

اجاره مال مشاع

مقصود عبادی بشیر^۱

چکیده

تصرف حقوقی در مال مشاع بدون نیاز به اذن قبلی یا اجازه بعدی شرکا نافذ و صحیح است مگر اینکه منجر به ضرر شرکای دیگر باشد. اجاره دادن سهم مشاع از مال نیز به عنوان يك عمل حقوقی جایز است اعم از اینکه به یکی از شرکا اجاره داده شود یا به شخص ثالث، اما تصرف مادی و تسلیم عین مستأجره مستلزم اجازه شرکای دیگر است و تصرف و تسلیم بدون اذن موجب مسئولیت است. از طرف دیگر شریکی نیز که بدون دلیل موجه از اجاره تصرف یا تسلیم مال مشاع امتناع می‌ورزد به توسط حاکم مجبور به انجام آن خواهد شد.

واژگان کلیدی: اجاره، مال، مشاع، تصرف حقوقی، تصرف مادی

مقدمه

طبق اصل تسلیط مقرر در ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی می‌تواند هر نوع تصرفی را که بخواهد در مال خود بنماید. در مال مشاع این اختیار برای کل شرکا با هم شناخته شده است. اما اختیار هر يك از شرکا به تنهایی محل بحث است و این سؤال مطرح است که

حدود اختیارات هر يك از شرکا چیست؟ قطعاً هر شریکی نمی‌تواند کل اختیارات مالك را به تنهایی داشته باشد چون این امر منجر به بروز تعارض می‌شود؛ مثلاً ممکن است شريك اول کل شش دانگ ملك را به شخص دیگری بفروشد و شريك دوم آن را باز به شخص دیگری انتقال دهد. لذا محدودیت‌هایی بر شرکای ملك تحميل خواهد شد. ممکن است یکی از شرکا بخواهد سهم خود از مال مشاع را به جای استفاده شخصی به دیگری اجاره دهد و لذا این سؤال را مطرح می‌شود که اساساً آیا چنین اجاره‌ای می‌تواند صحیح باشد؟ از طرف دیگر ترتیب تسلیم و بهره‌برداری از آن چگونه خواهد بود؟ جهت یافتن پاسخ این سؤالات، در این نوشتار، ضمن تحلیل صحت اجاره مال مشاع به بررسی آثار و احکام آن نیز خواهیم پرداخت.

۱- کلیات

۱-۱ - مفهوم مال مشاع:

اشاعه در لغت به معنای فاش کردن و پراکنده کردن است و در اصطلاح حقوقی، مشاع در برابر مال مفروز به کار می‌رود. مراد از مال مشاع نیز مالی است که به دو شخص یا بیشتر تعلق دارد. در مال مفروز، کل شش دانگ ملك متعلق به يك شخص می‌باشد و تمامی اجزای آن متعلق به آن شخص است. در حالت اشاعه نیز مالکیت شرکا در تمام اجزا و ارکان مال است به نحوی که هر جزئی از مال که در نظر گرفته شود کلیه شرکا در آن سهیم هستند و هیچ شریکی نمی‌تواند نسبت به جزئی از مال ادعای انحصاری داشته باشد. به تعبیر دیگر، در مال مشاع، حق شرکا منتشر در کل مال است و در بخش معینی متمرکز نشده است. برای مثال اگر خانه‌ای دارای دو اتاق مشترک میان دو نفر باشد، هیچ‌کدام از آنها نمی‌تواند یکی از اتاق‌ها را ملك اختصاصی و انحصاری خویش تلقی کند و دیگری را از تصرف و استفاده از آن منع کند.

اشاعه که اجتماع حقوق چند نفر بر مال معین است هم می‌تواند در خصوص حقوق عینی باشد مثل مالکیت بر زمین و ساختمان و هم در خصوص حقوق دینی؛ برای مثال دو

نفر با هم عملی را برای شخص ثالثی انجام می‌دهند و اجرت المسمی در ذمه آن شخص به نفع آن دو نفر قرار می‌گیرد. سبب ایجاد اشاعه نیز ممکن است اختیاری یا قهری باشد.

۲ - ۱ - محدودیت‌های ناشی از اشاعه :

تمرکز حق مالکیت چند نفر در يك مال، این مساله را مطرح می‌کند که آیا شرکا حق دارند به استناد اصل تسلیط هر تصرفی را که بخواهند در مال مشاع انجام دهند؟ مثلاً آیا شریک می‌تواند به استناد مالکیت خود ملك مشترك را تخریب نماید یا عین یا منافع آن را به دیگری انتقال دهد؟ جهت یافتن پاسخ صحیح باید بین دو دسته از تصرفات مادی و حقوقی قائل به تفاوت و تفکیک شد:

الف - تصرفات مادی :

تصرف مادی هر نوع مداخله در مال و استفاده از آن را شامل می‌شود. از آنجا که مداخله و استفاده از مال مشترك مستلزم تصرف در اجزایی است که آن اجزاء در عین حال که متعلق به شریک متصرف است به شریک دیگر نیز تعلق دارد، لذا این نوع تصرفات اکثراً به ضرر شریک غیر متصرف است. مقنن نیز با توجه به این جهت، اذن و اجازه همه شرکا را جهت انجام تصرفات مادی ضروری دانسته است. از همین‌رو، ماده ۵۸۲ قانون مدنی مقرر داشته است : «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است».

ب - تصرفات حقوقی :

به رغم اینکه از نظر مادی، سهم هر شریک با سهم شریک دیگر مخلوط و پیوسته است و نمی‌توان آن را تجزیه نمود و طوری تفکیک نمود که بتوان از نقطه نظر فیزیکی مورد اشاره قرار داد اما از نظر حقوقی و در عالم اعتبار سهم هر يك از شرکا جداست. مثلاً وقتی گفته می‌شود خانه‌ای به نسبت مساوی ملك مشاع شخص الف و ب می‌باشد، سهم اختصاصی هر يك از شرکا را در خود مال قبل از افزاز آن نمی‌توان جدای از سهم شریک دیگر مورد اشاره قرار داد اما از نظر حقوقی سهم هر يك از شرکا جداست و پیوسته نیست و به تعبیری از استقلال برخوردار است. لذا بر عکس تصرف مادی که مستلزم دخالت و دست

اندازی در کل مال و حتی سهم شریک است و اجازه وی از دیگر شرکا در مال مشاع ضروری است، در خصوص تصرفات حقوقی که شریک، دقیقاً، به اندازه سهام خود نموده، نیازی به اذن و اجازه شریک دیگر نیست. مثلاً هر یک از شرکای باغ مشترک حق دارد سهم خود را به شخص ثالث واگذار کند اما استفاده و تصرف مادی نیازمند اجازه بقیه شرکا است. ماده ۵۸۳ قانون مدنی در همین خصوص مقرر داشته است: «هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را جزئاً یا کلاً به شخص ثالثی منتقل کند».

