشترک خریداری می‌کنند و یا پدری که مالک منزل مسکونی و

یک دستگاه اتومبیل است فوت می‌کند و اموال مذکور به ورثه او منتقل می‌شود. چنین مواردی اشاعه در عین است؛ اشاعه در زمینی که آپارتمان روی آن بنا شده و قسمتهای مشترک هر آپارتمان نیز از موارد اشاعه در عین است.<sup>۹</sup>

گاهی اشاعه در منفعت است. به موجب ماده ۴۶۶ ق.م.عقد اجاره مستاجر را مالک منفعت عین مستاجر می‌کند. حال چنانچه دو یا چند نفر با هم محلی را اجاره نمایند، منافع عین مستاجر به طور مشاع در ملکیت آن چند نفر قرار گرفته و نمونه شایع اشاعه در منافع را به وجود می‌آورد. طلب نیز می‌تواند مشاع باشد مثل موردی که طلبکار فوت می‌کند و طلب او از مدیون به ورثه طلبکار منتقل می‌شود چنین طلبی به طور مشاع به ملکیت ورثه طلبکار در می‌آید.<sup>۱۰</sup> البته در خصوص اشاعه در طلب نظر مخالف نیز وجود دارد ولی قول مشهور در فقه نیز اشاعه در طلب را پذیرفته است و مثلاً اگر دو شریک کالایی را بفروشند و بابت ثمن آن از خریدار طلبکار شوند، این طلب مشاع است و چنانچه یکی از دو شریک قسمتی از ثمن را از خریدار بگیرد، در همان قسمت شریک دیگر نیز مالک و سهام است.<sup>۱۱</sup> حقوق مالی نیز چون مال محسوب می‌شود و می‌تواند به ملکیت در آید، بنابراین می‌تواند مشاع نیز باشد. مثلاً شخصی که دارای یکی از حقوق مالی (مثل خیارات مذکور در ماده ۳۹۶ ق.م) است فوت می‌کند؛ حق مذکور به طور قهری به ورثه او منتقل می‌شود و ورثه متوفی مالک مشاعی حق مذکور می‌شوند. مطابق ماده ۴۴۵ ق.م «هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل به وارث می‌شود.» ضمناً باید توجه داشت که خیار شرط (یکی از خیارات مذکور در ماده ۳۹۶ ق.م) در صورتی به ورثه منتقل می‌شود که به قید مباشرت نباشد و الا چنانچه به قید مباشرت و مختص شخص مشروط له باشد، با فوت او چنین حقی به ورثه منتقل نمی‌شود. همچنین اگر خیار شرط برای شخصی غیر از متعاملین باشد، چنین حقی به ورثه منتقل نمی‌شود. (مواد ۴۴۶ و ۴۴۷ ق.م).

اشاعه از جهت اراده مالکین یا از جهت سبب آن به دو نوع اختیاری و قهری تقسیم می‌شود. در اشاعه ارادی یا اختیاری همان طور که ماده ۵۷۳ ق.م مقرر داشته اشاعه یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود مثل آنکه چند نفر با هم ملکی را خریداری می‌کنند و یا به وجود آمدن اشاعه در نتیجه عمل مادی و ارادی مالکین است مثل مزج اختیاری اموال متحد الجنس. همچنین هرگاه چند نفر باهم کاری انجام دهند و در برابر عمل مشترک خود مالی را به عنوان اجرت بپذیرند یا چند نفر با کار

و تلاش خود به شکل حیازت مباحات مالی بدست آورند؛ مثلاً چند ماهی صید کنند.<sup>۱۲</sup> اشاعه قهری زمانی است که اراده مالکین در به وجود آمدن آن هیچ نقشی نداشته است و همان طور که ماده ۵۷۴ ق.م مقرر داشته شرکت قهری اجتماع حقوق مالکین است که در نتیجه امتزاج (قهری و غیر ارادی) یا ارث حاصل می‌شود. بنابراین هرگاه متوفی دارای اموال و فرزندان باشد، اموال او به طور مشاع به ملکیت ورثه در می‌آید. همچنین گاهی در اثر واقعه ای مثل غصب یا سرقت، اموال چند نفر بدون اراده آنها با یکدیگر مخلوط می‌شود و اشاعه قهری را برای مالکین به وجود می‌آورد.

در حقوق فرانسه موضوع اشاعه<sup>(۱)</sup> از بحث شرکت<sup>(۲)</sup> تفکیک شده است. فرهنگ اصطلاحات حقوقی فرانسه اشاعه را این‌گونه تعریف کرده است: «اشاعه وضعیت حقوقی است که اشخاص متعددی به طور مشترک مالک مال یا اموالی هستند که تقسیم نشده است.»<sup>۱۳</sup> در قانون مدنی فرانسه بحث اشاعه را در قسمت ارث و در مواد ۸۱۵ به بعد آورده‌اند و حقوقدانان آن کشور نیز در توضیح اشاعه از مثال ارث کمک می‌گیرند: «اموال متوفی که به ورثه او منتقل می‌شود، نوعی از اشاعه را تشکیل می‌دهد.»<sup>۱۴</sup> این انتقال اموال و تشکیل اشاعه قهری است در حالی که شرکت همواره ویژگی ارادی بودن و قراردادی بودن را دارد و هیچ‌گاه به طور قهری به وجود نمی‌آید. احکام و مقررات حاکم بر شرکت و اشاعه نیز متفاوت است. مثلاً هیچ یک از شرکاء حق ندارد به طور یک‌جانبه و با اراده خود از شرکت خارج شود و از تعهداتی که شرکت قبول کرده است سربارزند. در حالی که مطابق ماده ۸۱۵ ق.م فرانسه اصولاً «هیچ شخصی را نمی‌توان ملزم نمود که در اشاعه به عنوان مالک مال مشاع باقی بماند. قسمتهای مشترک ساختمانهای چند طبقه مثل راه پله ها، حیاط، آسانسور، پشت بام و غیره همگی در ملکیت مشاعی همه مالکین آپارتمانهاست که حقوقدانان فرانسوی در بحث اشاعه به آن پرداخته‌اند.»<sup>۱۵</sup> همچنین از نظر مال مشاع، اشاعه در موارد متعددی به وجود می‌آید که معمول ترین آن اشاعه درعین است مثل آنکه خانه متوفی به طور مشاع به ورثه او می‌رسد. اشاعه در منافع، در طلب و در حقوق مثل حق انتفاع نیز در فرانسه مورد توجه بوده و به عنوان مثال گفته‌اند: «هر گاه شخصی فوت کند و مطالبات و حقوقی داشته، به ورثه او می‌رسد و چنانچه مالک منفعتی بوده، ورثه به طور

1. Indivision

2. Societe

مشاعی مالک آن منفعت می‌شوند.<sup>۱۶</sup> مطابق ماده ۱۰-۸۱۵ ق.م.فرانسه: «منافع و عواید حاصل از مال مشاع، به مال مشاع افزوده می‌شود... و هر یک از مالکین در سود و منافع حاصل از اموال مشاع سهیم بوده و در صورت ضرر یا تلف مال مشاع، هر یک از مالکین به همان نسبتی که مالکیت مشاع دارد، در ضرر شریک می‌باشد.» پس از آشنایی با معنی و مفهوم اشاعه و انواع آن، اکنون در بخش دوم به آثار اشاعه می‌پردازیم.

