

تحلیل امکان، ماهیت و ساختار فروش مال مشاع در فقه و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱

تاریخ تأیید: ۱۴۰۱/۷/۲۵

محمد مهدی الشریف*

رضا قاسمی رستمی**

سیدمحمدصادق طباطبایی***

چکیده

31

با وجود اینکه قانون مدنی تنها در یک ماده مجمل و کلی، به بحث فروش مال مشاع پرداخته است، در دو قانون امور حسبی و افراز و فروش املاک مشاعی، قانونگذار پیش از انقلاب به تبیین مقررات بیع مال مشترک به نحو مبسوط، پرداخته است. عده‌ای بر این اساس باور دارند که قوانین اخیر، اجمال قانون مدنی در خصوص موضوع یاد شده را از میان برده‌اند. رویه قضایی نیز بر همین عقیده است و هم اکنون دعاوی مرتبط با فروش مال مشاعی، با آن دو قانون تعیین تکلیف می‌شود. اما ابهام از آنجا شروع شد که فقهای شورای نگهبان در پی نظرخواهی صورت گرفته از آنها، اطلاق برخی مواد قانون افراز و فروش املاک مشاعی و آیین نامه مرتبط با آن را در فرضی که همه شرکاء راضی به تقسیم نباشند، خلاف شرع و باطل اعلام کرد. تفتن در آن نظریه نشان می‌دهد، فقهای شورای نگهبان بر خلاف رویه قضایی و آنچه در آن دو قانون آمده است، برای تشریح فروش مال مشاع، صرف احراز غیر قابل تقسیم بودن آن را کافی نمی‌دانند، بلکه به عقیده ایشان، علاوه بر شرط مذکور، احراز دو عنصر ضرر و امتناع شرکاء نیز ضروری است.

واژگان کلیدی: مال مشاع، تقسیم، بیع فهری، نفی ضرر، ولایت بر ممتنع

* دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان (alsharif46@yahoo.com).

** قاضی دادگستری و دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان/ نویسنده مسئول

(ghasemi.rostami@yahoo.com).

*** دانشیار گروه حقوق دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان (tabatabaei@ase.ui.ac.ir).

مقدمه

بیشتر فقها در تعریف شرکت، به تعریفی که محقق حلّی در «شرائع الاسلام» بیان کرده، بسنده نموده و صرفاً به بازگویی آن پرداخته‌اند (علامه حلّی، ۱۴۱۴، ج ۱۶، ص ۳۰۷/بحرالعلوم، ۱۴۰۳، ج ۱، ص ۹۲/نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۲۸۴/مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۴، ص ۱۲۱/اراکسی، ۱۴۱۵، ج ۱، ص ۱۷۱) در آنجا صاحب شرائع، شرکت را «اجتماع حقوق مالکین در شی واحد به نحو اشاعه تعریف کرده است» (محقق حلّی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۱۰۵). هرچند می‌توان اقوال دیگری را نیز یافت که با تعریف اخیر دارای تفاوت‌هایی در ظاهر است، اما قانون مدنی در ماده ۵۷۱ نیز همان را پذیرفته است.

اما تقسیم نیز که ارتباط تنگاتنگی با بحث شرکت دارد، «تمییز حصه بعض شرکاء از بعض دیگر» (خمینی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۶۲۷)، «تعیین حق برای هریک از شرکاء» (قمی، ۱۴۱۲، ج ۱۹، ص ۲۶۲)، یا تعیین نصیب برای هریک از شرکا از مال مشترک (اردبیلی، ۱۴۱۴، ص ۱۱۴) معرفی شده است. در همه این تعاریف، «تمییز» رکن جدا نشدنی تقسیم و منظور از آن، اخراج مال مشاع از اشتراک و به تعبیری دقیق‌تر تشخیص و تعیین بخشیدن به مال مشترک برای خروج از اشاعه است (گلپایگانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۴۴).

قسمت به وسیله افراز، قسمت به تعدیل و قسمت به رد به‌عنوان سه نوع از انواع تقسیم به رسمیت شناخته شده است. بر این مبنا، چنان چه مال مشاع دارای اجزاء برابر باشد، به نسبت سهم شرکا «افراز» می‌گردد. اگر مال مشترک دارای اجزای مساوی نباشند، «قسمت به تعدیل» مجری خواهد بود (خویی، ۱۴۱۰، ص ۱۲) و اگر در جایی که مال یا اموال مشترک مثلی نباشند و به‌رغم قیمی بودن نیز قیمت یکسانی نداشته باشند، می‌بایست با توجه به قیمت آنها و برای رعایت تعدیل سهام که رکن جدایی‌ناپذیر تقسیم است، به یکی از سهم‌ها چیز دیگری مانند پول ضمیمه گردد، که این را «قسمت به رد» گویند (فاضل لنگرانی، ۱۴۲۵، ص ۱۱۷). مهم آن است که بدانیم تا جایی که بتوان انواع تقسیم را اعمال کرد، نوبت به فروش نمی‌رسد و این خود نشان از اهمیت بررسی قواعد تقسیم در این مختصر دارد.

اما جدای از اینها، آنچه تردید برمی‌انگیزد، آن است که هرچند کم و بیش، قواعد مربوط به تقسیم مال مشاع، در قانون مدنی انعکاس یافته، ولی مباحث مرتبط با فروش اموال مشاعی، بجز طرح در یک ماده که ناگفته پیداست نمی‌تواند پاسخ‌گوی ابهامات باشد، مسکوت گذاشته شده است. شاید دلیل این مساله را بتوان وجود اختلاف نظر میان صاحب نظران یا قصد احتمالی

نگارندگان آن قانون برای بیان مختصر قواعدی از این دست دانست.

در این باره هر چند می‌توان گفت که به‌رغم اجمال قانون مدنی، در دو قانون «امور حسبی» و «افراز و فروش املاک مشاع»، مقرراتی برای فروش مال مشترک وضع شده است و این وضعیت دیگر نباید ابهامی در چگونگی مکانیسم فروش مال مشاع در حقوق ایران داشت، ولی باید باور داشت که در واقع این گونه نیست؛ چراکه به قواعد منصوص در آن دو قانون هم نمی‌توان به‌طور کامل تکیه کرد. درست است که در آن قوانین، قانونگذار (به ترتیب)، برای فروش اموال منقول یا غیر منقول (به‌طور کلی) و اموال غیر منقولی که جریان ثبتي آنها پایان پذیرفته (به‌صورت جزئی)، تدابیر خاصی را در نظر گرفته و با طرح تشریفات که همگی حول محور احراز غیر قابل تقسیم بودن مال می‌چرخد، به شرکاء مال مشاع اجازه داده است که از دادگاه، فروش مال مشاع را درخواست کنند و در عمل نیز مراجع قضایی به آن قواعد پای بند هستند، اما پس از صدور نظریه مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰ فقهای شورای نگهبان، در خلاف شرع اعلام کردن برخی مواد قانون افراز و فروش املاک مشاع، باید به رویه حاکم بر دادگاه‌ها با تردید جدی نگریست.

33

اگر چه قبل از صدور آن نظریه، به نظر می‌رسید که قوانین مذکور، سکوت قانون مدنی درباره ساز و کار فروش اموال مشترک را برطرف ساخته‌اند، ولی نظریه یاد شده که ایراد شرعی نبودن مکانیسم فروش در یکی از آن دو قانون را مطرح ساخت، همه این معادلات را بر هم زد و پیچیدگی‌های جدیدی ایجاد کرد. در آنجا، فقهای شورای نگهبان، بدون ذکر دقیق مبانی استدلال خود، در پاسخ به سوال مطروحه درباره قانون افراز و فروش املاک مشاع، اطلاق بعضی از مواد قانون ذکر شده و آیین نامه مرتبط با آن را در مواردی که همه شرکاء راضی به فروش نباشند، خلاف شرع دانسته و مردم را به فتوای یکی از فقهای معاصر برای حل مشکل ارجاع داده‌اند.

