

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مشروح مذاکرات شورای نگهبان

سال ۱۳۹۲

بخش اول

(فروردین تا شهریور)

پژوهشگاه شورای نگهبان

سرشناسه: جمعی از پژوهشگران
عنوان و نام پدیدآور: مشروح مذاکرات شورای نگهبان، سال ۱۳۹۲، بخش اول (فروردین تا شهریور)
تحقیق و تنقیح جمعی از پژوهشگران.
مشخصات ناشر: تهران: شورای نگهبان، پژوهشکده شورای نگهبان، ۱۳۹۵.
ISBN : 978-600-8378-04-4
۱۳۴ ص.؛ ۲۲ × ۲۹ س.م.
وضعیت فهرست نویسی: فیپا
یادداشت: نمایه.
موضوع: شورای نگهبان -- صورت مذاکرات
موضوع: Shoraye negahban -- Publication of proceeding
رده بندی کنگره: ۱۳۹۲ م۹ش/۲۵۱۲ KMH
رده بندی دیویی: ۳۴۹/۵۵۰۵
شماره کتابشناسی ملی: ۴۴۵۱۴۶۱

مشروح مذاکرات شورای نگهبان سال ۱۳۹۲ بخش اول (فروردین تا شهریور)

تحقیق و تنقیح: جمعی از پژوهشگران به ترتیب حروف الفبا:

حسن افراسیابی، عمار امیری آرانی، محمدحسن باقری، محمدبرزگر خسروی، عباس حسن خانی، سعید رحمانیان، علی زمانیان
جهرمی، حمیدرضا صادقیان، سید محسن طاهری، حسین فاتحی زاده، کاظم کوهی اصفهانی و فهیم مصطفی زاده
پیاده سازی و تنظیم: سید حامد چاوشی، محمدحسن سامع، علیرضا صحت قول نیکی، یاسر مجاهد، رضا نادى زاده و سعید همّت یار

ناشر: پژوهشکده شورای نگهبان

چاپ اول: پاییز ۱۳۹۵ - تیراژ: ۱۰۰۰ جلد

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۸۳۷۸-۰۴-۴

قیمت: ۸۵۰۰۰ تومان

تهران، خیابان شهید سپهبد قرنی، کوچه شهید دهقانی نیا (خسرو سابق)، پلاک ۱۲

فکس: ۰۲۱- ۸۸۳۲۵۰۸۰

تلفن: ۰۲۱- ۸۸۳۲۵۰۴۵

www.shora-rc.ir

nashr@shora-rc.ir

مشروح مذاکرات جلسه ۱۳۹۲/۶/۲۷

مشمتمل بر موضوع زیر:

- بررسی نامه‌ی آقای سید محمدرضا حسینی منش مدعی خلاف شرع بودن ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع و بخش اول ماده (۹) و ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی همان قانون مصوب آذرماه ۱۳۵۷

بررسی نامه‌ی آقای سید محمدرضا حسینی منش مدعی خلاف شرع بودن ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع و بخش اول ماده (۹) و ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی همان قانون مصوب آذرماه ۱۳۵۷

منشی جلسه - آقای سید محمدرضا حسینی منش بنا بر اصل چهارم قانون اساسی^۱ تقاضای ابطال ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع، مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲^۲ و بخش اول ماده (۹) و نیز ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی همان قانون، مصوب آذرماه ۱۳۵۷ را دارند.^۳

آقای مؤمن - حالا من درباره‌ی نامه‌ی آقای سید محمدرضا حسینی منش، خدمتتان عرض می‌کنم. ایشان مدعی هستند که ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ و مواد

۱. اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر اینها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.»

۲. قانون افراز و فروش املاک مشاع مشتمل بر شش ماده و یک تبصره، پس از تصویب در جلسه‌ی مورخ ۱۳۵۶/۱۰/۱۱ مجلس شورای ملی، در تاریخ ۱۳۵۷/۸/۲۲ به تصویب مجلس سنا رسید.

۳. نامه‌ی آقای سید محمدرضا حسینی منش مبنی بر تقاضای ابطال ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع و بخش اول ماده (۹) و ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی همان قانون، به دلیل خلاف شرع بودن این مواد، در جلسات مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۷ و ۱۳۹۲/۷/۳ شورای نگهبان بررسی شد. فقهای شورای نگهبان بر اساس اختیار حاصل از اصل (۴) قانون اساسی، پس از بحث و بررسی نسبت به مفاد این نامه در جلسات مزبور، سرانجام نظر خود مبنی بر مغایرت اطلاق این مواد با موازین شرع را طی نامه‌ی شماره ۹۲/۳۰/۵۱۸۸۷ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰، به رئیس قوه‌ی قضائیه اعلام کردند.

(۹) و (۱۰) آیین‌نامه اجرایی همان قانون خلاف شرع است. قانون و آیین‌نامه‌اش را هم ضمیمه‌ی نامه کرده‌اند. این قانون به امضای رئیس مجلس سنا، دکتر سید محمد سجادی^۴ و آیین‌نامه‌ی آن به امضای آقای اسدالله مبشری^۵ وزیر دادگستری رسیده است. ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب مجلس شورای ملی و مجلس سنا این است: «ماده ۴- ملکی که به موجب تصمیم قطعی غیر قابل افراز تشخیص شود، با تقاضای هر یک از شرکا به‌دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود.» یعنی خانه‌ای است که [دو یا چند نفر در آن] شریک هستند، ولی سهم‌ها قابل افراز و جدا کردن نیست. اشکالی که ایشان کرده این است که خب، ممکن است بعضی از شرکا [راضی به فروش سهم خود از ملک مشاع نباشند].

