

# ماهیت حقوقی وصیت به جزء مشاع از ترکه

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۰۵/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۱۰/۱۵)

محسن علی نژادی<sup>۱</sup>

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی و علوم سیاسی

زهرا علی نژادی

کارشناسی حقوق

## چکیده

عملی وصیت نامیده می شود، تصرف مستقیم در اموال باشد یا دستور به وصی یا وارث برای انشاء اعمال حقوقی. وسیله ی تصرف هم می تواند عقد باشد «مانند هبه و وقف» یا ایقاع «مانند ابراء». یکی از شرایط وصیت، مالکیت موصی نسبت به مورد وصیت است. در صورتی که موصی به سهم مشاعی از ترکه باشد، موصی له نیز مانند سایر بازماندگان متوفی می تواند از دادگاه تقسیم ترکه و تعیین حصه خود را مطالبه نماید و ورثه نیز حق ندارند بدون رضایت موصی له سهم او را تعیین کنند. شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شئی واحد به نحو اشاعه. واضح است که مقصود از حقوق مالکین متعدد، حقوق مالکیت ایشان است یعنی چند نفر در آن واحد مالک یک شئی هستند. در این مقاله از طریق تحلیل و نقد دیدگاه های حقوقدانان پیرامون ماده ۸۴۸ قانون مدنی سعی شده ماهیت حقوقی وصیت به جزء مال مشاع مورد بررسی قرار گیرد و خلاء تحقیقاتی موجود جامعه حقوقی در این راستا مرتفع گردد.

---

**واژگان کلیدی:** وصیت، مال مشاع، مال غیر، افراز

---

<sup>۱</sup> نویسنده مسئول





## بخش اول: کلیات

دشواری شناخت وصیت در تنوع تصرف‌هایی است که شخص برای زمان بعد از مرگ خود می‌کند. وصیت در اصطلاح علم اخلاق با پند و موعظه سفارش کردن بر دیگری، جهت فرمان بردن و عمل نمودن است و در اصطلاح فقه این است که انسان، تملیک و واگذاری عین مال یا منفعت آن را بعد از وفات خودش به شخص دیگر یا عموم مردم سفارش کند؛ به طوری که تصرف در اموال وی بعد از مرگش برای دیگران مباح باشد. واژه «وصیت» در قرآن کریم در دو معنا به کار رفته است. ۱- اخلاقی که به معنی موعظه و نصیحت باشد. ۲- فقهی که سفارش فردی به وصی خودش، برای رسیدگی به اموال و کارهای باقی مانده بعد از مرگ او، مطرح شده است. اشاعه نوعی مالکیت است و از مهمترین مفاهیم در حقوق مدنی می‌باشد. مالکیت دو گونه است یا به صورت مفروز و یا به صورت مشاع می‌باشد. اشاعه حالتی است که در آن مالی بیش از یک مالک دارد بی آنکه حد و مرز مالکیت آنها مشخص و تعیین شده باشد. ماده ۵۷۱ قانون مدنی شرکت را بدین شرح تعریف می‌کند: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیئی واحد به نحو اشاعه». حال در این مقاله این سوال به نظر می‌رسد، آیا ماهیت حقوقی وصیت به جزء مشاع از ترکه صحیح است؟ در صورت صحت موصی له در شمار بازماندگان متوفی ترکه بحساب می‌آید و تقسیم ترکه به چه صورتی انجام می‌گیرد؟ در پاسخ به قسمت اول این سوال باید گفت که ماهیت حقوقی وصیت به جزء مشاع ترکه صحیح است. در پاسخ به قسمت دوم سوال باید گفت اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث، موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود. لازمه شرکت موصی له با ورثه این است که او نیز بتواند در شمار بازماندگان متوفی تقسیم ترکه و تعیین حصه خود را از دادگاه بخواهد مطابق ماده ۳۰۱ قانون امور حسبی ورثه حق ندارد بدون رضای موصی له سهم او را تعیین کنند.