ولو اینکه در نظریه مذکور، شورای نگهبان صرفاً بعضی از مقررات «قانون افراز و فروش املاک مشاع» و آیین نامه آن را باطل کرده و در ظاهر نیز تعرضی به قانون امور حسبی ننموده است، اما نمی‌توان به راحتی از مصون ماندن قانون یاد شده از ایراد غیر شرعی بودن سخن گفت. زیرا با تفتن در بنیان‌های نظریه که از سابقه فقهی موجود نشأت می‌گیرد، می‌توان نتیجه گرفت که اگر قرار باشد راه استناد به مقررات قانون «افراز و فروش املاک مشاع» بسته شود، به سبب وحدت طریقی که قانون «امور حسبی» در این مسیر پیموده است، نمی‌توان ساختار مذکور در آن قانون را نیز بدون اشکال تلقی کرد.

اینها همه درحالیست که تا کنون در این موضوع، رساله علمی معتبر یا مقالاتی از این دست نیز انتشار نیافته و این خود اهمیت این مساله را دو چندان می‌سازد. بعبارت دیگر، بررسی‌های اجمالی نشان می‌دهد که نه تنها با این عنوان خاص، تاکنون اثری پژوهشی منتشر نشده است، بلکه کتابهایی که مخصوصا با محوریت عقد شرکت، توسط حقوق دانان برجسته و صاحب نظران علم حقوق در ایران نیز به چاپ رسیده است، (همان‌گونه که در ادامه اشاراتی به برخی از آنها می‌شود) یا به بحث حاضر وارد نشده یا اینکه به صورت گذرا از کنار موضوع مورد تحقیق گذشته‌اند که روشن است، نمی‌تواند پاسخگوی ابهامات و جوابگوی معضلات موجود باشد.

به هر تقدیر در این نوشتار، برای واکاوی مبانی و سازو کار فروش اموال مشاعی، نخست باید امکان اجبار شرکاء به تقسیم مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد. زیرا اگر امکان اجبار شرکا به فروش مال را بپذیریم، تنها زمانی این محقق خواهد شد که تقسیم و به تبع آن امکان اجبار شریکان به قسمت مال مشترک ممکن نباشد. فلذا تا قواعد مربوط به امکان سنجی اجبار شرکاء به تقسیم بررسی نگردد، مباحث مربوط به فروش نیز ناقص خواهد ماند. سپس ضرورت دارد که مشخص شود، مواد باطل شده از قانون «افراز و فروش املاک مشاع» و آیین نامه آن، با کدام یک از احکام شرعی مغایرت داشته که باطل اعلام شده‌اند؟ متعاقب آن بررسی گردد که در بحث مربوط به فروش اموال مشاع چه ترتیبی باید توسط دادگاه‌ها اتخاذ شود؟ فراتر از این، تحقیق شود که آیا اصولا می‌توان شرکاء را با لحاظ اینکه فروش مال مشاع منجر به تضییع حقوق آنها و محرومیتشان از تسلط بر مال خویش می‌شود، مجبور به فروش نمود؟ اگر پاسخ مثبت است، شیوه آن چگونه است؟ و اگر هم امکان اجبار وجود ندارد، تکلیف ضررهای احتمالی، چه خواهد شد؟

۱. اجبار شرکا در تقسیم

همانگونه که اشاره شد، بواسطه ترتب طولی تقسیم بر فروش مال مشترک، ابتدا برای رسیدن به مقصد نهایی این نوشته، باید به شرح قواعد مربوط به تقسیم پرداخت. البته نگارندگان خود باور دارند که این بحث می‌تواند خالی از نوآوری تلقی شود، ولیکن گسست‌ناپذیری ارتباط بین تقسیم و فروش، چاره‌ای جز این باقی نمی‌گذارد. هرچند به‌رغم این، تلاش می‌شود، مباحثی که کمتر به آنها پرداخته شده است، مورد بحث قرار گیرد. به هر روی این مباحث را با این سوالات آغاز می‌کنیم که چه زمانی حاکم (دادگاه) می‌تواند شرکاء را اجبار به تقسیم کند؟ و این امر در کدامین مصادیق با

مانع مواجهه است، تا به سبب تقدم تقسيم بر فروش، برای برهم زدن اشاعه، تنها راه در فروش سهم مشاع خلاصه شود؟

۱-۱. جایگاه اجبار شرکا در تقسیم

یافتن پاسخ پرسش‌های بالا، منوط به تشریح جواب این سوال است که اگر یک یا چند نفر از شرکا، رضی به تقسیم نباشند، آیا می‌توان بدون توجه به عدم رضایت آنها، ممتنعین را به قسمت مال مشترک اجبار کرد؟ قانون مدنی در این باره بعد از اینکه در ماده ۵۸۹، به هر شریک المال اجازه داده است که هر وقت می‌خواهد، تقاضای تقسیم مال مشترک را نماید، در ادامه همان ماده و همین طور مواد ۵۹۱، ۵۹۲، ۵۹۳ و ۵۹۵ استثنائاتی برای آن حکم کلی وضع کرده است که از آنها برمی‌آید، بجز آنجایی که شرکا به وجه ملزومی، ملتزم بر عدم تقسیم شده‌اند یا تقسیم به تضييع مال منجر می‌شود، اجبار، منوط به احراز وجود یا نبود ضرر در تقسیم است. اما نکته اصلی اینجاست که تقسیم چه نسبتی با رضایت شرکا دارد؟

35

جدای از اینکه در ماده ۵۹۱ قانون مدنی، تراضی شرکا بر هر چیزی برتری داده شده است، توسل به اطلاق ادله نفی ضرر و ضرار نیز برای پاسخ به آن سوال می‌تواند راهگشا باشد و به این جهت، فراروی تقسیم بدون رضایت، مانع جدی قرار دهد. بعلاوه باید تسلط اشخاص بر اموالشان نیز به‌عنوان یک اصل غیر قابل خدشه، مورد توجه قرار گیرد؛ از این رو بدون رضایت شرکا نمی‌توان آنها را مجبور به تقسیم کرد که در غیر این صورت، با غضب مال شریک ناراضی مواجه خواهیم شد (سینی مازندرانی، ۱۴۲۷، ص ۱۶۴). اما در مقابل نادیده گرفتن حق شریک متقاضی تقسیمی که بقای بر اشاعه به ضرر او تمام خواهد شد نیز قابل چشم‌پوشی نیست (رشتی، ۱۴۰۱، ج ۱، ص ۶۶). فلذا باید برای رفع آن نیز چاره‌اندیشی کرد. به تعبیری دقیق‌تر، پرداختن به ضرر نشأت گرفته از تقسیم یا فروش همه ماجرا نیست، بلکه ضرورت دارد که چگونگی دفع ضرر برگرفته از اشاعه نیز مورد توجه قرار گیرد.

در تقابل میان ضرر شریک ممتنع که بر اساس نادیده گرفتن اصل تسلط او بر مال خویش واقع می‌شود و نیز ضرر وارده به شریک یا شرکای متقاضی تقسیم که بواسطه بقای بر اشاعه حادث می‌گردد، در زمانی که ضرر اشاعه بر ضرر حاصله از نفی سلطه شریک یا شرکاء ممتنع بر مال مشترک، چیرگی دارد، برخی فقها که نظرشان با مصالح عملی سازگارتر است، اجبار به تقسیم را

به‌عنوان راهکاری که در حل تقابل میان دو ضرر، جریان دارد، پیشنهاد داده‌اند (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۲۲۱). هرچند بر اساس این نظر، اگر ضررها با هم مساوی باشند، نمی‌توان هیچ یک را بر دیگری برتری داد و برای رفع مشکل، باید به قرعه روی آورد (گیلانی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۸۱۷). در مقابل اقلیتی هم معتقدند که نمی‌توان جبران ضرر وارده به دیگری را با ورود ضرر به سایر مالکین، یعنی مقابله ضرر با ضرر که نتیجه آن چیزی بجز نادیده‌گرفتن حقوق متقاضی تقسیم نیست، پوشش داد (کاشف‌الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۱، ص ۲۴).