۲ - آثار و احکام اجاره

۱ - ۲ - صحت اجاره مال مشاع:

اطلاق ادله اجاره، این نوع از اجاره را نیز شامل می‌شود. زیرا اگر حق مالکیت برای کسی شناخته شد، حق بهره‌برداری از آن را نیز خواهد داشت. بنابراین می‌تواند این حق را در قالب اجاره به دیگری واگذار کند. در حقیقت مستأجر را جانشین وضعیت خویش می‌کند. این نکته را شیخ طوسی با این عبارت آورده است: «اجاره المشاع جایزه و یقوم المستأجر مقام المالك يعمل ما یعمله سواء».

صحت این نوع اجاره اجماعی فقهای شیعه است. میرزا حبیب الله رشتی تصریح کرده است که «الاجاره المشاع جایزه کالمقوم بالاجماع المحکی عن التذکر و المسالك».^۱ نکته قابل توجه اینکه؛ در فقه امامیه فرقی بین اجاره به شریک و اجاره به اجنبی (ثالث و غیر شریک) قایل نشده و در هر دو فرض، حکم به صحت اجاره داده‌اند. سید محمد جواد عاملی می‌نویسد: «لا فرق عندنا کما فی الروضه بین أن یأجره من شریکه او غیره و فی المسالك إنه موضع وفاق»^۲ یعنی در نظر ما فقهای شیعه فرقی نیست همان‌طور که در روضه آمده است بین اینکه [مال مشاع] به شریک اجاره داده شود یا به یک شخص بیگانه و در مسالك گفته شده این امر مورد توافق فقهای امامیه است.

۱. شیخ طوسی، *المبسوط*، ج ۳، ص ۲۴۸.

۲. رشتی، میرزا حبیب‌الله، *الاجاره*، ص ۴۵.

۳. عاملی، سید محمد جواد، *مفتاح الکرامه*، ج ۷، ص ۸۳.

قانون مدنی در ماده ۴۷۵ به صحت اجاره مال مشاع تصریح کرده است، ولی متذکر این مطلب نشده است که آیا اجاره به شخص بیگانه صحیح است یا نه؟ به عبارت دیگر آیا این حق محدود به اجاره دادن به شریک است یا نه؟ در پاسخ می‌گوئیم اجاره مال مشاع هم به شریک و هم به غیر شریک جایز است. به این دلایل که اولاً اطلاق ماده ۴۷۵ قانون مدنی هر دو قسم اجاره را شامل می‌شود. ثانیاً مبنای قانون مدنی ما فقه امامیه است و در موارد سکوت قانون با توجه به اصل ۱۶۷ قانون اساسی و ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ باید به منابع معتبر فقهی مراجعه نمود و قول مشهور بین فقهای امامیه نیز صحت اجاره در هر دو فرض است.

اما در فقه عامه، برخی با اجاره مال مشاع به غیرشریک مخالفت کرده‌اند و آن را منحصر به فرض اول کرده‌اند که مال به شریک اجاره داده می‌شود. این قول منسوب به ابوحنیفه است^۱ و در توجیه آن گفته شده است که مال مشترک، مقدور التسلیم نیست ولی اگر به شریک اجاره داده شود چون او شریک است مشکلی از جهت تسلیم بروز نمی‌کند. روی این اصل اگر ملکی مشترک بین سه نفر باشد یکی از آنها نمی‌تواند سهم خود را به شریک دیگر اجاره بدهد ولی می‌تواند به دو شریک دیگر اجاره بدهد.

در این زمینه ماده ۴۲۹ المجله مقرر داشته بود: «فللمالك أن يوجر حصته الشائعة في الدار المشتركة شريكه إن كانت قابله للقسم أو لم تكن و ليس له أن يوجرها بغيره و لكن بعد المهائنة له أن يوجر نوبته للغير». در تفسیر این ماده گفته شده همان‌گونه که مالک می‌تواند تمام سهم مشاع خود را به شریک اجاره دهد می‌تواند جزئی از آن را نیز اجاره بدهد. اما در اجاره به غیر اختلاف است یعنی برخی فقهای عامه گفته‌اند اجاره به غیرشریک جایز است و عده‌ای گفته‌اند جایز نیست و ابوحنیفه نیز همین عقیده را داشته است و المجله که يك منبع معتبر فقه حنفی است همین قول را پذیرفته است. در حالی که خود آنها صحت بیع مال مشاع را قبول کرده‌اند. بدین ترتیب که شریک می‌تواند سهم خود را به غیر

بفروشد. این فرق بین بیع و اجاره بدون دلیل است. در حالی که در فقه شیعه هر دو مورد پذیرفته شده است. پس نه تنها اجاره کل سهم مشاع توسط يك شريك به غیر جایز است، اجاره جزئی از آن نیز صحیح و معتبر است.

نکته دیگر در مورد ضرری بودن اجاره است. ممکن است در فرض اجاره دادن سهم مشاع، برای شريك دیگر ضرری بوجود آید، در این صورت تکلیف چیست؟^۱ برای حل مسئله دو فرض قابل طرح است؛ فرض اول آنکه ترك اجاره موجب ضرر مالك است. پس قاعده لاضرر هم برای مالك است و هم برای شريك دیگر. در علم اصول گفته می‌شود "اذا تعارضا تساقطا" اگر دو دلیل با هم تعارض داشتند هر دو ساقط می‌شوند. بنابراین قاعده لاضرر از بین می‌رود و باید مطابق اصل عمل کرد و آن اصل تسلیط است. پس مالك می‌تواند به رغم بروز ضرر برای شريك دیگر، جهت رفع ضرر از خود مبادرت به اجاره دادن ملك مشاع کند. از طرف دیگر قاعده لاضرر قاعده امتنانی است و امتنان در حق دیگران نباید مانع امتنان در حق خود باشد و هیچ کسی تکلیف ندارد برای رفع ضرر از دیگری، خود را به ضرر بیندازد.

اما فرض دوم این است که ترك اجاره موجب ضرر مالك (شريك اجاره دهنده) نیست در این جا باید چگونه عمل نمود؟ ممکن است گفته شود با توجه به قاعده لاضرر اذن شرعی برای فسخ این نوع اجاره به شريك داده شده است. ولی این نظر قابل پذیرش نیست. زیرا شريك دیگر طرف قرارداد نیست که حق فسخ داشته باشد. حق فسخ برای طرفین قرارداد است که در ایجاد آن شرکت داشته‌اند. قول دیگر آن است که گفته شود اجاره باطل است. زیرا شارع حکم ضرری وضع نمی‌کند.^۲ یعنی قاعده لاضرر بدین گونه تفسیر می‌شود که مراد از آن نفی ضرر نیست نفی علت ضرر است.

در حقوق موضوعه می‌توان از وحدت ملاك ماده ۱۳۲ قانون مدنی استفاده کرد و گفت

۱. حسینی شیرازی، سیدمحمد، *الفقه*، ج ۵۷، ص ۳۱۹.

۲. همان.

