

بررسی احکام تقسیم اموال مشترک در فقه مذاهب خمس

دکتر محمد علی صفا*

ندا مارزی**

چکیده

این پژوهشی با هدف بررسی تقسیم منافع یا مهابات در حقوق مدنی ایران انجام شده است. تقسیم منافع اموال مشترک که در فقه اسلامی «مهابات» نامیده می‌شود موضوع مهابات، منافع مشترک است و این امر مستلزم مالکیت بر اعیان نیست. مهابات، تقسیم منافع مالی مشاع است؛ بنابراین، مورد مهابات همواره منفعت است. گرچه بعضی به اشتباه، مهابات را در اعیان نیز ممکن دانسته‌اند راه حلی برای رفع ضرر ناشی از اشاعه است، امکان استیفای عادلانه از مال را فراهم آورده و موجب حفظ و جلوگیری از دیگران ایران، به موضوع تقسیم منافع نپرداخته‌اند، هدف این تحقیق آن است که ابعاد مختلف این تأسیس را بررسی نموده و برای پاره‌ای از ابهامات راه حل‌هایی ارائه کند. این پژوهش به پاسخ این سؤال خواهد پرداخت که آیا اصولاً تقسیم منفعت جایز می‌باشد و در صورت جواز با وجود امکان تقسیم عین تقسیم منفعت ممکن است؟ این نوع تقسیم ازدیدگاه حقوق مذاهب اسلامی در چه محدوده و با چه شرایطی امکان پذیر است.

کلیدواژه‌ها: مهابات مهابات، مناویه، تهایو، افزای منافع مالی مشترک، مالی مشاع

mohammadali-safa@yahoo.com

marzi.neda@yahoo.com

* عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد اسلامی جیرفت

** فرهنگی آموزش و پرورش جیرفت

تاریخ پذیرش: ۹۹/۰۳/۰۳

تاریخ دریافت: ۹۸/۱۱/۲۵



مقدمه

پژوهش حاضر با عنوان «تقسیم اموال مشترک» که برگرفته از منابع معتبر فقهی و حقوقی است، حاوی مطالب مفیدی است که در ذیل به معرفی آن می‌پردازیم:

اگر چند نفر مالکیت خویش را با هم در آمیزند و هدف از آن، رسیدن به یگانگی باشد، عقد شرکت به وجود می‌آید. اما گاهی اتحاد مالکیت‌ها به کمال نمی‌رسد و به حالت اجتماعی در می‌آید، بدون آنکه اصالت هر کدام از بین برود. در این نوع، تجمع مالکیت‌ها یا سرمایه‌ها به گونه‌ای با هم می‌آمیزند که امکان تفکیک آنها از یکدیگر میسر نمی‌گردد؛ مانند امتزاج دو روغن با یکدیگر یا مالکیت واحدی که در اثر واقعه حقوقی به اجزای آمیخته با هم تجزیه شده و به کثرت می‌رسد مانند خانه‌ای که از پدر به دو فرزند ارث می‌رسد یا مالکان به اختیار می‌پذیرند که مالکیت خصوصی و مستقل خود را به مالکیت اشتراکی تبدیل نمایند. این حالت را اشاعه گویند که متضمن مقررات خاص می‌باشد.

در حالت اشاعه که یک مرحله خاص تلقی می‌شود، مالکیت‌ها بدون آنکه اصالت خود را از دست بدهند با حق دیگران آمیخته می‌شوند، به گونه‌ای که شرکا در این حالت، مالک ذره ذره اجزای مال مشاع هستند و هیچکدام از آن دو نمی‌توانند بدون اذن شریک، تصرفی در مال مشاع نمایند. در این خصوص ماده ۵۸۱ قانون مدنی مقرر می‌نماید: «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.» همچنین ماده ۵۸۲ قانون مدنی مقرر می‌نماید: «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است». علت این امر آن است که این نوع تصرفات، تصرف در مال غیر محسوب می‌گردد و تصرف در مال غیر مستوجب ضمان است.

روابط مالی افراد جامعه دربردارنده اوصاف و مناسباتی است که علقه انسان‌ها را با اشیاء نشان می‌دهد. این وابستگی گاهی به صورت فردی و زمانی هم به نحو اشتراکی ظاهر می‌شود. اموال مشترک خواه با اسباب قهری به وجود بیاید و یا با اسباب اختیاری، عمدتاً در ذات خود قابلیت تجزیه و تقسیم را دارا می‌باشند و به همین علت اصولاً مالکان این نوع اموال در یک مقطع زمانی در صدد فک و جداسازی آن بر می‌آیند.

تقسیم اموال مشترک شامل موضوعات مختلف از جمله اعیان و منافع (حق و دین) می‌باشد. هر چند از جهت ساختار ماهوی، این عنوان در موضوعات خود از ماهیت واحدی برخوردار است، ولی از نظر امکان تحقق تقسیم و نحوه آن از تنوع خاصی بهره‌مند است. در این تحقیق با توجه به وجود خلاء قانونی در بعضی از متفرعات، با استعانت از منابع غنی فقه شیعه و نظریات فقها و علمای حقوق برای پاره‌ای از ابهامات و مسائل مبتلا به راه حل‌هایی ارائه شده است. از نظر اهمیت موضوع، همین بس که کمتر فردی است که در طول زندگی‌اش ده‌ها مرتبه با اموال مشترک مقرراتی را می‌طلبد که قوانین ما به صورت جامع و مانع به آن نپرداخته‌اند.

در این تحقیق با اتخاذ روش استدلالی و تحلیل منطقی و با استفاده از شیوه کتابخانه‌ای و اسنادی و نیز با مطالعه تطبیقی متون فقهی و مقایسه آن با دیدگاه‌های علمای حقوق و مدنظر قرار دادن مواد قانون و آراء قضایی دادگاه‌ها و نظریات اداره حقوقی به جمع‌آوری اطلاعات پرداخته و با توصیف و تجزیه و تحلیل آنها به نتیجه‌گیری ابعاد مختلف این پدیده حقوقی می‌پردازیم. از این رو روش تحقیق در این کتاب را باید روش توصیفی، تحلیلی نامید.

در طرح مطالب غالباً مباحثی که در قانون مدنی به آن اشاره شده و یا مواد قانون مدنی بر آن مبتنی می‌باشد، مورد توجه قرار گرفته است. از آنجا که نوع این تحقیق نظری- کاربردی است، در ضمن بحث، موارد سکوت قانون، کشف شده و حتی الامکان برای رفع آنها کوشیده‌ایم و پیشنهادهای اصلاحی هم بعضاً ارائه نموده‌ایم؛ تا گامی در راه تبیین نقاط مبهم و خلأهای قانونی در حقوق ایران و مرتفع نمودن آن برداریم؛ تا هم برای جامعه حقوقدانان و دانشجویان مفید باشد و هم پیشنهادهای تحقیق بتواند مورد توجه قانونگذاری‌های آتی واقع شود و هم بر اصل ۱۶۷ قانون اساسی مبنی بر استفاده از منابع غنی و ارزشمند اسلامی و فتاوی فقهای عظام جامه عمل بپوشانیم. تقسیم اموال مشترک دارای قدمتی به درازای عمر فقه شیعه است. در منابع معتبر فقهی در کتاب شرکت، عنوان «قسمت» و در کتاب «قضا» نیز با همین نام مواجه می‌شویم؛ مثلاً در شرایع الاسلام محقق حلی بحث عمده تقسیم در کتاب قضا آمده است و در تحریرالوسیله امام خمینی در کتاب شرکت این موضوع مورد بحث قرار گرفته است. در این منابع فقهی به امهات مسائل و قواعد مبتلا به پرداخته شده است. هر چند نمی‌توان ارزش علمی آثار فقهای عظام مانند شیخ طوسی در مبسوط



و میرزا محمد حسن آشتیانی در کتاب القضا و محمد حسن نجفی در کتاب ارزشمند جواهر الکلام و میرزای قمی مؤلف جامع الشتات را انکار نمود؛ ولی به لحاظ تنوع مسائل تقسیم اموال مشترک، طبعاً مطالب آنها پاسخگوی همه جزئیات مربوط به آن خصوصاً بحث تحلیلی ماهیت تقسیم و آثار آن نمی‌باشند. مضافاً بر آن، در کتب حقوقی هم بطور مبسوط و به نحوی که جامع همه بخش‌های علمی و عملی تقسیم باشد، مشاهده نمی‌شود. و عمدتاً در مقام شرح مواد قانون مدنی بوده و بعضی از قواعد و احکام کلی مورد بررسی قرار گرفته است. از لحاظ متون قانونی، در قانون مدنی مبحث دوم از فصل هشتم که ادامه بحث شرکت است، در مواد ۵۸۹ تا ۶۰۶ طی ۱۸ ماده، پاره‌ای از قواعد و احکام تقسیم تبیین شده و قانون امور حسبی هم فصل هشتم خود را از ماده ۳۰۰ تا ۳۲۶ به بیان تشریفات شکلی و نحوه طرح تقسیم اموال مشترک در دادگاه‌ها و در خارج از آن اختصاص داده است. در بعضی از قوانین پراکنده دیگر هم مانند قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ موضوع تقسیم به نوعی دیگر و از جهت کاربردی مدنظر قانونگذار قرار گرفته است.