به هر حال با وصف رجحان عقیده گروه اول از فقها، با توجه به ماهیت متفاوتی که بر هر یک از انواع تقسیم حکم فرماست، باید امکان اجبار شرکا در انواع آن نیز به صورت مجزا مورد بررسی قرار گیرد، تا در نهایت، راه برای واکاوی قواعد فروش مال مشترک هموار گردد.

۱-۲. امکان اجبار شرکا در انواع تقسیم

شبهه‌ای وجود ندارد که صحت و مشروعیت تقسیم، متوقف بر جدا سازی سهام شرکا به نحو عادلانه است. چه اینکه هدف تقسیم چیزی جز این نیست. اما با توجه به تفاوت ماهوی که برای رسیدن به جداسازی سهام در اقسام تقسیم وجود دارد، ساز و کار تعدیل یا مشروعیت اجبار به قسمت هم در هر یک از آن انواع سه گانه، متفاوت خواهد بود. بعلاوه بر اساس مبنای «نفی ضرر» نیز که می‌توان آن را محور اصلی مباحث حاضر دانست، همه اقسام تقسیم در عرض هم قرار ندارند، بلکه میان آنها هم نوعی ترتب طولی برقرار است.

در واقع، تقسیم به وسیله افراز و قسمت به تعدیل، از تقسیم به رد، ضرر کمتری متوجه شرکا می‌سازند، پس در اولویت می‌باشند. بی شک همه آنها نیز از فروش مال مشاع (در صورت پذیرش) زیان کمتری به بار خواهند آورد؛ لذا با شرایطی بر فروش تقدم دارند؛ چراکه لااقل در انواع سه گانه تقسیم، سلطه شرکا بر مال مشاع حفظ می‌شود. این درحالیست که در فروش، اصل تسلیط بنابر مصالحی به طور کامل زیر پا گذاشته می‌شود که باید تا حد امکان از آن اجتناب کرد.

روشن است، بجز زمانی که تقسیم به تضييع مال مشاع منجر می‌شود، دلیلی ندارد که حاکم توافق شرکا در خصوص نحوه توزیع سهام را نادیده بگیرد. زیرا این مقتضای قاعده تسلیط است که هر شریک المال می‌تواند بجز در موارد استثنایی، در مال خود هر نوع تصرفی را انجام دهد. در مقابل در صورت عدم تراضی شرکا است که بحث اجبار به تقسیم یا فروش مطرح می‌شود و بر آن

اساس می‌توان با شرایطی مستتکفین را مجبور به تقسیم کرد. اگر چه هر نوع تقسیمی نیز بر شرکاء اجبار نمی‌شود. یعنی هرچند در قسمت به افراز یا تعدیل، با توجه به ماهیت آنها و نوع اموال مشترک، بواسطه عدم تحمیل ضرر بر شریک یا شرکاء ممتنع، مانعی به لحاظ شرعی برای اجباری نیست، ولی به اعتقاد بیشتر فقها، در تقسیم به رد، قضیه متفاوت است و اجبار راهی ندارد. زیرا در این حالت، قسمت مشتمل بر «نوعی معاوضه» است و معاوضه بدون تراضی نیز چون که در نهایت به «ضرر» شرکاء منجر می‌شود، بی‌معنی خواهد بود (عاملی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۳۲۰). این موضوع در مواد ۵۹۱ و ۵۹۲ قانون مدنی نیز به نوعی مورد توجه قرار گرفته است. آنجایی که اجبار شرکاء بعلت اینکه بیم ورود ضرر بر آنها می‌رود، منع شده است و البته تقسیم مشتمل بر رد، آن هم بدون رضایت شرکا نیز یکی از مصادیق ضرر تلقی می‌شود. هرچند همان گونه که در ادامه خواهیم گفت، یگانه مصداق آن نخواهد بود.

۱-۳. ضررهای مانع تقسیم

ماده ۵۹۳ قانون مدنی^۱، به بیان معیارهای ضرر مانع از تقسیم پرداخته است. صرف نظر از آن، سابقه فقهی مرتبط با این بحث هم نشان می‌دهد که برای ضررهای مانع تقسیم، می‌توان انواع دیگری را نیز برشمرد. البته این جدای از ملاکهایی است که امکان دارد عرف و عادت در هر زمان و مکانی، ارائه نماید (گیلانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۸۱۷).

اولین قسم همان است که ماده مرقوم از آن نام برده و آن ضرری است که باعث نقصان در قیمت می‌شود. نقصانی که عرف نمی‌تواند به سادگی از آن چشم‌پوشی نماید (مکارم شیرازی، ۱۳۹۵، جلسه ۹۴، ۱۳۹۵/۱۲/۹).

دیگری، زیانی است که به کسری عین منجر شود (یعنی باوجود اینکه در قیمت نقصی حاصل نمی‌شود، ولی تقسیم به کمی عین منتهی می‌گردد)؛ مثلاً خانه‌هایی که فرسوده ولی قابل استفاده‌اند را معمولاً به علت آنکه عمارت در آنها قیمتی ندارد، به قیمت زمین می‌فروشند. در اینجا اگر شرکا عمارت را نصف کنند، ولو اینکه از قیمت مال کم نشده، در عین آن، نقصانی پدید آمده است. پس بر این مبنا لازم نیست که زیان همواره در قیمت باشد، اگر در عین نیز حتی بدون کسری قیمت،

۱ ماده ۵۹۳ قانون مدنی: «ضرری که مانع از تقسیم می‌شود عبارت است از نقصان فاحش قیمت بمقداری که عاده قابل مسامحه نباشد».

کمبودی ایجاد شود و این به کاهش منافع بینجامد، در نهایت ضرر محقق خواهد شد (همان).
 مصداق دیگر، لطمه ایست که باعث می‌شود، دیگر نتوان از مال مشترک نفعی حاصل کرد.
 یعنی ممنوعیت تقسیم در حالتی که به کلی مال از قیمت می‌افتد. مثل تقسیم ظرفی متعلق به عهد
 باستان که تمام ارزش مالی آن با تقسیم احتمالی، از بین خواهد رفت (همان).
 در نهایت، آسیبی که باعث می‌شود انتفاعی که سابقاً در حالت اشاعه از مال حاصل می‌شد،
 پس از تقسیم بدست نیاید. فرض کنید، مال غیر منقولی که به‌عنوان حمام مورد استفاده قرار
 می‌گرفت، بعد از آن فقط به‌عنوان مسکن از آن قابل بهره‌برداری باشد که همین لطمه به انتفاع نیز به
 تنهایی از جمله زیانهای مانع تقسیم به شمار خواهد آمد (همان).
 بجز موارد بالا، می‌شود دو مصداق دیگر نیز برای ضرر مانع تقسیم بر شمرده؛ یکی حکم ماده
 ۵۹۵ قانون مدنی و دیگری «قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات
 مناسب فنی، اقتصادی» است.

شکی نیست که تقسیم با رضایت شرکا (به هر نحوی که توافق کنند) مجاز است و این را نیز نه
 تنها قانون به رسمیت شناخته، بلکه شارع مقدس نیز با آن مخالفتی ننموده و استثنائات هم مربوط به
 مواضع «عدم توافق» است. با این وجود ماده ۵۹۵ قانون مدنی، تقسیم که «متضمن افتادن تمام
 مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکا از مالیت باشد»، حتی با فرض ترازی نیز ممنوع
 شمرده است.