که اجاره در فرض اول صحیح است ولی در فرض دوم باطل است. همچنان که اجاره دادن مال مشاع جایز است، اجاره کردن ملکی توسط چند نفر به صورت مشاع نیز جایز است. پس آنها مالك مشاع منافع می‌شوند سپس می‌توانند با هم مثلاً از راه تقسیم مهابات، توافق در انتفاع کنند. مثلاً به يك تقسیم زمانی دست یازند. بدین ترتیب که يك ماه يك شريك استفاده کند و يك ماه ديگر را شريك ديگر. یا تقسیم به اجزاء کنند یعنی قسمتی از ملك را يك شريك و قسمت ديگر را شريك ديگر تصرف کند و از منافع آن استفاده نماید.

مساله ديگر قابل طرح این است که وقتی مستأجر دو نفر هستند و یکی از آنها منافع را به ديگری انتقال بدهد آیا انتقال به غير با فرض اینکه برای آنها ممنوع بوده است تحقق پیدا کرده یا نه؟

در این زمینه در دو مسیر متفاوت می‌توان حرکت کرد از آنجایی که شخصیت طرفین در انعقاد عقد لحاظ و مورد قبول قرار گرفته لذا انتقال به شريك ديگر، انتقال به غير تلقی نمی‌شود. ولی از منظر ديگر اطلاق کلمه «غير»، شريك را نیز در بر می‌گیرد و انتقال به غير محقق است. پاسخ درست‌تر، تحلیل اراده طرفین است. اگر مراد مالك از شرط عدم انتقال، انتفاع شخصی مستأجرین باشد انتقال به غير صورت نگرفته است ولی اگر مراد از آن دخالت شخصی هر دو مستأجرین باشد انتقال غير محقق است.^۱

۲-۲ - معلوم بودن عین مستأجره :

از شرایط صحت اجاره این است که عین مستأجره معلوم و معین باشد. در مورد معین بودن مشکلی بروز نمی‌کند. زیرا مشاع خود از تقسیمات عین معین است (مفروز و مشاع). اما معلوم بودن عوضین با تعیین مقدار، جنس و وصف است. ممکن است ایراد شود به اینکه در اجاره مال مشاع مورد معامله یا عین مستأجره معلوم نیست. زیرا حالت اشاعه مانع از این است که مشخص شود چه چیزی به اجاره داده می‌شود؟^۲ وقتی مالی به صورت

۱. کاتوزیان، دکترناصر، عقود معین، ج ۱، ص ۳۷۸.

۲. حسینی شیرازی، سیدمحمد، همان، ص ۳۱۸.

شش دانگ به اجاره داده می‌شود طرفین می‌دانند چه مقدار منفعت را مورد معامله قرار داده‌اند اما وقتی ملکی به طور مشاع اجاره داده می‌شود مثلاً نصف مشاع آن، معلوم نشده است که نصف مشاع آن چقدر است؟

مستأجر برای انتفاع باید از شریک دیگر اذن بگیرد و به نوعی تقسیم مهیایات بر حسب زمان یا اجزا دست یازد که در حین عقد معلوم نیست چه زمانی مال اوست یا چه جزئی از عین مستأجره برای او خواهد بود. در هر حال، این نوع از جهل در عرف قابل اغماض است و بدین جهت خللی به صحت عقد وارد نمی‌کند و ادله معامله غرری منصرف از آن است. آیت ا... سید محمد حسینی شیرازی در کتاب الفقه خود مقرر داشته است که: «لا یرد اشکال فی ذلك بجهالة العين الموجهة لأنّ مثل هذا الجهالة غیر ضاره لانصراف ادلة النهی عن الغرر»^۱ و صاحب جواهر می‌فرماید: و الاشاعة لاتنافی معلولیة المشاع بحسب حاله و لذا جاز وقوع البیع علیه و غیره من العقود»^۲

۳ - ۲ - تسلیم عین مستأجره

در اجاره هدف اصلی آن است که مورد اجاره به منظور بهره برداری از آن به مستأجر تسلیم گردد لذا مانند بیع، در اجاره نیز قدرت بر تسلیم، شرط صحت است. همان‌گونه که ماده ۴۷۰ قانون مدنی مقرر داشته است: «در صحت اجاره قدرت به تسلیم عین مستأجره شرط است». علاوه بر قدرت تسلیم، عین مستأجره باید استعداد بهره‌برداری را نیز داشته باشد؛ چنانچه ماده ۴۷۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «مؤجر باید عین مستأجره را در حالتی تسلیم نماید که مستأجر بتواند استفاده مطلوبه را بکند». در اجاره مال مشاع نیز همین حکم جاری است و قدرت بر تسلیم شرط است منتها در این جا مال مالک با حق دیگری مخلوط شده است. تسلیم کل مال به مستأجر منجر به تصرف در حق دیگران می‌شود لذا برای تسلیم عین مستأجره اجازه شریک یا شرکای دیگری ضروری است. اگر شریک یا شرکا حاضر به اجازه دادن نشوند، مالک می‌تواند به دادگاه رجوع کند و خواستار الزام شریک

۱. همان.

۲. نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، ج ۲۷، ص ۲۱۴.

به اجازه بر تسلیم شود و دادگاه نیز شرکا را ملزم به این امر می‌کند. اگر اجبار میسر نبود و شرکا امتناع کردند حاکم، خود اجازه خواهد داد زیرا حاکم، ولی ممتنع است. (الحاکم ولی الممتنع)^۱

اگر شریک، محجور یا غایب باشد ولی قهری یا نماینده قانونی او می‌تواند به این امر رضایت بدهد و اگر امکان رجوع به حاکم یا نایب ایشان نباشد لزوم اذن شریک برداشته می‌شود و مالک می‌تواند بدون اذن شریک دیگر مال را تسلیم کند و علت این امر نیز قاعده لاضرر است اما اگر در عقد شرکت، مالک به شریک خود شرط اجاره و تسلیم را کرده باشد، دیگر در موقع اجاره و تسلیم گرفتن اجازه ضرورت نخواهد داشت.^۲

اگر شریک بدون اجازه گرفتن از شریک دیگر و بدون رجوع به حاکم، مال را تسلیم کند چه ضمانت اجرایی وجود دارد؟ در این زمینه آیت‌الله گلپایگانی در حاشیه بر عروة الوثقی نوشته است: «لکن اذا اعصى و سلم یترتب علیه آثاره».^۳ آیت الله محمدحسن قدیری در کتاب الاجاره خود که آن نیز حاشیه و شرحی است بر عروة الوثقی، نوشته است: «نعم لو عصى و سلم بلا اذن تترتب علیه آثار القبض فی ملک الغیر. تمّ المعامله و لو کان تسلیم عاصياً».^۴

آیت الله محمد حسینی شیرازی در کتاب الفقه در این زمینه می‌گوید: «إذا سلم بدون الاذن صحّ التسلیم و إن کان عاصياً كما ذکر بعض المعلقین».^۵

قول این دسته از فقها حاکی از آن است که تسلیم بدون اذن، آثار تسلیم قانونی را دارد منتها چون مالک بدون اذن دیگری تصرف کرده، عاصی و ضامن است ولی ضامن منوط به ورود خسارت است.

۱. امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، ج ۲، صص ۵۹ و ۵۸.