بحث اصلی و تحلیل

شیوه‌های مشترک تقسیم اموال در فقه مذاهب خمس

این مبحث شامل دو گفتار می‌باشد. در گفتار اول از شیوه‌های تقسیم اموال در حقوق مدنی، تقسیم به تراضی و همچنین ماهیت این نوع تقسیم و چگونگی و امکان فسخ یا اقاله تقسیم به تراضی توسط هر یک از طرفین و عیوب رضا و تأثیر آن بر تقسیم به تراضی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد. در گفتار دوم از شیوه‌های تقسیم اموال در حقوق مدنی، تقسیم به اجبار حاکم و همچنین اموال قابل افراز بدون نیاز به رد و اجبار حاکم به تقسیم و نیز موانعی که مانع اجبار به تقسیم از سوی حاکم می‌شود مانند از مالیت افتادن تمام یا قسمتی از مال تقسیم شده و یا متضمن ضرر بودن تقسیم به اجبار حاکم مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

تقسیم به تراضی

اگر همه شرکاء با تراضی یکدیگر برای اجرای تقسیم بدون توسل به دادگاه توافق کنند، آن تقسیم، تقسیم به تراضی است. تقسیم به تراضی عقدی است، مثل سایر عقود که شرکاء اطراف این تقسیم هستند و مال الشریکه موضوع تقسیم است و از این لحاظ بر این تقسیم احکام عقود جاری می‌شود. پس نیاز دارد به تراضی شرکاء، اهلیت آن‌ها و فقدان اراده معیوب و استیفاء موضوع وجود سبب مشروع.

تقسیم به تراضی، عقدی است که به موجب آن شرکاء با تعیین نحوه قسمت، بدون الزام دادگاه توافق بر تقسیم مال مشاع به نحو کلی یا جزئی می‌نمایند. مطابق صدر ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی در تقسیم به تراضی باید همه شرکا نسبت به تقسیم اعلام رضایت نمایند و موافق باشند؛ به عبارت دیگر، تا زمانی که شرکاء راضی به تقسیم نشوند، حتی با حکم حاکم هم در تقسیم مربوط به تعدیل به رد، یا تقسیم مشتمل بر ضرر شریک دیگر و یا از مالیت افتادن و ضایع شدن مال مشترک، تقسیم ممکن نخواهد بود.

دیگر عناصر تقسیم به تراضی از عنوان کلی تقسیم برخوردار است؛ یعنی وجود مال مشترک، حالت اشاعه، ازاله اشاعه و تشخیص حق هر یک در مال مزبور و با این وصف می‌توان تقسیم به تراضی را به این صورت تعریف نمود: اگر تراضی بعضی از شرکا موجود باشد، بر اساس ماده ۳۰۹، ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون امور حسبی، تقسیم به تراضی با تنظیم صورت جلسه‌ای در دادگاه به عمل می‌آید (تقسیم به تراضی از طریق دادگاه) با این شرط که به شرکا غایب اخطار می‌شود چنانچه ظرف مدت معینی نسبت به قرارداد و تراضی به عمل آمده نظر خود را اعلام ننمایند، سکوت او را در حکم رضا تلقی نموده و پس از احراز درستی ارزیابی اموال و صحت تعدیل سهام (در صورت روشن نبودن آن) مفاد این صورت جلسه مبنای تقسیم قرار می‌گیرد.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که، آیا تقسیم به تراضی در مورد املاک باید ضمن سند رسمی انجام شود یا خیر؟ (مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷، ۴۸ قانون ثبت) پاسخ علمای حقوق در این باره یکسان نیست؛ زیرا، برخی به اعتبار نفی مبادله حق مشاع با مفروز در تقسیم به تراضی سند عادی را نیز برای آن می‌پذیرند و بعضی دیگر له این علت که تقسیم تنها تمیز حق نبوده بلکه به تراضی،



مبادله حق مشاع با مفروز انجام می‌شود و نوعی معامله درباره مال مشاع است نظر داده‌اند که به اعتبار معامله بودن تقسیم، باید تقسیم به تراضی املاک ضمن سند رسمی انجام پذیرفته و در دفاتر اسناد رسمی ثبت شده و تبعاً حق الثبت معاملات هم شامل آن بشود. در خصوص ماهیت حقوقی عمل تقسیم نظرات مختلفی ابراز شده است که در ذیل به دو مورد اشاره می‌شود.

الف- تقسیم، بیع است یا معاوضه؟ برای تبدیل مال مشاع به مال مفروز، هر یک از شرکا باید از سهم مشاعی که در حصه متعلق به شریک او قرار دارد صرف نظر کند تا بتواند مالک حصه اختصاصی خود گردد و این فعل و انفعال بدون تحقق یک مبادله علمی نیست. برای مثال اگر یک تن گندم بطور مشاع متعلق به دو نفر باشد و بخواهند این گندم را از طریق افزایش تقسیم کنند هر یک، مالک پانصد کیلو از این گندم‌ها خواهد شد. ولی با توجه به آنکه هر ذره‌ای از ذرات مال مشاع متعلق به کلیه شرکا است، در این صورت وقتی یکی از شرکا میزان ۵۰۰ کیلو گندم را بر می‌دارد در واقع فقط ۲۵۰ کیلو از آن متعلق به خود اوست و همین وضعیت در مورد طرف مقابل نیز وجود دارد. بنا بر این برای اینکه هر یک، مالک مستقل ۵۰۰ کیلو گندم شود باید از ذرات فرضی خود در گندم‌هایی که در طرف مقابل قرار گرفته صرف نظر کند و این انصراف در صورتی واقع می‌شود که شریک دیگر نیز متقابلاً از ذرات فرضی متعلق به خود اعراض کند، در نتیجه نوعی مبادله در ماهیت امر بین شرکا واقع می‌گردد. این نظر بیشتر در مورد اموال قیمی که در آنها تعدیل سهام مطرح می‌شود و کلیه قسمت‌های مال مشاع به هر یک از شرکا داده نمی‌شود تاکید شده است.

ب- تمیز حق: نظر دیگر این است که ماهیت حقوقی تقسیم را باید صرفاً تمیز حق دانست منظور این است که مال شرکا قبل از تقسیم بطور مشاع است و نمی‌توان سهم اختصاصی آنان را تشخیص داد ولی، بر اثر تقسیم، حصه شرکا از یکدیگر متمایز می‌گردد و هیچ گونه مبادله و یا معاوضه‌ای بین طرفین صورت نمی‌گیرد. این نظر در فقه امامیه پذیرفته شده و مورد قبول عده‌ای از فقهای عامه قرار گرفته است. در توجیه این نظر می‌گویند، تقسیم از جهت اسم و احکام آن از عقد بیع متمایز است زیرا بر خلاف عقد بیع، احتیاج به الفاظی که حاکی از تملیک مال خود به دیگری باشد ندارد. اخذ به شفعه در تقسیم مورد پیدا نمی‌کند. در تقسیم اجبار وجود دارد در حالی که در عقود



امکان اجبار نیست. تساوی در حصه شرکا در تقسیم باید ملحوظ گردد ولی در بیع چنین امری لازم نیست. با عنایت به تعریفی که از تقسیم ارائه نمودیم و بر اساس آن تقسیم را تمیز حق دانستیم و معاوضه حاصله از تقسیم را معاوضه شرعی تلقی نموده‌ایم؛ نه معاملی و تغییر نحوه سلطه مالکانه را هم اثر تمیز حق دانسته‌ایم و هر چند تقسیم به تراضی عقد هست، لکن معامله به مفهوم مبادله و تملیک و تملک دو مال نمی‌باشد؛ فلذا نیاز به این ندارد که تقسیم ضمن سند رسمی انجام پذیرد و در دفتر اسناد رسمی به ثبت برسد؛ همانگونه که رویه محاکم هم عملاً بر این نظر استوار است و تقسیم نامه‌های عادی را پذیرفته و آن را مبنای ثبوت مالکیت مفروضی صاحبان سهام می‌دانند. با توجه به اینکه تقسیم به تراضی در افراز و تعدیل و رد و فروش مال مشترک غیر قابل تقسیم ثمن وجود دارد، در این نوع تقسیم موانعی هم موجود می‌باشد، که مواردی از آن در ماده ۵۹۱ و ۵۹۵ قانون مدنی و ۳۱۳ قانون امور حسبی احصاء شده است.

برای تقسیم به تراضی، علمای حقوق انواعی قایل شده اند که به عنوان نمونه تقسیمی را که بعد از تعدیل سهام به عمل می‌آید و در آن به جای قرعه، شرکاء تراضی در انتخاب حصه می‌کنند و تقسیمی را که بدون تعدیل سهام، صرفاً از روی تراضی آن هم عقد صلح که عقدی لازم است به عمل می‌آورند، می‌توان نام برد.^۱ تراضی بر تقسیم، مثل اثر استقراع الزام آور است و شرکا با رضایت بر تقسیم و نتیجه آن موجبات الزام آور شدن تقسیم حاصله را فراهم می‌نمایند.

معمولاً تقسیم به تراضی توسط شرکاء و با کمک اهل خبره انجام می‌شود؛ ولی بدون کمک اهل خبره و فقط با تشخیص خودشان هم عمل تقسیم متراضیاً انجام می‌گیرد و یا اینکه در دادگاه و با کمک کارشناس رسمی و با ارائه طرح تقسیم توسط خودشان به منظور تنفیذ صحت آن توسط دادگاه انجام می‌شود.^۲

ماهیت تقسیم به تراضی

^۱ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایره المعارف مدنی و تجارت، جلد یکم، ص ۱۰۴۷

^۲ سرخی، علی، تقسیم اموال مشترک، ص ۸۹



یکی از علمای حقوق هم معتقد است «از نظر تحلیل حقوقی، تقسیم تمیز حق ساده نیست و مبنی بر معاوضه می‌باشد؛ زیرا، هریک از شرکاء اجراء فرضیه مشاع خود را که در حصه شریک دیگر قرار دارد، در مقابل اجزاء فرضیه مشاعی که شریک مزبورتر حصه مفروز او دارد، تملیک می‌نماید؛ بنابراین تقسیم در حقیقت معامله خاصی است که عمل تقسیم کاشف از قصد انشاء می‌باشد»^۱.