## بند اول: جوهر وصیت

رسول خدا صلی الله علیه و آله می‌فرماید: سزاوار نیست مسلمان شب بخوابد، مگر این که وصیت نامه اش زیر سر او باشد. در روایت آمده است: کسی که بدون وصیت از دنیا برود، به

مرگ جاهلیت مرده است. امام باقر علیه السلام می فرماید: کسی که هنگام مرگ برای خویشاوندانش وصیت نکند، عمل خود را با معصیت ختم کرده است. ممکن است عملی که وصیت نامیده می شود تصرف مستقیم در اموال باشد یا دستور به وصی یا وراثت برای انشاء اعمال حقوقی. وصف مشترکی که در همه وصایا دیده می شود، تعلیق آنها به مرگ موصی است. تصرفی وصیت نامیده می شود که برای بعد از مرگ انشاء شود و اثر آن منوط به فوت وصیت کننده باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۶۵). انشاء امری است که اثر آن معلق به فوت است. خواه این امر تملیک رایگان و مستقیم مال یا دستور تصرف در آن فک یا ملک و اسقاط حق و نصب وصی یا شیوه سرپرستی و اداره اموال محجورین یا توصیه های اخلاقی و چگونگی کفن و دفن متوفی و اداء واجبات مالی باشد. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ش ۱۵۲). در صورتی که ایفای تعهد موجب تملیک یا انتقال حقی نباشد، صرفاً یک عمل قضایی است که تحقق آن نیاز به اراده انشایی متعهد ندارد. (شهیدی، ۱۳۹۵، ص ۲۱).

### بند دوم: احکام وصیت

۱- کسی که نشانه های مرگ را در خود می بیند. اگر به مردم بدهکار است و موقع دادن آن بدهی رسیده، باید بدهد و اگر خودش نمی تواند بدهد، یا موقع دادن بدهی او نرسیده، باید وصیت کند و بر وصیت شاهد بگیرد. اگر خمس، زکات و مظالم بدهکار است باید فوراً بدهد و اگر نمی تواند بدهد و اگر نمی تواند بدهد چنانچه از خودش مال دارد، یا احتمال می دهد کسی آنها را اداء نماید، باید وصیت کند و همچنین است اگر حج بر او واجب باشد. اگر نماز و روزه قضا دارد، باید وصیت کند که از مال خودش بر او اجیر بگیرند، بلکه اگر مال نداشته باشد، ولی احتمال بدهد کسی بدون آن که چیزی بگیرد آن ها را انجام وی دهد، باز هم وصیت کردن واجب است.

۲- انسان از نظر شرع می تواند تا یک سوم اموالش وصیت کند. بر این پایه وصیت در بیش از یک سوم مال نافذ نیست؛ مگر این که ورثه اجازه دهند. (خامنه ای، ۱۳۸۰، ص ۲۹۲).

۳- واجبات مالی مانند ادای دیون افراد، خمس و زکات، مظالم و کفارات، حتی اگر انسان نسبت به آنها وصیت نکرده باشد، از اصل مال اخراج می شود؛ اگر چه تمام ترکه را در بر





گیرد. حج نیز به واجبات مالی ملحق است؛ اما واجبات بدنی مانند نماز و روزه و نیز وصیت به کارهای مستحبی مانند اطعام به فقرا، زیارت‌ها و برپایی مجلس عزا و سوگواری، از ثلث اخراج می‌شود و در زائد بر ثلث مشروط به اجازه ورثه است، اگر اجازه دادند، وصیت صحیح و گرنه باطل خواهد بود. (خامنه‌ای، ۱۳۸۴، ص ۴۷۲).

۴- کسی که نشانه‌های مرگ را در خود می‌بیند لازم نیست برای بچه‌های صغیر خود قیم و سرپرست معین کند، ولی در صورتی که بدون قیم مالشان از بین می‌رود، یا خودشان ضایع می‌شوند، باید برای آنان قیم امینی معین نماید.

۵- اگر نوشته‌ای به امضا یا مهر میت ببینند، چنانچه مقصود او را بفهماند و معلوم باشد که برای وصیت کردن نوشته، باید مطابق آن عمل کنند.

۶- اگر کسی وصیت کند که پس از مرگ او، تمام اموال و دارایی‌اش به همسرش واگذار گردد، وصیتش در ثلث ترکه نافذ است و بقیه، مربوط به همه ورثه است. موضوع یا مورد تعهد ممکن است انتقال مال، انجام کار و یا خودداری از انجام کاری باشد. انتقال مال امری محسوب می‌شود و موضوع تعهد همیشه انجام امر یا خودداری از انجام امری است. (صفایی، ۱۳۹۲، ص ۱۳).

۷- مهریه زن در صورتی که میت در زمان حیات خود به همسرش نپرداخته باشد، جزو دیون او شمرده می‌شود که پس از مرگ او باید از اصل ترکه‌اش بردارند.