۲. حسینی شیرازی، آیت‌الله... سیدمحمد، همان، ص ۳۲۰.

۳. حاشیه بر عروة الوثقی، تعلیقه حضرت امام خمینی، اراکی، گلپایگانی و خوئی، ص ۴۲۱.

۴. قدیری، آیت‌الله... محمدحسن، الاجاره، ص ۳۵۶.

۵. حسینی شیرازی، آیت‌الله... سیدمحمد، همان، ص ۳۱۹.

در حقوق موضوعه در ارتباط با این مساله می‌توان گفت اگر تسلیم بدون اذن صورت گرفته باشد شریک دیگر حق دارد تقاضای خلع ید از مستأجر را مطرح کند^۱ و دادگاه با استفاده از وحدت ملاک ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶ حکم به تخلیه خواهد داد. یعنی نسبت به کل ملک خلع ید خواهد شد و تصرف در آن تابع مقررات راجع به تصرف در مال مشاع است. رأی شماره ۵۴۸ مورخ ۱۳۲۹/۳/۲۴ دیوان کشور نیز همین امر را تأیید می‌کند: اگر مستأجری به اذن بعضی از شرکا متصرف باشد شرکای دیگر حق دارند خلع ید او را تقاضا کنند.^۲

۴ - ۲ - خیار

اشاعه سبب می‌شود که مستأجر نتواند استفاده مطلوب را از عین مستأجره ببرد و ناگاه خود را با دیگران شریک بیابد. لذا حسن نیت در معاملات ایجاب می‌کند که مالک وضعیت عین مستأجره را از لحاظ مشاع یا مفروز بودن به آگاهی مستأجر برساند تا وی با طیب خاطر و از روی اراده و آگاهی نسبت به انعقاد عقد اجاره اقدام کند. جاهل ماندن مستأجر نسبت به اشاعه او را در وضعیت ناخواسته و ضرری قرار می‌دهد. فلذا جهت رهایی از آن نیاز به حمایت مقنن دارد و حمایت مقنن از چنین فردی به صورت اعطای حق فسخ یا کاستن از میزان مال الاجاره بروز می‌کند که موارد آن را بررسی می‌کنیم:

الف) خیار عیب:^۳ ممکن است کسی با یک نفر شریک در خانه‌ای باشد که چهار اتاق دارد. حال یکی از شرکا به تصور اینکه در حالت اشاعه نیز دو تا از اتاق‌ها متعلق به اوست اقدام به اجاره دادن دو اتاق می‌کند و مستأجر نیز به قصد اینکه دو اتاق مفروز اجاره می‌کند قبول کرده است. سپس مشخص می‌شود که مالکیت بر دو اتاق به صورت مشاعی بوده است پس $\frac{1}{4}$ از منافع چهار اتاق به صورت مشاع منتقل شده است نه دو اتاق مفروز. در این حالت مستأجر به جهت شرکت ناخواسته‌ای که با آن روبرو شده است خیار پیدا

۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان، ص ۳۸۰.

۲. متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی، ص ۲۶۰.

۳. کاتوزیان، دکتر ناصر، همان.

می‌کند. ولی چون در قانون مدنی اشاره به خیار شرکت نشده است ما در اینجا از خیار عیب استفاده می‌کنیم و برای اثبات آن به ماده ۴۷۹ قانون مدنی نیز استناد می‌کنیم که مبنای وجود خیار عیب را دشواری انتفاع قرار داده است. چرا که مسلم است که انتفاع از مال مشاع دشوارتر از مال مفروز است.

ب : خیار تبعض صنفه^۱

فرض دیگر قابل تصور این است که مستأجری خانه‌ای را به تصور اینکه کل ملك مثلاً خانه مال موجر است اجاره می‌کند. سپس معلوم می‌شود شريك يا شرکای دیگری وجود داشته است. لذا اجاره در سهم آنها باطل است. می‌بینیم که عقد اجاره به دو عقد منحل می‌شود. يك قسمت باطل است و قسمت دیگر صحیح است. در اینجا با توجه به ماده ۴۴۱ قانون مدنی برای مستأجر خیار تبعض صنفه ایجاد می‌شود. پس وی می‌تواند یا عقد را فسخ کند یا آن را نگه دارد و خواهان تعدیل مال الاجاره نسبت به بخش باقی مانده شود.

ج : اشتباه در شخصیت شريك^۲

فرض دیگر که قابل طرح است اینکه مستأجری قسمتی مشاع از ملكی را اجاره می‌کند به تصور اینکه کل ملك متعلق به موجر است و با موجر شريك در منافع خواهد شد ولی بعد معلوم می‌شود که موجر مالك مشاعی بوده است و شريك دیگر در کار بوده است و مستأجر ناخواسته خود را در انتفاع با شخص دیگری شريك می‌بیند. در اینجا، اینکه برای مستأجر خیاری هست یا نه، اختلاف نظر است. گروهی گفته‌اند که اگر شرکت با دیگران نقص منفعت باشد موجب خیار است^۳ و برخی دیگر گفته‌اند مطلقاً خیاری ندارد.^۴

۱. قدیری، آیت‌الله محمدحسن، همان، صص ۳۵۷ و ۳۵۸.

۲. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم، *عمروة الوثقی*، ج ۲، ص ۵۹۹.

۳. قدیری، آیت‌الله محمدحسن، همان، ص ۳۵۷.

۴. قول اخیر منسوب به میرزای نائینی است.

در حقوق موضوعه برخی اساتید چنین اظهارنظر کرده‌اند که اگر این امر به صورت صریح یا ضمنی در عقد شرط شده باشد؛ برای مستأجر از باب تخلف از شرط، خیار وجود دارد و گرنه صرف تصور مستأجر به اینکه کل ملک برای موجر است و با او شریک می‌شود نمی‌تواند موجب خیاری برای او بشود. زیرا این یک تصور شخصی است و ربطی به تراضی طرفین ندارد.^۱

به نظر می‌رسد برای جمع این دو دسته از نظرات علمای حقوق بهتر است گفته شود که اگر شرکت موجر با مستأجر به طور ضمنی یا صریح شده باشد تخلف از آن برای مستأجر خیار تخلف از شرط به وجود می‌آورد اما اگر طرفین در این باره چیزی نگفته باشند و از قرائن نیز چیزی بر نیاید آن وقت باید دید که اگر این شرکت با شخص بیگانه موجب نقصان منفعت یا صعوبت انتفاع باشد یا به گونه‌ای دیگر به ضرر مستأجر باشد، می‌توان بر آن شد که با توجه به ماده ۴۷۹ قانون مدنی که معیار عیب در عین مستأجره را به دست داده است مستأجر از باب خیار عیب حق فسخ دارد. مثلاً اگر زن آبرومندی خانه‌ای را از مرد شریفی به صورت مشاع اجاره کند به تصور اینکه با موجر شریک خواهد شد، ولی بعد متوجه می‌شود بقیه ملک متعلق به یک مرد لاقید و نابابی است که سکونت در آن خانه موجب بدنامی و عدم امنیت است. لذا برای رفع ضرر می‌توان به او حق فسخ داد.