### بخش دوم: آثار اشاعه

به دلیل آنکه مال مشاع دو یا چند مالک دارد و هر یک از مالکین در کل مال و در هر ذره فرضی از آن مالک و سهیم هستند، این سوال مطرح می‌شود که هر یک از آنها چه حقوقی دارند؟ آیا مالک مال مشاع حقی را که ماده ۳۰ ق.م. به هر مالکی اعطا کرده، دارا می‌باشد؟ مطابق ماده ۳۰ ق.م. هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد، اما اعمال این حق توسط یکی از شرکاء در مال مشاع با حقوق دیگر مالکین منافات دارد و مطابق مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ ق.م. تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود و شریکی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است. بنابراین از جمله آثار اشاعه ایجاد محدودیت و یا ممنوعیت در تصرف مال مشاع است. مسلماً برخی از تصرفات حقوقی نظیر معامله به‌اندازه سهم شریک می‌تواند صحیح باشد. اشاعه آثار دیگری نظیر سهیم بودن در نفع و ضرر، ایجاد حق شفعه و غیره نیز دارد که برای بررسی آنها می‌توان در دو عنوان کلی، تصرفات مادی و تصرفات حقوقی، به هر یک از آثار اشاعه و حقوق و تکالیف مالکین به تناسب موضوع پرداخت.

#### بند یکم: تصرفات مادی

منظور از تصرفات مادی در مال مشاع انجام اعمالی است که موجب تسلط و استیلاء بر مال مشاع و یا استفاده از آن می‌شود؛ نظیر سکونت در خانه، تعمیر، تخریب و امثال آن. منظور از آثار در این بند آن است که آیا اشاعه به مالک اجازه تصرفات مادی می‌دهد و یا اشاعه در این قسمت موجب



محدودیت و یا به کلی ممنوعیت می‌شود؟ تصرف مادی گاهی در مقام اجرای یک عمل حقوقی صورت می‌گیرد؛ مثلاً فروشنده پس از عقد بیع باید مبیع را تسلیم کند و تسلیم مبیع به مشتری، یک تصرف مادی است. همان طور که اشاره شد به دلیل آنکه تصرفات مادی موجب تصرف و تسلط بر مال دیگر شرکاء می‌شود، هیچ یک از مالکین نمی‌تواند به تنهایی و بدون اذن دیگر شرکاء در مال مشاع تصرف مادی کند. ماده ۵۸۲ ق.م. با این عبارت که «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن، تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است.» ناظر به تصرفات مادی است و صریحاً آنرا منع می‌کند. دیوان عالی کشور نیز در حکم شماره ۳۴۷۹-۳۴۳-۱۳۴۴ تصرف احد شریکین در ملک مشاع بدون اذن شریک دیگر را تصرف عدوانی دانسته است.<sup>۱۷</sup> در خصوص تصرفات مادی و ممنوعیت آن، هیچ فرقی نمی‌کند که شریک در قسمتی از مال مشاع تصرف نماید و یا در کل مال تصرف کند، زیرا دیگر مالکین نیز در هر قسمت از مال مشاع سهیم بوده و مالک محسوب می‌شوند. بدیهی است تصرفات مادی با اذن دیگر شرکاء از هر نوعی که باشد مجاز و صحیح است. تصرفات مادی دارای مصادیق متنوع و مختلفی است. آن دسته از تصرفات مادی که به منظور اجرای عمل حقوقی باشد مثل تسلیم مبیع مشاع، در قسمت بعد و به دنبال تصرف حقوقی بیشتر توضیح داده می‌شود. برخی از تصرفات حقوقی برای اداره مال مشاع است که در انتهای مقاله به طور مستقل بررسی می‌شود. دیگر مصادیق بارز تصرفات به تفکیک بیان می‌شود.

#### الف - انتفاع از مال مشاع

انتفاع و هر گونه استفاده از مال مشاع توسط یکی یا بعضی از مالکین در صورتی که بدون اذن و یا رضایت سایر شرکاء باشد، ممنوع اعلام شده است: «هیچ یک از دو شریک حق ندارد دیوار مشترک را بالا ببرد یا روی آن بنا یا سر تیری بگذارد یا دریچه و رف باز کند یا هر نوع تصرفی نماید مگر به اذن شریک دیگر.» حتی در مواردی که اذن شریک یا شرکاء به دست آمده، باید توجه داشت که اذن قابل رجوع است و اگر صاحب دیوار به همسایه اذن دهد که بر روی دیوار سرتیری بگذارد یا روی آن بنا کند، اصولاً هر وقت بخواهد می‌تواند از اذن خود رجوع کند، مگر اینکه به وجه ملزمی این حق را از خود سلب کرده باشد. (م ۱۲۰ ق.م)

### ب- تغییر در مال مشاع

هر گونه تغییر در مال مشاع به دلیل آنکه موجب دخل و تصرف در اموال دیگر شرکاء می‌شود، بدون اذن مالکین، ممنوع است و موجب ضمان متصرف می‌شود. طبق ماده ۱۱۷ ق.م: «اگر یکی از دو شریک دیوار مشترک را خراب کند، در صورتی که خراب کردن آن لازم نبوده باشد، باید آنکه خراب کرده مجدداً آن را بنا کند.» همچنین دیوان عالی کشور مقرر داشته: «اگر ملکی مشترک باشد هیچ یک از دو شریک طبق ماده ۱۱۷ ق.م. نمی‌تواند بدون اذن شریک دیگر در دیوار تصرف نماید و بدون اذن تصرف او عدوانی خواهد بود.»<sup>۱۸</sup> در ماده ۱۱۸ ق.م نیز مصادیقی از تغییر در مال مشاع را می‌توان یافت؛ مثل بالا بردن دیوار مشترک، قرار دادن بنا یا سرتیر بر روی دیوار مشترک، باز کردن دریچه و یا رف بر دیوار مشترک که همگی بدون اذن دیگر مالکین ممنوع است. همچنین اگر یکی از مالکین بر روی دیوار مشترک با اذن دیگر شرکاء سرتیر گذاشته باشد، حق ندارد بدون رضایت دیگر شرکاء تیرها را از جای خود تغییر دهد و به قسمت دیگری از دیوار بگذارد، زیرا این کار تغییر در نحوه استفاده از مال مشترک به وسیله یکی از شرکاء است که مسلماً بدون اذن دیگر شرکاء ممنوع می‌باشد. (م ۱۱۹ ق.م) ماده ۱۵۱ ق.م موارد دیگری از تغییر در مال مشاع را که بدون اذن دیگر شرکاء ممنوع است، یادآوری می‌کند. به موجب این ماده یکی از شرکاء نمی‌تواند از مجرای مشترک، مجرای جدا کند یا دهنه نهر را وسیع کند یا تنگ کند یا روی آن پل یا آسیاب بسازد یا اطراف آن درخت بکارد یا به هر نحو تصرفی کند مگر به اذن سایر شرکاء. بنابراین در بررسی آثار اشاعه از لحاظ تصرفات مادی ممنوعیت وجود داشته و به هیچ یک از مالکین به تنهایی حق تصرف داده نشده است. هیچ شریکی حق انتفاع از مال مشاع را ندارد و یا حق سکونت در خانه مشاع را ندارد و نیز حق تغییر در مال مشاع را به هیچ شکلی ندارد، مگر اینکه از دیگر شریکان اذن گرفته و یا به گونه خاصی توافق کرده باشند. برخی دیگر از تصرفات مادی مثل تسلیم مبیع مشاع به مشتری، تسلیم عین مستاجر به مستاجر و تسلیم عین مرهون به مرتهن چون به همراه قرارداد و تصرف حقوقی مطرح هستند در بند دوم و به دنبال تصرفات حقوقی توضیح داده می‌شوند.