«فقها چون مفهوم عقد را از عرف گرفته‌اند و در عقود مالی قدر مسلم در نظر عرف این است که هر یک از دو طرف مالی را قبلاً نداشته، بستاند و مالی بدهد و در تقسیم مال مشاع این وضع وجود نداشته، به همین جهت در صدق مفهوم عقد و معامله به معنی احض (یعنی عقد معوض) بر آن تامل دارند؛ ولی با وضع ماده ۱۸۳ قانون مدنی این اشکال برطرف شده و معامله بر افراز صادق است و مشمول ماده ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت بوده و حق الثبت معامله از آن گرفته می‌شود»^۲.

تقسیم به تراضی که در زبان عرب به آن قسمه الاتفاقیه گویند، موضوع ماده ۵۹۱ قانون مدنی می‌باشد. اما در قانون تعریف صریح و واضحی از آن نشده است. به نظر یکی از حقوقدانان، تراضی شرکا برای تقسیم مال الشرکه آن را در زمره عقود می‌آورد؛ زیرا، بین عقد و تراضی در مرحله تحقق در خارج فرقی نیست؛ چون، آنجا که تراضی هست، عقد هم هست؛ و آنجا که عقد هست، تراضی هم هست»^۳.

تقسیم به تراضی، عقدی است مثل سایر عقود که شرکا اطراف آن عقد هستند و مال مشترک موضوع عقد است و هدف آن رفع اشاعه می‌باشد. شرایط عمومی و قواعد کلی و اساسی صحت عقود موضوع ماده ۱۹۰ قانون مدنی بر این پدیده حقوقی هم تسری دارد. به نظر ایشان نام این تراضی عقد صلح است.

حالت اشاعه متضمن یک نوع عدم تکامل و ضرر است و به همین علت قانونگذار برای رهایی مالکین از این حالت ضرر، مقررات تقسیم را پیش بینی نموده که شرکا بر اساس آن می‌توانند در

^۱ امامی، حسن، حقوق مدنی، همان ماخذ، ج ۲، ص ۱۴۰.

^۲ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، همان ماخذ، واژه ۱۳۸۷.

^۳ جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف مدنی و تجارت، همان ماخذ، ص ۷۹۲.



هر زمان درخواست تقسیم مال مشترک را بنمایند. اصطلاح لغوی تقسیم مصدر باب تفعیل از ریشه قسم می باشد که به معنی جداسازی است.^۱ اصولاً تقسیم در عرف به هر گونه عملی که باعث جدایی موضوعات از یکدیگر شود، اطلاق می گردد؛ اما در اصطلاح حقوقی تعاریف دیگری از تقسیم ارائه شده است که به آن اشاره خواهیم نمود. در ترمینولوژی حقوق ذیل شماره ۱۳۸۷، تقسیم چنین تعریف شده است: «تفکیک حصه هر یک از شرکای ملک مشاع معین از طریق تراضی شرکا (ماده ۵۹۱ قانون مدنی) یا از طریق حکم دادگاه در صورتی که بین همه شرکا تراضی واقع نشود. (تقسیم اجباری)» تعریف فوق همان گونه که در ذیل آن نیز آمده، در معنای بیان شده در خصوص افراز هم استعمال می گردد، لیکن تعریف مذکور شامل تفکیک نخواهد بود. زیرا ممکن است در تفکیک اصلاً شریکی وجود نداشته باشد و یک نفر که مالک منحصر مالی است، درخواست تفکیک مال خود را داشته باشد.

علاوه بر تعریف مذکور، تعاریف دیگری نیز از سوی حقوق دانان مطرح گردیده است. به عنوان مثال استقلال بخشیدن به مالکیت مشترک از طریق اعطای هر بخش از مال مشترک به یکی از شرکا نیز تعریف دیگری است که از تقسیم ارائه شده است. تعاریف ارائه شده همگی با مفاهیم عرفی تقسیم مطابقت داشته، لیکن تفاوت های موجود در تعاریف به دیدگاه های ارائه کننده آن از ماهیت و مبنای تقسیم باز می گردد.

با تقسیم مال مشاع حصه هر یک از شرکا در ملکیت اختصاصی او قرار گرفته و مال از حالت اشاعه خارج می گردد. در خصوص اینکه ماهیت تقسیم چیست، مباحث مختلفی در بین حقوق دانان مطرح شده و نظریات مختلفی ابراز گردیده است که بر اساس آن، ماهیت تقسیم تبیین شده و تعریف خاصی از آن به دست آمده و همچنین احکام خاصی بر آن بار گردیده است. عده ای تقسیم را عقد دانسته و بر این مبنای قواعد عقود خاصی بر آن مترتب کرده اند. عده دیگری تقسیم را نوعی تمیز حق دانسته و متضمن هیچ گونه اراده ای نمی دانند. لذا، احکام دیگری بر آن قائل شده اند.

^۱ دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، همان ماخذ، ص ۶۸۷۸



امکان فسخ تقسیم با تراضی توسط یکی از طرفین

عمل تقسیم یک عمل حقوقی لازم است و پس از انجام قابل رجوع نمی‌باشد. ماده ۵۹۹ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد: «تقسیم بعد از آنکه صحیحاً واقع شد لازم است و هیچ یک از شرکا نمی‌تواند بدون رضای دیگران از آن رجوع کند».

ایجاد حق فسخ برای یک یا چند شریک از دیگر نتایج تقسیم است و پس از تقسیم مال مشاع در صورتی که در حصه یکی از شرکا عیبی حادث گردد که در زمان تقسیم به آن آگاه نبوده یا چنانچه در تقسیم اشتباهی رخ دهد، هر یک از شرکا می‌تواند، فسخ تقسیم را بخواهد. ماده ۶۰۰ قانون مدنی چنین می‌گوید: «هر گاه در حصه یک یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم به آن نبوده شریک یا شرکاء مزبور حق دارند تقسیم را بهم بزنند» علت امر این است که در انجام تقسیم، رعایت اصل مساوات و عدالت شرط است. فلذا هر اقدامی که به ماهیت این مساوات و برابری خللی وارد نماید موجب بروز حق فسخ برای شریک متضرر می‌گردد. در توضیح المسائل (وحید) مواردی مبنی بر اینکه متعاملین می‌توانند معامله را به هم بزنند ذکر شده که در ذیل به پارهای از این موارد اشاره می‌شود.

آن که طرف معامله در بیع یا غیر آن مغبون شده باشد، و این خیار را «خیار غبن» گویند. و یا آن که در معامله قرارداد کنند که تا مدت معینی هر دو یا یکی از آنان بتوانند معامله را به هم بزنند، و آن را «خیار شرط» گویند. مورد دیگر آن که طرف معامله مال خود را بهتر از آنچه هست نشان دهد و طوری کند که قیمت مال در نظر مردم زیاد شود، و آن را «خیار تدلیس» گویند. و همچنین آن که یکی از دو طرف معامله با دیگری شرط کند که کاری را انجام دهد و به آن شرط عمل نشود، یا شرط کند مالی را که در خارج است و نه در ذمه، دارای خصوصیتی باشد و آن مال دارای آن خصوصیت نباشد، که در این دو صورت شرط کننده می‌تواند معامله را به هم بزند، و آن را «خیار تخلف شرط» گویند. و آن که در جنس یا عوض آن عیبی باشد و آن را «خیار عیب» گویند.



و اگر معلوم شود مقداری از جنسی را که معامله نموده‌اند مال دیگری است که اگر صاحب آن به معامله راضی نشود، طرف دیگر می‌تواند معامله را به هم بزند، یا عوض آن مقدار را چنانچه پرداخته باشد پس بگیرد، و این دو صورت دارد:

۱- آن که آن مقدار کسر مشاع باشد، و این صورت مورد «خيار شرکت» است.

۲- آن که آن مقدار مفروز (جدا) باشد، و این صورت مورد «خيار تبعض صفة» است.

مورد دیگر آن که اگر صاحب مال خصوصیات مالی را که در خارج است نه در ذمه و طرف ندیده به او بگوید، و بعد معلوم شود طوری که گفته نبوده است، که در این صورت طرف می‌تواند معامله را به هم بزند، و آن را «خيار رؤیت» گویند.^۱

در هر معامله‌ای در حقیقت دو انشاء صورت می‌گیرد: یکی مدلول مطابقی معامله که با آن تملیک مال به دیگری انشاء می‌شود و دیگری مدلول التزامی معامله که با آن، تملیک التزام به معامله، به طرف مقابل انشاء می‌شود؛ چنان که مال به او تملیک می‌گردد. علت آن، این است که هر یک از فروشنده و خریدار قبل از انجام دادن معامله اختیاردار دو چیز است: یکی عوض (کالا یا بهای آن) و دیگری التزام به معامله (و برهم زدن آن)؛ لیکن پس از معامله هر یک از آنان، مالکیت خود نسبت به آن دو را به دیگری منتقل می‌کند و در نتیجه هر یک مالک التزام دیگری می‌شود؛ چنان که مالک مال او می‌گردد. از این رو، هیچ یک به تنهایی نمی‌تواند معامله را برهم بزند. البته با تراضی و توافق می‌توانند آن را برهم زنند (اقاله). فقها از این نوع لزوم به لزوم حقی تعبير کرده‌اند.^۲

در مسئله ۱۷ تحریرالوسیله چنین آمده است: «تقسیم در اعیان بعد از انجام شدن و قرعه کشیدن، لازم می‌باشد، و برای هیچ یک از شرکا حق باطل کردن و فسخ آن نیست، بلکه ظاهر آن است که با رضایت همدیگر هم، حق فسخ و ابطال آن را ندارند؛ زیرا ظاهراً اقاله در آن مشروعیت ندارد، و اما (تقسیم نمودن) با غیر قرعه لازم بودن آن، محل اشکال است.»^۳