ذکر این مطلب نیز مفید است که اگر موجر متعدد باشند و مستأجر واحد، مستأجر می‌تواند اعمال خیار را نسبت به برخی انجام بدهد و نسبت به برخی دیگر انجام ندهد. زیرا این امر موجب زیان آنها نیست. اما اگر موجر واحد و مستأجر متعدد باشند، ایشان اگر بر اعمال خیار توافق کنند، حق فسخ خواهند داشت و گرنه این امکان برای آنها نیست که برخی اعمال خیار کنند و برخی اعمال نکنند. زیرا این امر موجب تبعیض در اجاره می‌شود که به ضرر موجر است.

۵-۲- اقامه دعوی خلع ید توسط شریک:

یکی از مسائلی که در مورد مال مشاع مطرح می‌شود چگونگی طرح دعوی است. اینکه یکی از شرکا بدون دخالت دیگران می‌تواند اقامه دعوی کند یا نه، محل بحث و اختلاف است. در این زمینه نظر مشورתי اداره حقوقی در زیر آورده می‌شود.

سؤال بدین ترتیب مطرح شده است که هرگاه عین مستأجره ملك مشاع باشد آیا به درخواست یکی از شرکا، دادگاه می‌تواند حکم تخلیه را صادر کند یا خیر؟

درباره پرسش بالا اداره حقوقی در تاریخ ۱۳۵۰/۱۰/۱۵ طبق نظریه جلسه ۱۳۵۰/۹/۱۰ کمیسیون حقوق مدنی چنین پاسخ داده است: «مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی هر مالکی نسبت به مایملك خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد. چون مواد قانونی درباره شرکت در تجویز تصرفات شریک مشاع تنظیم شده است و مواد ۵۸۱ و ۵۸۲ قانون مزبور نیز دلالت بر ممنوعیت تصرفات چنین شریکی ندارد بلکه فقط مسئولیت شریک متصرف در قبال شرکای دیگر می‌باشد دعوی تخلیه هم از حقوق مسلم هر مالك است بنابراین تخلیه عین مستأجره به درخواست یکی از شرکا بلا اشکال است»^۱.

این سؤال يك بار دیگر در اداره حقوقی قوه قضائیه در سال ۱۳۶۱ مطرح می‌شود. اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه شماره ۷/۷۹۲ - ۱۳۶۱/۲/۱۳ به شرح زیر نظر مشورתי خود را ارائه کرده است: «در نقاطی که قانون روابط مؤجر و مستأجر اجرا می‌شود در موردی که مستأجر ملك مشاع راجع به پرداخت اجاره بهای یکی از مالکین مشاعی تخلف نموده باشد قطع نظر از مقررات قانون مدنی درباره املاك مشاعی و اجاره بهای ملك مشاعی موضوع ماده ۴۷۵ قانون مدنی، بر حسب مستفاد از صدر ماده ۱۴ قانون موجر و مستأجر، مالك و موجر سهم مشاعی می‌تواند نسبت به سهم مشاعی خود درخواست تخلیه از دادگاه بنماید و نحوه اجرای این حکم نیز در قسمت اخیر ماده ۱۴ مذکور به عبارت 'و محل تخلیه می‌شود' ذکر شده و مستفاد از عبارت مذکور این است که در مقام اجرای حکم شش‌دانگ

مورد اجاره باید تخلیه شود در این صورت بر حسب مستنبط از ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی و مقررات قانون مدنی در باب شرکت، تصرف محکوم‌له و موجر مربوط به ملك مشاع تخلیه شده، تابع مقررات املاك مشاع خواهد بود. با توجه به مراتب بالا که تخلیه سهم مشاع موجر مستلزم تخلیه شش‌دانگ مورد اجاره می‌باشد و اشاعه نیز مفید همین معنا است. لذا مالك و موجر سهم مشاع، علاوه بر اینکه حق درخواست تخلیه سهم مشاع خود را دارد، می‌تواند درخواست تخلیه شش‌دانگ مورد اجاره را نیز بنماید.^۱ این نظریه اداره حقوقی از آن لحاظ که نحوه اجرای حکم را نیز نشان داده است نسبت به نظریه قبلی کامل‌تر است.^۱

مشابه همین مسئله نزد قضات دادگاه‌های حقوقی دو تهران مطرح شده است که چهار نظر توسط این قضات ابراز شده است ما نیز عین سؤال و جواب را در زیر می‌آوریم.^۲

سؤال: در صورتی که دعوی تخلیه عین مستأجره توسط مالك مشاعی اقامه شده باشد، رسیدگی دادگاه و اجرای حکم چگونه خواهد بود؟ در تاریخ ۶۴/۱۱/۱۰ راجع به موضوع فوق چهار نظریه ابراز شد :

نظر اول: دعوی تخلیه که توسط مالك اقامه نشده است مسموع نیست. زیرا، بر فرض صدور حکم چنین حکمی قابل اجرا نیست. بدین معنی که اگر رأی نسبت به شش‌دانگ پلاک مورد دعوی اجرا شود، در واقع اولاً، تصرف در مال غیر شده است و ثانیاً، دادگاه بیش از میزان مالکیت خواهان و زاید برخواسته عمل نموده است و این برخلاف قانون است و اگر اجرای حکم محدود به میزان مالکیت محکوم‌له گردد چون حق استدامه تصرف برای محکوم‌علیه در ذرات مشاعی که مورد حکم نبوده است باقی است؛ عملاً خلع ید از او و تحویل محکوم‌به مقدور نمی‌باشد. علی‌هذا به علت عدم امکان اجرای حکم، دعوی مذکور قابل استماع نیست.

۱. بازگیر، یدالله، قانون مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور (صلح و اجاره)، ص ۲۱۲.

۲. نوبخت، حسین، اندیشه‌های قضایی، مسئله شماره ۶۸، ص ۸۳ به بعد.

نظر دوم: دعوی یاد شده قابل رسیدگی بوده النهایه قابل اجرا نمی‌باشد. بدین توضیح که اصل بر رسیدگی دادگاه است نسبت به دعاوی مطروحه مگر قانوناً تصریحی بر عدم رسیدگی باشد که در ما نحن فیه منعی در رسیدگی به نظر نمی‌رسد. بنابراین با توجه به مالکیت خواهان ولو به نحو اشاعه و به لحاظ ذی‌نفع بودن وی دادگاه قانوناً مکلف به رسیدگی است و الا مستتکف از احقاق حق خواهد بود البته اجرای حکم مشروط و موقوف است به اینکه مالک یا مالکین دیگر نیز درخواست تخلیه نمایند که در این صورت پس از صدور حکم راجع سهام سایر شرکا نسبت به کل شش‌دانگ ملک اجرائیه صادر خواهد شد.