آقای علیزاده - چون این قانون مربوط به امور ثبت است، من اول یک کمی توضیح بدهم تا [شفاف شود]. قدیم، افراز همه‌ی املاک را در دادگستری انجام می‌دادند؛ بعداً یک قانونی در سال ۱۳۵۶ تصویب شد که گفتند آنجایی که عملیات ثبتی ملک غیرمنقول تمام شده باشد، می‌شود افراز آن را از اداره‌ی ثبت درخواست کرد؛ لذا اداره‌ی ثبت آن را رسیدگی و بررسی می‌کند و اگر آن ملک، قابل افراز بود، نظر به افراز می‌دهد. البته طرفین هم این حق را دارند که نسبت به نظر اداره‌ی ثبت به دادگستری شکایت کنند. پس اگر دادگستری گفت این نظر اداره‌ی ثبت در مورد افراز یا عدم افراز صحیح است، اگر [نظر اداره‌ی ثبت] افراز بود یا [طرفین اصلاً به حکم افراز] اعتراض نکردند، ملک بر همان اساس افراز می‌شود و اگر ملک قابل افراز نبود و [اداره‌ی ثبت] نظر به غیر قابل افراز بودن ملک داد و دادگستری هم تأیید کرد، اینجا برای هر یک از شرکا این حق به وجود می‌آید که برود از دادگستری درخواست فروش بکند. در اینجا دادگستری دیگر حکم نمی‌دهد، بلکه دستور به فروش می‌دهد. این دستور فروش هم طبق قانون، قطعی است، منتها یک رأی وحدت رویه دیوان عالی کشور هم داریم که اگر یکی از شرکا یا بعضی یا همه محجور باشند، اداره‌ی ثبت حتی نمی‌تواند حکم به افراز این املاک بدهد و از اول باید مثل بقیه‌ی اموالی که در اداره‌ی ثبت، ثبت نشده به دادگستری بروند و دادگستری باید به

۴. دکتر سید محمد سجادی (۱۳۶۶-۱۲۷۸) رئیس مجلس سنای ایران طی سال‌های ۱۳۵۴ تا ۱۳۵۷.

۵. دکتر اسدالله مبشری (۱۳۶۹-۱۲۸۸) وزیر دادگستری در دولت موقت مهندس مهدی بازرگان.

آقای علیزاده - [ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع و آیین‌نامه‌ی آن] باید اصلاح بشود.

آقای مؤمن - آن وقت آقایان مجمع مشورتی [فقهی شورای نگهبان] در همین جلسه‌ی اخیر که داشتند، نظرشان را در خصوص این موضوع نوشته‌اند.

آقای علیزاده - بله، من نظرشان را می‌خوانم، بعد من هم در اینجا یک نظری دارم [که بیان می‌کنم]. «بررسی: موارد مورد شکایت، از این جهت که مستلزم تصرف در اموال سایر شرکا بدون اذن و اجازه ایشان می‌باشد، خلاف شرع دانسته شد و از نظر شرع، شخص می‌تواند فقط نسبت به سهم خود اقدام به فروش نماید.»^۲

آقای مدرسی‌بزدی - اگر بتواند بفروشد، می‌فروشد، اما اگر نتواند، چه کار کند؟

آقای علیزاده - در خود قانون مدنی یک ماده‌ای در این خصوص داریم.^۳ یکی از چیزهایی که موجب ضرر است و شما در شفعه هم فرمودید، مشارکت است. الآن در شفعه این‌طور است که من شریک می‌روم ملک را می‌فروشم، ولی شما می‌گویید شریک دیگر حق دارد آن پولی که خریدار داده را به او بدهد و کل ملک را خودش تصرف کند. علت و فلسفه‌ای که آقایان برای این حکم فرمودند، شرکت است. خود شرکت، موجب ضرر است. من با دیگری شریک هستم. به دادگاه می‌گویم: سهم من را جدا کنید. می‌گویند این ملک قابل افراز نیست. بعد هم به دادگاه می‌گویم حالا که این ملک مشاع قابل افراز نیست، بیایید این ملک را بفروشید. دادگاه هم وقتی ملک قابل افراز نبود، دستور فروش می‌دهد. فرض کنید من با حضرت آیت‌الله مؤمن یک خانه شراکتی داریم. من می‌روم درخواست افراز می‌کنم. از شهرداری نظر می‌خواهند. شهرداری می‌گوید با توجه به مقررات، این خانه قابل افراز نیست. آیا شما به من می‌گویید تا قیامت با این آقا شریک باش؟ البته این قانون یک کمی فراتر است. من نمی‌دانم آیا این قانون، اشکال شرعی دارد یا ندارد. اصلاً [ماده (۵۹۲)] قانون مدنی به‌طور کلی حکم کرده است که هر جا شرکت، موجب ضرر باشد، شریک می‌تواند درخواست فروش بکند و قابلیت افراز هم لازم نیست.

۲. نظر کارشناسی مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان، شماره ۹۲/ف/۶۴۴،

مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۶، قابل مشاهده در نشانی: <http://yon.ir/AKh8>

۳. ماده (۵۹۲) قانون مدنی: «ماده ۵۹۲- هرگاه تقسیم برای بعضی از شرکا مضر و برای بعضی دیگر بی‌ضرر باشد، در صورتی که تقاضا از طرف متضرر باشد طرف دیگر اجبار می‌شود و اگر برعکس تقاضا از طرف غیرمتضرر بشود، شریک متضرر اجبار بر تقسیم نمی‌شود.»