^۱ وحید خراسانی، حسین، توضیح المسائل، در یک جلد، صص ۴۲۱ و ۴۲۲

^۲ هاشمی شاهرودی، محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۳، صص ۱۳۳ و ۱۳۴

^۳ خمینی، روح اله موسوی، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۶۰۱ مساله ۱۷



اقاله تقسیم با تراضی از سوی طرفین

اقاله در لغت عربی به معنی خلاص نمودن کسی است از چیزی که دچار آن می‌باشد، و در اصطلاح حقوقی اقاله، تفاسخ و برهم زدن عقد بتراضی طرفین معامله می‌باشد. همچنانکه دو نفر می‌توانند طبق ماده «۱۰» قانون مدنی از آزادی اراده در امور مالی خود استفاده نمایند و قرارداد منعقد و در مقابل یکدیگر تعهد کنند یا یکی مالی را بدیگری انتقال دهد، همین‌گونه طبق ماده «۲۸۳» قانون مدنی پس از معامله طرفین می‌توانند از آزادی اراده در امور مالی خود استفاده نموده عقدی را که قبلاً منعقد نموده‌اند بتراضی اقاله و تفاسخ نمایند. بنابراین اقاله در تمامی عقود لازمه ممکن است یافت شود مگر نکاح که از امور غیر مالی است و وقف که جنبه اجتماعی دارد.

اقاله چنانکه از ماده «۲۸۳» معلوم می‌شود، عقد جدید نیست، بلکه عقدی را که طرفین سابقاً منعقد کرده‌اند قطع، و از ادامه آثار آن جلوگیری مینماید. بعضی از فقهای اسلام بر آنند که در ضمن اقاله نمی‌توان شرط نمود که یکی از طرفین علاوه بر مورد عقد چیزی اضافه به دیگری بدهد و یا از آن چیزی کسر کند، زیرا شرط مزبور بر خلاف مقتضای اقاله است، و بدین جهت اقاله و شرط باطل می‌باشند. بنظر میرسد که شرط مزبور بر خلاف مقتضای اقاله نیست، زیرا مقتضای اقاله برهم زدن عقد است و هیچ‌گونه تضادی که ملاک بطلان در شرط خلاف مقتضاء است با شرط دادن اضافه، حاصل نمی‌شود، مضافاً بر آنکه عرف و منطق اجتماعی آن را پذیرفته و عمل نیز مینماید. چنانکه گفته شود شرط در ضمن عقد الزام‌آور است و اقاله عقد نمی‌باشد تا بتوان شرط ضمن آن نمود. گفته می‌شود از نظر تحلیلی اقاله و شرط مزبور پیکر واحدی را تشکیل می‌دهد و طبق ماده ۱۰ ق.م. نسبت بطرفین الزام‌آور می‌باشد. اقاله موجب تصرف در اموال می‌گردد لذا مانند معامله، طرفین آن باید دارای اهلیتی باشند که برای صحت معامله لازم است. اقاله محقق می‌شود، بتوافق قصد و رضای طرفین بشرط مقرون بودن بچیزی که دلالت بر قصد کند و طبق ماده «۲۸۴» قانون مدنی، اقاله مانند عقد بهر لفظ یا فعلی که صریحاً دلالت بر بهم زدن معامله کند واقع می‌گردد. بدین جهت در مواردی که برای طرفین یا یکی از آنها تلفظ ممکن نباشد اشاره که مبین قصد و رضا است کافی خواهد بود. متعاملین می‌توانند بوسیله‌ی کتابی نیز عقد سابق را اقاله نمایند، زیرا



نوشتن در ردیف تلفظ است. نظر به آزادی اراده در امور مالی، طبق ماده «۲۸۵» قانون مدنی، موضوع اقاله ممکن است تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن، خواه بطور مشاع باشد چنانکه متعاملین نصف یا ثلث معامله را اقاله نمایند، و خواه بطور مفروز باشد چنانکه مورد معامله خانه و باغ بوده و متعاملین نسبت بتمامی خانه یا نصف مفروز از آن معامله را اقاله کنند و بقیه بحال خود بماند. چنانکه از ماده «۲۸۷» قانون مدنی مستفاد می‌شود در اثر اقاله، معامله از زمانی که طرفین قصد خود را بر اقاله اعلام می‌دارند بر هم می‌خورد و نسبت بمدت ما قبل آن، آثار معامله باقی خواهد ماند، یعنی اقاله اثر قهقرائی نمی‌نماید.^۱

از ماده ۵۹۹ مستفاد می‌گردد که شرکا می‌توانند بعد از تقسیم، نسبت به اقاله آن اقدام نمایند. البته از آنجا که تقسیم عملی حقوقی و نوعی مبادله می‌باشد، عقلانی است که اقاله نسبت به آن پذیرفته شود. عده‌ای از فقهای امامیه از آنجا که تقسیم را مبادله یا عقد نمی‌دانند، اقاله را در مورد آن نمی‌پذیرند، چون عقیده ایشان در خصوص ماهیت تقسیم منبعت از عقیده تمیز حق می‌باشد، اقاله را در مورد آن جایز نمی‌دانند. البته عده‌ای دیگر از حقوق دانان اعتقاد دارند که قانونگذار در وضع ماده ۵۹۹ قانون مدنی به مفهوم مخالف آن نظر نداشته و فقط در بیان لزوم تقسیم بوده است. فلذا در خصوص اینکه پس از تقسیم اجباری توسط دادگاه آیا باز هم می‌توان آن را اقاله نمود یا خیر، تردید نموده و گفته‌اند که باید به قواعد عمومی رجوع نمود. اقاله در کلیه موارد جایز بوده و در مواردی هم که تقسیم به اجبار و توسط دادگاه صورت می‌گیرد، مبنای صدور حکم، درخواست یکی از شرکاست. بنابراین توافق در اقاله آن از سوی تمام شرکا بلامانع می‌باشد. البته این عقیده در عمل با عقیده آن دسته از حقوق دانان که اقاله را جایز نمی‌دانند، یکسان می‌باشد زیرا به عقیده ایشان می‌تواند به وسیله دست یازیدن به یکی از اسباب اشاعه، مال خود را مجدداً به صورت مشاع درآورد.^۲

^۱ امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۳۲۷ و ۳۲۸

^۲ سماواتی پور، محمدرضا، نگرشی کاربردی به قانون افراز و فروش املاک مشاع، ص ۳۶



اقاله ممکن است نسبت به کل عقد واقع شود و ممکن است نسبت به بعضی از عقد، لذا قانون مدنی در «ماده ۲۸۵» می‌گوید: «موضوع اقاله ممکن است تمام معامله واقع شود یا فقط مقداری از مورد آن.»

«اقاله تقسیم»: پس از آنکه معلوم شد که تقسیم پس از وقوع لازم است و هیچ یک از شرکا بدون رضای دیگران نمی‌تواند رجوع کند، اینک سؤال این است که پس از انجام تقسیم آیا شرکا می‌توانند با تراضی و توافق هم قسمت را بر هم زده و دو مرتبه به اشاعه بازگردانند یا نمی‌توانند؟ از مفهوم ماده ۵۹۹ استفاده می‌شود که می‌توانند؛ زیرا در منطوق ماده می‌گوید بدون رضای دیگران نمی‌تواند رجوع کند، پس اگر همه راضی باشند مانعی نخواهد داشت.

بعضی‌ها در جایی که تقسیم به تراضی انجام شده، اقاله آن را نیز جایز دانسته‌اند؛ چون همان اراده‌ای که توانست تقسیم را انجام دهد، همان اراده می‌تواند آن را بر هم زند. اما اگر تقسیم از روی اجبار و حکم دادگاه برای رفع ماده نزاع انجام شده باشد، چون در اصل قسمت رضای شرکا دخیل نبوده، قهرا در به هم زدن آن نیز مؤثر نخواهد بود.

بعضی از فقها را عقیده بر آن است که «اقاله» رأساً در تقسیم جاری نیست خواه تقسیم به تراضی باشد یا به اجبار؛ زیرا اقاله مخصوص باب معاملات است و تقسیم، معامله نیست؛ یعنی نه بیع است و نه صلح و نه هبه معوضه و نه هیچ یک از معاملات دیگر، بلکه صرفاً تمیز حق است و اگر معاوضه‌ای هم باشد معاوضه شرعی و شبه معاوضه معاملی است نه آنکه معامله باشد. بنابراین، تقسیم پس از آنکه صحیحاً واقع شده است نمی‌توان آن را اقاله کرد. البته اگر شرکا دو مرتبه میل به شرکت دارند می‌توانند شرکت جدید (و لو با همان مال) با وسیله‌ی جدید ایجاد نمایند نه آنکه همان شرکت از بین رفته را دو مرتبه زنده نمایند.^۱

عیوب رضا و تأثیر آن بر تقسیم با تراضی

تا زمانی که شرکاء راضی به تقسیم نشوند، حتی با حکم حاکم هم در تقسیم مربوط به تعدیل به رد، یا تقسیم مشتمل بر ضرر شریک دیگر و یا از مالیت افتادن و ضایع شدن مال مشترک، تقسیم

^۱ طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۳۲۹.