نظر سوم: نه تنها دعاوی تخلیه ملک مشاع قابل استماع است بلکه رأی صادره نسبت به شش‌دانگ ملک قابل اجراست. زیرا هر چند خواهان چنین دعوایی مالک شش‌دانگ نیست و دادگاه فقط نسبت به حصه او رسیدگی و مبادرت به صدور حکم می‌نماید، لیکن چون مالک مشاع می‌تواند مانع تصرفات غیر مجاز در ذرات مشاعی ملک خود شود و این امر ملازمه با تخلیه ید از کل ذرات و در نتیجه از تمام شش‌دانگ ملک دارد. بنابراین محکوم له ملک مشاع نیز می‌تواند خواهان اجرائیه دائر بر تخلیه کل ملک شود، مضافاً با اتخاذ ملاک از ماده ۴۲ قانون اجرای احکام مدنی می‌توان کل ملک را تخلیه نمود.^۱

نظر چهارم: که به اکثریت آراء اعلام شد: با توجه به اصل ۱۵۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و مواد ۲ و ۳ قانون آئین دادرسی مدنی و ماده ۴۷۵ قانون مدنی دعوی تخلیه از طرف مالک مشاع هم در خور رسیدگی و هم به صورت وضع ید قابل اجراست. مالک مشاع نسبت به سهم خود مالک و ذی‌نفع بوده و این مقدار برای دادخواهی کافی است و دادگاه مرجع تظلمات عمومی و اصل رسیدگی به آن است و مستند قانونی بر عدم رسیدگی در این مورد وجود ندارد و تصور عدم امکان اجرای حکم رافع تکلیف نمی‌باشد. بنابراین نظریه اول دائر بر مسموع نبودن دعوی به علت عدم امکان اجرا مخدوش به نظر

۱. در تأیید این نظر رجوع کنید به: صفایی، دکتر سیدحسین، *مقالاتی درباره حقوق مدنی تطبیقی*، ص

می‌رسد و نظریه دوم مبنی بر موقوف الاجراء مانند رأی صادره نیز بی‌توجه است. چه علاوه از اینکه رأی مذکور به صورت وضع ید قابل اجراست، اساساً صدور رأی غیرقابل اجرا برخلاف اصول قضایی است و اصل بر لزوم و اعتبار و قابلیت اجرای حکم است و عمل عبت و اتخاذ تصمیم غیرقابل اجرا مخالف مقتضای کار محاکم است و نظریه سوم مبنی بر اجرای حکم نسبت به شش‌دانگ نیز خالی از اشکال نیست.

زیرا خلع ید متصرف از کل ملك مستلزم دخالت در سهم مشاع مالك یا مالکینی است که موافقت با آن ندارند و این امر علاوه بر اینکه تصرف در ملك غیر است اصولاً تجاوز از میزان خواسته و مفاد و منطبق حکم است و اتخاذ ملاک از ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی نیز صحیح نیست چه ماده مرقوم ناظر به تصرفات غاصبانه است که احد از مالکین می‌تواند نسبت به شش‌دانگ تقاضای اجرای خلع ید نماید در حالی که در قضیه مورد بحث متصرف مجاز یا مأذون و یا مستأجر می‌باشد. بنابراین در ما نحن فیه عدم اجرای حکم تخلیه ملك مشاع و نیز اجرای حکم نسبت به کل ملك صحیح و قانونی نخواهد بود. آنچه محمل قضایی و قانونی دارد اجرای رأی به صورت وضع ید می‌باشد یعنی بدون آنکه متصرف از کل مورد تصرف خلع ید شود با بقاء تصرف او ید محکوم‌له نیز در ذرات مشاعی تثبیت و مستقر می‌گردد تا او نیز بتواند نسبت به سهم خود به صورت مشاعی استیفای منفعت نماید. البته در این حالت با اجرای حکم بین متصرفین عملاً افزایش منافع (مهایات) صورت می‌گیرد».

در تأیید این نظریه می‌توان به حکم شماره ۲۴۴۱ مورخ ۱۳۲۵/۱۲/۲۸ شعبه شش دیوان عالی کشور اشاره کرد که می‌گوید: «برای هر يك از شرکا مانعی برای تخلیه و تسلیط ید لا اقل به سهم خود نیست»^۱.

از میان این نظرات نظریه چهارم قابل پذیرش به نظر می‌رسد. یعنی دادگاه مکلف است به تقاضای خلع ید یا تخلیه که توسط شريك ملك مشاع به طرفیت مستأجر کل ملك

۱. متین دفتری، احمد، مجموعه رویه قضایی، قسمت حقوقی، صص ۲۵۹ و ۲۶۰.

اقامه شده رسیدگی کند و اجرای حکم نیز به نحو وضع ید خواهد بود و در توجیه آن می‌توان گفت که ممکن است علی‌رغم تجاوز از حدود اذن از طرف مستأجر، شرکای دیگر راضی به ادامه تصرف مستأجر باشند و به این ترتیب هم حق شرکا و هم حق مستأجر رعایت خواهد شد.

۶-۲ - تقسیم مال الاجاره:

یکی از تصرفاتی که برای شریک منع شده است وصول طلب مشترك می‌باشد. زیرا این نوع از تصرف در مال مستلزم تصرف در حق دیگری نیز می‌باشد که با توجه به ضابطه موجود در مورد تصرف در مال مشاع جایز نبوده و موجب ضمان است و اخذ قسمتی از طلب توسط یکی از شرکا موجب آن نیست که شرکت از بین برود و حصه قبض شده ملك اختصاصی قابض بشود. زیرا این امر موجب تقسیم مال بدون اذن شریک دیگر است و شرکای دیگر به نسبت حصه شان در مال قبض شده شریک می‌باشند. از طرف دیگر مدیون چند طلبکار نمی‌تواند حق آنها را به یکی از آنها تسلیم کند. زیرا با این عمل حق غیر را به غیرداین داده است و ضمان به دنبال دارد.^۱

در بیع این بحث مطرح شده است که اگر مال مشاع فروخته شود آیا این شرکت به ثمن نیز منتقل می‌شود یا با فروش مال مشاع، شرکت موضوع خود را از دست داده است؟ در پاسخ به این سؤال باید عین معین را از کلی جدا کرد؛ به این ترتیب که اگر ثمن عین معین باشد قطعاً مشترك و مشاع است. زیرا هر جزء ثمن در برابر هر جزء مبیع قرار گرفته است و اگر ثمن کلی باشد که بر ذمه مدیون است، قابلیت تقسیم را ندارد این قول مشهور است. اما اقلیتی نیز گفته‌اند با فروش مال، شرکت موضوع خود را از دست داده است و همان‌گونه که سهم شرکا به تنهایی قابلیت ابراء و صلح را دارد، قابلیت تقسیم را نیز دارد، لذا مدیون به هر کدام دین جداگانه‌ای دارد.^۲

این سؤال در مورد اجاره مال مشاع نیز مطرح می‌شود که توسط همه مالکان به اجاره

۱. صفایی، دکتر سیدحسین، *مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، صص ۹۸ و ۹۹.

۲. کاتوزیان، دکتر ناصر، *عقود معین*، ج ۲، ص ۵۳.