افراز یا عدم افراز آنها حکم بدهد.^۱ حکم فروش هم که همه‌جا با دادگستری است. حاج آقای مؤمن، الآن این آقای که شکایت کرده است، می‌گوید: وقتی [بر اساس ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع، ملک مشاع] قابل افراز نبود و دادگاه گفت این ملک قابل افراز نیست، هر یک از شرکا می‌تواند از دادگستری، حکم فروش آن ملک را درخواست بکند و دادگاه هم ملزم است که حکم به فروش بدهد. اینجا آقایان می‌فرمایند: این، خلاف شرع است.

آقای شبزنده‌دار - یعنی فروش کل ملک [مشاع، خلاف شرع است].

آقای مؤمن - کل ملک. اصل ماده (۴) این است: «ماده ۴- ملکی که به موجب تصمیم قطعی، غیر قابل افراز تشخیص شود، با تقاضای هر یک از شرکا به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود.» این ماده (۴) خود قانون [افراز و فروش املاک مشاع] است. آن وقت دو تا ماده [(۹) و (۱۰) آیین‌نامه‌ی اجرایی این قانون] هم به‌عنوان آیین‌نامه‌ی این ماده (۴) است. این ماده (۴) درباره‌ی ملکی است که آن را نمی‌شود افراز کرد.

آقای علیزاده - یا ملکی که مقررات، اجازه‌ی افرازش را نمی‌دهد. **آقای مؤمن -** بله، [اگر به هر دلیل، قابلیت افراز نداشته باشد]، باید فروخته شود.

آقای علیزاده - حالا وقتی قانون را ابطال کردید، آیین‌نامه‌ی آن هم که بر اساس قانون است، باطل می‌شود.

آقای مؤمن - آیین‌نامه‌اش هم از بین می‌رود.

۱. رأی وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عالی کشور در مورد صلاحیت دادگاه‌ها در مورد تعیین سهم الارث وارث محجور و مفقودالثر مصوب ۱۳۶۰/۲/۷: «نظر به اینکه مقنن به لحاظ حفظ حقوق محجورین و غایب مفقودالثر و رعایت مصلحت آنها طبق قسمت اخیر ماده (۳۱۳) قانون امور حسبی مقرر داشته است که در تقسیم ترکه اگر بین وراث محجور یا غایب باشد تقسیم به‌توسط نمایندگان آنها در دادگاه به‌عمل آید و با توجه به ماده (۳۲۶) همین قانون که به‌موجب آن مقررات قانون امور حسبی راجع به تقسیم ترکه در مورد تقسیم سایر اموال نیز جاری خواهد بود و نظر به اینکه ماده اول قانون افراز و فروش املاک مشاع که قانون عام است و بر طبق آن افراز املاکی که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته است، در صلاحیت واحد ثبتی محل شناخته شده، علی‌الاصول ناسخ ماده (۳۱۳) قانون امور حسبی که قانون خاص است نمی‌باشد، نظر شعبه پنجم دیوان عالی کشور که تقسیم املاک محجورین و غایب مفقودالثر را از صلاحیت واحد ثبتی خارج دانسته و در صلاحیت دادگاه شناخته است، صحیح و مطابق با موازین قانونی است. این رأی بر طبق ماده واحده قانون وحدت رویه مصوب تیرماه ۱۳۲۸ برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاه‌ها در موارد مشابه لازم‌الاتباع است.»

آقای مؤمن - نه، شرکا فقط می‌توانند نسبت به سهم خودشان درخواست فروش داشته باشند.

آقای علیزاده - نه.

آقای هاشمی‌شاهرودی - شریک می‌تواند درخواست فروش کل ملک را هم داشته باشد.

آقای علیزاده - کل را.

آقای مؤمن - خب، اطلاق حکم این ماده (۴) درست نیست.

آقای علیزاده - مشتری با وجود این شریک، خریدار سهم شریک دیگر نیست.

آقای مؤمن - نه، ممکن است خود شریک بگوید من سهم شریک دیگر را می‌خرم.

آقای هاشمی‌شاهرودی - خود شریک می‌خرد. اگر هم بخرد، با ضرر می‌خرد.

آقای مؤمن - نه.

آقای هاشمی‌شاهرودی - خب، با ضرر است. همه‌جا این جور است که شریک با ضرر می‌خرد.

آقای علیزاده - می‌گویند یک عربی شترش گم شد. نذر کرد که اگر پیدا شد به یک دینار بفروشد. شتر پیدا شد، ولی دید قیمتش یک دینار نیست [بلکه خیلی بیشتر است]؛ لذا یک گربه‌ای به گردن شتر بست و گفت: این شتر یک دینار، این گربه هم صد دینار و جدا از هم فروخته نمی‌شود! یک آدم صاحب‌دلی بر او گذشت و گفت: چه ارزان، اگر قلاده به گردن نداشت! ملک مشاع هم یک شریکی مثل قلاده به گردن آن شتر دارد که شاید آن را نصفه‌نیمه نمی‌خرد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - همه‌جا نسبت قیمت ملک با شریک، کمتر از قیمت بی‌شریک است و چون این، مالک نصف است، مالک آن قیمت بی‌شریک است نه قیمت با شریک.

آقای مدرسی‌یزدی - یک جاهایی عکسش است.

آقای هاشمی‌شاهرودی - نه، غالباً این جور است [که قیمت ملک با شریک، کمتر از قیمت بی‌شریک است].