در بیان دلیل ممنوعیت گفته شده است که در این حالت، قسمت منجر به اسراف و تبذیر
 می‌گردد؛ لذا به سبب حرام بودن اسراف، نمی‌توان حکم به جواز آن صادر کرد (صدر، ۱۴۲۰،
 ص ۸۴). با وجود این، بر اساس نظر برخی دیگر از فقها، در این حالت نیز اگر بتوان، برای تقسیم
 نفعی عقلایی قابل شد، قسمت مال مشاع بدون اشکال است. زیرا به نظر آن عده، تنها علت عدم
 پذیرش تقسیم در این گونه موارد، حکایت آن بر سفاهت شرکا است. پس اگر بتوان در مصادیقی
 معلوم، فرض وجود نفع عقلایی بر این نوع تقسیم کرد، دیگر برای صحیح شمردن آن نیز مانعی
 وجود ندارد (اردبیلی، ۱۴۱۴، ص ۱۱۷ / سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷، ص ۱۷۶).

بجز حکم ماده یاد شده، در «قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و ایجاد قطعات
 مناسب فنی، اقتصادی» مصوب ۱۳۸۳/۱/۲۵ مجلس شورای اسلامی هم برای تقسیم، ممنوعیت
 جداگانه‌ای وضع شده است. در آن قانون، با تعیین نصاب مشخصی برای اراضی کشاورزی، تقسیم

زمین‌ها به قطعات کمتر از میزان تعیینی، ممنوع اعلام شده است. در واقع در آن جا، بدون تصور فروض چهارگانه ضرر یا ترس از اضاعه مال، دولت برای رعایت مصالح عامه مثل ارتقاء بهره‌وری کشاورزی، تقسیم را غیر مجاز شمرده است. پس اگر مورد معینی با مفاد آن مقرره منطبق باشد نیز حتی اگر شرکا تراضی کنند، همان قواعدی که در فروض مذکور بر تقسیم حکومت می‌کرد، در اینجا نیز حکم فرما خواهد شد.

۲. فروش مال مشاع

بر پایه آنچه تاکنون اشاره شد، پی بردیم که با وجود رضایت میان شریکان برای تقسیم مال مشاع یا عدم توافق میان آنان برای قسمت، قواعد تقسیم متفاوت است. در حالت اول، تا زمانی که تقسیم به اضاعه مال منجر نشود، توافق شرکاء معتبر است. اما وقتی که آنان برای تقسیم به نتیجه‌ای نمی‌رسند و از روی اضطراب به دادخواهی روی می‌آورند، حاکم برای قلع مادّه نزاع و با در نظر داشتن نوع مال مشترک، می‌تواند شریک یا شرکای مستنکف را مجبور به تقسیم به افراز یا تعدیل کند. بعلاوه بیان شد که اگر تقسیم به شکل افراز یا تعدیل امکان پذیر نباشد، اجبار به آن ممکن نیست و برای شریکان جز توافق بر قسمت (اگر ممنوع نباشد) یا بقای بر اشاعه، راهی باقی نمی‌ماند، لکن چون ماندن بر اشاعه هم خود نوعی ضرر است، با لحاظ قاعده نفی ضرر، ادامه شراکت نمی‌تواند راه حل نهایی باشد. در این جاست که می‌توان به‌عنوان آخرین راهکار، فروش مال مشترک را پیشنهاد داد.

۲-۱. فروش مال مشاع در قوانین موضوعه و رویه قضایی

گفتیم که هر چند در قانون مدنی، مفصلاً برخی از احکام شرکت و تقسیم مال مشترک به بحث گذاشته شده است، اما درباره فروش مال مشاع، بجز در مادّه ۵۹۴ آن قانون^۱، آن هم به‌نحو فرعی و گذرا که به سختی می‌توان از آن به یک قاعده کلی رسید، سخنی به میان نیامده است. البته این

۱ ماده ۵۹۴ قانون مدنی: «هرگاه قنات مشترک یا امثال آن خرابی پیدا کرده و محتاج به تنقیه یا تعمیر شود و یک یا چند نفر از شرکاء بر ضرر شریک یا شرکاء دیگر از شرکت در تنقیه یا تعمیر امتناع نمایند شریک یا شرکاء متضرر می‌توانند به حاکم رجوع نمایند در اینصورت اگر ملک قابل تقسیم نباشد حاکم می‌تواند برای قلع مادّه نزاع و دفع ضرر شریک ممتنع را به اقتضای موقع به شرکت در تنقیه یا تعمیر یا اجاره یا بیع سهم خود اجبار کند».

وضع در قوانین دیگر که به موضوع پرداخته‌اند، به گونه‌ای دیگر است.

در ماده ۳۱۷ قانون امور حسبی، اگر مال مشترک قابل تقسیم و تعدیل نباشد، امکان فروش آن به صورت یک اصل مورد قبول قرار گرفته است. به همین مناسبت نیز علی رغم اینکه، برخی ماده مرقوم را ناسازگار با اصول حقوقی بحساب آورده، ولی تصویب آن را مرتفع کننده دشواری‌های مردم برای رفع تنازعاتشان و جبران کننده سکوت قانون مدنی تلقی نموده‌اند (کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۱۳۷).

جدای از آنچه در قانون امور حسبی مصوب ۱۳۱۹ آمده است، در تاریخ ۱۳۵۷/۸/۲۲، قانون مهم دیگری تحت عنوان قانون «افراز و فروش املاک مشاع» به تصویب قانونگذار پیش از انقلاب رسید که در فروعی خاص، تشریفات فروش مال مشترک در صورت عدم رضایت شرکا را به کلی تغییر داد. در آن قانون، اگر جریان ثبتی مال غیر منقولی خاتمه یافته باشد، شرکا برای افراز باید به اداره ثبت محل وقوع ملک، مراجعه کنند. در این صورت اگر رئیس آن اداره، مال را غیر قابل افراز معرفی کرد، هریک از آنها برای رهایی از شرکت، می‌توانند به دادگاه مراجعه نمایند و به صرف یک «درخواست»، با «دستور» قاضی دادگاه، ملک مشترک به فروش می‌رسد.

با اوصاف ذکر شده، وضعیت کنونی رویه قضایی پیرامون فروش مال مشاع را می‌توان به این شکل شرح داد:

اول، در اموال منقول یا غیر منقولی که سابقه ثبتی ندارند، یا در جریان ثبت‌اند یا در میان شرکاء شخص محجور یا غایبی وجود دارد، با تقدیم «دادخواست» از سوی یک یا چند تن از شرکا به طرفیت سایر شریکان، قاضی دادگاه همین که مالکیت شرکاء بر مال مشترک را با میزان سهم هریک از آنها احراز کرد و سپس مال را با شرایطی که آمد، بر اساس نظریه کارشناسی، غیر قابل تقسیم دانست، بدون هیچ تحقیق یا اقدام دیگری، ممتنعین را بر مبنای ماده مذکور از قانون امور حسبی، با صدور «حکم» مقتضی، مجبور به بیع مال مشترک کرده و در نهایت ثمن حاصل از فروش را به نسبت سهام شرکا میان آنها تقسیم می‌کند.

دوم، اگر مال مشترک، غیر منقول و جریان ثبتی آن به اتمام رسیده باشد و رئیس اداره ثبت اسناد و املاک نیز ملک را غیر قابل افراز معرفی نماید و این تصمیم هم قطعیت یافته باشد، با ارائه

۱ بر اساس رای وحدت رویه شماره شماره ۳۵۳۰ مورخ ۱۳۶۰/۲/۷ هیات عمومی دیوان عالی کشور، تقسیم املاک محجورین و غایب مفقودالاثر از صلاحیت واحد ثبتی خارج دانسته و در صلاحیت دادگاه شناخته شده است.

«درخواست» از سوی شریک یا شرکاء متقاضی فروش (در عمل ارائه دادخواست)، محکمه به صرف احراز محتوای مواد یک و چهار از قانون افراز و فروش املاک مشاع، در قالب دادنامه‌ای مجزا به واحد اجرای احکام مدنی «دستور» قطعی فروش مال را با رعایت تشریفات قانون اجرای احکام مدنی، صادر می‌کند و براین اساس نیز ملک به مزایده گذاشته می‌شود.