داده شده است. در پاسخ می‌توان گفت که اگر مال الاجاره عین معین باشد مشترك بین مالکان خواهد بود اما اگر مال الاجاره کلی در ذمه باشد باز هم اختلاف بروز می‌کند ولی به نظر می‌رسد، برخلاف قول مشهور این دین در ذمه قابل تقسیم است. زیرا، همان‌گونه که امکان ابراء این دین توسط یکی از شرکا وجود دارد یا امکان ضمانت وجود دارد، می‌توان دینی را که به عنوان مال الاجاره در ذمه مستأجر است تقسیم کرد و مثلاً اجاره بهای شش ماه اول برای شریک اول و اجاره بهای شش ماه بعدی برای شریک دوم باشد. منتها این تقسیم باید با تراضی شرکا باشد و گرنه صرف دریافت قسمتی از مال الاجاره توسط یکی از آنها موجب تقسیم نیست. در توجیه این امر می‌توان گفت همان‌گونه که در تقسیم عین معین، یکی از شرکا نمی‌تواند قسمتی از آن را بدون موافقت شرکا دیگر به خود اختصاص دهد. در تقسیم کلی در ذمه نیز توافق شرکا در نحوه تقسیم شرط است. زیرا ممکن است پس از پرداخت جزئی از کلی فی الذمه به یکی از شرکا، مدیون، ورشکسته شده و قادر به پرداخت مابقی دین نباشد و لذا حق شریک دیگر از بین می‌رود.

آیا در مدت اجاره می‌توان عین مستأجره را تقسیم کرد؟ شرکا مال مشاع همان‌گونه که قبل از اجاره دادن می‌توانستند آن را تقسیم کنند، بعد از اجاره دادن نیز می‌توانند آن را تقسیم کنند و این تقسیم حق مستأجر را از بین نمی‌برد و مالکیت او بر منافع با تقسیم عین از بین نمی‌رود. پس اصطعکاک بین تقسیم عین مستأجره و حق مستأجر نیست. کمیسیون مشورتی آیین دادرسی مدنی اداره حقوقی در نظریه مورخ ۱۳۴۵/۱۲/۶ این نظر را تأیید کرده است^۱ ولی باید توجه داشت که اگر بخشی از مال مشاع به اجاره داده شده باشد و پس از تقسیم، آن بخش در سهم اختصاصی یکی از شرکا قرار گیرد، فقط او موجر خواهد بود و اجاره به او منتقل خواهد شد.

۳- مطالعه تطبیقی

۱. سلجوقی، محمود، مجموعه نظرات مشورتی اداره حقوقی دادگستری در زمینه مسائل مدنی، ص ۱۳۲.

در این قسمت از بحث اجاره مال مشاع به طور مختصر به بررسی موضوع در حقوق چند کشور می‌پردازیم؛

۳- ۱- حقوق عراق:

در دو موضع از قانون مدنی عراق به جواز اجاره مال مشاع اشارت رفته است. اول: ماده ۷۳۱ قانون مدنی مقرر داشته است که شریک می‌تواند سهم خود را به شریک دیگر یا به غیر اجاره بدهد.

و همین حکم در ماده ۱۰۶۱ قانون مدنی تکرار شده است و مقرر داشته است که شریک مال مشاع فقط می‌تواند سهم خود را به شریک یا غیرشریک اجاره بدهد، بدون اینکه احتیاجی به اذن قبلی یا اجازه بعدی شرکای دیگر داشته باشد. زیرا او در حدود حق خویش قراردادی منعقد کرده است ولی شریک نمی‌تواند حصه مفروزی را قبل از تقسیم مال مشاع بدون اذن صریح یا ضمنی شرکا دیگر به اجاره دهد. زیرا این گونه تصرف به منزله تصرف در مال غیر و فضولی است و اگر شرکای دیگر اجازه ندهند باطل است.^۱

۳- ۲- حقوق سوریه:

اصولاً مالك می‌تواند مال خود را به هر کس که خواست اجاره بدهد ولی در مورد مال مشاع چنین نیست و مالك فقط می‌تواند سهم خود را به شریک خود اجاره بدهد نه به غیر و اگر به غیرشریک اجاره داده شود اجاره باطل است و مؤجر مستحق اجرت المثل است نه اجرت المسمی. زیرا اجاره، تمليك منفعت است و منفعت جز با تسلیم قابل درك نیست و تسلیم مال مشاع نیز متعذر است اما شریک دیگر قادر به تسلیم حصه شریک دیگر می‌باشد و با آن تسلیم نیز مالك تمام منافع عین می‌شود.

اجاره مال مشاع به غیرشریک در يك صورت صحیح است و آن زمانی است که عین مستأجره قابلیت تقسیم را داشته و موجر آن را تقسیم کند و قسمت مفروز را تسلیم مستأجر

۱. دکتر صلاح‌الدین الناهی، محاضرات عن القانون المدني العراقي (حق ملکیت فی ذاته)، ص ۲۲۳.

کند.^۱

۳-۳ - حقوق مصر:

در حقوق مصر این اجاره در چند فرض مختلف بررسی شده است:

۱ - اگر یکی از شرکا کل ملك را به اجاره داده باشد اگر چه اجاره بین موجر و مستأجر صحیح است ولی حتی در حصه خود شريك نیز قابل اجرا نیست. زیرا او در این حالت قدرت بر تسلیم جزء مفروز را ندارد تا زمانی که تقسیم صورت بگیرد، حتی اگر به صورت تقسیم مهایاتی باشد. پس شرکای دیگر می‌توانند تخلیه ید مستأجر را بخواهند و مستأجر حتی در جزئی از مال نیز نمی‌تواند ید خود را نگه دارد ولی از طرف دیگر شرکا نیز نمی‌توانند او را مجبور کنند که منتظر تقسیم مال بماند ولی اگر خود منتظر شد و مال تقسیم شد، اجاره فقط در سهم مفروز موجر نافذ است.

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

۳ - موجر فقط سهم مشاع خود را به اجاره داده است در اینجا اجاره صحیح است ولی تسلیم عین مستأجره متعذر است و تا زمانی که تقسیم مال صورت نگرفته است مستأجر حتی بیش از حق موجر نخواهد داشت. در این حالت اکثریت شرکا حق خواهند داشت کل مال را به اجاره بدهند این اجاره در برابر موجر و مستأجر نافذ است و مستأجر فقط می‌تواند به شريك موجر رجوع کند.^۲

نتیجه‌گیری:

اصولاً تصرف در مال مشاع شامل دو دسته از تصرفات می‌باشد؛ یکی تصرفات حقوقی

۱. محمد سعید المحاسنی، الموجز فی قانون مدنی سوری، جزء اول، صص ۷۸ و ۷۷.

۲. عبدالرزاق السنهوری، دکتر احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۶ صص ۶۱ - ۶۵.