ممکن نخواهد بود. دیگر عناصر تقسیم به تراضی از عنوان کلی تقسیم برخوردار است؛ یعنی وجود مال مشترک، حالت اشاعه، ازاله اشاعه و تشخیص حق هر یک در مال مزبور و با این وصف می توان تقسیم به تراضی را به این صورت تعریف نمود: اگر تراضی بعضی از شرکا موجود باشد، بر اساس ماده ۳۰۹، ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون امور حسبی، تقسیم به تراضی با تنظیم صورت جلسه‌ای در دادگاه به عمل می آید (تقسیم به تراضی از طریق دادگاه) با این شرط که به شرکا غایب اخطار می شود چنانچه ظرف مدت معینی نسبت به قرارداد و تراضی به عمل آمده نظر خود را اعلام ننمایند، سکوت او را در حکم رضا تلقی نموده و پس از احراز درستی ارزیابی اموال و صحت تعدیل سهام (در صورت روشن نبودن آن) مفاد این صورت جلسه مبنای تقسیم قرار می گیرد.

سؤالی که ممکن است مطرح گردد، این است که اگر عده‌ای از شرکا موافق تقسیم باشند و عده‌ای مخالف، چه اتفاقی رخ خواهد داد؟ آیا تقسیم به اجبار صورت گرفته و شرکای مخالف مجبور می شوند یا حتماً باید همه شرکا مشاعی یا یکدیگر تراضی داشته باشند؟ مواد ۳۱۰ به بعد قانون امور حسبی در این خصوص مقرراتی را بیان می نماید مبنی بر اینکه تراضی بعضی از شرکا در صورتی که ظرف مدت معین مورد اعتراض دیگران واقع نشود، مبنای تقسیم قرار می گیرد یعنی سکوت به عنوان رضایت تلقی می شود. به موجب ماده ۳۱۰ قانون امور حسبی: «هر گاه یک یا چند نفر از اشخاص ذی نفع در تنظیم قرارداد مذکور فوق شرکت نداشته و رضایت خود را اظهار ننموده باشند دادگاه نتیجه تصمیمی را که مربوط به شخص غایب است به او اعلام می نماید با ذکر اینکه می تواند در ظرف مدت در دفتر دادگاه حاضر شده و به قرار داد مراجعه نموده و رضایت یا عدم رضایت خود را اعلام دارد.» علاوه بر مورد فوق، ماده ۳۱۱ آن قانون نیز مقرر می دارد:

«در اخطار مذکور در ماده فوق قید می گردد که هر گاه شخص غایب در مدت معینه در دفتر حاضر نگردد و یا رضایت و عدم رضایت خود را اظهار نکند، بر طبق قرار مذکور در ماده ۳۰۹ قضیه حل خواهد شد.»

نکته‌ای که مستفاد از مواد فوق قابل توضیح می باشد این است که در حقوق ایران سکوت حالت رضایت نداشته و در بسیاری از موارد خصوصاً معاملات فضولی، حضور مالک و سکوت وی ولو در مجلس عقد را موجب تنفیذ معامله ندانسته است. بنابراین، می توان گفت که تلقی سکوت



مالک به عنوان رضایت در تقسیم، حکمی خلاف اصل می‌باشد که به صورت استثنایی مورد قبول قانونگذار قرار گرفته است.

ادعای جهل به قیمت یا خصوصیات دیگر و تأثیر آن در تقسیم با تراضی

ادعای جهل به قیمت عادلانه مبیع از طرف مغبون در دادرسی بدون دلیل پذیرفته می‌شود و طرف مقابل او اگر مدعی علم او به قیمت عادلانه است، باید اثبات نماید. وجود غبن در معامله تنها برای مغبون حق فسخ ایجاد می‌کند و غابن ملزم به متابعت از نظر مغبون در فسخ و قبول است، به همین جهت است که اگر مغبون معامله را با اینکه غبنی است قبول داشته باشد، غابن نمی‌تواند به استناد غبن معامله را فسخ نماید. و همچنین اگر مغبون خواست معامله را فسخ نماید، غابن نمی‌تواند با دادن ما به التفاوت قیمت از فسخ او جلوگیری نماید مگر اینکه مغبون خود راضی به اخذ تفاوت باشد؛ چنانکه ماده ۴۲۱ ق.م، صریح در این مطلب است.^۱

غبن در لغت به معنای فریب و مکر و در اصطلاح عبارت است از فروختن مال خود به کمتر از قیمت واقعی آن و یا خریدن کالایی بیشتر از بهای واقعی اش با جهل مغبون (فروشنده یا خریدار) به واقع. مراد از کمتر یا بیشتر بودن قیمت به لحاظ شرایط مقرر در معامله است.^۲

مسئله ۲۱۵۳- اگر خریدار قیمت جنس را نداند، یا موقع معامله غفلت کند و جنس را گرانتر از قیمت معمولی آن بخرد، چنانچه به قدری گران خریده که مردم به آن اهمیت می‌دهند و مسامحه نمی‌کنند، می‌تواند معامله را به هم بزند. و نیز اگر فروشنده قیمت جنس را نداند، یا موقع معامله غفلت کند و جنس را ارزانتر از قیمت آن بفروشد، در صورتی که مردم به مقداری که ارزان فروخته اهمیت بدهند و مسامحه نکنند، می‌تواند معامله را به هم بزند.^۳ جهل به قیمت مانند اشتباه موثر بر تقسیم است و اشتباه موثر بر تقسیم مانند غبن است در حقوق مدنی جلد دوم صفحه ۱۵۴

^۱ طاهری، حبیب‌الله، حقوق مدنی، ج ۴، ص ۱۴۰

^۲ هاشمی شاهرودی، محمود، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، ج ۳، ص ۵۵۳

^۳ وحید خراسانی، حسین، توضیح المسائل، ص ۴۲۲



سید حسن امامی چنین آمده است «در صورتی که اشتباه مؤثر در تقسیم و بالاخره موجب فرق در حصص شود، مضرر می تواند آن را بر هم زند، مثلاً در صورتی که مال مشترک متعدد باشد و برای تقسیم بعضی از آنها بیش از قیمت عادلانه تقویم شود، کسی که آن بعض در حصه او قرار گرفته مضرر است، زیرا هر گاه آن بعض به قیمت عادلانه تقویم می گردید بیش از آنچه از مال مشترک در سهم او قرار گرفته حصه او می گردید و همچنین هر گاه مالی که در حصه یکی از شرکاء قرار گرفته کمتر از قیمت عادلانه تقویم شده باشد، به قیمت عادلانه تقویم می گشت کمتر از آنچه از مال مشترک در حصه او قرار گرفته نصیب او می گردید.

اشتباه در محاسبه که برای تعدیل سهام شده مانند اشتباه در تقویم می باشد و در صورت تأثیر در مقدار حصص می توان تقسیم را بر هم زد. اشتباه مؤثر در تقسیم مانند غبن است و مغبون می تواند تقسیم را فسخ بنماید. طبق ماده «۶۰۰» ق.م.: «هر گاه در حصه یک یا چند نفر از شرکاء عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم بآن نبوده، شریک یا شرکاء مزبور حق دارد تقسیم را بهم بزند». مثلاً هر گاه پس از تقسیم خانه مشترک، معلوم شود قسمتی از بنا که در حصه یکی از شرکاء قرار گرفته پوسیده و از هم متلاشی است و تقویمی که از آن قسمت به عمل آمده به تصور سلامت آن بوده و بیش از آنچه ارزش داشته تقویم شده است، و چنانچه کارشناس به خرابی آن قسمت توجه داشت، کمتر قیمت برای آن تعیین می نمود و در نتیجه این امر مقدار حصه شریک مزبور بیش از آن می شد که به او رسیده است. بر خلاف آنچه در خیار عیب در بیع بیان گردید که اگر بعد از معامله ظاهر شود مبیع معیوب بوده مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ارش یا فسخ معامله، در صورت ظاهر شدن عیب در نصیب یکی از شرکاء، مضرر فقط می تواند تقسیم را بر هم زند و نمی تواند مطالبه ارش از شرکاء دیگر بنماید، همچنانی که شرکاء دیگر نمی توانند با دادن ارش جلوگیری از بر هم زدن تقسیم کنند.»

تقسیم به اجبار حاکم

به موجب ماده ۵۹۱ قانون مدنی: «هر گاه تمام شرکا به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکاء تراضی نمایند به عمل می آید و در صورت عدم توافق بین شرکاء حاکم اجبار به تقسیم می کند؛ مشروط بر اینکه مشتمل بر ضرر نباشد؛ که در این صورت اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد.»



با توجه به ماده مزبور می‌توان گفت تقسیم در صورتی اجباری است که شرکاء در اصل تقسیم و یا در نحوه آن با یکدیگر توافق ندارند. ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی نیز مقرر می‌دارد:

«در صورتی که تمام ورثه و اشخاصی که در ترکه شرکت دارند حاضر و رشید باشند، به هر نحوی که بخواهند می‌توانند ترکه را ما بین خود تقسیم نمایند؛ لکن اگر ما بین آنها محجور یا غائب باشد، تقسیم ترکه به توسط نمایندگان آنها در دادگاه به عمل می‌آید.»