۲-۲. فروش مال مشاع از دیدگاه فقها

جدای از آنچه هم اکنون بر دادگاه‌ها درخصوص فروش مال مشاع حاکم است، بر اساس نظرات فقهای که فروش را مجاز می‌دانند، برای جواز بیع مال مشاع، صرف احراز عدم امکان تقسیم و اجبار به آن، نمی‌تواند مجوز فروش بحساب آید، بلکه می‌بایست شرایط دیگری هم محقق شود تا بتوان با زیر پا گذاشتن اصل تسلیط، دست به فروش مال مشترک زد. به دیگر سخن، بر خلاف وضعیت حاضر محاکم، فقهای که فروش را تجویز کرده‌اند، حتی بر فرض خدشه‌ناپذیری اصل مالکیت مشاعی شرکاء و میزان سهام هریک، صرف احراز غیر قابل تقسیم بودن را کافی نمی‌دانند و این خود موضوع مهمی است که در ادامه بیشتر به آن خواهیم پرداخت.

در باب فروش مال مشاع، فقهای امامیه را می‌توان به دو گروه تقسیم کرد. عده‌ای که اعتقاد آنها نظر مشهور فقها تلقی شده است (طباطبایی حکیم، ۱۴۳۵، ص ۲۴۵) و مطلقاً فروش را نمی‌پذیرند و گروهی دیگر که با تحقق قیودی مشخص، با توسل به احکام ثانویه، به صحت فروش مال مشاع فتوا می‌دهند.

بر اساس عقیده گروه اول، بیع مال مشترک، حتی در فرض تنازع میان شرکاء و عدم امکان اجبار ایشان به تقسیم نیز ممکن نیست؛ چراکه این بر خلاف اصول «تسلیط» و «تجارت عن تراض» و متضمن ورود ضرر به شرکا است و دلیلی هم بر وجوب بیع مال مشترک وجود ندارد؛ لذا باید احتیاط را در پیش گرفت و در چنین مواردی به حداقل‌ها مثل انتزاع مال مشترک از شرکاء و توسل به اقداماتی نظیر اجاره دادن آن اکتفا و از فروش، پرهیز کرد؛ چراکه اصل عدم صحت بیع و نادرستی اجبار بر آن است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۶، ص ۳۱۴). این طیف از فقیهان امامیه ولو اینکه حتی اجاره مال مشاع و اجبار به آن، در صورت عدم امکان یا الزام به تقسیم را دارای توجیه تلقی می‌کنند، ولی با اتکاء به ظاهر نصوص، جواز خروج ملک از مالکیت مالک را نیازمند دلیل معتبری از کتاب،

سنت یا اجماع می‌دانند و البته معتقدند که از منابع مذکور، چنین چیزی برداشت نمی‌شود (به نقل از: حلی، [بی‌تا]، ص ۱۷۰). هر چند معلوم نیست، فقیهان یاد شده در مصادیقی مثل جواهرات که حتی قابل اجاره دادن هم نیستند برای قلع مادّه نزاع چه راه حلی مدنظر دارند؟ اگر چه برخی از آنها در این گونه موارد، تنها واگذاری شرکاء به خود تا زمان وقوع مصالحه میان ایشان را پیشنهاد داده‌اند (فاضل هندی، ۱۴۱۶، ص ۱۷۳)^۱ و ناگفته پیداست که این راه حل نه تنها کمکی به رفع تنازع نمی‌کند، بلکه حتی ممکن است به اختلافات نیز بیفزاید.

بر اساس نظر گروه دیگری از فقها، در صورت وقوع تخاصم و نزاع میان شرکاء در مالی که قابل تقسیم نیست و از راه‌های دیگری چون اجاره دادن آن یا تقسیم منافع با استفاده از مهایات هم رفع تنازع امکان ندارد، راهی بجز گشودن باب بیع قهری مال مشاع و جعل سلطه برای حاکم جهت فروش آن وجود ندارد. ایشان هر چند معتقدند، دلیل خاصی که دلالت بر ولایت حاکم در فروش مال مشترک کند، وجود ندارد ولی با تطبیق روایاتی چون حدیث نفی ضرر و ضرار بر مواردی که احتمال ورود زیان به شریک می‌رود، فروش را قابل توجیه می‌دانند (حلی، [بی‌تا]، ص ۱۷۰). این گروه از فقهاء، با ایراد به آنهایی که به‌رغم تجویز اجاره مال مشاع در فرض غیر قابل تقسیم بودن آن، بیع آن را مشروع نمی‌دانند، باور دارند که با همان استدلالاتی که اجاره، مجاز شمرده می‌شود، می‌توان ضمن توسعه سلطنت حاکم در این گونه موارد با توسل به عناوینی چون ولایت عامه فقیه، جلوگیری از اختلال در نظام یا حتی امر به معروف و نهی از منکر، فروش را نیز مجاز دانست. کما اینکه در غیر این صورت، بیم ایجاد هرج و مرج از جانب شرکاء یا حتی اختلال در نظام اجتماعی می‌رود و البته شکی در نفی این نتایج از سوی شارع مقدس هم وجود ندارد (همان، ص ۱۷۳).

۲-۳. فروش مال مشاع در نظریه شورای نگهبان

به‌رغم اینکه عده‌ای از فقیهان امامیه، فروش مال مشاع را با شروطی پذیرفته‌اند، به ذهن متبادر می‌شود که فقهای شورای نگهبان در مواجهه با نظر خواهی صورت گرفته از آنها درباره «قانون افراز و فروش املاک مشاع» که یکی از پر کاربردترین قوانین در بحث فروش مال مشاع است، به‌رغم امکان پیش‌بینی بروز اشکالات عملی، ظاهراً نظر فقهای مخالف فروش را ارجح دانسته‌اند. در نظریه مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰ فقهای شورای نگهبان، این گونه آمده است: «اطلاق مادّه ۴ قانون

^۱ «و لا یجب أن یباع المشترک مع التنازع و عدم امکان القسمة و انتفاء المهایاه بل یترک حتی یصطلح الشرکاء»

افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ و بخش اول ماده نه و نیز ماده ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور مصوب آذر ماه ۱۳۵۷ در مواردی که همه شرکاء راضی به فروش نباشند، خلاف موازین شرع تشخیص داده شد و به استناد اصل چهار قانون اساسی باطل اعلام می‌گردد». متعاقباً در بیان دلیل این نظریه، شورای مشورتی فقهی شورای نگهبان گفته است: «ماده مذکور خلاف نظر حضرت امام خمینی^ع در فقرات مختلف تحریرالوسیله و خلاف فتوای مقام معظم رهبری می‌باشد» و در نهایت نیز فتوای آیت الله خامنه‌ای، برای رهایی مردم از بلا تکلیفی پیشنهاد شده است.

در کتاب تحریرالوسیله، امام خمینی^ع با شرح مصادیقی در فتاوی‌یاد شده، به بیان احکام متفاوت تقسیم در فرض وجود ضرر یا غیر آن پرداخته است که حداقل از ظاهر آن، عدم جواز اجبار شرکای ممتنع به فروش در فروض مورد تنازع را نمی‌توان برداشت کرد (خمینی، [بی‌تا]، ج ۱، ص ۶۲۹). فتوای دیگری که آن شورا، برای موجه جلوه دادن عقیده خویش به آن استناد کرده نیز به لحاظ مفهومی، تفاوت چندی با نظر اخیر ندارد. پرسش و پاسخی که در «اجوبه الاستفتائات» آمده، بدین شرح است: «س: اگر یکی از ورثه، راضی به فروش سهم خود از باغ مشترک نشود، آیا جایز است شرکای دیگر یا یکی از مؤسسات دولتی او را ملزم به این کار کنند؟ ج: در صورتی که تقسیم و تفکیک سهام، امکان داشته باشد هیچ یک از شرکا و افراد دیگر حق ندارند یکی از شرکا را مجبور به فروش سهم خود کنند و در این موارد هر شریکی، فقط حق دارد از دیگران بخواهد که سهم او را جدا کنند، مگر آنکه مقررات قانونی خاصی از طرف حکومت اسلامی راجع به تقسیم و تفکیک باغی که دارای درخت است، وضع شده باشد که در این صورت رعایت آن مقررات واجب است. ولی اگر ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد، هریک از شرکا می‌توانند به حاکم شرع مراجعه کنند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود یا خرید سهم او ملزم نمایند» (خامنه‌ای، ۱۳۸۶، ص ۴۲۹).