### بند سوم: اوصاف ذاتی وصیت

در قانون مدنی سه وصف ذاتی و مهم برای این عمل حقوقی استنباط می‌شود:

الف)- تعلیق به فوت. (ب)- رایگانگی تملیک. (ج)- قابلیت رجوع

از ماده ۸۲۶ قانون مدنی استنباط می‌شود که موضوع وصیت ممکن است تملیک مال یا تعیین وصی باشد، تملیک به موجب وصیت رایگان است، وصیت برای بعد از فوت موصی انشاء می‌شود و معلق به آن است. وصیت برای زمان بعد از فوت موصی انشاء می‌شود. تعلیق ذاتی وصیت به فوت موصی منافاتی با تعلیق آن به شرط دیگر ندارد. تملیک مستقیم موصی به رایگان است و نمی‌تواند در برابر عوض قرار گیرد و وصیت را بصورت معامله معوض در

آورد. وصیت تملیکی ممکن است با شرط عوض همراه باشد همان گونه که هبه نیز با شرط عوض ممکن است. موصی می تواند، به جای وصیت تملیکی، وصیت به تملیک کند. قانون مدنی در مواد ۸۲۹ و ۸۳۸ به اختیار موصی در رجوع از وصیت تصریح کرده است. (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۶۸). فایده و اثر قبولی موصی له پیش از فوت موصی، این است که او را بعد از فوت، از قبولی مجدد بی نیاز می کند. (بیات، ۱۳۹۶، ص ۴۶۲). برای تحقق وصیت، قبول موصی له، بعد از فوت موصی لازم است نه قبل از فوت. پس منطقی است که قابلیت رجوع در زمره اوصاف اصلی وصیت باشد و قرارداد با دیگران نیز نتواند آن را برای موصی الزام آور کند و به صورت تعهد لازم درآورد.

### بخش دوم: نفوذ وصیت در ترکه

نفوذ وصیت در ترکه بیشتر به حدود اختیارات موصی در تصرف نسبت به ترکه خویش مربوط است در حالی که شرایط نفوذ وصیت در ترکه برای حمایت از وارثان هنگامی مقرر شده که موصی زائد بر ثلث وصیت کند و بعد از فوت نیاز به تنفیذ وارثان دارد و ضمانت اجرای آن عدم نفوذ وصیت است نه بطلان آن. بر همین مبنا، مانع نفوذ ترکه با اجازه وارثان و تنفیذ وصیت از بین می رود و به نظم عمومی ارتباط پیدا نمی کند. ماده ۸۴۳ قانون مدنی اشعار می دارد: «وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست مگر به اجازه وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است». شخص تا زمانی که زمانی که زنده است حق تصرف در همه اموال خود را دارد و با فوت او اختیار مالک از بین می رود. اگر موصی ثلث مال خود را به طریق دیگر وصیت کرده باشد، ازاده او درباره چگونگی تقسیم ترکه نافذ نیست. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۳۷۷). ماده ۸۳۷ قانون مدنی اشعار می دارد: «اگر کسی به موجب وصیت یک یا چند نفر از ورثه خود را از ارث محروم کند، وصیت مذکور نافذ نیست». هر گاه وارث یا وارثان محروم این حرمان را بپذیرند، وصیت نافذ خواهد شد. مورث نمی تواند وارث خود را از ارث محروم کند و این عمل او غیر نافذ است. (رضا زاده پاشا، ۱۳۹۶، ص ۴۷۲). موصی می تواند از راه وصیت عهدی ثلث خود را به مضاربه دهد و تردید نیست ورثه یا وصی بایستی دستور او را درباره مضاربه دادن ثلث اجرا کنند. ثلث هر کس برای



بعد از مرگ در اختیار او است و هر تصرفی را که در زمان حیات می تواند انجام دهد به موجب وصیت نیز حق دارد.