البته، اگر شرکاء نسبت به مال مثلی توافق بر تقسیم نکنند و یکی از آنها بخواهد از شرکت خارج شود، به علت اینکه امتناع از قسمت، اضرار بر غیر بدون حجتی شرعی است و به لحاظ اینکه برای فرد ولایت و استمتاع از مایملک خود وجود دارد و اگر مال مجزا باشد، از جهت کمال بهره برداری مناسب تر از زمانی است که مال مشاع و مشترک باشد؛ لذا در این قبیل موارد هم در صورت امتناع شرکاء بر تقسیم با درخواست شریک از دادگاه، حاکم شرکاء متمتع را اجبار به تقسیم می‌نماید؛ چون، علت تقسیم به اجبار قاعده لاضرر و نیز قاعده وجوب رساندن حق به صاحب آن با عدم ضرر و قاعده «الحاکم ولی الممتنع» است.^۱ و به نظر صاحب جواهر در خصوص اجبار متمتع به تقسیم در مورد فوق نه تنها مخالفی یافت نشده، بلکه مورد اتفاق امامیه است.^۲

اگر با عمل تقسیم بعضی از شرکاء ضرر کنند، لکن بعضی دیگر منتفع شوند، در صورتی که متقاضی تقسیم متضرر باشد طرف دیگر اجبار به تقسیم می‌شود (ماده ۵۹۲ قانون مدنی).^۳ زیرا، آنچه مانع از اجبار دادگاه به تقسیم ضرری می‌باشد، ضرر شریک است که به نوبه خود درخواست تقسیم کرده و تحمل ضرر را پذیرفته است و در صورتی که درخواست تقسیم از طرف غیر متضرر بشود و شریک متضرر موافقت نکنند، نمی‌توان او را اجبار به تقسیم نمود.

قاعده حاکم بر موضوع، قاعده اقدام است و چون متقاضی (متضرر) خود اقدام به ضرر خودش نموده برای غیر متضرر حرجی نیست؛ مثل اینکه خانه‌ای بین دو نفر به نسبت نیم دانگ و ۵/۵ دانگ، مشاع و مشترک باشد و مالک نیم دانگ علیرغم اینکه می‌داند با تقسیم این نیم دانگ قابلیت بهره‌برداری را ندارد، تقاضای افراز می‌کند. یکی از فقیهان در این خصوص می‌نویسد: اگر برای یکی از دو شریک یک دهم خانه‌ای باشد برای سکونت صلاحیت نداشته و با تقسیم به او

^۱ سرخی، علی، تقسیم اموال مشترک، ص ۹۰

^۲ نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۴۰، ص ۳۳۷

^۳ محقق داماد یزدی، مصطفی، قواعد فقه، ج ۳، ص ۲۳۰



ضرر می‌رسد؛ نه به شریک دیگر، پس اگر او برای غرضی تقاضای قسمت نماید، شریک او مجبور می‌شود؛ ولی اگر شریک دیگر تقسیم آن خواستار شود، او مجبور به آن نمی‌شود.^۱ همچنین در خصوص تقسیم اجباری بخشی از مال مشاع، ماده ۵۹۶ قانون مدنی چنین می‌گوید: «در موردی که اموال متعددی به صورت مشاع هستند، مثل خانه و باغ و زمین، هر گاه درخواست تقسیم در مورد یکی از اقلام مشاع صورت گیرد و دادگاه در این مورد خاص اجباری به تقسیم کند، این امر ملازمه با تقسیم سایر اقلام ندارد. بنا بر این ممکن است سایر اجزاء مال مشاع به حال خود باقی بماند.»

برخی از موارد تقسیم اجباری عبارت است از:

- ۱- تقاضای لاقفل یکی از شرکاء
- ۲- عدم رضایت همه شرکا یا بعضی از آنها بر تقسیم
- ۳- وجود غایب یا محجور در میان آنها (ماده ۳۱۳ قانون امور حسبی)
- ۴- بی ضرر بودن تقسیم و در صورت ضرری بودن، تقاضای تقسیم از سوی شخص متضرر (ماده ۵۹۲ و ۵۹۳ قانون مدنی)
- ۵- مال مشترک قیمی متساوی الاجزا یا مثلی قابل تقسیم باشد.
- ۶- مالکیت شریک متقاضی محرز باشد؛ مضافاً بر آن مال ملک طلق او هم باشد؛ یعنی عین متعلق حق غیر نباشد، به نحوی که با تقسیم حق آن غیر از بین برود.
- ۷- تقسیم متضمن رد مالی از خارج به شریک دیگر نباشد.
- ۸- مال مشترک با تقسیم مسلوب المنفعه نشود و تبدیل نیابد.
- ۹- حتماً افراز و تمیز حصه‌ها واقع شود.^۲

اموال قابل افراز بدون نیاز به رد و اجبار حاکم به تقسیم

ساده‌ترین و طبیعی‌ترین راه تقسیم مال مشترک آن است که مال مشترک به طور عادلانه بین شرکا تقسیم و توزیع شود که این تقسیم را «افراز» می‌گویند.^۳

^۱ موسوی خمینی، روح اله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۵۹۷ مسأله ۱۱

^۲ سرخی، علی، تقسیم اموال مشترک، همان ماخذ، ص ۹۱

^۳ هاشمی شاهرودی، محمود، مجله فقه اهل بیت علیهم السلام، ج ۲۶، ص ۲۵۸



بین افراز و تفکیک تفاوت است. تفکیک زمین و تقسیم آن به چند قطعه یا تفکیک یک مجموعه یا مجتمع ساختمانی به چند واحد آپارتمانی و نحوه اقدام آن در اداره ثبت سابقه طولانی داشته و به دلیل کثرت انجام و نمونه‌های متعدد عملاً جایگاه خود را به عنوان یک تکلیف در ثبت باز نموده و شیوه‌ای حاصل شده که همه به یک نتیجه منتهی و در آن مفروضات، مشاعات و مشترکات مشخص شده است و با استفاده از قانون تملک آپارتمان‌ها و آیین‌نامه اجرایی و بخشنامه‌های ثبتی و دستور العمل‌های ارشادی، مشکلات در عمل حل و مرتفع گردیده است. افراز ملک همزمان با تقسیم و تفکیک در حقوق مدنی راه یافته مقوله‌ای است که تا به حال چنان صورت کلی و شیوه اقدامی پیدا نکرده و همه راه‌ها به یک نقطه ختم شده است و آنچه به عنوان راهنما در دسترس می‌باشد، قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۲۲ آبان ۱۳۵۷ است.^۱

مطابق ماده ۳۱۳ ق.ا.ح. مصوب ۱۳۱۷ در صورتی که تمام ورثه و اشخاص که در ترکه شرکت دارند حاضر باشند به هر نحوی که بخواهند می‌توانند ترکه را ما بین خود تقسیم نمایند لیکن اگر ما بین آنها محجور یا غایب باشد تقسیم ترکه به توسط نمایندگان آنان در دادگاه به عمل می‌آید. این امر از نظر رعایت احتیاط در حفظ حق محجور می‌باشد تا تجاوز احتمالی به حق او نیز نشود. در دادگاه ممکن است نمایندگان محجورین با شرکاء دیگر توافق در تقسیم بنمایند و استقراع الزامی نیست.^۲ پس از تصویب قانون افراز و فروش املاک مشاع در سال ۱۳۵۷ این بحث مطرح گردید که چون قانون اخیرالتصویب مرجع رسیدگی به افراز را واحد ثبتی می‌داند لذا ماده ۳۱۳ ق.ا.ح. نسخ ضمنی شده است. اختلاف نظرهای ایجاد شده بین محاکم سبب طرح موضوع در هیئت عمومی دیوان عالی کشور گردید که سرانجام منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۱۳۱۵۱-۱۳۶۹/۲/۹ شد. و به اختلاف نظرها پایان داد. اداره حقوقی دادگستری نیز در نظریه شماره ۷۵/۱۲/۲۴-۷/۸۰۸۳ خود چنین نظر داده است:

^۱ قربانیان، حسین، تفاوت افراز و تفکیک در املاک مشاعی، خرداد، ۱۳۸۹

^۲ امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۳۹۲

افراز املاک مشاع که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته است در صلاحیت اداره ثبت است مگر اینکه بین مالکین محجور یا غایب باشد یا تقاضای تقسیم ماترک متوفی مطرح شود که در این صورت در صلاحیت دادگاه عمومی است.^۱

بنابراین ولی یا قیم صغیر یا امین غایب نمی تواند با شریکان دیگر تراضی کند و در دفتر اسناد رسمی یا اداره ثبت به تقسیم مال شرکت بپردازد. مرسوم این است که اگر شرکا طرحی برای تقسیم دارند به دادگاه تقدیم می شود و پس از رسیدگی و ارجاع امر به کارشناسی در جهت تعدیل سهام یا حفظ حقوق محجورین یا غایبین و رعایت غبطه آنها، دادگاه بر مبنای تراضی شرکا اموال مشاع را تقسیم می نماید و بدین ترتیب نفوذ طرح پیشنهادی را اعلام می دارد. در غیر این صورت چنانچه شرکا طرحی برای تقسیم نداشته باشند دادگاه با رسیدگی و دعوت از وی یا قیم صغیر یا امین غایب مانند سایر تقسیمات اموال مشاع، مبادرت به تقسیم می نماید. در صورتی که دو یا چند شیئی با یکدیگر ممزوج شوند بطوری که تعدد خود را حقیقه از دست ندهند ولی عرفاً شیئی واحد محسوب گردد مانند امتزاج گندم کسی با گندم دیگری و یا گردوهای کسی با گردوهای دیگری، که از نظر عدم امتیاز بین گندم هر یک با گندم دیگری و گردوی هر یک با گردوی دیگری، عرف آنها را واحد می شناسد و در اثر اختلاط آن اشیاء با یکدیگر شرکت ظاهریه حکمیه ایجاد می شود که در حکم شرکت واقع است، و شرکاء می توانند آن را افراز و تقسیم بنمایند و تمامی احکام دیگر مال مشترک در آن جاری می گردد.^۲

تقسیم به افراز در صورتیست که برای هر یک از ورثه بتوان در تقسیم از هر نوع از اموال حصه ای معین نمود، و آن عموماً در موردیست که مال مشترک مثلی باشد مانند حبوبات، گردو، بادام و امثال آنها و یا چیزی باشد متساوی الاجزاء، مانند ده هزار متر زمین که تمامی اجزاء آن دارای یک ارزش باشد. در این صورت برای تقسیم مال مشترک تقویم آن لازم نیست، و به نسبت سهام شرکاء آن مال افراز می شود. در تقسیم مزبور لزوم ندارد که مقدار سهم هر یکی از شرکاء من

^۱ سماواتی پور، محمد رضا، نگرشی کاربردی به قانون افراز و فروش املاک مشاع، همان ماخذ، ص ۵۴-۵۵

^۲ امامی، حسن، حقوق مدنی، همان ماخذ، ج ۲، ص ۱۳۱ و ۱۳۲



جميع الجهات معلوم شود مثلا هر گاه مال مشترك بين دو نفر گندم باشد، می توان بوسیله ی ظرفی که مقدار ظرفیت آن مجهول است آن گندم را بین دو شریک تقسیم نمود و همچنین قطعه زمینی که بین دو نفر مشاع است می توان بوسیله ی ریسمانی که طول آن معلوم نیست آن را بدو حصه متساوی مفروز کرد.