## بند دوم: تصرفات حقوقی

منظور از تصرفات حقوقی انجام معاملاتی از قبیل بیع، اجاره و یا رهن است. این گونه تصرفات جنبه اعتباری و حقوقی دارند و هیچ ملازمه ای با تصرف در سهم دیگران و تجاوز به حقوق آنها ندارند. به این ترتیب این سوال مطرح است که آیا تصرف حقوقی بدون اذن دیگر شرکاء صحیح و قانونی است؟ به عبارت دیگر آیا اشاعه برای هر یک از مالکین در انجام اعمال حقوقی و معاملات ایجاد محدودیت و یا ممنوعیت می‌کند؟ قبل از بحث و پاسخ به سوال ذکر شده، برای ورود دقیقتر به موضوع، ذکر این نکته ضروری است که منظور از انجام اعمال حقوقی نسبت به مال مشاع، فقط تصرف به اندازه سهم مشاع هر شریک است. بدیهی است هیچ یک از مالکین حق ندارد نسبت به کل مال مشاع معامله ای انجام دهد. انجام معامله توسط یکی از مالکین نسبت به سهم دیگر شرکاء، معامله ای فصولی و غیر نافذ است و ماده ۵۸۱ ق.م.م. مقرر داشته: «تصرفات هر یک از شرکاء در صورتی که بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فصولی بوده و تابع مقررات معاملات فصولی خواهد بود.» همچنین در خصوص جواز یا عدم جواز تصرف حقوقی توسط هر شریک، منظور تصرف حقوقی بدون اذن دیگر مالکین است و الا هر گونه عمل حقوقی و به هر اندازه هر چند بیش از سهم شریک باشد، با اذن دیگر مالکین صحیح بوده و جای تردید و سوالی نیست و در نهایت باید توجه داشت به دنبال هر تصرف حقوقی و هر قراردادی ممکن است تصرف مادی صورت گیرد. یعنی به طور مطلق نمی‌توان گفت تصرفات حقوقی هیچ ملازمه ای با تسلط بر مال دیگر شرکاء ندارد. به عنوان مثال چنانچه یکی از شرکاء سهم مشاع خود را اجاره دهد، تسلیم عین مستاجر (مال مشاع) به مستاجر، تصرفی مادی و تجاوز به حقوق دیگر مالکین است. با توجه به صراحت برخی مواد قانونی در مورد برخی قراردادها، می‌توان گفت معمولاً و اصولاً تصرف حقوقی هر شریک در مال مشاع و به اندازه سهم مشاع خود - بدون اذن سایر شرکاء - صحیح و معتبر است. زیرا صرف انجام عمل حقوقی و انعقاد قرارداد نسبت به مال مشاع به شرط آنکه فقط به اندازه سهم مشاع متصرف باشد موجب تجاوز به حقوق دیگران نبوده و قابل پذیرش است. البته در مقام اجرای هر تصرف حقوقی، مسائل و محدودیت‌هایی مطرح می‌شود که برای پاسخ به سوالات فوق باید هر یک از اعمال حقوقی را به طور جداگانه بررسی و مطالعه نمود. مصادیق بارز و شایع تصرفات حقوقی عبارتند از: بیع، اجاره و رهن.

### الف: بیع مال مشاع

بیع مال مشاع نمونه بارز تصرف حقوقی در مال مشاع و معمول ترین قراردادی است که موجب انتقال مالکیت عین می‌شود. آیا یکی از مالکین می‌تواند سهم مشاع خود را بدون اذن دیگر شرکاء بفروشد؟ در صورت فروش سهم مشاع چه قسمتی را تسلیم مشتری می‌کند و مشتری بر چه قسمتی از مال مستولی و متصرف می‌شود؟ آیا قانونگذار در این خصوص حکم صریحی دارد؟ قانونگذار در ماده ۳۵۰ ق.م.پذیرفته است که مبیع می‌تواند مشاع باشد و ماده ۵۸۳ ق.م.تصریح می‌کند: هر یک از شرکاء می‌تواند بدون رضایت شرکاء دیگر سهم خود را به طور جزئی یا کلی به شخص ثالثی منتقل کند.» در فقه امامیه نیز که مقررات قانون مدنی راجع به اشاعه و شرکت از آن اقتباس شده است، بیع مال مشاع صحیح دانسته شده است.<sup>۱۹</sup> بنابراین اصولاً بیع مال مشاع توسط یکی از مالکین و به اندازه سهم خود صحیح و قانونی است. علت جواز چنین تصرف حقوقی آن است که هر شریک مالکیتی کامل و قطعی در مال مشاع - به اندازه سهم خود - دارد و چون هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف دارد، (ماده ۳۰ ق.م) مالک سهم مشاع نیز با عقد بیع همان سهم خود را به همان شکل تصرف حقوقی کرده و به دیگری انتقال می‌دهد و منتقل الیه نیز مالک همان مقدار سهم مشاع می‌شود و به عبارت دیگر منتقل الیه مالک همان حقوقی می‌شود که مالک سابق داشته است. اما بر خلاف آنچه ماده ۳۰ ق.م.مقرر داشته است نه مالک سابق و نه منتقل الیه هیچکدام حق بهره برداری و انتفاع از مال مشاع را ندارند. مطابق بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م: «عقد بیع با بیع را به تسلیم مبیع ملزم می‌نماید.» تسلیم یعنی دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات باشد. (م ۳۶۷ ق.م.) بنابراین تسلیم موجب تسلط و تصرف مادی مشتری بر مبیع می‌شود و چون مبیع مشاع است، چنین عملی تجاوز به حقوق سایر مالکین محسوب می‌شود و ممنوع است. پس این سوال مهم مطرح است که اگر بیع مال مشاع صحیح و قانونی است، تسلیم مبیع مشاع چگونه باید صورت گیرد؟