### بند اول: جزء مشاع از ترکه

ماده ۸۴۸ قانون مدنی اشعار می دارد: «اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث، موصی له با ورثه در همان مقدار از ترکه مشاعاً شریک خواهد بود». شرکت موصی له و وارثان در ترکه و تلف بعض از ترکه از میزان ثلث می کاهد و فزونی آن نیز در سهم موصی به موثر است. هرگاه موصی به منافع ملکی باشد، دائماً یا در مدت معین، از ثلث اخراج می شود. بدو عین ملک با منافع آن تقویم می شود، سپس ملک مذکور با ملاحظه مسلوب المنفع بودن در مدت وصیت تقویم شده تفاوت بین دو قیمت از ثلث حساب می شود. اگر موصی به منافع دائمی ملک بوده و بدین جهت عین ملک قیمتی نداشته باشد، قیمت ملک با ملاحظه منافع از ثلث محسوب می شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ص ۱۱۱). اگر موصی به جزء مشاع باشد ابتدا دیون متوفی داده می شود و موصی له با ورثه در کل مال باقی مانده شریک می شوند. لازمه ی شرکت موصی له با ورثه این است که موصی له بتواند در شمار بازماندگان متوفی، تقسیم ترکه و تعیین حصه ی خود را از دادگاه بخواهد و نیز ورثه حق ندارند بدون رضایت موصی له سهم او را تعیین کنند. (اسدی، ۱۳۹۴، ص ۴۶۲). موصی به با مقدار ترکه رابطه مستقیم دارد و تغییر میزان ترکه در آن موثر است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ص ۴۳۵). ماده ۳۰۱ قانون امور حسبی اشعار می دارد: «ولی و وصی و قیم هر وارثی که محجور باشد و امین غائب و جنین و کسی که سهم الارث بعضی از ورثه به او منتقل شده است و همچنین موصی له و وصی راجع به موصی به، در صورتی که وصیت به جزء مشاع از ترکه شده باشد حق در خواست تقسیم را دارند». بقای بر شرکت الزامی نبوده و هر یک از شرکا می تواند هر زمان که بخواهد افزایش مال مشترک را بخواهد. با توجه به قانون افزایش فروش املاک مشاع مصوب آبان ۱۳۵۷، اگر ماترک اعم از منقول و غیر منقول بوده و درخواست تقسیم آن تقدیم دادگاه گردد، قانون افزایش و فروش در بیان صلاحیت مرجع ثبتی برای افزایش ناظر به مواردی است که ملک موضوع افزایش فقط غیر منقول باشد و در مقام تردید در صلاحیت دادگاه و مرجع ثبتی اصل، صلاحیت عام دادگاهها



می باشد. (موسوی-شعبانی حاجی، ۱۳۹۶، ص ۱۶۴). مطابق رای وحدت رویه شماره ۷۱۹ مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۲۰، تقسیم ترکه در صورت عدم تراضی ورثه، امری است که محتاج رسیدگی قضایی است و باید در دادگاه به عمل آید. همین حکم در موردی هم که ترکه به یک یا چند مال غیر منقول باشد نیز جاری است. ماده ۸۴۹ قانون مدنی اشعار می دارد: «اگر موصی زیاده بر ثلث را به ترتیب معینی وصیت به اموری کرده باشد و ورثه زیاده بر ثلث را اجازه نکند، به همان ترتیبی که وصیت کرده است از ترکه خارج می شود تا میزان ثلث و زاید بر ثلث باطل خواهد شد و اگر وصیت به تمام یک دفعه باشد، زیاده از همه کسر می شود». برای وصیت زیاده بر ثلث توسط موصی دو حالت وجود دارد: ۱- وصیت به ترتیب، در این حالت مثلاً تمام دارایی موصی ۹۰ میلیون تومان است و وصیت می کند که به ترتیب: ۱۰ میلیون تومان به آقا رضا داده شود، سپس ۱۵ میلیون تومان به آقا علی و بعد ۵ میلیون تومان به آقا صادق و در نهایت ۵ میلیون تومان به آقا نیما داده شود. به دلیل اینکه وصیت به ترتیب است باید تک تک مورد وصیت را با یکدیگر جمع می کنیم تا به ثلث معین ۳۰ میلیون تومان برسیم و بیشتر از ثلث را نخواهیم داد. ۲- وصیت به تمام یک دفعه، در این حالت موصی یک دفعه برای تمام این چهار نفر «رضا، علی، صادق و نیما» وصیت می کند. در این حالت تمامی موصی به را با یکدیگر جمع میزنیم و اگر مبلغ جمع آن، بیش از یک سوم باشد مجبور هستیم از سهم وراثت تا سقف یک سوم کاهش دهیم. (اسدی، ۱۳۹۴، ص ۱۹۹).