آقای مؤمن - خیلی خب، پس در این موارد هست.

آقای هاشمی‌شاهرودی - دائماً و غالباً این گونه است.

آقای مؤمن - بله، همین است.

آقای علیزاده - حداقل اطلاق ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع، اشکال دارد.

آقای مؤمن - اشکالش همین اطلاق آن است.

آقای علیزاده - ولی واقعه غالباً همین طور است که حاج‌آقا [=

آیت‌الله هاشمی‌شاهرودی] می‌فرمایند.

آقای هاشمی‌شاهرودی - غالباً این جور است.

آقای مؤمن - [معمولاً با اعمال حق شفعه،] خود طرف که شریک دیگری است، می‌گوید من [سهم شریکم را] می‌خرم.

آقای هاشمی‌شاهرودی - شما خودتان ملک دارای حق شفعه را از کسی نمی‌خرید که طرف بتواند آن را برگرداند و از شما پس بگیرد.

آقای مؤمن - اما شاید من نخواهم همه‌ی خانه‌ام را بفروشم.

آقای هاشمی‌شاهرودی - چون من مالک نصفم و قیمت هم نصف می‌شود.

آقای مؤمن - خیلی خب.

آقای هاشمی‌شاهرودی - قیمتش ربع می‌شود.

آقای مؤمن - نه، نصف سهم خانه، مال من است.

آقای هاشمی‌شاهرودی - من مالک نصفم و باید قیمت نصف کل را بگیرم، اما چون با شریک می‌خواهم بفروشم، قیمت ربع می‌شود. **آقای یزدی -** چنین املاکی چون شریک دارد، معمولاً قیمتش کمی کم می‌شود.

آقای هاشمی‌شاهرودی - چون آن طرف حق شفعه دارد. چه کسی حاضر است برود یک چیزی را بخرد که ممکن است از او پس بگیرند.

آقای مدرسی‌یزدی - ممکن است شرکا در ملک مشاع، سه نفر یا بیشتر باشند که در این صورت، دیگر حق شفعه وجود ندارد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - بالاخره شریک یک حق شفعه دارد. این حق، درست است.

آقای مؤمن - خب، به هر حال اگر بخواهد بفروشد، باید این حق را داشته باشد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - با وجود شریک، معمولاً قیمت ملک کمتر می‌شود و در حق فروشنده اجحاف می‌شود.

آقای مؤمن - پس باید اطلاق ماده (۴) اشکال داشته باشد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - کسی که نمی‌خواهد بفروشد، سهمش بیشتر است دیگر.

آقای مؤمن - ما هم همین را می‌خواهیم بگوییم.

آقای هاشمی‌شاهرودی - اجحاف می‌شود دیگر.

آقای مؤمن - ماده (۴) قانون افراز، مطلق گفته است؛ یعنی بدون اینکه به شریک بگویند تو بیا این را چیز کن [= سهم شریک دیگر را بخرد،] می‌گویند همه را دادگاه بفروشد. اطلاق این حکم که دادگاه همه‌ی ملک را بفروشد، اشکال دارد دیگر.

آقای علیزاده - من نمی‌دانم. حالا به هر حال، هر جور می‌خواهید، نظر بدهید، ولی این ماده (۴)، به این اطلاق که آقایان اعضای مجمع مشورتی فقهی قم فرموده‌اند خلاف شرع است، خلاف شرع نیست.

آقای مؤمن - چرا دیگر، خلاف شرع است که برای فروش ملک مشاع از شریک اجازه نگیرند.

آقای علیزاده - اگر می‌خواهید ایراد خلاف شرع بگیرید هم، تازه اطلاق خلاف شرع است.

آقای مؤمن - خیلی خوب.

آقای مدرسی یزدی - بله، آقایان اعضای مجمع مشورتی فقهی هم همین را می‌گویند.

آقای مؤمن - به اطلاق ایراد می‌گیرند. می‌گویند: اطلاق خلاف شرع است.

آقای شب‌زنده‌دار - [اطلاق ماده (۴)] اشکال دارد.

آقای علیزاده - نه، شما فرمودید بدون اذن شرکا، فروش ملک مشاع اشکال دارد؛ باید بفرمایید آنجایی که اثبات بشود شرکت موجب ضرر است، [فروش ملک مشاع اشکال ندارد].

آقای مؤمن - نه، نمی‌شود فرض کرد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - حالا این هم مسئله‌ای است، اگر شریکی می‌خواهد سهمش را بفروشد، خودش می‌رود با قیمت کمتر می‌فروشد.

آقای علیزاده - بله دیگر؛ در اینجا که اذن شریک و اطلاع آن را نمی‌خواهد دیگر.

آقای هاشمی‌شاهرودی - مراجعه به دادگاه هم نمی‌خواهد. این هم حرف خوبی است که آقای علیزاده می‌گوید.

آقای یزدی - بالاخره از نظر شرعی هر مالک و شریکی می‌تواند ملکش را بفروشد، ولی حق شفعه همین حق شرعی است که برای شریک دیگر وجود دارد و باید رعایت شود.

آقای علیزاده - الآن این قانون مربوط به آنجا نیست [که حق شفعه وجود دارد]؛ این قانون مربوط به جایی است که می‌گوید طرف می‌رود دادگاه و به دلیل غیر قابل‌افراز بودن ملک، فروش همه‌ی ملک مشاع را از دادگاه درخواست می‌کند.

آقای یزدی - اینکه خلاف شرع نیست.

آقای هاشمی‌شاهرودی - چون در فروختن سهم خودش مضر است؛ ولی خوب، این سهم خودش را می‌فروشد. این اصلاً اطلاق ندارد. این قانون اطلاق ندارد.