به نظر می‌رسد فتاوی‌ی مذکور، به ویژه فتوای اخیر که به جواز فروش مال مشاع در صورت غیر قابل تقسیم بودن تصریح دارد، نه تنها هم داستان با نظریه شورای نگهبان نیست، بلکه برعکس با آن در تضاد است. در حقیقت این احتمال به ذهن متبادر می‌شود، به همان ترتیبی که فروش مال مشاع توسط بیشتر فقیهان مجاز شمرده شده است، قانون مورد بحث نیز اصدار دستور برای فروش مال مشترک را برای دادگاه مجاز شمرده است، پس دلیلی هم بر غیر شرعی اعلام کردن آن وجود ندارد!

با نگاهی به مشروح مذاکرات اعضای شورای نگهبان در تاریخ‌های ۱۳۹۲/۶/۲۷ و ۱۳۹۲/۷/۳، معلوم است که اطلاق مقررات قانون یاد شده و آیین نامه اجرائی آن به دو دلیل باطل اعلام شده است: اولاً فقهای شورای نگهبان فروش را مستلزم تصرف در اموال سایر شرکاء بدون اذن و اجازه ایشان می‌دانند و معتقدند چون که در آن مقررات با دخالت در سهم دیگران، شرکا مجبور به فروش سهام خود می‌شوند، حکم قانون مغایر شرع است. ثانیاً، به نظر آنها در مواد مذکور، از آنجاکه بدون اعمال نظر حاکم شرع، «دستور فروش» صادر می‌شود، نمی‌توان مبنای شرعی نیز برای آن مقررات یافت.

ابتدا به اشکال دوم می‌پردازیم؛ در این باره این سؤال مطرح می‌شود که مگر غیر از این است که در آن قانون، این دادگاه یا همان حاکم شرع است که «دستور» فروش را صادر می‌کند، پس دیگر ایراد عدم دخالت حاکم چه جایگاهی دارد؟ ممکن است در جواب گفته شود، بعلت آنکه غیر قابل افزایش بودن ملک را نه حاکم شرع، بلکه رئیس یک دستگاه دولتی (رئیس اداره ثبت محل وقوع ملک) احراز می‌کند و بجای صدور «حکم»، «دستور» بر فروش صادر می‌شود، شورای نگهبان این‌ها را خلاف احکام شرعی دانسته و مآلاً آن نظریه را اتخاذ کرده است. در مقابل می‌توان پاسخ داد، چه ایرادی دارد که قانونگذار، دستگاهی را به‌عنوان مرجع فنی احراز قابلیت تقسیم (دخیل در مباحث موضوعی نه حکمی) به رسمیت شناسد و به دادگاه این اختیار را بدهد که بر اساس آن نظریه کارشناسی، بجای حکم، دستور به فروش مال مشاع صادر کند؟ چراکه اگر ایراد، عدم اعمال نظر حاکم شرع باشد، صدور دستور هم خود قسمی از اقسام دخالت حاکم در امور «حکمی» محسوب می‌شود و النهایه آن اشکال را مرتفع می‌سازد. البته هرچند مراجعه به مشروح مذاکرات اعضای شورای نگهبان در زمان صدور نظریه مورد بحث، نشان می‌دهد که بعلت عدم احاطه کامل اعضا بر روند دادرسی در دادگاه‌ها و عدم التفات به نقش کارشناسی اداره ثبت، یکی از ایرادات به قانون مزبور عدم رسیدگی حاکم شرع یا دادگاه نسبت به غیرقابل افزایش بودن است، ولی با همه این احوال، با تدقیق در مبانی نظریه شورا، به نظر می‌رسد که اشکال اساسی به جایی دیگر باز گردد. در واقع، بالاخص با توجه به فتوای آیت الله خامنه‌ای که نشان می‌دهد، شورای نگهبان تمایلی برای سلب حق فروش مال مشاع از شریک متقاضی فروش ندارد، باید با مفروض دانستن پذیرش اصل فروش توسط شورا، دنبال این بود که شورای نگهبان در چه شرایطی بیع مال مشترک را مجاز می‌داند؟

اما در پاسخ به ایراد اول اجمالاً می‌توان گفت که قانون «افراز و فروش املاک مشاع» نیز تنها در فرض غیر قابل تفکیک بودن ملک مشاع، فروش را پذیرفته و این همان قیدی است که عده‌ای از فقها هم با احراز آن، فروش را موجه می‌دانند. در واقع همان گونه که بیان شد، در تقابل میان ضرر اشاعه و ضرری که از نفی تسلط شخص بر مال خویش حادث می‌شود، بسیاری نفی اشاعه را ترجیح داده‌اند و ترجیح نفی اشاعه نیز نتیجه‌ای جز اجبار ممتنع به بیع سهم خود ندارد، پس بر این پایه، ایراد تصرف در اموال شرکاء، بدون اذن یا اجازه ایشان نیز مرتفع خواهد شد. به‌رغم این، باید یاد آور شد که این بخشی از پاسخ است و همه ماجرا به اینجا ختم نمی‌شود.

با تدقیق در نظرات فقهای موافق فروش، معلوم است که ایشان برای تشریح دخالت حاکم در بیع قهری مال مشترک، احراز «امتناع» شریک از قبول فروش و احراز آن از سوی حاکم، در فرض ورود ضرر به شریک متقاضی فروش، را ضروری می‌دانند و بر همین مبنا تا این شرایط بدست نیاید، فروش را شرعی نمی‌پندارند. یعنی بر اساس دیدگاه آن‌ها، حاکم «تنها» در صورتی می‌تواند، شرکاء را به تقسیم یا در نهایت، فروش مال مشترک اجبار کند که با فرض وجود ضرر، ابتدائاً «امتناع» شریک را احراز نموده باشد. اما سوال اساسی اینجاست که شروط مذکور برای تشریح سلطه حاکم بر فروش مال، کجا بدست می‌آید؟ در جواب بدون درنگ می‌توان گفت که به صرف غیر قابل تقسیم دانستن ملک توسط اداره ثبت و درخواست متقاضی، شرایط برای اعمال ولایت حاکم یا دادگاه مهیا نیست. در واقع هر چند احراز غیر قابل تقسیم بودن مال مشترک یکی از شروط فروش مال مشاع است، ولی این شرط کافی نیست.

به عبارت دیگر تفتن در کلام فقهای که حکم به جواز فروش مال مشاع می‌دهند، روشن می‌سازد که هر چند همگی، اصل جواز اجبار شرکاء به فروش و لزوم احراز شرایطی فراتر از غیر قابل تقسیم بودن مال یا بیم اضاعه آن را قبول دارند، ولی در باب شروط پذیرش، میانشان اتفاق نظر وجود ندارد. گروهی با حصول شرایطی حداقلی، فروش را مجاز می‌دانند (اردبیلی، ۱۴۱۴، ص ۱۱۸) و دسته‌ای دیگر با رعایت تمامی جوانب احتیاط و نظر به استثنایی بودن آن، محدودیتها و قیود را افزایش داده‌اند. اگر چه به نظر می‌رسد، عقیده‌ای را می‌توان «قاعده ساز» توصیف کرد که همه قیدها و تمام فروضی که می‌تواند به تقسیم منجر شود را پیش‌بینی کرده و فروش را بعلت ضررهای

بعضاً جبران ناپذیرش، به‌عنوان «آخرین راهکار» پذیرفته باشد.^۱ حتی فراتر از این در صورت پذیرش فروش، با در اولویت قرار دادن بیع مال مشترک به سایر شرکاء، فروش مال مشاع به دیگران را تنها در فرض راضی نبودن دیگر شریکان به خرید یا فروش سهم خود، مجاز بداند (آل کاشف الغطاء، ۱۴۲۲، ج ۳، ص ۴۰۲).