برخی از اساتید در خصوص نحوه تسلیم مبیع این عقیده را دارند که: «در بیع مال مشاع فروشنده قدرت بر تسلیم مبیع دارد، جز اینکه در صورت امتناع شریک ناچار به رجوع به دادگاه و درخواست افراز است و این کار مدتی تسلیم را متعذر می‌کند و به تاخیر می‌اندازد.»<sup>۲۰</sup> یعنی در صورتی

که یکی از شرکاء سهم مشاع خود را بفروشد باید به دادگاه رجوع نموده و پس از افراز مال مشاع، مبیع را تسلیم مشتری کند. اما این استدلال صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا وقتی که موضوع بیع مال مشاع است، چرا مال مفروز تسلیم مشتری شود، به فرض هم که بایع بتواند تقاضای افراز کند، نباید او را ملزم به تسلیم مبیع مفروز نمود؛ زیرا بایع مال مشاع فروخته است. به عبارت دیگر با باید گفت بیع قبل از تسلیم مبیع صحیح است که در این صورت بایع (مالک سابق) دیگر مالک سهم مشاع نیست و نسبت به مال مشاع سمتی ندارد که بتواند از دادگاه تقاضای تقسیم و افراز کند. پس از عقد، مشتری مالک همان مقدار از مال مشاع است و از لحاظ شرعی و قانونی می‌تواند تقاضای افراز نماید و اگر بگوییم بیع قبل از تسلیم مبیع واقع نشده یا تمام نیست به معنی آن است که بیع مال مشاع صحیح دانسته نشده است و چنین نظری با صراحت قانون مطابقت ندارد. در بیع مال مشاع، مشتری خود مبیع مشاع را پذیرفته و با توجه به وصف اشاعه آنرا خریده و مساله قبض مبیع را خود پذیرفته و با تقاضای افراز و تقسیم مال مشاع، قادر به تسلیم و قبض مبیع می‌باشد. در این فرض خریدار نمی‌تواند بدون درخواست افراز از دادگاه مستقیماً تسلیم مبیع را درخواست کند؛ زیرا تسلیم به معنی قانونی و متعارف آن (ماده ۳۶۷ ق.م) دادن مبیع به تصرف مشتری است به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات باشد و در مال مشاع چنین تصرفاتی ممنوع بوده و خود فروشنده هم قبل از بیع حق چنین تصرفاتی نداشته است. بنابراین بیع مال مشاع صحیح بوده و تسلیم مبیع مشاع نیز راهکار حقوقی و قانونی خود را دارد. خریدار مال مشاع دارای کلیه حقوق و تعهداتی است که فروشنده داشته است؛ یعنی حق استفاده و تصرف مادی بر مال مشاع را ندارد و می‌تواند درخواست تقسیم و افراز مال مشاع را بنماید. چنانچه مشتری نسبت به مشاع بودن مبیع جاهل باشد و فروشنده نگفته باشد که مبیع مشاع است، مشتری حق دارد معامله را فسخ کند و در واقع یک نوع خیار به دلیل شرکت برای او ایجاد می‌شود (خیار عیب). همچنین هر گاه فروشنده مقداری بیش از سهم خود را بفروشد و دیگر شرکاء مقدار مازاد را تنفیذ نکنند، مشتری نسبت به مقدار صحیح نیز حق فسخ معامله را به استناد خیار تبعض صفقه دارد.<sup>۲۱</sup> بنابراین حتی در صورت جهل مشتری نسبت به اشاعه، بیع مال مشاع صحیح بوده و فقط مشتری حق فسخ دارد. یکی از آثار مهم بیع مال مشاع، به وجود آمدن حق شفعه در شرایط خاص برای شریک ملک مشاع است. مطابق ماده ۸۰۸ ق.م: «هرگاه مال غیر منقول

قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.<sup>۲۲</sup> در ماده ۱۴۰ ق.م.اخذ به شفعه در زمره اسباب تملک آمده است، ولی در واقع اخذ به شفعه یکی از اسباب استثنائی تملک است که برای رفع ضرر از شریک ملک مشاع و در شرایط خاص قانونی به وجود می‌آید.

در حقوق فرانسه نیز هر یک از شرکاء مال مشاع که به اندازه سهم خود تصرفی حقوقی مثل بیع انجام دهد کاملاً صحیح و معتبر است. حقوقدانان فرانسه به صراحت اعلام داشتند که هر یک از مالکین بدون تحصیل رضایت دیگر شرکاء، می‌تواند سهم خود را بفروشد، همان طور که هرگاه تمام مالکین مال مشاع در مورد فروش کل مال مشاع توافق و رضایت داشته باشند، بیع کل مال مشاع صحیح خواهد بود.<sup>۲۳</sup> همچنین به موجب بند نخست ماده ۸۱۵ قانون مدنی فرانسه هیچ کس را نمی‌توان ملزم و مجبور نمود که به عنوان مالک مال مشاع در اشاعه باقی بماند و هر یک از مالکین می‌تواند تقاضای تقسیم مال مشاع را بنماید. در بیع سهم مشاع در حقوق فرانسه، یک حق قانونی (شبهه حق شفعه) برای شرکای مال مشاع وجود دارد و از این طریق مالکین می‌توانند از ورود افراد بیگانه به عنوان شرکای مال مشاع جلوگیری نمایند.<sup>۲۴</sup> به موجب ماده ۱۴-۸۱۵ قانون مدنی فرانسه هر یک از شرکای مال مشاع که قصد انتقال سهم خود را داشته باشد و بخواهد با عقد معوض سهم خود را به کسی غیر از مالکین مال مشاع (بیگانه) انتقال دهد، موظف است قبل از انتقال به طور رسمی قیمت، شرایط فروش، نام، اقامتگاه و شغل شخصی را که قرار است سهم مشاع به او منتقل شود به سایر شرکاء اعلام نماید. هر یک از مالکین به مدت یک ماه از تاریخی که رسماً قصد بیع به او اعلام شده فرصت دارد از حق قانونی خود مبنی بر تقدم در خرید سهم شریک دیگر با همان قیمت و شرایط استفاده نموده و سهم شریک را خریداری نماید.