آقای مؤمن - اطلاق که دارد.

آقای علیزاده - بله، حالا ممکن است در اطلاق اشکال باشد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - در بعضی جاها این‌جوری نیست. حالا این قانون [افراز و فروش املاک مشاع] می‌گوید همه‌ی ملک مشاع را باید بفروشند؟

آقای مؤمن - بله، می‌گوید: «ملکی که به موجب تصمیم قطعی غیر قابل‌افراز تشخیص شود، با تقاضای هر یک از شرکا به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود».

آقای علیزاده - به نظر من آنچه اشکال دارد، اینجای ماده (۴) است که می‌گوید: «به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود».

اگر می‌خواهید به اطلاق اشکال وارد کنید، بفرمایید. واقعش این است که همان‌طور که همه‌ی شماها فرمودید، فروختن با وجود شریک، خودش موجب ضرر است.

آقای هاشمی‌شاهرودی - بله.

آقای علیزاده - این را باید در نظر داشت. واقعش این است که عمدتاً همین‌جور است. اما اگر می‌خواهید ایراد بگیرید، باید بفرمایید چون ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع همین‌طور می‌آید مطلقاً می‌گوید دادگاه، دستور فروش می‌دهد و این دستور قطعی است، اشکال دارد. خوب، طرف ممکن است اثبات بکند که آقا این اینجا اصلاً شرکت به ضرر نیست.

آقای هاشمی‌شاهرودی - مثلاً شرکا سه نفرند و حق شفعه در آن نیست.

آقای علیزاده - بله.

آقای مدرسی یزدی - ولی یک مطلب دیگر هم هست و آن در آنجایی است که می‌شود یک بخش از ملک مشاع را فروخت؛ خود شریک می‌تواند سهم مربوط به خودش را بفروشد. در اینجا چه احتیاجی به حاکم [= دادگاه] دارد؟

آقای هاشمی‌شاهرودی - بله.

آقای علیزاده - بله.

آقای مدرسی یزدی - چون خودش می‌توانسته بفروشد. شریک می‌توانسته سهمش را بفروشد. اینکه پیش حاکم رفته، به‌خاطر این است که نمی‌توانسته بفروشد یا ملکش را به قیمت پایین‌تر می‌خرند.

آقای هاشمی‌شاهرودی - به قیمت پایین‌تر می‌خرند.

آقای مؤمن - دو نفر باشند یا ده نفر باشند، وضعیت همین‌طور است.

آقای مدرسی یزدی - باید به مواد قبل و بعد این قانون هم دقت کرد.

مزایده به مرحله‌ی دوم افتاد و قیمت کمتر شد، یک طرفی می‌آید و همه‌ی این ملک یا خانه را می‌خرد و اسباب این می‌شود که در خانه و زندگی مردم نابسامانی ایجاد شود و وضعیتشان به هم بخورد. خب، به هر حال، شما با همه‌ی قیودی که می‌خواهید، اشکال این ماده را بفرمایید. خب در صورتی که بشود از شریک رضایت گرفت و او در فروش مال شریکش اذیت نمی‌کند که گرفتن دستور دادگاه برای فروش ملک درست نیست. کلیت [و اطلاق ماده (۴)] اشکال دارد، حالا منتها هر جور که می‌خواهید به آن قید بزنید.

آقای یزدی - هیچ قیدی ندارد؟

آقای مؤمن - نخیر، قیدی ندارد.

آقای یزدی - یعنی شریک بدون اطلاع شرکا می‌تواند اقدام کند؟

آقای مؤمن - بله.

آقای مدرسی یزدی - ملک هر کسی مال خودش است.

آقای یزدی - البته اگر شرکا در مورد سهم هم اختلاف پیدا کردند، حق دارند به دادگاه مراجعه کنند.

آقای هاشمی شاهرودی - بر اساس قوانین مدنی، ملک شراکتی، اول به شرکا عرضه می‌شود؛ برای فروش ملک مشاع، اول آن را به شرکا عرضه می‌کنند. حالا به هر جهت، بالاخره تقاضای مطرح در این نامه، ابطال قانون است. ما باید این قانون را بیاوریم و مواد قبل و بعدش را ببینیم.

آقای علیزاده - همین جا هست.

آقای هاشمی شاهرودی - خب بیاورید.

آقای مؤمن - همین است که برایتان می‌خوانم.

آقای هاشمی شاهرودی - چون بعید است قانون مدنی سابق [حکم خلاف شرعی داشته باشد].

آقای مؤمن - این ماده، در قانون افراز و فروش املاک مشاع است؛ در قانون مدنی نیست.

آقای علیزاده - بله، موضوع بحث، قانون مدنی نیست؛ قانونی به نام «قانون افراز و فروش املاک مشاع» است.

آقای مؤمن - من متن قانون را می‌خوانم: «قانون افراز و فروش املاک مشاع، مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲

ماده ۱- افراز املاک مشاع که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته اعم از اینکه در دفتر املاک ثبت شده یا نشده باشد، در صورتی که مورد تقاضای یک یا چند شریک باشد، با واحد ثبتی محلی خواهد بود که ملک مذکور در حوزه آن واقع است. واحد ثبتی با رعایت کلیه قوانین و مقررات، ملک مورد تقاضا را افراز می‌نماید.» خب این ماده، در رابطه با افراز املاک مشاع است. «تبصره- نسبت به ملک

آقای هاشمی شاهرودی - چون آنجایی که خودش می‌تواند به کمتر بفروشد، اگر به قیمت کمتر راضی باشد، آن را می‌فروشد، چرا برود شکایت کند؟

آقای مؤمن - یا به بیشتر.