به تعبیری بهتر، از آنجاکه همواره و در همه راه‌هایی که به گسیختن اشاعه منجر می‌شود، رضایت شریکان در اولویت قرار دارد، در حالتی هم که به ناچار از تقسیم دست شسته و سراغ سایر راهها می‌رویم، لحاظ رضایت شرکاء باید همچنان در اولویت باشد. پس شریکان می‌توانند بجای تسلیم در برابر فروش، به اجاره مال مشترک و تقسیم بهای حاصل از مال الاجاره میان خود یا تقسیم منافع به نحو مہایات رضایت دهند. درغیراین صورت، حاکم ایشان را به اجاره یا مہایات یا بیع، اجبار به صلح می‌کند (بر هر کدام تراضی داشتند همان مقدم است). حال اگر باز هم نتیجه‌ای حاصل نگردید، حاکم یا دادگاه می‌بایست شیوه‌ای را در اولویت قرار دهد که علاوه بر اینکه کمترین ضرر را به مستنکفین وارد می‌آورد، بهترین راه نیز برای رفع تنازع باشد. چه اینکه مجوز دخالت، در فرض «امتناع» و صرفاً برای «دفع ضرر» تشریح شده است. به دیگر سخن، اگر با اجاره دادن مال مشترک و دریافت عوض منافع، ضرر شریک متقاضی تقسیم، مرتفع شود و این برای قلع مادّه نزاع نیز بهترین راه حل باشد، باید به همین حد بسنده کرد. یا اگر بتوان منافع مال مشترک را به حسب اجزاء یا بر مبنای زمان یا مکان به نحو «مہایات» تقسیم کرد (مانند تقسیم منافع خانه‌ای که در دو طبقه میان دو نفر مشترک است، به صورتی که یکی از دو شریک از طبقه بالا و دیگری از طبقه پایین استفاده نماید) و با این چاره جویی نیز ضرر اشاعه، به شکل مورد تذکر از بین رود، نباید سراغ سایر روشها رفت. حتی اگر بتوان با فروش مال مشاع به خود شرکاء نیز از قلع مادّه نزاع اطمینان حاصل نمود، باز هم نمی‌توان حکم به بیع مال مشترک به اشخاص ثالث نمود. البته بدیهیست اگر هیچ یک از این راهها موثر واقع نشد و با درجریان قرارگرفتن سایر شرکاء و عرضه ملک به ایشان کسی حاضر به خرید سهم شریک ناراضی نشد، آن وقت است که می‌توان گفت امتناع شریکان به ضرر متقاضی فروش منجر می‌شود و با این استدلال، بیع مال مشترک به ثالث را

۱ «در صورت امتناع قسمت و عدم جواز اجبار و عدم توافق بر چیزی و دوام تنازع، حاکم صلح می‌نماید بین آنها یا به بیع یا اجاره یا مہایات و به هر کدام تراضی شد، متعین است و اگر بر هیچ یک تراضی نیست، حاکم اختیار می‌نماید یکی را که اقل محذوراً باشد، یا آنکه اشدّ محذوراً نباشد» (بهجت، ۱۴۲۶: ۱۶۳/۳).

به‌عنوان راه حل نهایی برای پایان دادن به نزاع میان شرکا، در قالب شناخته شده ی، ولایت حاکم بر ممتنع که در حقوق ما بی سابقه هم نیست، پیشنهاد کرد.^۱ اگر چه قبل از این، باید بررسی کرد که فروش سهم شریک متقاضی به‌نحو مستقل، بدون اینکه ضرری به او تحمیل شود نیز ممکن نیست. یعنی اگر برای خرید سهم شریک مذکور در همان حالت اشاعه، خریداری یافت شود که حاضر باشد با پرداخت قیمت عادلانه آن، در صف شرکاء وارد شود و با وصف مشاع بودن مال، آن را بخرد، بازهم نمی‌توان فروش تمامی مال مشترک را تجویز کرد. چه اینکه دیگر ضرری برای شریک متقاضی فروش باقی نمی‌ماند تا با تقدیم «لاضرر» بر «تسلیط»، حکم بر جواز فروش مال، صادر نمود (طباطبایی حکیم، ۱۴۳۵، ص ۲۴۵).

با این توضیحات در شرح ایراد شورای نگهبان، باید گفت که عمده اشکال به این برمی‌گردد که اجبار شریک یا شرکاء مخالف فروش، از آنجا که خلاف قاعده تسلیط است، می‌بایست توجیه شرعی داشته باشد و این اتفاق رخ نخواهد داد، مگر اینکه بتوان با توسل به «لاضرر» و احراز امتناع شریکان، جواز دخالت حاکم یا دادگاه را تشریح نمود. این درحالیست که صرف احراز غیر قابل تقسیم بودن مال مشاعی، نه تنها باعث نمی‌شود تا شرکای مخالف فروش را «ممتنع» دانست، بلکه بر آن اساس، مجوزی نیز برای اعمال ولایت حاکم ایجاد نخواهد شد؛ چراکه غیر قابل تقسیم بودن تنها یکی از مقدمات احراز ضرر است و همانگونه که گفتیم نه تنها برای احراز ضرر صرف غیر قابل تقسیم نبودن، کافی نیست بلکه احراز امتناع نیز تلازمی با غیر قابل تقسیم بودن ندارد؛ لذا به همین علت است که بدون تردید می‌توان به مخالفت مقررات منصوص در قوانین امور حسبی و افراز و فروش املاک مشاعی با شرع که به مکانیسم یاد شده توجهی نکرده‌اند، اشاره نمود.

جدای از آن توجیه شرعی، راهکار مذکور با مصالح عملی و عقل و منطق اقتصادی نیز تناسب بیشتری دارد. زیرا تا زمانی که بتوان، دفع ضرر را با روشی بجز فروش که نتیجه‌ای، جز محرومیت کامل شریک از تسلط بر مال مشترک و بهره‌برداری از عواید آن ندارد، جبران کرد، لزومی ندارد که همه مال را به فروش رساند. کما اینکه محقق خوبی نیز به‌عنوان یکی از فقهای شاخص معاصر در تایید این مهم، مستند پذیرش فروش مال مشاع در اینگونه موارد را سیره عقلاء می‌داند (به‌نقل از: طباطبایی حکیم، ۱۴۳۵، ص ۲۴۵).

۱ احکام مندرج در مواد ۱۱۳۰ و ۱۲۰۵ قانون مدنی که به ترتیب معروف به طلاق عسر و حرجی و استدانه می‌باشند، دقیقاً بر اساس این مکانیسم وضع گشته‌اند.

نتیجه

برخلاف آنچه در قانون افراز و فروش املاک مشاع و همین طور قانون امور حسبی آمده و رویه قضایی نیز به آن پای بند است، به صرف حاصل نشدن توافق برای قسمت و احراز غیر قابل تقسیم بودن مال مشاع، دادگاه نمی تواند با تقدیم «درخواست» یا «دادخواست» به طرفیت سایر شرکا، «دستور» یا «حکم» به فروش مال مشترک را صادر کند. چه اینکه این به خودی خود نمی تواند، مطابق با شرع و قانون اساسی تلقی شود.