#### ب: اجاره مال مشاع

اجاره از قراردادهای بسیار معمول و مهمترین عقدی است که اثر اصلی آن انتقال مالکیت منفعت مال است. اما اگر مالی مشاع و دارای چند مالک باشد، آیا یکی از مالکین می‌تواند بدون اذن

دیگر مالکین سهم مشاع خود را اجاره دهد؟ ماده ۴۷۵ ق.م.اجاره مال مشاع را جایز دانسته ولی تسلیم عین مستاجر را موقوف به اذن دیگر مالکین نموده است. طبق نظر نویسندگان و استادان حقوق نیز «همچنان که انتقال عین مال مشاع به وسیله عقد بیع ممکن است انتقال منفعت آن به وسیله اجاره صحیح می‌باشد؛ زیرا طبق ماده ۳۰ ق.م. هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد و انتقال منفعت به طور مشاع یکی از آن تصرفات است.»<sup>۲۴</sup> یا به تعبیر دیگر تصرف حقوقی در مال مشاع از قبیل فروختن سهم مشاع یا اجاره دادن آن چون منافاتی با اجرای حقوق سایرین ندارد، مجاز است.<sup>۲۵</sup> در عمل نیز رویه قضایی و آرای دادگاهها به صحت اجاره مال مشاع و مسائل پیرامون آن حکم داده‌اند.<sup>۲۶</sup> اما باید توجه داشت که اجاره مال مشاع تفاوت‌های زیادی با بیع مال مشاع دارد. در بیع مال مشاع مشتری هیچ نیازی به تصرف مادی در مال مشاع ندارد و جانشین شریک سابق می‌شود و هر وقت که بخواهد از سهم مشاع خود استفاده نماید، می‌تواند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید. ولی در اجاره مال مشاع مستاجر فقط برای تصرف مادی و استفاده از مورد اجاره، مال مشاع را اجاره می‌کند. مالکیت مستاجر نسبت به منفعت مورد اجاره موقت و محدود است و منفعت مورد اجاره با گذشت زمان از بین می‌رود. بنابراین مستاجر به هیچ عنوان نمی‌تواند صبر کند تا هر وقت دیگر مالکین اجازه دهند یا هر وقت مورد معامله از طریق دادگاه تقسیم شد، عین مستاجر را به منظور استیفای منفعت تصرف کند. پس ضروری است که پس از عقد بلافاصله عین مستاجر تسلیم مستاجر شود، در حالی که ماده ۴۷۵ ق.م.تسلیم عین مستاجر (مشاع) را منوط و موقوف به اذن دیگر شرکاء نموده است. اذن مالکین معمولاً زمانی حاصل می‌شود که بین مالکین طبق توافق خودشان، منفعت مال مشاع تقسیم شده باشد. در تقسیم منفعت نیز اصولاً هیچ یک از مالکین را نمی‌توان الزام به تقسیم منفعت کرد و حتی از دادگاه نیز معمولاً نمی‌توان الزام دیگر مالکین را به تقسیم منفعت خواست.<sup>۲۷</sup> کاملاً بر خلاف تقسیم عین مال مشاع که مطابق ماده ۵۸۹ ق.م. هر یک از مالکین هر وقت بخواهد می‌تواند تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید، در اجاره مال مشاع هیچ یک از مالکین نمی‌تواند از دادگاه تقاضای تقسیم منفعت مال مشاع را بنماید. زیرا با تقسیم منفعت، ضرر ناشی از اشاعه رفع نمی‌شود، فقط در برخی موارد استثنایی دادگاه می‌تواند تقاضای تقسیم منافع مال مشاع را بپذیرد؛ مثل موردی که امکان تقسیم عین مال وجود نداشته باشد؛ و عین غیر قابل تقسیم

باشد و یا مواردی که اشاعه فقط در منافع مال باشد؛ یعنی دو یا چند نفر با هم مالی را اجاره نمایند و در خصوص نحوه استفاده از منافع که بین آنها مشاع است به توافق نرسند، دادگاه می‌تواند منافع را بین آنها تقسیم نماید.

در صورتی که یکی از شرکاء بدون تحصیل اذن دیگر شرکاء قسمتی از مال مشاع را اجاره دهد و آن را تسلیم مستاجر نماید، شریک و متصرف هر دو ضامن و مسئول جبران خسارت می‌باشند و شریک ناراضی می‌تواند جبران خسارت کرده و حکم دادگاه به ضمان او را بخواهد و مسلماً دادگاه این خواسته را صحیح و قانونی دانسته و طبق ماده ۵۸۲ ق.م به آن حکم می‌دهد. در حقوق فرانسه (مطابق ماده ۳-۸۱۵ ق.م.) همان طور 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 شرکاء نیز نیاز به اذن دیگر شرکاء دارد و حتی تجدید اجاره سابق را موقوف و منوط به اذن و رضایت همه مالکین نموده است. در صورتی که یکی یا تعدادی از مالکین برای اداره مال مشاع نماینده ای معرفی کرده باشند، نماینده نیز در صورتی می‌تواند اجازه دهد که مال مشاع به اجاره داده شود که صراحتاً اختیار انجام اعمال حقوقی که متضمن انتقال عین یا منفعت می‌باشد را داشته باشد.<sup>۲۸</sup> در قسمت پایانی ماده ۳-۸۱۵ ق.م فرانسه مقرر شده است: «چنانچه یکی از مالکین مال مشاع، بدون تحصیل اذن دیگر شرکاء اقدام به اداره مال مشاع نماید و دیگر مالکین از این کار با خبر بوده و اعتراضی نکنند، چنین شریکی نماینده ضمنی همه مالکین محسوب می‌شود و چنین نماینده ای می‌تواند اعمالی را که برای اداره مال مشاع لازم است انجام دهد ولی نمی‌تواند اعمال ناقله انجام دهد یا از طرف دیگر مالکین، قرار داد اجاره منعقد کند و یا اجاره سابق 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 شرکاء به تنهایی نمی‌تواند اجاره را فسخ نماید.<sup>۲۹</sup>

#### ج: رهن مال مشاع

بر اساس تعریف ماده ۷۷۱ ق.م رهن، عقدی است که به موجب آن مدیون مالی را برای وثیقه به داین می‌دهد. ولی هر گاه مالی مشاع باشد آیا یکی از مالکین می‌تواند مال مشاع را به رهن