آقای هاشمی شاهرودی - این شریکی که می‌رود شکایت می‌کند، در آنجایی است که می‌داند اگر خودش بخواهد بفروشد، قیمتش کمتر است.

آقای علیزاده - نه.

آقای مؤمن - نه، اینجا بحث شکایت نیست.

آقای علیزاده - شکایت نمی‌کند.

آقای هاشمی شاهرودی - چرا؟ می‌خواهد همه را بفروشد.

آقای علیزاده - این ماده مربوط به جایی است که همه‌ی شرکا با فروش ملک موافقت نمی‌کنند. این آقای شریکی که می‌خواهد سهم الشرکه‌اش را بفروشد، از دادگاه تقاضای فروش کل ملک را می‌کند.

آقای هاشمی شاهرودی - این ماده مربوط به جایی است که مثلاً کسی در یک واحد بیست متری شریک است و الآن اگر خودش بخواهد سهمش را بفروشد، لابد کمتر گیرش می‌آید یا اصلاً مشتری پیدا نمی‌کند. خیلی خب، جایی که برای خرید سهم الشرکه‌ی کم این شریک، مشتری نیست، [کل ملک را می‌فروشند تا مشتری پیدا شود].

آقای علیزاده - گاهی اتفاق می‌افتد که فقط همه‌ی ملک را می‌خرند.

آقای مؤمن - بله، همین است. اجازه بدهید من [این قسمت نامه‌ی آقای حسینی منش] را بخوانم. می‌گوید: «این ماده و مواد آیین‌نامه مرتبط با آن، مخالف قواعد شرع مقدس و فقه اثنا عشریه و موجب فروش مال غیر، بدون اذن صاحب آن است و موجب وارد شدن ضرر فاحش برای مالکانی شده است که راضی به فروش سهم خود از ملک مشاع نیستند. نیز این ماده می‌تواند با تبانی با یکی از مالکین دستاویزی به منظور تملک املاک مرغوب قرار گیرد که صاحبان آن توانایی خرید سهم شریک و یا شرکایی را که اقدام به فروش نموده‌اند را ندارند و متأسفانه در عمل نیز چنین است.» ایشان می‌گفت که عملاً این کار را می‌کنند که [بر اساس نظر کارشناسی، دادگاه] یک قیمتی روی ملک مشاع می‌گذارد، ولی کسی نمی‌آید آن ملک را - به‌خاطر اعتقاد به خلاف شرع بودن یا جهات دیگر- به آن قیمتی که خود دادگاه هم تعیین کرده است بخرد. بعداً مزایده را به مرتبه‌ی دوم می‌اندازند و خودشان می‌آیند قیمت کمتر پیشنهاد می‌دهند و به‌حسب قانون، وقتی

حکم این ماده (۴) ایراد دارد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - ولی کسانی که حق شفعه دارند [در خرید حصه‌ی شریک] مقدم‌اند.

آقای یزدی - این می‌گوید شریک مقدم است.

آقای مؤمن - چرا؟ مگر نمی‌خواهند بفروشند؟

آقای هاشمی‌شاهرودی - چه کسی مقدم است؟ شریک هم مثل بقیه است. اگر شریک حق شفعه ندارد، [تقدم هم ندارد].

آقای علیزاده - چون می‌خواهند مال خودش را هم بفروشند، [اشکال دارید؟].

آقای مؤمن - بله.

آقای علیزاده - نمی‌دانم، هر جور شما می‌گویید، ولی به طور کلی نفرمایید اصل [ماده (۴)] اشکال دارد.

آقای شب‌زنده‌دار - اصلش که اشکال ندارد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - بالاخره در مقدمه هم داشتیم که ملک مشاع به مزایده نرود. در مزایده می‌رود، او هم بخرد.

آقای علیزاده - بله.

آقای مؤمن - ولی خوب، نمی‌خواهد بفروشد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - چه کسی می‌گوید [شریک برای خرید] مقدم است؟

آقای علیزاده - وقتی شریک در خرید مقدم است که فروش این ملک به مزایده گذاشته شود.

آقای هاشمی‌شاهرودی - بله، چون یک کسی ممکن است با قیمت بیشتری بخرد.

آقای مؤمن - اگر نمی‌خواهد بفروشد، چطور؟

آقای علیزاده - اگر نمی‌خواهد بفروشد که به آنجایی که ادامه‌ی مشارکت موجب تضرر نیست، برمی‌گردد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - بله.

آقای مؤمن - بله.

آقای علیزاده - اما اگر ادامه‌ی مشارکت موجب تضرر است، می‌توانند بفروشند. همین‌جوری نمی‌توانند.

آقای هاشمی‌شاهرودی - حالا من می‌گویم قانونش را بیاورید ببینیم.

آقای مؤمن - قانون، همین است که خواندم.

آقای هاشمی‌شاهرودی - قانون مدنی را هم بیاورید ببینیم.

آقای مؤمن - نه، حکم قانون مدنی، مخالف حکم این قانون است.

آقای هاشمی‌شاهرودی - در قانون مدنی هست که شرکا در چه

مشاع که برای آن سند مالکیت معارض صادر گردیده...» به این تبصره هم کاری نداریم. «ماده ۲- تصمیم واحد ثبتی، قابل اعتراض از طرف هر یک از شرکا در دادگاه شهرستان محل وقوع ملک است. مهلت اعتراض ده روز از تاریخ ابلاغ تصمیم مورد اعتراض می‌باشد.