و دیگری تصرفات مادی و اداری است. در این میان تصرفات حقوقی شرکا در سهم خودشان مجاز می‌باشد و برای این امر احتیاجی به اذن قبلی یا اجازه بعدی شرکای دیگر ندارد. زیرا معمولاً این‌گونه تصرفات زینانی برای شرکای دیگر ندارد و مستلزم دخالت در حقوق آنان نیست و در واقع تصرف حقوقی در عالم اعتبار، که حقوق افراد از هم جداست، صورت می‌گیرد ولی با این حال اگر تصرف حقوقی يك شريك موجب ضرر شريك دیگر باشد دیگر جایز نخواهد بود مگر اینکه ترك تصرف موجب ضرر خود شريك باشد که این صورت جایز است. وحدت ملاك ماده ۱۳۲ قانون مدنی نیز همین امر را تأیید می‌کند.

ماده ۴۷۵ قانون مدنی نیز صحت اجاره مال مشاع را تأیید کرده و مقرر داشته که اجاره مال مشاع جایز است. این حکم مورد قبول اجماعی فقهای شیعه است و در این مورد فرقی بین اجاره به شريك و غیرشريك قائل نشده‌اند و در هر دو حال حکم به صحت داده‌اند. در حالی که گروهی از فقهای عامه از جمله ابوحنیفه، اجاره مال مشاع به شريك را قبول و اجاره آن به غیر شريك را فاسد دانسته است.

دسته دوم تصرفات در مال مشاع تصرف مادی و اداری است که چون ملازمه با تصرف و دخالت در حق دیگران دارد باید با اذن شرکای دیگر باشد. این است که ماده ۴۷۵ قانون مدنی به دنبال تجویز اجاره مال مشاع تسلیم آنرا منوط به اجازه و اذن شريك دیگر کرده است. پس اگر یکی از شرکا سهم خود را به اجاره داد باید از شرکای دیگر برای تسلیم عین مستأجره اذن بگیرد و اگر آنان از دادن اذن خودداری کنند وی می‌تواند به حاکم رجوع کند و حاکم آنها ملزم به تسلیم از راه تقسیم عین یا تقسیم مهایاتی خواهد کرد و اگر باز امتناع کردند حاکم از باب اینکه ولی ممتنع است خود اجازه خواهد داد. حال اگر شريك بدون اجازه گرفتن از شرکا یا بدون مراجعه به حاکم خود مال مشاع را تسلیم کند چه ضمانت اجرایی وجود دارد؟ فقها اکثراً از جمله شیخ محمد حسن نجفی، آیت الله قدیری و آیت‌الله حسینی شیرازی گفته‌اند هر چند حکم تکلیفی حرمت تصرف در مال غیر (لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل) زیرا گذاشته شده است ولی این حرمت سرایت به حکم وضعی نمی‌کند در

نتیجه تسلیم صحیح بوده و آثار تسلیم قانونی بر آن بار می‌شود جز اینکه اگر مستأجر در مال تصرف کند موجب ضمان است. ولی در حقوق موضوعه باید گفت علاوه بر اینکه این تسلیم موجب ضمان است، شرکای دیگر می‌تواند خلع ید چنین مستأجری را نیز از دادگاه تقاضا کنند.

از نظر حقوق تطبیقی نیز وضعیت حقوق عراق تا حدودی مشابه حقوق ماست ولی در حقوق سوریه تحت تأثیر فقه عامه اجاره سهم مشاع به غیر شریک اجازه داده نشده است و حقوق مصر در این زمینه تا حدودی متفاوت از حقوق ایران و عراق است زیرا اصولاً تصرف در حال مال مشاع از جمله اجاره به تصمیم اکثریت واگذار شده است حتی ممکن است به رغم اینکه شریکی سهم خود را به اجاره داده است اکثریت تصمیم به اجاره دادن مال به کس دیگری بگیرند که در نتیجه، اجاره سهم مشاع شریک قابلیت استناد در برابر دیگر شرکا را از دست خواهد داد.

منابع :

الف - فارسی

- ۱ - امامی، دکتر سیدحسن، حقوق مدنی، ج ۲، نشر اسلامیه، چ چهارم، ۱۳۷۷.
- ۲ - بازگیر، یدالله، صلح و اجاره و احکام راجع به آنها، انتشارات فردوسی، چ اول، تهران، ۱۳۷۹.
- ۳ - سلجوقی، محمود، مجموعه آرا مشورتی اداره حقوقی دادگستری، بی جا، بی تا.
- ۴ - صفایی، دکتر سیدحسین، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، چ اول، تهران، ۱۳۷۵.
- ۵ - طاهری، حبیب ا...، حقوق مدنی، ج ۴، انتشارات جامعه مدرسین قم، چ اول، ۱۳۷۵.
- ۶ - عدل، مصطفی، حقوق مدنی، نشر امیرکبیر، چ هفتم، تهران، ۱۳۴۲.
- ۷ - کاتوزیان، دکتر ناصر، اموال و مالکیت، نشر دادگستر، چ دوم، تهران، ۱۳۷۸.
- ۸ - _____، عقود معین، ج ۱، نشر انتشار، چ هفتم، تهران، ۱۳۷۸.

- ۹ - _____ ، عقود معین، ج ۲ ، ناشر گنج دانش، چ پنجم، تهران، ۱۳۷۹.
- ۱۰ - متین، احمد ، مجموعه رویه قضایی، چ دوم، انتشارات کیهان، تهران، ۱۳۵۸.
- ۱۱ - نوبخت، یوسف، اندیشه‌های قضایی، انتشارات کیهان، چ دوم، تهران، ۱۳۶۸.
- ب - عربی
- ۱ - انباهی، دکتر صلاح الدین، محاضرات عن قانون مدنی عراقی.
- ۲ - حسینی شیرازی، آیت الله سید محمد، الفقه، ج ۵۷ ، نشر مؤسسه دارالعلوم بیروت، ۱۴۰۹ هـ ق.
- ۳ - رشتی، میرزا حبیب الله، اجاره، چ سنگی، ۱۳۲۰ هـ - ق.
- ۴ - سعید المحاسنی، محمد، موجز فی قانون مدنی سوری، ج اول، دمشق، ۱۹۳۷ میلادی.
- ۵ - عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه، ج ۷ ، نشر مؤسسه آل البيت ، ۱۳۲۴ هـ ق.أ
- ۶ - شیخ طوسی (ابوجعفر محمد طوسی)، المبسوط فی فقه الامامیه، نشر مکتب مرتضویه، ۱۳۸۸ هـ ق .
- ۷ - عبدالرزاق السنهوری، دکتر احمد، الوسیط فی الشرح قانون المدنی المصر، نشر دارالاحیاء، بیروت، ۱۹۷۰ میلادی.
- ۸ - طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، عروة الوثقی، چ دوم، تهران، ۱۳۷۷ هـ ق.
- ۹ - قدیری، آیت الله محمد حسن، الاجاره، انتشارات حوزه علمیه قم، چ اول، ۱۳۷۷.
- ۱۰ - محقق کرکی، جامع المقاصد، ج ۷ ، نشر مؤسسه آل البيت، بیروت، چ اول، ۴۱۱ هـ ق .
- ۱۱ - نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۷ ، نشر دارالکتب اسلامیه، چ دوم، ۱۴۰۹ هـ ق.