بر اساس ساز و کار پذیرفته شده میان فقها، برای رفع تنازع میان شریکان و اجبار آنها به فروش، علاوه بر اینکه احراز ضرری بودن تقسیم مال مشاع، در فرض عدم توافق شرکاء یا ضائع شدن تمام یا بخشی از آن و همین طور کافی نبودن اجاره یا تقسیم منافع مال و البته نبود شخصی که حاضر به خرید جداگانه سهم مشاعی شریک ناراضی شود، ضرورت دارد، بلکه باید بر شریک یا شرکائی که موافق فروش نیستند نیز عنوان «ممتنع» صادق گردد تا سپس بتوان مآلاً برای حاکم نیز ولایت بر آنها را تصدیق نمود و این جز با عرضه مال به سایر شریکان و اعطای اختیار به آنها برای خرید سهم یا سهام شریک یا شرکای مخالف اشاعه، جهت اخراج از شرکت یا (در صورت تمایل مخالفان) قبول سهم یا سهام شریکان موافق اشاعه از سوی شریک متقاضی فروش، برای خرید سهم آنها با پرداخت قیمت عادلانه آن، حاصل نخواهد شد.

به عبارت دیگر محاکم برای صدور حکم یا دستور به فروش مال مشاع، علاوه بر طی مراحل یاد شده در احراز ضرری بودن بقای شریک متقاضی فروش بر اشاعه، می بایست برای جلوگیری از به فروش رفتن مال، به نحو مقتضی به شرکای مخالف نیز اختیار دهند تا بتوانند با پرداخت قیمت کارشناسی سهام خواهان قبل از صدور رأی، از فروش رفتن مال مشترک جلوگیری نمایند یا ساز و کاری طراحی کنند تا خواهان بتواند در صورت اعلام رضایت خواندگان، با پرداخت مبلغ کارشناسی شده حتی قبل از صدور حکم، سهم ایشان را اتبایع کند. زیرا در این فروض، از سوی مدعی علیهم، استنکافی رخ نداده است تا دادرسی دادگاه با حاکم دانستن «لا ضرر»، واجد «ولایت» بر ایشان، برای نادیده گرفتن اصل «تسلیط» بحساب آید. باید توجه کرد که در این مساله، عنوان امتناع موضوعیت دارد و ولایت حاکم نیز مقوم به آن عنوان است و تا حادث نشود، نمی توان برای حاکم ولایت ابتدایی بر ممتنع را متصور شد. شاید به دلیل چنین پیچیدگی هایی بوده که نویسنده فقیه قانون مدنی با سکوت از کنار بحث «فروش مال مشاع» عبور کرده است.

به هر روی اکنون باید گفت: اولاً بر اساس اصل چهارم قانون اساسی تمسک به قانون افراز و فروش املاک مشاع برای صدور «دستور فروش»، بدون توجه به قیودی که در نظریه شورای نگهبان آمده، فاقد هر گونه توجیه است و ثانياً برای فصل خصومت توسل به قانون امور حسبی نیز جایگاهی ندارد، چراکه حداقل این است که با آن توضیحات در خصوص فروش مال مشاع، حکم مقرر در آن قانون مجمل می‌نماید که البته اصل ۱۶۷ قانون اساسی در موارد اجمال قوانین، تمسک به منابع و فتاوی معتبر اسلامی را ضروری می‌داند و در آنها نیز ساختار فروش همان است که بر آن تأکید شد.

منابع

١. آل كاشف الغطاء، محمد حسين؛ تحرير المجلة؛ ج ١ و ٢، نجف اشرف: المكتبة المرتضوية، ١٣٥٩.
٢. آل كاشف الغطاء، محمد حسين؛ تحرير المجلة؛ ج ٣، قم: المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، ١٤٢٢ق.
٣. اراكي، محمد علي؛ كتاب البيع؛ ج ١، قم: مؤسسه در راه حق، ١٤١٥ق.
٤. بحر العلوم، محمد بن محمد تقى؛ بلغة الفقيه؛ ج ١، ج ٤، طهران: منشورات مكتبة الصادقؑ، ١٤٠٣ق.
٥. بهجت، محمد تقى؛ جامع المسائل؛ ج ٣، ج ٢، قم: دفتر معظم له، ١٤٢٦ق.
٦. حلّى، حسين؛ بحوث الفقهية؛ تحرير عز الدين بحر العلوم؛ [بى جا]: مؤسسه المنار، [بى تا].
٧. حلّى (علامه حلّى)، حسن بن يوسف بن مطهر؛ تذكرة الفقهاء؛ ج ١٦، ج ١، قم: مؤسسه آل البيتؑ، ١٤١٤ق.
٨. حلّى (محقق حلّى)، نجم الدين جعفر بن حسن؛ شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام؛ ج ٢، قم: مؤسسه اسماعيليان، ١٤٠٨ق.
٩. خامنه اى، سيد على؛ رسالة أجوبة الإستفتانات؛ ج ١٢، طهران: انتشارات بين المللى المهدي، ١٣٨٦.
١٠. خمينى، سيد روح الله؛ تحرير الوسيلة؛ ج ١، قم: مؤسسه مطبوعات دار العلم، [بى تا].
١١. خويى، سيد ابوالقاسم؛ تكملة المنهاج؛ قم: نشر مدينة العلم، ١٤١٠ق.
١٢. رشتى، ميرزا حبيب الله؛ كتاب القضاء؛ ج ٢، قم: دار القرآن الكريم، ١٤٠١ق.
١٣. سيفى مازندراني، على اكبر؛ دليل تحرير الوسيلة (الشركة والقسمه)؛ طهران: مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينىؑ، ١٤٢٧ق.
١٤. صدر، سيد محمد؛ ماوراء الفقه؛ ج ٥، بيروت: دار الأضواء للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤٢٠ق.
١٥. طباطبائى حكيم، محمد سعيد؛ مصباح المنهاج (المزارعة والمساقاة والجعالة والسبق والرماية والشركة والمضاربة والوديعة والعارية)؛ قم: دار الهلال، ١٤٣٥ق.
١٦. طباطبائى يزدي (صاحب عروه)، سيد محمد كاظم؛ تكملة العروة الوثقى؛ ج ٢، قم: كتابفروشى داورى، ١٤١٤ق.

۱۷. عاملی، زین‌الدین بن علی؛ مسالک‌الافهام إلى تنقيح شرائع الإسلام؛ ج ۴، قم: مؤسسة المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
۱۸. فاضل لنکرانی، محمد؛ تفصیل الشریعة (المضاربة، الشركة، المزارعة، المساقات، الدين و...); قم: مرکز فقهی ائمه اطهار^{علیهم‌السلام}، ۱۴۲۵ق.
۱۹. فاضل هندی، محمد بن حسن؛ كشف الثام عن قواعد الأحكام؛ ج ۱۰، قم: جماعة المدرسين فی الحوزة العلمية بقم، ۱۴۱۶ق.
۲۰. قمی، سید صادق؛ فقه الصادق؛ ج ۱۹، قم: دارالکتاب، ۱۴۱۲ق.
۲۱. کاشانی، سید محمود؛ حقوق مدنی / فرادادهای ویژه؛ تهران: میزان، ۱۳۸۸.
۲۲. گلپایگانی، سید محمد رضا؛ هدایة العباد؛ ج ۲، قم: دارالقرآن الکریم، ۱۴۱۳ق.
۲۳. گیلانی، ابوالقاسم بن محمد حسن؛ رسائل الميرزا القمی؛ ج ۲، قم: دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
۲۴. محقق داماد، سید مصطفی؛ قواعد فقه؛ ج ۳، ۱۲، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ق.
۲۵. مغنیه، محمد جواد؛ فقه الإمام الصادق^{علیه‌السلام}؛ ج ۴، ۲، قم: مؤسسه انصاریان، ۱۴۲۱ق.
۲۶. مکارم شیرازی، ناصر؛ مجموعه دروس خارج فقه (خارج فقه شرکت)؛ قم، مندرج در: makarem.ir، ۱۳۹۵.
۲۷. موسوی اردبیلی، سید عبدالکریم؛ فقه الشركة و کتاب التأمین؛ قم: مکتبه أميرالمؤمنین^{علیه‌السلام}، ۱۴۱۴ق.
۲۸. نجفی (صاحب جواهر)، محمد حسن؛ جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ ج ۲۶، ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی، ۱۴۰۴ق.