ماده ۳- هزینه تفکیک مقرر در ماده (۱۵۰) قانون اصلاحی ثبت اسناد و املاک، در موقع اجرای تصمیم قطعی بر افراز، به وسیله واحد ثبتی دریافت خواهد شد.

ماده ۴- ملکی که به موجب تصمیم قطعی، غیر قابل افراز تشخیص شود، با تقاضای هر یک از شرکا به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود.» به هر حال این ماده (۴) نسبت به صورتی که شرکای دیگر می‌گویند ما راضی و حاضر نیستیم خانه‌مان را بفروشیم یا احیاناً می‌گویند خودمان سهم شریکمان را می‌خریم، اشکال دارد. این‌طور که نمی‌شود.

آقای علیزاده - این‌جوری که بیان شد، شما اگر می‌خواهید اشکال بگیرید، باید بفرمایید در آنجایی که مشارکت موجب تضرر باشد، اشکال دارد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - می‌شود گفت.

آقای علیزاده - اگر مشارکت، موجب تضرر است، نیاز به رسیدگی قضایی دارد و دادگاه باید رسیدگی کند و دستور فروش بدهد.

آقای مؤمن - نه، ممکن است خود شریک بخواهد سهم دیگری را بخرد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - آنکه اشکال ندارد.

آقای علیزاده - خریدن شریک که ممنوع نیست. وقتی آمدند ملک را برای فروش گذاشتند، شریک هم آنجا می‌رود پول می‌گذارد.

آقای هاشمی‌شاهرودی - اگر شریک هم بخواهد بقیه را بخرد که اشکال ندارد.

آقای مؤمن - نه، شریک برای خرید سهم شریک دیگر مقدم است. [این ماده اشکال دارد؛] برای اینکه شریک راضی به فروش نیست و می‌گوید که من نمی‌خواهم ملکم را بفروشم، ولی خودم حاضرم ملک شریک دیگر را به همان قیمت عادی‌اش بخرم.

آقای علیزاده - پس این‌جوری بفرمایید که آنجایی که مشارکت موجب تضرر باشد، پس از رسیدگی قضایی حکم به فروش صادر می‌شود و شریک هم برای خرید، نسبت به بقیه مقدم است. این‌طور اشکال را بفرمایید؛ به صورت مطلق نفرمایید که

موقعی می‌توانند ملک مشاع را بفروشند و در چه مواقعی نمی‌توانند.

آقای علیزاده - بله، در این خصوص، در قانون مدنی حکم داریم. **آقای هاشمی‌شاهرودی -** حالا قانون مدنی را هم بیاوریم، نگاه کنیم.

آقای علیزاده - این قانون مؤخر بر قانون مدنی است.

آقای هاشمی‌شاهرودی - درست است ولی آن را هم بیاورید، ببینیم. آیین‌نامه‌ی این قانون [= قانون افراز و فروش املاک مشاع] هم بعد از انقلاب تصویب شده است.

آقای مؤمن - نخیر، آیین‌نامه با امضای آقای اسدالله مبشری است. **آقای علیزاده -** مبشری بعد از انقلاب، وزیر دادگستری [در دولت موقت مهدی بازرگان] بوده است.

آقای مؤمن - نه، آیین‌نامه قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب آذرماه سال ۵۷ است. مربوط به قبل از انقلاب است.

آقای علیزاده - آنچه مسلم است، الآن با توجه به این قانون [افراز و فروش املاک مشاع]، هر یک از شرکا که عملیات ثبتی اموالشان تمام شده باشد، می‌روند از اداره‌ی ثبت درخواست افراز می‌کنند. اداره‌ی ثبت هم می‌آید بررسی می‌کند و از شهرداری و از جایی که زمین کشاورزی از اراضی آنجا است، استعلام می‌کند که آیا این ملک مطابق قانون قابل افراز هست یا نیست و آنها هم جواب می‌دهند؛ یا نه، خود اداره‌ی ثبت ممکن است یک گیرهایی ببیند و بگوید این ملک قابل افراز نیست. اگر گفت قابل افراز است، مطابق آن، کوچک‌ترین سهم این ملک را تقسیم می‌کند و اگر گفتند قابل افراز نیست، همان‌طور که عرض کردم، طرف حق اعتراض دارد و می‌رود به دادگستری شکایت می‌کند. دادگستری هم به اعتراض رسیدگی می‌کند. اگر ببیند که بله، قابل افراز نبودن این ملک درست بوده است، آن وقت هر یک از شرکا می‌تواند از دادگاه درخواست بکند که دادگاه، دستور فروش این ملک را صادر کند.

آقای مؤمن - دستور فروش همه‌ی ملک را صادر می‌کند.

آقای علیزاده - بله، به همین صورت، دادگاه می‌آید دستور فروش ملک را می‌دهد و کارشناس تعیین می‌کند و ملک را به مزایده می‌گذارد و بعد می‌فروشد. زمانی که ما در سازمان ثبت اسناد و املاک بودیم هم روند کار این‌گونه بود. الآن هم بر اساس اطلاعاتی که داریم، همین‌گونه است. اگر غیر از این باشد، یعنی ملک مشاع از املاکی باشد که هنوز عملیات ثبتی‌اش تمام نشده باشد یا یکی از شرکا یا همه‌ی آنها محجور باشند، از اول

به دادگاه می‌روند. در آن موارد، رأی وحدت رویه‌ی دیوان عالی کشور وجود دارد و خود قانون آنها را جدا کرده است. الآن این شکایت ایشان [= آقای حسینی منش] این است. آقایان [اعضای مجمع مشورتی فقهی] می‌گویند به‌طور کلی ماده (۴) اشکال دارد. آقایان می‌فرمایند که به‌طور کلی بگوییم ملک مشاع، بدون رضایت همه‌ی شرکا قابل فروش نیست [که به نظرم این درست نیست]. اگر اشکال را به این نحو بفرمایید که اطلاق این ماده در آنجایی که موجب تضرر می‌شود - که در اغلب موارد هم واقعاً وجود شریک موجب تضرر است - اشکال دارد، [درست است]. حالا هر جور که صلاح می‌دانید بفرمایید.