دهد؟ قبل از پاسخ به این سوال باید توجه داشت که رهن عقدی عینی است؛ یعنی برای انعقاد، علاوه بر ایجاب و قبول، نیاز به قبض دارد (ماده ۷۷۲ ق.م.ا). همچنین مورد معامله در رهن فقط عین معین می‌تواند باشد و طبق ماده ۷۷۴ ق.م.ا رهن دین و منفعت باطل است. طبق یک قاعده کلی که قبلاً به آن اشاره شد تصرفات حقوقی در مال مشاع به لحاظ آن که هیچ انتفاع یا استفاده‌ای از مال مشاع نمی‌شود و موجب استیلاء و تجاوز به حقوق دیگر شرکاء نمی‌باشد، حتی بدون اذن شرکاء صحیح است. به همین دلیل قانون مدنی در مورد بیع به آن تصریح داشت (مواد ۳۵۰ و ۵۸۳ ق.م.ا). در مورد اجاره، ماده ۴۷۵ ق.م.ا عنوان می‌دارد اجاره مال مشاع جایز است لیکن تسلیم عین مستاجر به اذن سایر شرکاء منوط است. اما در مورد رهن مال مشاع قانون مدنی هیچ تصریح یا اشاره‌ای به آن ننموده است لذا باید توجه داشت امکان رهن مال مشاع توسط یکی از شرکاء و بدون اذن دیگران همانند بیع مال مشاع نیست، زیرا رهن عقدی عینی است و مال مرهون باید به قبض مرتهن داده شود. تسلیم مورد معامله اصولاً تصرفی مادی است که موجب استیلاء و تسلط و تصرف در مال می‌شود. تعریف قانون مدنی از تسلیم و قبض این نظر را تأیید می‌کند. مطابق ماده ۳۶۷ ق.م.ا: «تسلیم عبارت است از دادن مبیع به تصرف مشتری به نحوی که متمکن از انحاء تصرفات و انتفاعات باشد و قبض عبارتست از استیلاء مشتری بر مبیع.» اما به طور کلی نمی‌توان گفت که تسلیم همیشه تصرفی مادی است. بلکه تسلیم مورد معامله به اعتبار نوع معامله و نوع مورد معامله و استفاده متصور از آن متفاوت بوده و در نتیجه گاهی موجب تصرف در مال دیگران می‌شود و گاهی مستلزم تصرف در مال دیگران نیست. همچنین باید این نکته را یادآوری نمود که عقد رهن موجب تملیک عین یا منفعت به مرتهن نمی‌شود و حتی در صورت تسلیم مال مرهون، مرتهن حق هیچ گونه تصرف مادی و حقوقی در آن را ندارد و فقط به عنوان وثیقه و به طور امانت در دست اوست. (م ۷۸۹ ق.م.ا) تسلیم در رهن به منظور تسلط بر توقیف و امکان فروش مال و استیفای طلب است و ضرورتی ندارد که در همه موارد عین مال به طور مادی مورد تصرف و استعمال قرار گیرد. در نتیجه می‌توان گفت در بسیاری موارد سلطه مرتهن بر فروش و تثبیت حق عینی او بر مال مشاع موجب تصرف و تجاوز به حقوق دیگر شرکاء نیست. لذا همیشه برای تحقق تسلیم مورد رهن نیازی به تحصیل اذن شرکاء نیست، مثلاً اگر مالک یک دانگ از خانه‌ای، سهم مشاع خود را در رهن طلبکار بگذارد، برای تسلیم مورد رهن، نیازی به

تسلیم مادی و تصرف قسمتی از خانه نیست. زیرا به صرف تنظیم سند رسمی رهن در دفتر اسناد رسمی، آن سهم مشاع (یک دانگ) از هر گونه انتقال مصون می‌ماند و نیازی به تسلیم و تصرف مرتهن نیست، اما اگر مال مشاع منقول باشد مثل یک قطعه فرش نفیس و یکی از دو شریک بخواهد سهم خود را رهن دهد، تنها راه تسلیم سهم مشاع جهت تسلط مرتهن بر توقیف و فروش آن، تسلیم واقعی و مادی است و چنین تسلیمی مستلزم تصرف در سهم شریک دیگر بوده و بدون اذن شریک ممنوع است. در حقوق فرانسه رهن بر دو نوع مقبوض و غیر مقبوض تقسیم شده است و اگر رهن از نوع غیر مقبوض باشد<sup>(۱)</sup> و شریک راهن سهم مشاع خود را رهن دهد رهن صحیح است ولی در رهن مقبوض حتماً باید اذن دیگر شرکاء وجود داشته باشد.<sup>۳۰</sup>

### بخش سوم: اداره مال مشاع و انحلال اشاعه

در این بخش ابتدا نحوه اداره مال مشاع بررسی و سپس موارد انحلال و پایان اشاعه مطالعه و بیان می‌شود.

#### الف. اداره مال مشاع

مال مشاع همانند هر مال دیگری نیاز به رسیدگی و اداره دارد ولی به دلیل آنکه دو یا چند مالک دارد، اداره آن باید تابع ضوابط و مقرراتی باشد. مقررات راجع به اداره مال مشاع به طور پراکنده در قانون مدنی و قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۴۴ آمده است. مطابق مقررات قانون مدنی اداره مال مشاع باید با رضایت همه مالکین مال مشاع باشد. یعنی یا همه مالکین با توافق خود مستقیماً در اداره مال دخالت دارند و یا اداره مال را با توافق خود به یک یا چند نفر از شرکاء یا اشخاص دیگر می‌سپارند. (مواد ۵۷۶ و ۵۷۷ ق.م.م.). اگر مالکین اداره مال مشاع را بر عهده چند نفر به طور مطلق بگذارند، اصل این است که باید به اتفاق و اجتماع اقدام نمایند؛ ولی چنانچه قید شده باشد که هر کدام به تنهایی حق تصرف و اداره مال را دارد، می‌تواند مستقلاً اقدام نماید. اما چنانچه مال مشاع قسمتهای مشترک ساختمان باشد مشمول قانون تملک آپارتمانها و آئین نامه اجرائی آن بوده و چنانچه تعداد مالکین آپارتمان تا سه نفر باشد و بین مالکین، قراردادی راجع به نحوه اداره قسمتهای مشترک

1. Hypotheque

وجود نداشته باشد، کلیه تصمیمات مربوط به اداره ساختمان با اکثریت مالکینی است که بیش از نصف مساحت تمام قسمتهای اختصاصی را مالک می‌باشند (م ۶ ق تملک آپارتمانها). در مواردی که آپارتمان دارای مالکینی بیش از سه نفر باشد، باید مجمع عمومی مالکین برای اداره امور ساختمان تشکیل شود. مجمع عمومی مالکین از بین خود یا از خارج مدیر یا مدیرانی برای ساختمان انتخاب می‌کند تا عملاً اداره قسمتهای مشترک ساختمان توسط مدیر ساختمان صورت گیرد. (م ۸ ق تملک آپارتمانها). البته هر چند ضابطه و ملاک برای تشکیل مجمع عمومی، تعداد مالکین ساختمان عنوان شده است ولی به نظر می‌رسد منظور، تعداد واحدهای مسکونی موجود در ساختمان بوده است. اگر فقط به ظاهر مواد توجه کنیم نتیجه ای به دست می‌آید که با فلسفه وضع مقررات راجع به تملک و اداره آپارتمانها منافات دارد. اگر ضابطه و ملاک، تعداد مالکین یک ساختمان باشد، باید در یک ساختمان یک طبقه و یک واحدی که در ملکیت مشاع چهار برادر است نیز قانون تملک آپارتمانها حاکم بوده و در همانجا مجمع عمومی مالکین تشکیل شود، در حالی که واضح است در صورت اخیر مقررات قانون مدنی حاکم است نه قانون تملک آپارتمانها. مجمع عمومی مالکین به طور سالانه تشکیل می‌شود و وظیفه اصلی اش تصمیم گیری راجع به نحوه اداره قسمتهای مشاع ساختمان است.<sup>۳۱</sup> علاوه بر آن برخی دیگر از وظایف مجمع عمومی عبارتست از: انتخاب مدیر یا مدیران و رسیدگی به اعمال آنها، تصویب دریافت وجوهی توسط مدیر به عنوان تنخواه گردان، تصویب هزینه های مشترک ساختمان و تصویب بازسازی تمام مجموعه ساختمان. اداره مال مشاع در حقوق فرانسه نیز در خصوص آپارتمانها و دیگر اموال مشاع تفکیک شده است. ماده ۳-۸۱۵ ق.م فرانسه به صراحت اعلام می‌دارد: «اعمال و امور مربوط به اداره مال مشاع نیاز به اذن و رضایت همه مالکین مال مشاع دارد.» برای اداره مال مشاع شرکاء می‌توانند به یک یا چند نفر از مالکین به طور عام نمایندگی دهند. این نوع نمایندگی برای اداره مال و کارها و تصرفات معمولی است اما اگر نماینده ای بخواهد تصرفات غیر معمول و یا اعمال حقوقی ناقل عین یا نافع منفعت نسبت به مال مشاع داشته باشد، مثل تجدید اجاره، باید حتماً نمایندگی خاص داشته باشد.