### بند دوم: مال مشاع

مال مشاع، (مشترک<sup>۱</sup>)، و یا ملک مشاع مالی را گویند که دو یا چند نفر مالک داشته و سهم هر یک مشخص و ممتاز نباشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۵۹۷). در هر جزء از اجزاء مال مشاع، مالکیتهای اشخاص متعدد ثابت می گردد، و هیچ جزئی، هر چند بسیار کوچک، را نمی توان تصور کرد که به یکی از شرکاء تعلق داشته باشد و شرکاء دیگر را در آن حقی نباشد. منظور از اشاعه آن نیست که هر یک از شرکاء مالک اجزائی اند که مشخص نیست و پس از افراز، اجزاء ملک هر یک از آنها معین و مشخص میگردند، مقصود این است که هر یک از

1- Bi ens Indivis





شرکاء در هر یک از اجزاء مال مشاع مالکیت دارد، و مالکیت شرکاء دیگر هم در آن اجزاء ثابت است. شرکت و اشاعه در حقوق مدنی ایران بر تئوری خاصی استوار است. یکی از خصایص «حق مالکیت» انحصاری بودن آن و انحصاری بودن اختیارات مالک در موضوع مالکیت است. ولی در شرکت با آنکه هر یک از شرکاء مالک مال مشاع هستند خاصیت انحصاری بودن مالکیت وجود ندارد و این صورت خاصی از مالکیت است که با مالکیت به معنی اخص حقوقی از نظر احکام تفاوت دارد. ماده ۳۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد، مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد».

در جزء جزء مال مشاع شریک و در تملک مالکین آن است که نمی‌توان سهم اختصاصی هر کدام را مشخص کرد. افزاز<sup>۱</sup> عبارت است از جدا نمودن سهم مشاع شرکاء از یکدیگر، و تقسیم مال غیرمنقول مشاع بین شرکا به نسبت سهم هریک از شرکاء. برای مثال، علی دو دانگ و مهدی چهار دانگ از یک قطعه زمین را در مالکیت دارند. حال اگر علی بخواهد سهم دو دانگ خود را از زمین جدا کند و سهم خود را در تصرف داشته باشد و سهم وی از حال اشاعه خارج شود، به این عمل، افزاز می‌گویند. افزاز به دو دسته تقسیم می‌شود: ۱- افزاز اجباری: افزاز مالی است که به موجب حکم دادگاه (یا تصمیم اداره ثبت) که شرکا را مجبور به قبول قسمت مال مشاع می‌کند. ۲- افزاز به تراضی: افزازی است که شرکا به دلخواه خود انجام می‌دهند. دعوی افزاز به وسیله یکی یا چند مالک مشاعی علیه یک یا چند مالک مشاعی دیگری، به عمل می‌آید. که در عمل افزاز، کلیه مالکین مشاعی باید به صورت خواهان یا خوانده دخالت داشته باشند و در جریان خواسته و عملیات اجرایی قرار گیرند. حسب قانون افزاز و فروش املاک مشاع، افزاز اموال غیر منقول در صلاحیت مرجع ثبتی بوده و در هر حال رسیدگی به آن از صلاحیت ذاتی دادگاه خارج است. (قربانیان، ۱۳۸۸، ص ۶۵).

### بند سوم: فروش مال غیر در اموال مشاع

فروش و نقل، انتقال اموال شخص را بدون اطلاع خود آن فرد را فروش مال غیر گویند. علاوه بر اینکه شخص فروشنده به عنوان مجرم شناخته می‌شود، شخص خریدار نیز در صورت



اطلاع از جریان فروش، می تواند متهم شناخته شود که شاکی خصوصی در صورت در دست داشتن دلایل کافی برای سوء نیت خریدار می تواند آنها را به دادگاه ارائه دهد. مالک، می تواند نسبت به فروش مال خود توسط غیر در دادگاه اقامه دعوی نماید. ماده ۲۴۷ قانون مدنی اشعار می دارد: «معامله به مال غیر، جز به عنوان ولایت یا وصایت یا وکالت نافذ نیست ولو اینکه صاحب مال باطناً راضی باشد. ولی اگر مالک یا قائم مقام او پس از وقوع معامله آن را اجازه نمود، در این صورت معامله صحیح و نافذ می شود». هر کسی نسبت به مال غیر بدون نمایندگی از طرف وی معامله ای انجام دهد، این معامله را فضولی و معامله کننده را فضول یا فضولی یا معامل فضولی و طرف دیگر را که برای خود معامله کرده است اصیل گویند. (صفایی، ۱۳۹۲، ص ۱۷۷). ماده ۸۴۱ قانون مدنی اشعار می دارد: «موصی به باید ملک موصی باشد و وصیت به مال غیر ولو با اجازه مالک باطل است». برخی حقوقدانان به استناد ماده ۸۴۱ ق.م. وصیت فضولی را مطلقاً باطل دانسته اند. (امامی، ۱۳۷۵، ص ۶۷). غالب فقها نیز بر همین عقیده اند در مقابل برخی از حقوقدانان، بین وصیت به مال غیر، معلق به فوت فضول، و وصیت برای غیر، معلق به فوت مالک، قائل به تفکیک شده و وصیت به مال غیر و برای مالک، معلق به فوت مالک، را غیر نافذ دانسته اند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۸۸).