آقای یزدی - بنویسید: اطلاق ماده (۴) در مواردی که شراکت موجب تضرر نیست، خلاف شرع است.

آقای شب‌زنده‌دار - ... یا در جایی که مشتری برای خرید سهم شریک نیست؛ چون گاهی هم مشتری نیست دیگر؛ مشتری پیدا نمی‌شود.

آقای علیزاده - آن را که اصلاً نمی‌شود اثبات کرد.

آقای شب‌زنده‌دار - حالا این نظر هم وجود دارد که ممکن است مشتری وجود دارد، ولی می‌خواهند به کمتر از ثمن واقعی، ملک را بخرند.

آقای هاشمی‌شاهرودی - فرض این ماده، حالتی است که برای ملک، مشتری هست و ملک هم قابل افراز نیست. [فروش ملک به صورت شراکتی] موجب تضرر است دیگر.

آقای علیزاده - اگر مشتری باشد که طرف مرض ندارد به دادگستری برود و درخواست افراز بکند. خوب، می‌آید به مشتری می‌فروشد. آن حالت، که اصلاً مورد بحث نیست. ماده (۴) مربوط به موقعی است که یا مشتری نیست یا می‌خواهند ملک را از دست یک شریکی به‌در ببرند.

آقای هاشمی‌شاهرودی - یا می‌خواهند ملک مشاع را به قیمت کمتر بخرند.

آقای علیزاده - بله، حالا هر جور نظر شما است، بفرمایید. چه می‌فرمایید؟

آقای یزدی - با این قید درست است.

آقای هاشمی‌شاهرودی - خوب است، ولی آیین‌نامه‌ی این قانون [= قانون افراز و فروش املاک مشاع] را هم ببینید.

آقای مؤمن - آیین‌نامه‌اش هم همین است؛ می‌گوید: «ماده ۹ - در صورت صدور حکم قطعی بر غیر قابل تقسیم بودن ملک، دادگاه شهرستان بر حسب درخواست یک یا چند نفر از شرکا، دستور

فروش آن را به دایره اجرای دادگاه خواهد داد. مدیر اجرا نسبت به فروش ملک بر وفق مقررات قانون اجرای احکام مدنی مربوط به فروش اموال غیرمنقول اقدام می‌نماید.

ماده ۱۰- وجوه حاصله از فروش ملک غیر قابل افراز، پس از کسر هزینه عملیات اجرایی، طبق دستور دادگاه شهرستان بین شرکا به نسبت سهام تقسیم خواهد شد.» همین است.

آقای علیزاده - قانون چهار تا ماده دارد، آیین‌نامه‌اش هم ده ماده دارد.

آقای مؤمن - نه، آیین‌نامه‌اش چیزهای دیگر هم دارد. این دو تا ماده (۹) و (۱۰) آیین‌نامه، مربوط به این ماده (۴) قانون است.

آقای هاشمی‌شاهرودی - نسبت به این موضوع، تا حالا در دادگاه‌ها چطور عمل می‌شده است؟

آقای علیزاده - همین قانون، عمل می‌شده است.

آقای مؤمن - بله، الآن عمل می‌شود.

آقای هاشمی‌شاهرودی - چرا تا حالا کسی به حکم این قانون، اشکالی وارد نکرده است؟

آقای مؤمن - نخیر، ایشان [= آقای حسینی‌منش] می‌گویند که الآن این قانون و این معضل، مورد ابتلا است.

آقای هاشمی‌شاهرودی - ایشان می‌گویند؛ ما که تا حالا در جایی چنین موردی نداشته‌ایم.

آقای مؤمن - نه، ایشان [= آقای حسینی‌منش] درست می‌گویند.

آقای هاشمی‌شاهرودی - سی سال است که به این قانون و آیین‌نامه عمل می‌شود.

آقای مؤمن - خب، الآن کسی آمده و نسبت به این مصوبه، از فقها تقاضای ابطال کرده است. از طریق دیوان عدالت اداری شکایت نکرده است.

آقای هاشمی‌شاهرودی - این اولین بار است کسی ادعای خلاف شرع بودن این مواد را کرده است.

آقای مؤمن - بله، ولی حالا به هر حال ما باید بررسی کنیم.

آقای یزدی - من می‌گویم شریک می‌تواند سهم خودش را بفروشد، مگر اینکه اضرار به غیر باشد. خب، بالاخره چرا نتواند؟ با حفظ حق شفعه است دیگر. از نظر شرعی هر کسی می‌تواند ملک خودش را بفروشد، منتها با قید حق شفعه.

آقای علیزاده - نه، آیا می‌توانند همه‌ی ملک را یک‌جا بفروشند؟

آقای یزدی - همه را بفروشد.

آقای علیزاده - بله.^۱

۱. بررسی این نامه در جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۲/۷/۳ شورای نگهبان ادامه یافته است.