هر یک از مالکین مال مشاع ملزم است نسبت به پرداخت هزینه ها و مخارج نگهداری از مال مشاع، مشارکت نماید. (بند ۲ ماده ۱۸۷۳ ق.م. فرانسه). همچنین در خصوص اجرت مدیر چنانچه

شرکاء مبلغی را برای این گونه هزینه ها از قبل اختصاص نداده باشند، هر یک از شرکاء نسبت به سهم خود ملزم به پرداخت هزینه ها برای اداره مال مشاع و نیز اجرت مدیر است.<sup>۳۲</sup> در خصوص اداره قسمتهای مشترک ساختمان و آپارتمانها نیز در حقوق فرانسه (شبه حقوق ایران) قوانین و مقررات ویژه ای وجود دارد که قانون ۱۰ ژوئیه ۱۹۶۵ از مهمترین آنهاست. ماده ۸ قانون اخیر الذکر تصریح می کند: «هر یک از مالکین ساختمان، قسمتهای اختصاصی واقع در سهم خود را در اختیار دارد و از آنها استفاده اختصاصی می نماید ولی در خصوص قسمتهای مشاع به شرطی می تواند استفاده کند که مانع استفاده دیگر مالکین ساختمان نشود و استفاده او نیز برخلاف منظور و هدف مورد نظر نباشد.» مطابق ماده ۱۰ همان قانون: مالکین آپارتمانها باید هزینه های مربوط به نگهداری و حفاظت از ساختمان و نیز هزینه های اداره قسمتهای مشاع را به نسبت مقدار مساحت قسمتهای اختصاصی خود بپردازند.

#### ب. انحلال اشاعه

همان طور که مال مفروز ممکن است به طور ارادی یا غیر ارادی به مال مشاع تبدیل شود، مال مشاع نیز گاهی به طور ارادی و گاهی غیر ارادی از بین می رود و یا مفروز می شود. یکی از مواردی که موجب انحلال اشاعه می شود و از لحاظ اراده مالک ممکن است به صورت ارادی و یا قهری صورت گیرد، تقسیم مال مشاع است. ماده ۵۸۹ ق.م به هریک از مالکین اجازه داده است تا هر وقت خواست تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید. قانونگذار در برخی موارد تقسیم را ممنوع کرده است، مثل موردی که تقسیم موجب ضرر فاحش و غیر قابل مسامحه باشد. همچنین هرگاه شرکاء به موجب قرارداد ملترزم به بقای در شرکت شده باشند، در آن مدت تقسیم ممنوع بوده و شرکاء باید پایبند به توافق خود باشند. یکی دیگر از مواردی که منجر به انحلال اشاعه می شود تلف تمام مال مشاع است که در بند ۲ ماده ۵۸۷ ق.م اشاره شده است. بدیهی است در صورتی که قسمتی از مال مشاع تلف شود، آنچه باقی می ماند مشاع بوده و در ملکیت همه مالکین سابق است و فقط چنانچه کل مال تلف شود، اشاعه نیز از بین می رود. ماده ۵۸۷ ق.م به عنوان موارد مرتفع شدن شرکت از دو مورد فوق نام برده است، استادان و نویسندگان حقوقی نیز همین دو مورد را به عنوان موارد انحلال اشاعه نام

برده‌اند، اما به نظر می‌رسد در دو مورد دیگر نیز اشاعه منحل می‌شود که عبارتند: از اخذ به شفعه و فوت شریک مورث. شرایط تحقق حق شفعه در ماده ۸۰۸ ق.م.آ.م آمده است. حال چنانچه این حق به وجود آید و صاحب آن اخذ به شفعه کند، اشاعه منحل می‌شود. زیرا در فرض مذکور فقط دو شریک مالک مال غیر منقول قابل تقسیمی هستند که یکی از آنها سهم مشاع خود را به شخص ثالثی می‌فروشد؛ با این فروش اشاعه منحل نمی‌شود. بلکه فقط مالک جدید جانشین مالک سابق می‌شود. اما اگر شریک دیگر قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند (اخذ به شفعه کند)، تمام مال به ملکیت او در می‌آید و اشاعه منحل می‌شود. گاهی مال مشاع در ملکیت دو شریک است به نحوی که یکی مورث دیگری است. مثلاً قطعه زمینی بین پدر و تنها پسرش مشاع است، چنانچه پدر فوت کند سهم او به شریک دیگر (فرزندش) می‌رسد و در نتیجه اشاعه پایان می‌یابد.

### نتیجه گیری

بحث اشاعه و مالکیت مشاعی از مهمترین مسائل موجود در حقوق خصوصی است که به دلیل حدوث قهری اشاعه و نیز گسترش زندگی آپارتمان نشینی که الزاماً با قسمتهای مشاع همراه است، از مباحث کاملاً کاربردی و غیر قابل اجتناب می‌باشد. این گونه مالکیت برای مالک محدودیتها و یا ممنوعیتهایی را به دنبال دارد و به مالک اجازه نمی‌دهد هر گونه تصرفی در مال مشاع داشته باشد. تصرفات مادی نظیر استفاده از مال مشاع و هر گونه تغییر در آن به کلی ممنوع است. زیرا این گونه تصرفات موجب تسلط و تصرف در اموال دیگر مالکین بوده و تنها با توافق همه آنها امکان پذیر است. اما تصرفات حقوقی به لحاظ آنکه تصرفات اعتباری هستند و به شرط آنکه فقط به اندازه سهم مشاع متصرف باشد، اصولاً و معمولاً جایز است، با این حال باید قائل به تفصیل شد و هر یک از تصرفات حقوقی را جداگانه بررسی نمود. بیع سهم مشاع بدون اذن دیگر مالکین کاملاً صحیح و قانونی است و مواد ۳۵۰ و ۵۸۳ ق.م. به آن تصریح کرده‌اند. در مورد اجاره سهم مشاع، اجازه دیگر مالکین برای تسلیم عین مستاجر ضروری است و در عمل بدون توافق آنها نمی‌توان اجاره داد (ماده ۴۷۵ ق.م). رهن مال مشاع نیز اگر نیازی به تسلیم مادی نداشته باشد، مثل رهن دو دانگ از خانه ای، کاملاً صحیح و معتبر است اما در خصوص اموال منقول مثل یک قطعه فرش، مالک سهم مشاع نمی‌تواند