### بخش سوم: وجه افتراق تفکیک و تقسیم

تفکیک در لغت به معنای جدا کردن و جزء جزء کردن و در اصطلاح حقوق ثبت، عبارت است از تجزیه کردن مال غیرمنقول به قطعات کوچکتر. افراز عبارت است از جدا کردن سهم مشاع شریک با شرکاء، به عبارت دیگر تقسیم مال غیرمنقول مشاع بین شرکاء به نسبت سهم آنان یا تقسیم مال منقول و یا غیرمنقول، خواه به تراضی باشد یا به حکم دادگاه، در این زمان افراز در غیرمنقول به کار می رود برعکس تقسیم که عموم و شمول دارد نسبت به هر گونه مال. تقسیم اعم است از تفکیک و افراز و غیر آن مثل ترکه متوفی که بین ورثه تقسیم می شود و می تواند شامل اموال منقول و غیرمنقول باشد. در اصطلاح حقوق مدنی تقسیم عبارت است از جداسازی حصه شرکاء در مال، تقسیم نامه سند رسمی یا عادی است که بیان کننده تقسیم مال مشاع باشد. در تفکیک لازم نیست مال غیرمنقول مشاع باشد ولی لازمه افراز مشاع بودن ملک



است و در تقسیم ملک غیرمشاع و غیرمشترک این اصطلاح به کار نمی‌رود. در افراز ملک بر مبنای سهم شرکاء تقسیم می‌شود. در افراز سهم شریک باید مشخص شده و جدا شود. ممکن است بین شرکاء اختلاف حاصل شود و تعیین تکلیف با مراجع قضایی است ولی در تفکیک چون به تراضی صورت می‌گیرد عنوان تشخیص و جدا کردن سهم مالک مشاعی را ندارد جنبه قضایی نداشته و در اداره ثبت اسناد و املاک حل و فصل می‌شود. مرجع درخواست تفکیک اداره ثبت است و در مورد افراز اقدام با واحد ثبتی محلی است که ملک در آنجا قرار دارد و در صورت وصول اعتراض نسبت به تصمیم واحد ثبتی اقدامات بعدی در دادگاه خواهد بود. به این معنی که تصمیم واحد ثبتی در مورد افراز ظرف ده روز قابل اعتراض در دادگاه است. ضمناً اگر جریان ثبتی ملک خاتمه یافته باشد مرجع اقدام اداره ثبت است و اگر جریان ثبتی خاتمه نیافته باشد مرجع رسیدگی دادگاه حقوقی محل است. ماده ۱۵۰ قانون ثبت در خصوص تفکیک چنین بیان داشته «هرگاه نسبت به ملکی از طرف مالک یا قائم مقام او تقاضای تفکیک شود این تقاضا به اداره ثبت ارسال می‌گردد و در تقاضانامه، باید ارزش مورد تفکیک براساس ارزش معاملاتی روز تعیین شود و هزینه تفکیک به قرار هر ده هزار ریال دویست ریال از طرف ذی‌نفع پرداخت گردد». (شعبانی - عبدالمهی، ۱۳۹۶، ص ۱۲۰).

### بخش چهارم: وضعیت حقوقی تصرفات شریک در مال مشاع

منظور از تصرفات حقوقی انجام معاملات نسبت به مال مشاع است. تصرف در مال مشاع ممکن است به دو صورت واقع گردد: ۱- تصرفات حقوقی شریک نسبت به سهم خود. ۲- تصرفات حقوقی نسبت به سهم شرکاء.