مادام که تقسیم مال مشترك به طریق تقسیم افزاز ممکن باشد، دادگاه نمی تواند بوسیله تقسیم به تعدیل و یا تقسیم برد آن را تقسیم نماید مگر آنکه تمامی شرکاء در این امر توافق کنند، مثلا هر گاه مال مشترك سه تن جو و دو تن گندم است و بین دو نفر مشاع می باشد بوسیله تقسیم به افزاز به هر یک از آن دو شریک یک تن و نیم جو و یک تن گندم داده می شود، زیرا شرکاء با آنکه می توانند از تمامی انواع مال مشترك، قسمتی بدست آورند، محروم نمودن آنها از بعض انواع و اختصاص دادن به بعض انواع دیگر، تجاوز به حقوق فردی است.

در تقسیم خواه به افزاز باشد یا به تعدیل و یا بالاخره برد، پس از تعدیل سهام در صورتی که تمامی شرکاء در انتخاب حصه خود تراضی نمودند به همان نحو افزاز می شود، و در صورتی که توافق نمودند استقراع به عمل خواهد آمد. این است که ماده «۵۹۸» ق.م. می گوید: «ترتیب تقسیم آن است که اگر مال مشترك مثلی باشد به نسبت سهام شرکاء افزاز می شود و اگر قیمتی باشد بر حسب قیمت تعدیل می شود و بعد از افزاز یا تعدیل در صورت عدم تراضی بین شرکاء، حصص آنها به قرعه معین می گردد». چنانکه از ماده بالا معلوم است عمل تقسیم دارای دو مرحله است: تعدیل سهام و استقراع.^۱

موصی به ممکن است مشاع باشد، چنانکه کسی سهم مشاع از دارائی خود را مانند: ثلث، ربع، خمس یا عشر برای دیگری وصیت کند. در این صورت به موجب ماده «۸۴۸» ق.م. که می گوید: «اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث، موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه

^۱ امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۲، ص ۱۴۵

مشاعاً شریک خواهد بود^۱. هر یک از موصی له و ورثه بقدر سهم خود در ترکه شریک می‌باشند و می‌توانند آن را طبق مقررات مربوط به اموال مشترک تصرف کنند و یا افزایش نمایند.^۱ در تقسیم و تفکیک ملک از وقف، و آن جائز است، بنابراین هر گاه دو دانگ مشاع خانه وقف و چهار دانگ دیگر آن ملک باشد، و متولی صلاح موقوفه را در افزایش بدانند می‌تواند تقسیم آن را بخواهد، و همچنین در صورتی که مالک چهار دانگ مشاع، افزایش سهم خود را از وقف بخواهد می‌تواند در خواست تقسیم آن را بنماید، زیرا وقف بودن قسمتی از مال بطور مشاع، نمی‌تواند موجب عدم جواز تقسیم گردد.^۲

به موجب ماده چهار قانون افزایش و فروش املاک مشاع، ملکی که به موجب تصمیم قطعی غیر قابل افزایش تشخیص شود با تقاضای هریک از شرکا به دستور دادگاه شهرستان فروخته خواهد شد ضمناً در ماده دو آئین نامه مارالذکر چنین مقرر گردیده است: در صورت صدور حکم قطعی بر غیر قابل تقسیم بودن ملک، دادگاه شهرستان بر حسب درخواست یک یا چند نفر از شرکاء دستور فروش آن را به دایره اجراء دادگاه خواهد داد در خصوص این بخش نیز با این سئوالات مواجه خواهیم شد که اولاً: جهت صدور دستور فروش پلاک غیر قابل افزایش، نیازی به تقدیم دادخواست وجود دارد و یا صرف درخواست کفایت می‌کند؟- ثانیاً: ماهیت این دستور فروش حکم است یا یک دستور؟ فلذا قطعی است یا قابل تجدید نظر؟ همانطور که فوقاً تشریح گردید: در متن ماده چهار و همچنین ماده نه آئین نامه از لفظ درخواست استفاده شده است. این مسئله این ابهام را ایجاد می‌نماید که لزومی بر تقدیم دادخواست وجود ندارد. در پاسخ باید گفت آنچه از مجموع آراء و نظرات صادره در طی سالهای اخیر استنباط می‌گردد این است که با عنایت به مواد قانونی موجود اصولاً هر نوع رسیدگی در دادگاههای عمومی مستلزم تقدیم درخواست بر روی برگ‌های چاپی (دادخواست) بوده و اصولاً در سیستم فعلی پرونده‌ها به صرف تقدیم دادخواست ارجاع و مورد رسیدگی قرار می‌گیرند. این موضوع در خصوص درخواست دستور موقت،

^۱ همان

^۲ امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۹۴



درخواست تخلیه به استناد قانون جدید مالک و مستاجر و حتی دعوی تصرف عدوانی موضوع فصل هشتم از قانون آئین دادرسی مدنی نیز مطرح بوده و اکثریت قریب به اتفاق دادگاهها بر لزوم تقدیم دادخواست تاکید دارند. نظرات مشورتی متعددی نیز در این خصوص وجود دارد. این مسئله به یک جهت مفید و منطقی به نظر می‌رسد و آن اینکه تقدیم درخواست بر روی برگ‌های چاپی دادخواست به جهت مشخص بودن هر مطلب و جای خاصی که برای هر مطلب در نظر گرفته شده می‌تواند نظم خاصی به درخواست صادره داده و از بی‌نظمی جلوگیری نموده و مدیران دفاتر نیز بهتر می‌توانند دادخواست را کنترل نمایند. مع ذلک نکته‌ای که در حاشیه این مقاله نباید از ذهن دور داشت این بوده که این دیدگاه نباید به گونه ترویج پذیرد که به صورت یک رویه در آمده و کلیه در خواستهایی را که نیازی به تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی نداشته را شامل گردد. اخیراً مشاهده شده که برخی از دادگاه‌ها متقاضی درخواست‌های اعتراض ثالث به اجرای احکام را که وفق ماده ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام صورت پذیرفته را ملزم به تقدیم دادخواست نموده اند و این در حالی است که رسیدگی به چنین در خواستهایی باید بدون پرداخت هزینه دادرسی و صرفاً با تقدیم یک درخواست صورت پذیرد.^۱ بطور کلی افزاز در موارد زیر منع گردیده است:

- ۱- هر گاه تقسیم متضمن افتادن تمام مشترک با حصه یک یا چند نفر از شرکاء از مالیت باشد تقسیم ممنوع است، اگر چه شرکاء تراضی نمایند.
- ۲- تقسیم ملک از وقف جایز است ولی تقسیم موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست.
- ۳- اجبار به تقسیمی که مشتمل بر ضرر باشد، جایز نیست. (نقصان فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد)
- ۴- هر گاه عمل افزاز وسیله اداره ثبت مستلزم اصلاح مشخصات ملک باشد چون اصلاح باید با حضور موافقت کلیه مالکین مشاع صورت پذیرد، قبل از حصول شرط مرقوم اداره ثبت مجاز به افزاز نیست.

^۱ سماواتی پور، محمد رضا، افزاز املاک مشاع، ۹۰/۱۱/۱۱

- ۵- یکی دیگر از شرایط لازم برای امکان رسیدگی به درخواست افراز ملک مشاع این است که در مورد این ملک سند مالکیت معارض وجود نداشته باشد. نسبت به چنین ملکی تا زمانی که رفع تعارض نشده اقدام به افراز نخواهد شد.
- ۶- شرکا در ضمن قرارداد شرط عدم تقسیم کرده باشند.
- ۷- تقسیم به موجب قانون منع شده باشد. مثلاً طبق آیین نامه‌ای تفکیک و تقسیم باغات به کمتر از ۱۰ هکتار ممنوع شده است.^۱

موانع اجبار به تقسیم از سوی حاکم

قانون مدنی حق تقسیم را برای هر یک از شرکا پذیرفته است مبنای حقوقی حق تقسیم حق مالکیت و اصل تسلیط است با این حال در موردی که تقسیم موجب ضرر یکی از مالکین شده و یا موجب از مالیات مال مشترک شود این اصل با استثنا مواجه می‌گردد.

از مالیات افتادن تمام یا قسمتی از مال تقسیم شده

هر گاه تقسیم مال مشاع موجب از مالیات افتادن تمام مال مشاع و یا حصه یکی از شرکا بشود تقسیم اساساً ممنوع است بر طبق ماده ۵۹۵ قانون مدنی: «هرگاه تقسیم متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکا از مالیات باشد تقسیم ممنوع است اگر چه شرکا تراضی نمایند». مثل موردی که مال مشاع یک اتومبیل یا شمشیر و اشیائی نظایر آنهاست. یا مقادیر کوچکی که تقسیم آن امکان استفاده آن را از بین می‌برد در چنین موردی رضایت شریکی که حصه او از مالیات خارج می‌شود نیز تأثیری نداشته و مجوز تقسیم نیست زیرا از بین بردن مال یک اقدام سفیه است. یعنی مالک نمی‌تواند تصرف غیر عقلانی در مال خود بنماید چنان که مال خود را تلف کند و یا سبب تلف آن شود و بدین جهت کسی که تصرفاتش در اموال و حقوقش عقلانی نباشد قانون او را سفیه می‌داند و طبق صریح ماده ۱۲۰۷ ق.م.ا از تصرف ممنوعش می‌دارد.^۲

^۱ قرشی، زهرا السادات، افراز اموال مشاع، جامعه مجازی حقوقدانان، ۱۳۹۰.

^۲ امامی، حسن، حقوق مدنی، جلد ۲، ص ۱۴۲



متضمن ضرر بودن تقسیم به اجبار

پیش بینی حق تقسیم ناشی از محدودیت هایی است که در استفاده از مال مشاع برای شرکا وجود دارد. به حدی که گفته شده است حالت اشاعه عیب مال است و متضمن ضرر برای مالکین مال می باشد برای تخلص از این ضرر قانون برای هر یک از شرکا حق درخواست تقسیم را شناخته است ماده ۵۸۹ قانون مدنی در این مورد می گوید: «هر شریک المال می تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید مگر در مواردی که تقسیم به موجب این قانون ممنوع یا شرکا به وجه ملزومی ملتزم بر عدم تقسیم شده باشند».

مشابه همین قاعده در ماده ۸۱۵ قانون مدنی فرانسه پیش بینی شده و حقوق دانان فرانسه آن را یک قاعده آمره و مربوط به نظم عمومی می دانند بنابراین این شرکا نمی توانند حق تقسیم را بطور مطلق از خود سلب کنند.

می توان گفت که التزام بر عدم تقسیم حتی به صورت شرط ضمن عقد لازم قابل انتقاد است زیرا حق تقسیم جز لوازم حق مالکیت است و کسی را نمی توان ملزم ساخت که از امتیازاتی که لاینفک از مالکیت است صرف نظر کند و بنابراین باید گفت که بقا بر حالت اشاعه فقط در مدت محدود امکان پذیر است و اسقاط حق تقسیم به طور دائم مخالف قواعد آمره است البته در پاره ای از موارد تقسیم مال مشترک به جهات معینی ممنوع است.

مطابق ماده ۵۹۲ قانون مدنی: «اگر با عمل تقسیم بعضی از شرکا ضرر کنند، لکن بعضی دیگر منتفع شوند، در صورتی که متقاضی تقسیم متضرر باشد طرف دیگر اجبار به تقسیم می شود». زیرا، آنچه مانع از اجبار دادگاه به تقسیم ضرری می باشد، ضرر شریک است که به نوبه خود درخواست تقسیم کرده و تحمل ضرر را پذیرفته است و در صورتیکه درخواست تقسیم از طرف غیر متضرر بشود و شریک متضرر موافقت نکنند، نمی توان او را اجبار به تقسیم نمود. قاعده حاکم بر موضوع، قاعده اقدام است و چون متقاضی (متضرر) خود اقدام به ضرر خودش نموده برای غیر متضرر حرجی نیست؛ مثل اینکه خانه ای بین دو نفر به نسبت نیم دانگ و ۵/۵ دانگ، مشاع و مشترک باشد و مالک نیم دانگ علی رغم اینکه می داند با تقسیم این نیم دانگ قابلیت بهره برداری را

ندارد، تقاضای افراز می کند. یکی از فقیهان در این خصوص می نویسد: اگر برای یکی از دو شریک یک دهم خانه‌ای باشد و آن برای سکونت صلاحیت نداشته و با تقسیم به او ضرر می رسد؛ نه به شریک دیگر، پس اگر او برای غرضی تقاضای قسمت نماید، شریک او مجبور می شود؛ ولی اگر شریک دیگر تقسیم آن خواستار شود، او مجبور به آن نمی شود.^۱

تقسیم اموال مشترک به منظور جلوگیری از حالت ضرری است که به واسطه حالت اشاعه به وجود آمده و به همین دلیل، عمل تقسیم تجویز شده است. لیکن اگر تقسیم متضمن ضرری بیش از آنچه که در حالت اشاعه وجود دارد باشد، انجام آن مقدور نیست. قانون مدنی حق تقسیم را برای هر یک از شرکا پذیرفته است مبنای حقوقی حق تقسیم حق مالکیت و اصل تسلیط است با این حال در موردی که تقسیم موجب ضرر یکی از مالکین شده و یا موجب از مالیت مال مشترک شود این اصل با استثنا مواجه می گردد. ماده ۵۹۱ قانون مدنی مقرر می دارد: «هر گاه تمام شرکا به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکا راضی نمایند به عمل می آید و در صورت عدم توافق بین شرکا، حاکم اجبار به تقسیم می کند مشروط بر اینکه تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در این صورت اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد.»

در خصوص تعیین میزان و معیاری قانونی برای تعیین و تعریف ضرر، ماده ۵۹۳ قانون مدنی مقرر نموده است:

«ضرری که مانع از تقسیم می شود عبارت است از نقصان فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد.»

برای مثال، زمینی به مساحت دویست متر بین دو نفر به نسبت $\frac{1}{9}$ و $\frac{1}{10}$ مشاع می باشد و قیمت هر متر مشاع آن ۱۰۰۰ تومان است. در حالت فوق و در صورت انجام تقسیم، سهم یکی از شرکا عملاً ۲۰ متر از زمین است که به خودی خود قابل استفاده نمی باشد و ارزش آن هم به صورت قابل توجهی سقوط خواهد کرد. در این حال، اجبار به تقسیم از سوی دادگاه صورت نمی پذیرد مگر اینکه شریک متضرر شخصاً تقسیم را بپذیرد.

^۱ خمینی، روح...، تحریر الوسیله ج ۲، چاپ اول، ص ۵۹۷، مسأله ۱۱



نتیجه‌گیری

مشاع: عبارت است از چیزی که دو نفر یا بیشتر در آن شریک باشند و سهام هر یک را نتوان در خارج از هم تمیز داد. ملک مشاعی از گذشته‌های دور و چه در حال حاضر مشکلاتی را به همراه داشته که شرکا را از سرمایه‌گذاری در آن و یا تبدیل به احسن ملک، به دلیل موانع قانونی باز می‌دارد مثلاً فردی که میزان ۵/۵ دانگ از ملکی را بطور مشاعی مالک می‌باشد با شریکی که نیم دانگ از همان ملک را شریک می‌باشد، در تصمیم‌گیری خرد و یا کلان ملک مزبور هر دو شریک به دلیل مواد قانونی به یک نسبت حق رأی دارند و هیچ‌کدام نمی‌توانند بدون اذن و اجازه دیگری در قسمت مشخص شده‌ای از ملک سرمایه‌گذاری کند و یا در مورد دیگر زمانی که مالی، دارای مالکین مشاعی متعدد باشد. مثلاً ۲۵ نفر در قطعه زمینی شریک می‌باشند اگر ۲۴ نفر هم راضی به تقسیم باشند ولی یک نفر اذن و اجازه ندهد باز هم این ملک قابل تقسیم نیست. از سوی دیگر در مواردی مشابه، زمانی که یکی از شرکای مال مشاعی در خارج از کشور به سر می‌برد و سالهای متمادی از او هیچ آدرس و نشانه‌ای در دسترس نمی‌باشد و به دلیل غیبت وی افراز و تقسیم مال مشترک به دلیل موانع قانونی انجام نمی‌گردد.

فهرست منابع

• قرآن کریم.

الف: منابع فارسی

- امامی، حسن؛ حقوق مدنی، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ نوزدهم، بهار ۱۳۷۷.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش، چاپ نوزدهم، سال ۱۳۸۸.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دایرة المعارف مدنی و تجارت، جلد ۱، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران، ۱۳۵۷.
- دادمرزی، مهدی، ترجمه تحریرالروضه فی شرح اللمعه، چاپ بیست‌ویکم، قم، تابستان ۱۳۹۱.
- دهخدا، علی اکبر؛ لغت نامه دهخدا، تهران، جلد سوم و جلد سیزدهم، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم از دوره جدید، سال ۱۳۷۷.



- عمید زنجانی، عباس علی، فقه سیاسی، جلد ۲، انتشارات امیر کبیر، تهران، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ هـ.ق.
- سبحانی تبریزی، جعفر، رساله توضیح المسائل، نشر مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، چاپ سوم، ۱۴۲۹ هـ.ق.
- سرخی، علی، تقسیم اموال مشترک، انتشارات فکر سازان، تهران، چاپ سوم، زمستان ۱۳۸۸.
- سماواتی، محمدرضا، نگرشی کاربردی به قانون افراز و فروش املاک مشاع، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۹۱.
- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۸ هـ.ق.
- طباطبایی بروجردی، آقا حسین، منابع فقه شیعه، جلد ۲۳، انتشارات فرهنگ سبز، تهران، چاپ اول، ۱۴۲۹ هـ.ق.
- عاملی، بهاء الدین، جامع عباسی، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۲۹ هـ.ق.
- عدل، مصطفی؛ حقوق مدنی، انتشارات طه، قزوین، چاپ دوم، سال ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، نشر یلدا، تهران، تابستان ۱۳۷۴.
- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت و صلح، انتشارات اقبال، چاپ اول، تهران، ۱۳۶۳.
- کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، نشر دادگستر، چاپ اول، تهران، ۱۳۷۷.
- الماسی، نجادعلی، حقوق بین الملل خصوصی، نشر میزان، چاپ دهم، تهران، زمستان ۱۳۸۹.