بدون اذن دیگر مالکین آنرا رهن دهد زیرا در رهن قبض مورد معامله شرط صحت عقد است (ماده ۷۷۲ ق.م) و قبض مال نیاز به اذن دیگر مالکین دارد. اداره مال مشاع نیز نیاز به توافق همه مالکین دارد، البته در قانون تملک آپارتمانها توافق اکثریت مالکین کافی است و نیازی به جلب موافقت همه مالکین نیست. در خصوص انحلال اشاعه، قانون مدنی ایران در ماده ۵۸۷ فقط به دو مورد تقسیم و تلف شدن تمام مال مشاع اشاره کرده است، در حالی که در صورت اخذ به شفعه و فوت شریک (در مواردی که اشاعه بین دو نفر وارث و مورث است) نیز اشاعه منحل می‌شود. سایر مقررات راجع به اشاعه و حدود تصرفات هر مالک و آثار اشاعه همه به طور پراکنده و غیر منسجم در قانون مدنی و دیگر قوانین آمده است و در خصوص برخی مسائل نیز به کلی قانون ساکت است. حقوق کشور فرانسه در خصوص اشاعه شباهت بسیار زیادی با حقوق ایران دارد؛ ممنوعیت تصرفات مادی، جواز بیع مال مشاع، عدم امکان اجاره سهم مشاع و نظایر اینها همه در حقوق فرانسه نیز وجود دارد و به نظر می‌رسد در تدوین قانون و مقررات از یکدیگر الهام گرفته‌اند.

## یادداشتها:

۱. حسن امید، فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیر کبیر، جلد ۱۲، ۱۳۷۸، ص ۱۸۵.
۲. دکتر کاتوزیان، دوره عقود معین (۲)، شرکت انتشار، ج ۴، ۱۳۷۶، ص ۸؛ محمد جعفر لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، گنج دانش، جلد ۶، ۱۳۷۲.
۳. الجبعی العاملی، الروضه البهیة الدمشقیة، جلد ۴، بیروت، دار الاحیاء، ۱۴۰۳، ص ۱۹۷ و ص ۴۵؛ دکتر سید حسن امامی، حقوق ملنی، جلد ۲، ص ۱۲۹.
۴. سید محمد آل بحر العلوم، بغه النقیه، مکتبه الصادق، جلد ۱، ۱۳۶۲، ص ۹۳؛ سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، جلد ۱، ص ۶۰۲؛ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۶، ص ۲۸۶؛ دکتر سید حسن امامی، حقوق ملنی، کتابفروشی اسلامیه، جلد ۲، ۱۳۷۲، ص ۱۲۹.
۵. حسن ستوده تهرانی، حقوق تجارت، نشر دادگستر، جلد ۱، ۱۳۷۴، ص ۱۴۳.
۶. محمد جعفر لنگرودی، مجموعه محشی قانون ملنی، گنج دانش، جلد ۱، ۱۳۷۹، ص ۳۲۸.
۷. محمد جعفر لنگرودی، حقوق اموال، گنج دانش، جلد ۲، ص ۸۸.
۸. شهید ثانی، شرح لمعه، جلد ۴، ص ۱۹۸؛ شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، لبنان، مرتضی العالمیه، جلد ۹، ۱۹۹۲ م، ص ۴۲۸.
۹. ر. ک. مواد ۳ و ۴/۴ تین نامه اجرائی قانون تملک آپارتمانها.
۱۰. سیدحسین صفایی، مقالاتی در باره حقوق ملنی و حقوق تطبیقی، مقاله پنجم (تصرف در طلب مشاع)، نشر میزان، ۱۳۷۵، ص ۹۴.
۱۱. شهید ثانی، الروضه، بیروت، داراحیاء، جلد ۴، ۱۴۰۳، ص ۲۰۳؛ «و لو باع الشریکان سلعه صفقه و قبض احد هما من ثمنها شیئاً شارکه الاخر فیه علی المشهور».
۱۲. فقهای امامیه سبب اشاعه را چهار چیز دانسته‌اند: ارث، عقد، حیات مباحات و مزج؛ ر. ک. شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۱۹۷، جواهر الکلام، ج ۹، ص ۴۲۸.
13. Raymond Guillien et Jean Vincent. *lexique de rermes juridiques*. Dalloz. 2 ed.1972. p. 182.
14. Alex weill , franc ,ois Terre , philippe simler. les biens. precis Dalloz. 1985. p. 179.
15. Leon , Julliot dela Morandiere. precis de droit civil. 9 ed. Dalloz. 1974. p. 462.
16. Alex Weill et Francois , Terre. *Droit Civil. Introduction generale*. Dalloz. 1979. p. 102.
۱۷. مهدی نیک فر، قانون ملنی در آراء عالی کشور، انتشارات کیهان، جلد ۳، ۱۳۷۴، ص ۱۲۵.
۱۸. حکم شماره ۱۲۷۵-۱۳۳۱/۶/۲۹-۳ شعبه ۴؛ مهدی نیک فر، منبع سابق، ص ۳۴.
۱۹. شهید ثانی، شرح لمعه (الروضه)، ج ۴، ص ۱۹۷؛ علامه حلی (یوسف بن علی بن مطهر)، تبصره المتعلمین، ج ۱، ص ۳۱۸.
۲۰. ناصر کاتوزیان، دوره عقود معین (۱)، شرکت انتشار، ص ۲۶۴.
۲۱. محمد حسن قدیری، لاجاره، مرکز انتشارات قم، جلد ۱، ۱۳۷۷، ص ۳۵۷؛ «فان الشركه و تبعیض الصفقه موجبان للخیار».
22. George Vermelle. *Droit Civil. les Contrats Speciaux*. 1996. p. 21.
23. Malaurie philippe , Aynes Laurent. *Les contrats Speciaux*. Cajus. 2 ed. 1988.
۲۴. سید حسن امامی، ج ۲، ص ۵.
۲۵. ناصر کاتوزیان، عقود معین (۱)، ص ۳۷۰-۳۷۹.
۲۶. یوسف نوبخت، اندیشه های قضایی، انتشارات کیهان، جلد ۳، ۱۳۷۴، ص ۲۹۳.
۲۷. سید حسن امامی، ج ۲، ص ۱۵۱؛ الروضه، ج ۳، ص ۱۱۶؛ سید ابوالحسن موسوی اصفهانی، وسیله النجاه، لبنان، دارالتعارف، جلد ۱، ۱۳۹۷، ص ۴۷۱.
28. Vermelle , George. *les contrats speciaux*. 1996. Dalloz p. 73.

29. *Code civil*. Dalloz. 1996 , p. 615.

۳۰. رویه قضایی کشور فرانسه که در ذیل ۳-۸۱۵ قانون مدنی فرانسه آمده است، صراحتاً رهن مال مشاع (غیر مقبوض) را در صورتی که فقط به اندازه سهم شریک رهن باشد صحیح دانسته است..

۳۱. اسماعیلی هریسی، *حقوق مالکین آپارتمانها*، نشر دادگستر، جلد ۱، ۱۳۷۷، ص ۸۷.

32. Weill , Aiex. Terre , Francois. simler , philippe. les biens. Dalloz. 1985, p. 518.