۱- تصرفات حقوقی شریک نسبت به سهم خود: هر یک از شرکاء میتواند در مال مشاع (مشترک) نسبت به سهم خود هر نوع تصرف حقوقی را انجام بدهد، خواه این تصرف ناقل عین باشد، مانند بیع سهم مشاع و یا ناقل منفعت باشد، مانند اجاره، که به موجب آن مستاجر مالک منفعت سهم مشاع شریک مؤجر میگردد گر چه استیفاء منفعت از عین مستأجره و تصرف مادی در آن منوط به اذن شرکاء دیگر خواهد بود. زیرا ممکن است که تصرف مال مشاع غیر ناقل باشد. چون تحقق تصرفات حقوقی، ذاتاً با تصرفات مادی در مال مشاع ملازمه



ندارد چنانچه این قسم از تصرفات نسبت به سهم شریک دیگر به عمل نیاید، صحیح و معتبر خواهد بود. ماده ۵۸۳ قانون مدنی اشعار می دارد: « هر یک از شرکاء میتواند بدون رضایت شرکای دیگر، سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند». برای صحت این انتقال تفاوتی میان آنکه سهم شریک به یک شخص منتقل شود، یا به اشخاص متعدد انتقال یابد این امر انتقال سهم یک شریک به اشخاص معتدد، سبب کثرت شرکاء میگردد و مانع از اعتبار انتقال مذکور نخواهد بود، زیرا طبق قاعده کلی هر مالکی میتواند در ملک خود هر نوع تصرفی را به انجام برساند و ملک یاد شده را به شخص یا اشخاص مورد نظر منتقل کند، مگر آنکه قانون طور دیگری مقرر کرده باشد. اما در این مساله منع قانونی وجود ندارد. سهم شریک از لحاظ مادی تمام مال ولی از لحاظ حقوقی حصه ی معینی است. در جایی که مجموع مال مشترک، با رضای همه شرکاء فروخته می شود، با انتقال مبیع مشاع، موضوع شرکت از بین می رود و آنچه چایگزین می شود، طلبی است از خریدار که هر شریک به اندازه سهم خود دارد. زیرا طلب بر ذمه نیز قابل تقسیم است. (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ش ۲۳).

۲- تصرفات حقوقی نسبت به سهم شرکاء: از نظر حقوقی طبق ماده ۵۸۱ قانون مدنی، این تصرفات از جهت آنکه تصرف در اموال دیگران است فضولی می باشد بنابراین تابع اجازه بعدی (تنفیذ) آنها خواهد بود. ماده ۵۸۱ قانون مدنی اشعار میدارد: « تصرفات هر یک از شرکاء در صورتیکه بدون اذن یا خارج از حدود اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات معاملات فضولی خواهد بود». هر چند ماده ۵۸۱ اطلاق دارد ولی به قرینه مواد دیگر به خوبی معلوم میگردد که اولاً: برخلاف ماده ۵۸۲ منظور از تصرف در این ماده، تصرف حقوقی است. ثانیاً: عنوان فضولی بودن تصرف اختصاص به تصرف در سهام سایر شرکاء دارد والا تصرف حقوقی شریک در سهم خود همان طور که قبلاً اشاره شد بر طبق ماده ۵۸۳ قانون مدنی و مقررات دیگر معتبر می باشد. انتقال مالکیت، مستلزم تصرف در حقوق دیگران نیست. هرگاه سایر شرکاء به تسلیم مبیع راضی نشوند، نمی توان ببع را به بهانه عدم قدرت بر تسلیم، باطل کرد. زیرا هم فروشنده و هم خریدار می توانند، با بر هم زدن شرکت و تقسیم مال مشترک، مبیع را در اختیار گیرند. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۲۲).



## نتیجه گیری

بدون تردید کمتر کسی است که با واژه وصیت تا به حال برخورد نکرده باشد. وصیت از جمله اعمال حقوقی است که هر فردی ممکن است نیازمند آن باشد. چه بسیار دیده شده است اشخاص دیون و طلبهای خویش را نمی توانند در زمان حیات خود پرداخت و یا مطالبه نمایند و یا تمایل به انجام کاری داشته اند و یا قسمتی از آن را انجام و قسمتی را ناتمام گذاشته اند، ولی اجل مجال اتمام و یا انجام آن کار را ممکن نساخته است. به جهت اهمیت وصیت در زندگی اجتماعی افراد در فقه اسلامی و حقوق مدنی این مبحث از اهمیت وافری برخوردار می باشد و همواره مباحث وصیت مورد توجه حقوقدانان و فقهای اسلامی بوده است. در قانون مدنی ایران ماهیت حقوقی وصیت به طور وضوح مشخص نگردیده است و به طور واضح مشخص نشده که وصیت از جمله اعمال حقوقی است که نیازمند اراده انشائی دو طرف یعنی عقد است یا ایقاع. اگر کسی وارثی نداشته باشد نیز می تواند وصیت به هر شخصی که مایل است انجام دهد، اما فقط تا یک سوم از مالش را می تواند برای آن شخص وصیت کند. وصیت به زیاده بر ثلث ترکه نافذ نیست، مگر با اجازه وراثت و اگر بعضی از ورثه اجازه کند فقط نسبت به سهم او نافذ است. در وصیت بمازاد بر ثلث هرگاه وراثت اجازه نمایند بی تردید وصیت تنفیذ می شود زیرا بر ثلث مورد تعلق حق وراثت است و آنان حق دارند که در آن اعلام نظر نمایند. باید گفت که وصیت به جزء مشاع از ترکه صحیح است. اگر موصی به جزء مشاع ترکه باشد مثل ربع یا ثلث، ابتدا دیون متوفی داده می شود و موصی له با ورثه در کل مال باقی مانده شریک می شوند. لازمه ی شرکت موصی له با ورثه این است که موصی له بتواند در شمار بازماندگان متوفی، تقسیم ترکه و تعیین حصه ی خود را از دادگاه بخواهد و نیز ورثه حق ندارند بدون رضایت موصی له سهم او را تعیین کنند.



## منابع و مآخذ

- ۱- امامی، حسن، ۱۳۷۵، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ دوازدهم، انتشارات اسلامیه.
- ۲- اسدی، بهنام، ۱۳۹۴، حقوق یار حقوق مدنی، جلد چهارم، چاپ دوم، انتشارات موسسه قانون یار.
- ۳- بیات، فرهاد، شیرین، ۱۳۹۶، شرح جامع قانون مدنی، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات ارشد.
- ۴- شهیدی، مهدی، ۱۳۹۵، حقوق مدنی «سقوط تعهدات»، جلد پنجم، چاپ دهم. انتشارات مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- ۵- شعبانی - عبدالهی، محمد- میثم، ۱۳۹۶، قانون یار حقوق ثبت، چاپ چهارم. انتشارات چتر دانش.
- ۶- صفایی، ۱۳۹۲، دوره مقدماتی حقوق مدنی «قواعد عمومی قراردادها»، جلد دوم، چاپ پانزدهم، بنیاد حقوقی میزان.
- ۷- خامنه ای، سید علی، ۱۳۸۰، رساله اجوبه الاستفتاءات، ترجمه فارسی احمد رضا حسینی، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات بین المللی الهدی.
- ۸- خامنه ای، سید علی، ۱۳۸۴، رساله اجوبه الاستفتاءات، ترجمه فارسی احمد رضا حسینی، چاپ نهم، انتشارات بین المللی الهدی.
- ۹- جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ۱۳۸۸، ترمینولوژی حقوق، چاپ بیست و دوم تهران، انتشارات گنج دانش.
- ۱۰- رضا زاده پاشا، عبدالله، ۱۳۹۶، قانون یار حقوق مدنی، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات چتر دانش.
- ۱۱- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۴، دوره مقدماتی حقوق مدنی « درسهایی از شفعه، وصیت، ارث»، چاپ بیست و سوم، انتشارات میزان.
- ۱۲- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۲، حقوق مدنی عقود معین « هبه، وقف، وصیت»، چاپ ششم، انتشارات گنج دانش.



۱۳- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، دوره مقدماتی حقوق مدنی « شفعه، وصیت، ارث»، چاپ ششم، انتشارات میزان.

۱۴- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۵، دوره مقدماتی حقوق مدنی « درسهایی از عقود معین»، جلد اول، چاپ نهم، انتشارات گنج دانش.

۱۵- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۸، عقود معین، جلد دوم، چاپ هشتم، انتشارات گنج دانش.

۱۶- قربانیان، حسین، مقاله مراجع صالح در رسیدگی به تقاضای تقسیم مال مشاع، ماهنامه حقوق کانون، شماره ۹۶ شهریور ۱۳۸۸.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی

