

# مشروح مذاکرات شورای نگهبان

عنوان

جلسه مورخ ۱۳۹۲/۷/۳ شورای نگهبان

شماره مسلسل: ۱۳۹۷۰۰۳۵

تاریخ: ۱۳۹۷/۹/۱۶



پژوهشکده شورای نگهبان

## شناسنامه

عنوان:

**مشروح مذاکرات شورای نگهبان  
جلسه مورخ ۱۳۹۲/۷/۳ شورای نگهبان**

ویراستاران و مستندسازان: عباس حسن خانی و کاظم کوهی اصفهانی

بازبین:

**علی زمانیان جهرمی**

ناظر علمی:

**کاظم کوهی اصفهانی**

**گروه تدوین نظرات و مبانی آراء شورای نگهبان**

شماره مسلسل: ۱۳۹۷۰۰۳۵

تاریخ انتشار: ۱۳۹۷/۹/۱۶

پژوهشکده شورای نگهبان



## جلسه مورخ ۳/۷/۱۳۹۲ شورای نگهبان

### فهرست مطالب

۲	.....مقدمه
۳	.....نطق پیش از دستور
	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.....
۴	.....
	بررسی نامه‌ی آقای سید محمدرضا حسینی منش، مبنی بر تقاضای ابطال صریح ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴.....
۱۸	.....

## مقدمه

بر اساس اصل (۹۴) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، کلیه مصوبات مجلس شورای اسلامی از نظر انطباق با موازین اسلام و قانون اساسی به وسیله شورای نگهبان مورد بررسی قرار می‌گیرد و در صورت مغایرت برای تجدیدنظر به مجلس بازگردانده می‌شود. همچنین به موجب اصل (۸۵) قانون اساسی، مجلس شورای اسلامی می‌تواند تصویب اساسنامه‌ی سازمان‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت را به کمیسیون‌های ذی‌ربط مجلس یا هیئت وزیران واگذار کند که در این صورت، این اساسنامه‌ها نیز باید به لحاظ عدم مغایرت با شرع و قانون اساسی به تأیید شورای نگهبان برسند. علاوه بر این، به موجب اصل (۴) قانون اساسی، 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. تفسیر قانون اساسی نیز به موجب اصل (۹۸) قانون اساسی، بر عهده شورای نگهبان قرار گرفته است.

در راستای اجرای این اصول، کلیه مصوبات مجلس، اساسنامه‌ی سازمان‌ها و مؤسسات دولتی یا وابسته به دولت و استفساریه‌های مربوط به اصول قانون اساسی در جلسات شورای نگهبان مورد بررسی فقهی و حقوقی قرار گرفته و سرانجام در قالب نظریه شورای نگهبان به مراجع مربوطه اعلام می‌شود. بدین‌سان، مشروح مذاکرات جلسات شورای نگهبان به جهت محتوای علمی قابل استفاده‌ی آن برای آحاد علاقه‌مندان به این مباحث، به ویژه پژوهشگران و صاحب‌نظران حوزوی و دانشگاهی از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.

با عنایت به تأکیدات رهبر معظم انقلاب اسلامی مبنی بر ضرورت انتشار مشروح مذاکرات شورای نگهبان، گروه تدوین نظرات و مبانی آرای شورای نگهبان، به‌عنوان یکی از شرح وظایف خویش در پژوهشکده شورای نگهبان، آماده‌سازی متون مذاکرات جلسات شورای نگهبان برای انتشار عمومی را در دستور کار دارد. این مهم، در چند مرحله به شرح زیر انجام می‌پذیرد: پس از پیاده‌سازی فایل‌های صوتی جلسات شورای نگهبان، این متون در اختیار کارشناسان گروه قرار می‌گیرد تا از لحاظ فنی و ادبی ویرایش شده و در صورت لزوم، اظهارات اعضای شورا مستندسازی شود. سپس متون ویرایش و مستندسازی شده از لحاظ صحت، اتقان و انطباق با محتوای متون اولیه و همچنین از جهت ویرایشی، مورد بازبینی قرار می‌گیرد. در نهایت، متون بازبینی شده بار دیگر از جهات مذکور توسط ناظران علمی پروژه، به طور دقیق، از جهت شکلی و محتوایی بررسی می‌شود و سپس منتشر می‌گردد.

پژوهشکده شورای نگهبان امیدوار است با تولید و عرضه‌ی این مجموعه، علاوه بر حرکت در جهت تحقق بخشی از منویات مقام معظم رهبری، خواسته‌ی جامعه‌ی علمی کشور و همچنین مراکز سیاست‌گذاری، تقنینی و اجرایی کشور را پاسخ گفته باشد. مسلماً انتشار و عرضه‌ی چنین آثاری می‌تواند ثمره‌ی بیش از سی سال مجاهدت و تلاش شورای نگهبان در پاسداری از شرع و قانون اساسی را در اختیار کلیه علاقه‌مندان، به ویژه محافل علمی و پژوهشی، اعم از دانشگاهی و حوزوی قرار دهد و به غنی‌تر شدن هر چه بیشتر مباحث فقهی و حقوقی در کشور کمک کند.

### نطق پیش از دستور

**آقای جنتی -** بسم الله الرحمن الرحيم

هفته دفاع مقدس را گرامی می‌داریم. خداوند همه‌ی آن کسانی که در این دفاع واقعاً مقدس شرکت کردند و جمعی به شهادت رسیدند و جمعی جانباز شدند و جمعی زندان رفتند و سختی‌های زندان را تحمل کردند و جمعی هم سالم برگشتند، خداوند به حق محمد (صلی الله علیه و آله و سلم) و آل محمد همه اینها را با علی (سلام الله علیه) و اولاد علی (سلام الله علیهم) و با حسین (سلام الله علیه) و اصحاب حسین (سلام الله علیهم) محشور فرماید و توفیق بدهد که ما هم از اینها قدردانی بکنیم و مادامی که هستند، از خودشان و خانواده‌هایشان تقدیر و تشکر و قدردانی بکنیم و اگر می‌توانیم به ایشان خدمتی برسانیم؛ چرا که واقعاً حق بزرگی بر گردن ما و نظام و اسلام و مسلمین دارند و مملکت را از شرّ دشمن نجات دادند و برای همیشه در تاریخ ایران افتخار آفریدند. خداوند توفیق بدهد که ما هم سعادت‌ی پیدا کنیم تا در مسیری که آنها حرکت کردند، حرکت کنیم و راه آنها را ادامه دهیم.

**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**

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

**آقای علیزاده -** متن شکایتشان این است: «بسمه تعالی

محضر مبارک فقهای محترم عضو شورای نگهبان ادام الله عزهم با سلام و احترام به استحضار می‌رساند:

ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ مقرر می‌دارد: «ماده ۴- ملکی که به موجب تصمیم قطعی، غیر قابل افراز تشخیص شود، با تقاضای هر یک از شرکا، به‌دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود.»

و مواد (۹) و (۱۰) آیین‌نامه اجرایی همان قانون مصوب آذرماه ۱۳۵۷ بدین شرح است: «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

۱. اصل چهارم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزائی، 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.

اجرای احکام مدنی مربوط به فروش اموال غیر منقول اقدام می نماید. 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. این ماده و مواد آیین نامه مرتبط با آن، مخالف قواعد شرع مقدس و فقه اثناعشریه و موجب فروش مال غیر، بدون اذن صاحب آن است و موجب وارد شدن ضرر فاحش به مالکانی شده است که راضی به فروش سهم خود از ملک مشاع نیستند. نیز این ماده می تواند با تبانی با یکی از مالکین، دستاویزی به منظور تملک املاک مرغوب قرار گیرد که صاحبان آن توانایی خرید سهم شریکی و یا شرکایی را که اقدام به فروش نموده اند ندارند؛ و متأسفانه در عمل نیز چنین است.

از طرفی رعایت ماده (۱۴۰) قانون اجرای احکام مدنی<sup>(۱)</sup> می تواند مشکل مالکانی که راضی به ادامه شراکت نیستند را به طور کامل و حسب قواعد شرع حل کند و ضرر شراکت متفی است. این ماده مقرر می دارد:

«ماده ۱۴۰- هر گاه ملک مشاع باشد، فقط سهم محکوم علیه به فروش می رسد؛ مگر اینکه سایر شرکا فروش تمام ملک را بخواهند. در این صورت، طلب محکوم له و هزینه های اجرایی از حصه محکوم علیه پرداخت می شود.»

علی هذا، از محضر آن فقهای محترم درخواست می گردد حسب اصل چهارم قانون اساسی و اختیارات فقهای محترم شورای نگهبان، نسبت به ابطال ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع، مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ و بخش اول ماده (۹) و نیز ماده (۱۰) آیین نامه اجرایی همان قانون، مصوب آذرماه ۱۳۵۷ اقدام فرمایید.

و فقکم الله لمرضاته و السلام علیکم و رحمه الله»

البته توجه داشته باشید که ماده (۱۴۰) قانون اجرای احکام مدنی [که در این نامه از آن یاد شده است] مربوط به چیز دیگری است.

**آقای مدرسی یزدی -** این نامه را دیوان عدالت اداری فرستاده است؟ چه کسی این را تقاضا کرده است؟

۱. ماده (۱۴۰) قانون اجرای احکام مدنی مصوب ۱۳۵۶/۸/۱: «ماده ۱۴۰- هر گاه ملک مشاع باشد، فقط سهم محکوم علیه به فروش می رسد؛ مگر اینکه سایر شرکا فروش تمام ملک را بخواهند. در این صورت، طلب محکوم له و هزینه های اجرایی از حصه محکوم علیه پرداخت می شود.»

**آقای علیزاده** - این نامه را خدمت حضرت آیت‌الله مؤمن داده‌اند. حضرت آیت‌الله مؤمن هم آن را خدمت حضرت آیت‌الله جنتی دادند. حضرت آیت‌الله جنتی هم فرمودند که چون [موضوع آن یک مسئله‌ی] شرعی است، [در این جلسه با حضور فقها بررسی شود].

**آقای جنتی** - مجمع مشورتی فقهی قم هم در این باره نظر داده است.

**آقای علیزاده** - بله، مجمع مشورتی فقهی قم هم این‌طور نظر داده است که: «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.

إن قلت: اگر فقط یک مشتری وجود دارد و او نیز فقط تمام ملک را خریداری می‌نماید و تمایل به خریداری قسمتی از ملک ندارد، حکم چه می‌شود؟  
 قلت: در این‌گونه موارد احتیاج به اعمال نظر ولی فقیه و حاکم شرع می‌باشد و در این فرض نیز اطلاق موارد مورد شکایت خلاف شرع می‌باشد.»<sup>(۱)</sup>

**آقای جنتی** - در نظر جدیدی که آقایان مجمع مشورتی فقهی بعداً فرستاده‌اند،<sup>(۲)</sup> نظر آقا [= مقام معظم رهبری] را نوشته‌اند که ایشان فرموده‌اند: «اگر ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد، هر یک از شرکا می‌توانند به حاکم شرع مراجعه کنند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید.»<sup>(۳)</sup> این فتوای ایشان است.

۱. نظر کارشناسی مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان، شماره ۹۲/ف/۶۴۴، مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۶، قابل مشاهده در نشانی زیر: <http://yon.ir/AKh8>

۲. نظر کارشناسی مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان، شماره ۹۲/ف/۶۴۶، مورخ ۱۳۹۲/۷/۱، قابل مشاهده در نشانی زیر: <http://yon.ir/AKh8>

۳. «سؤال ۶۱۹- 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؟

جواب: 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 هر یک از شرکا می‌توانند به حاکم شرع مراجعه کنند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید.» حسینی



**آقای علیزاده -** خب، طبق فتوای آقا [= مقام معظم رهبری] عمل نمایند. حالا ببینید، در کنار فتوای آقا، در قانون مدنی هم مطالبی درباره‌ی «شرکت» داریم،<sup>(۱)</sup> اما الان آنچه دادگاه‌ها در موارد این چنینی انجام می‌دهند، بدون رسیدگی در دادگاه است. در چنین مواردی، دادگاه فقط دستور فروش ملک مشاع را می‌دهد؛ یعنی این کارهایی که آقا [= مقام معظم رهبری] فرمودند را انجام نمی‌دهد؛ با مراجعه‌ی یکی از شرکا، دادگاه دستور فروش می‌دهد. من بحث «شرکت» قانون مدنی را ببینم؛ چون آنجا هم یک ماده‌ای در این خصوص داریم.

**آقای مؤمن -** «اگر ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد هر یک از شرکا می‌توانند به حاکم شرع مراجعه کنند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید.» مجمع مشورتی فقهی در اینجا همه‌ی فتوای [مقام معظم رهبری] را نوشته‌اند. متن کامل سؤال و فتوا این است: «سؤال: 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؟ جواب: در صورتی که تقسیم و تفکیک سهام امکان داشته باشد، هیچ‌یک 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، هر یک از شرکا می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید.»

**آقای مدرسی یزدی -** [ایشان در فتوای خود عبارت] «یا خرید سهم» را هم گفته‌اند، [اما در ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع] عبارت «خرید سهم» را نداریم [و تنها فروخته شدن ملک پیش‌بینی شده است].

→

خانم‌های، سید علی، استفتائات، قابل مشاهده در نشانی زیر: <http://yon.ir/LJ43>

۱. مبحث اول از فصل هشتم باب سوم، قسمت دوم کتاب دوم جلد اول (مواد ۶۰۶-۵۷۱) قانون مدنی به مبحث «شرکت» پرداخته است.

**آقای شبزنده‌دار -** علاوه بر این، اینکه مالکان را ملزم به فروش کند، [از نظر شرعی صحیح نیست].

**آقای علیزاده -** [ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع] بر خلاف حکم قانون مدنی هم هست. ماده (۵۹۱) قانون مدنی می‌گوید: «هرگاه تمام شرکا به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به‌نحوی که شرکا تراضی نمایند، به‌عمل می‌آید و در صورت عدم توافق بین شرکا، حاکم اجبار به تقسیم می‌کند مشروط بر اینکه تقسیم مشتمل بر ضرر نباشد که در این صورت اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد.»

**آقای جنتی -** یعنی به‌دستور حاکم، مال مشاع باید تقسیم بشود.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** فرض مسئله، در خصوص مواردی است که ملک مشاع، قابل تفکیک و تقسیم نباشد.

**آقای مدرسی‌یزدی -** فتوای آقا [= مقام معظم رهبری] خوب و طبق قاعده است. همان [ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع] عین همین [فتوای مقام معظم رهبری] است.

**آقای علیزاده -** بله.

**آقای جنتی -** حتماً باید خلاف شرع بودن یا نبودن [ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع و ماده (۹) و ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی همان قانون] را بگوییم.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** نه، جلسه‌ی گذشته [= جلسه‌ی مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۷] بحث شد که اگر یکی از شرکا حاضر نیست سهمش را به قیمت مناسب بفروشد ...

**آقای علیزاده -** ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع می‌گوید: «ملکی که به‌موجب تصمیم قطعی، غیر قابل افراز تشخیص شود، با تقاضای هر یک از شرکا به‌دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود؛ یعنی اگر دادگاه این ملک را قابل افراز ندانست، هر یک از شرکا می‌تواند فروش آن را درخواست کند.»

**آقای جنتی -** نه، جواب مسئله در این حالت معلوم است.

**آقای علیزاده -** به نظرم از فرمایش آقا [= مقام معظم رهبری] این برمی‌آید که امر [فروش ملک مشاع] نیاز به رسیدگی قضایی دارد. شما باید این را بفهمید.

**آقای مدرسی‌یزدی -** معلوم است. به صرف گفتن که حل نمی‌شود. هیچ قاضی این کار را نمی‌کند.

**آقای علیزاده -** بله، همین. الآن اگر فقط اداری ثبت بگوید این ملک قابل افراز نیست، دادگاه دستور فروش آن را می‌دهد. این اشکال دارد.

**آقای مدرسی‌یزدی -** البته اگر اداری ثبت [در اظهار نظر درباره قابلیت افراز ملک مشاع] امین باشد، یعنی فی الواقع آن ملک قابل افراز نیست.

**آقای علیزاده -** فی الواقع طرف مقابل می‌گوید دادگاه باید این را تشخیص بدهد [که آیا ملک قابل افراز است یا نه]. آقا [= مقام معظم رهبری] هم فرموده‌اند که حاکم شرع باید شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید.

**آقای مدرسی‌یزدی -** اگر یکی از شرکا ادعا کرد که اداری ثبت بی‌خود می‌گوید [و ملک قابل افراز است]، خوب بله، این درست است [که دادگاه باید حکم بدهد]، ولی اگر چنین ادعایی نکرده باشد [و عدم امکان قابلیت افراز ملک را قبول داشته باشد] که مانعی ندارد؛ چون او هم قبول دارد که ملکش قابل افراز نیست. بحث علمی قابلیت یا عدم قابلیت افراز ملک مشاع، در متن واقع مراد است؛ یعنی اگر در متن واقع قابلیت افراز ندارد و به هیچ وجه نمی‌شود آن را تقسیم کرد و تقسیم آن موجب ضرر است، در این صورت، امر دایر است بین اینکه شریک یا خودش [کل ملک مشاع را] بخرد یا کل آن را بفروشند.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** حالا ما با این نامه چه چیزی را می‌خواهیم ابطال کنیم؟ می‌خواهیم قانون [افراز و فروش املاک مشاع] را ابطال کنیم؟!

**آقای مؤمن -** قانون [افراز و فروش املاک مشاع] باید ابطال بشود.

**آقای جنتی -** قانون را باید ابطال کنیم.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** این نامه را که دیوان [عدالت اداری] نفرستاده است.

**آقای علیزاده -** نه، ارجاعی دیوان نیست.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** این نامه که مربوط به دیوان عدالت اداری نیست؛ آن را دیوان نفرستاده است.

**آقای علیزاده -** بر اساس قانون [تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری]، دیوان عدالت [مصوبات خلاف شرع را به شورای نگهبان] می‌فرستد.<sup>(۱)</sup>

۱. تبصره (۲) ماده (۸۴) و ماده (۸۷) قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب

**آقای مؤمن -** لازم نیست [حتماً دیوان عدالت اداری مصوبات خلاف شرع را] بفرستد. **آقای هاشمی‌شاهرودی -** این تقاضا را دیوان عدالت اداری نفرستاده است. این یک چیز جدیدی است که آقایان [در دستور شورای نگهبان] آورده‌اند. موضوع آن هم [تقاضای ابطال] قانون است، نه بخشنامه و آیین‌نامه.

**آقای مدرس‌یزدی -** ایشان [آقای سید محمدرضا حسینی منش از آیت‌الله مؤمن ابطال ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع و ماده (۹) و ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی همان قانون را] خواسته‌اند و ایشان [= آیت‌الله جنتی] هم نوشتند [که «در دستور جلسه‌ی فقهای محترم شورای نگهبان قرار گیرد»].

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** عرض می‌کنم که مقصود این موضوع، [مقررات و آیین‌نامه‌های دولتی در صلاحیت] دیوان عدالت اداری نیست، بلکه با این نامه، قانون را می‌خواهیم اصلاح کنیم. عرض می‌کنم اگر می‌خواهیم قانون را اصلاح یا ابطال کنیم، باید یک چیز کاملی را جایگزین آن کنیم که همه‌ی شقوق مسئله را شامل شود. چون می‌خواهیم قانون را ابطال کنیم [و در صورت ابطال، جایگزین دیگری ندارد].

**آقای مؤمن -** حکم کلی قانون [= ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع]، اطلاق دارد. **آقای مدرس‌یزدی -** حکم این مسئله در قانون مدنی هست دیگر.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** [ماده (۵۹۱) قانون مدنی، مربوط به] این نیست. ما باید تمام شقوق مسئله را بگوییم. ما می‌خواهیم قانون را ابطال کنیم.

**آقای جنتی -** ما باید خلاف شرع بودن این ماده را اعلام بکنیم. بعد مجلس و قانون‌گذار خودش باید ببیند برای اصلاح این قانون چه کار کند. این کار [= تنظیم مواد جایگزین] در صلاحیت ما نیست. ما فقط می‌گوییم این ماده قانون، خلاف شرع است، ولی کیفیت اصلاحش با مجلس است.

→

۱۳۹۲/۳/۲۵: «تبصره ۲- هر گاه مصوبه مورد شکایت به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیئت عمومی و هیئت‌های تخصصی لازم‌الاتباع است.

ماده ۸۷- در صورتی که مصوبه‌ای به لحاظ مغایرت با موازین شرعی برای رسیدگی مطرح باشد، موضوع جهت اظهار نظر به شورای نگهبان ارسال می‌شود. نظر فقهای شورای نگهبان برای هیئت عمومی، لازم‌الاتباع است.»

**آقای مدرسی یزدی -** نه، حالا [ماده (۵۹۱)] قانون مدنی هم می تواند جوابگو باشد.  
**آقای هاشمی شاهرودی -** اگر می خواهید این ماده را ابطال کنید، خودمان حکم شرعی تمام شقوقش را بنویسیم.

**آقای مؤمن -** نه، حکم شرعی آن را نمی نویسیم. ما حق داریم که قانون را باطل کنیم، اما بقیه اش [= پیشنهادات ما] ارزش دیگری برای مجلس ندارد.

**آقای هاشمی شاهرودی -** یعنی یک قانون را بدون جایگزین، باطل کنیم! خب این حکم خدا را جایگزین آن قانون می کنیم و شقوقش را می نویسیم. بالاخره اگر آن قانون، باطل شود، قضات به چه عمل کنند؟

**آقای مدرسی یزدی -** به فتوای فقها عمل کنند. حالا دیگر بالاتر از این که نمی شود. وقتی حکم قانونی نیست، به آرای معتبر فقهی رجوع می کنند. این مسئله که در قانون اساسی گفته شده است.<sup>(۱)</sup>

**آقای شبزنده دار -** قضات به همین فتوای آقا [= مقام معظم رهبری] عمل کنند. الا آن ایشان هم می گوید که باید همین طور عمل بشود.

**آقای مدرسی یزدی -** نه، در قانون اساسی هست که اگر [قاضی حکم دعوایی را] در قانون پیدا نکرد، باید به آرای معتبر فقهی رجوع کند.

**آقای جنتی -** مجلس همان طور که بعضی از مواد قانونی را لغو می کند، یک جایگزین هم برایش پیدا می کند.

**آقای مدرسی یزدی -** خب، ایشان [= آیت الله هاشمی شاهرودی] می گویند که حالا مجلس را بی خودی در مشکل نیندازیم؛ چون مجلس به این سادگی نمی تواند حکم قانونی مناسب را جایگزین کند.

**آقای هاشمی شاهرودی -** ما می خواهیم که مجلس شورای اسلامی به این ابطال، ترتیب اثر بدهد؛ چون قانون [افراز و فروش املاک مشاع] مصوب خودش نبوده و مصوب زمان طاغوت است.

۱. اصل یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدونه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید و نمی تواند به بهانه سکوت یا نقص یا اجمال یا تعارض قوانین مدونه از رسیدگی به دعوا و صدور حکم امتناع ورزد.»

**آقای مؤمن -** عیب ندارد.

**آقای هاشمی شاهرودی -** مجلس، [بعد از ابطال این ماده در شورا] کاری نمی‌کند؛ اصلاً رهاش می‌کند. قاضی هم بدبخت می‌شود.

**آقای مؤمن -** اصل (۱۶۷) قانون اساسی می‌گوید: «قاضی موظف است کوشش کند حکم هر دعوا را در قوانین مدوّنه بیابد و اگر نیابد با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نماید...». خب، فتاوی معتبر، دلیل قرار می‌گیرد.

**آقای هاشمی شاهرودی -** من این را قبول دارم، ولی در چه مواردی؟ هر دادگاهی یک جور عمل می‌کند.

**آقای مؤمن -** نه، بالاخره این، اصل قانون اساسی است. این کلمه‌ی «مدوّن» در این اصل، اطلاق دارد ...

**آقای عزیزاده -** شما [آیت‌الله شاهرودی] می‌فرمایید تکلیف این مسئله را تا حدی روشن کنیم.

**آقای مؤمن -** ما خراب نمی‌کنیم. ما می‌گوییم در صورتی که دیگر شرکا [به فروش سهم خود] راضی نیستند، قاضی نمی‌تواند حکم بکند.

**آقای هاشمی شاهرودی -** [پاسخ این چنینی از سوی شورا به این نامه]، یعنی این مسئله بعد از ابطال این قانون، در قوانین مدوّن حکمی ندارد.

**آقای مؤمن -** در اینجا بله، [حکمی ندارد]، ولی اگر شرکا دوباره به فروش سهم خود راضی شدند، فروش سهم‌الشرکه مشکلی ندارد.

**آقای هاشمی شاهرودی -** این دیگر قانون مدوّن نیست.

**آقای عزیزاده -** در نظرتان باید یک توضیحی بدهید. شما بفرمایید که اطلاق این مواد [قانون افراز و فروش املاک مشاع و آیین‌نامه‌ی آن] خلاف شرع است.

**آقای مؤمن -** در کجا؟

**آقای شب‌زنده‌دار -** هرگاه ملک مشاع باشد، فقط سهم محکوم‌علیه به فروش می‌رسد.

**آقای عزیزاده -** بلکه با توجه به فتوای مقام معظم رهبری، «اگر ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد، هر یک از شرکا می‌تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید». پس ما بنویسیم که در این صورت [= عدم امکان تفکیک و تقسیم ملک مشاع] باید به دادگاه مراجعه شود و

دادگاه این موضوع را رسیدگی کند و بعد بگوید که تکلیف چیست. بله، این را بگویید. چرا نگوید؟ خب، ما الآن عین این فتوا را می نویسیم و توضیح هم می دهیم. اگر اجازه بفرمایید این را بنویسیم که اطلاق ماده (۴) قانون [افراز و فروش املاک مشاع] یا ماده (۹) و (۱۰) آیین نامه‌ی آن در مواردی که شرکا راضی به فروش سهم هم خود نیستند، خلاف شرع است.

**آقای مؤمن -** و این مواد باطل می شود.

**آقای علیزاده -** و طبق اصل چهارم قانون اساسی، این مواد باطل می شود و در این موارد با توجه به فتوای مقام معظم رهبری اگر ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد، هر یک از شرکا می تواند به حاکم شرع مراجعه کند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید. بنابراین در این موارد باید به دادگاه رجوع بشود تا در دادگاه رسیدگی شود و طبق این فتوا عمل کنند، تا که یک طوری نشود که همان طور که آقا [= آیت الله هاشمی شاهرودی] فرمودند از فردا دادگاه‌ها دچار تشتت رأی شوند، بلکه باید به فتوای آقا عمل کنند.

**آقای مدرسی یزدی -** من اصلاً فکر نمی کنم در این مسئله بین فقها اختلاف نظر باشد. نظر همه‌ی فقها همین است و اختلافی در این مسئله نیست.

**آقای علیزاده -** نه.

**آقای مؤمن -** نه، اصل [فروش مال غیر بدون اذن صاحب آن] که جایز نیست.

**آقای علیزاده -** البته اگر مقصودتان، منظور فتوا است، بله، در آن اختلافی بین فقها نیست. پس می نویسیم: اطلاق ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ و بخش اول ماده (۹) و نیز ماده (۱۰) آیین نامه اجرایی قانون مذکور مصوب آذرماه ۱۳۵۷ در مواردی که همه‌ی شرکا راضی به فروش نباشند، خلاف شرع تشخیص داده شد و به استناد اصل (۴) قانون اساسی باطل اعلام می گردد.

**آقای مدرسی یزدی -** این [فتوا و نظر پیشنهادی] را هم به عنوان تذکر بنویسید؛ هر چند ارتباطی با کار ما ندارد، منتها به عنوان تذکر بنویسید.

**آقای مؤمن -** بنویسید: «متذکر می گردد».

**آقای علیزاده -** شما که حکم شرعی را بیان می کنید، چرا این موضوع را در نظر شورا نگوید؟

**آقای مدرسی یزدی -** حکم شرعی، اجرای قانون است که بر اساس آن، ما موظف به بیان حکم مسئله نیستیم [و فقط باید مغایرت یا عدم مغایرت مصوبات را اعلام کنیم]. لذا شما به عنوان تذکر بنویسید.

**آقای عزیزاده -** بگوییم «بدیهی است».

**آقای مدرسی یزدی -** بله، بگویید طبق قانون اساسی روشن است.

**آقای عزیزاده -** در این موارد با توجه به فتوای مقام معظم رهبری (مدّ ظلّه العالی) اگر ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد، هر یک از شرکا می‌توانند به حاکم شرع رجوع کنند. داخل پرائنز بنویسم دادگاه؟

**آقای مؤمن -** نه، عبارت فتوا همین است.

**آقای عزیزاده -** به حاکم شرع مراجعه کند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید. بنویسم که این مورد باید توسط دادگاه رسیدگی بشود؟

**آقای مؤمن -** همان است.

**آقای عزیزاده -** چون وقتی می‌گوییم «حاکم شرع» خب، [ممکن است باعث بدفهمی بشود]. بنابراین، موضوع به رسیدگی قضایی نیاز دارد. می‌خواهیم تکلیف این حاکم شرع را روشن کنیم. ما باید تکلیف این را روشن کنیم.

**آقای مدرسی یزدی -** خود آقا [= مقام معظم رهبری] حکم حالتی را که ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد، گفته‌اند که دیگر باید رعایت بشود.

**آقای مؤمن -** این را که نداریم.

**آقای عزیزاده -** نه، آقا [= مقام معظم رهبری] در فتوایشان می‌گویند «حاکم شرع». ما هم باید بگوییم که دادگاه باید تشخیص بدهد و این مسئله در دادگاه باید رسیدگی بشود.

**آقای مدرسی یزدی -** هر کس که دعوا دارد، می‌تواند به دادگستری مراجعه کند؛<sup>(۱)</sup>

۱. اصول سی و چهارم و یکصد و پنجاه و نهم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران: «اصل سی و چهارم: دادخواهی حق مسلم هر فرد است و هر کس می‌تواند به منظور دادخواهی به دادگاه‌های صالح رجوع نماید. همه افراد ملت حق دارند این‌گونه دادگاه‌ها را در دسترس داشته باشند و هیچ‌کس را نمی‌توان از دادگاهی که به موجب قانون حق مراجعه به آن را دارد منع کرد. اصل یکصد و پنجاه و نهم: مرجع رسمی تظلمات و شکایات، دادگستری است. تشکیل دادگاه‌ها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است.»



اینکه دیگر گفتن ندارد.

**آقای عزیزاده -** شما الآن می‌خواهید بگویید این قانون [افراز و فروش املاک مشاع] اعتبار ندارد.

**آقای جنتی -** بگویید البته قضات دادگاه طبق قانون اساسی موظفند در جایی که خلأ قانون است، به فتوای معتبر از جمله فتوای مقام معظم رهبری عمل کنند.

**آقای عزیزاده -** شما حکم شرعی سؤال ایشان را بیان کردید. ما می‌گوییم [برای تعیین تکلیف حقوقی مسئله، بگوییم] بنابراین، این مورد، نیاز به رسیدگی قضایی دارد.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** شما دارید به جهت خلاف شرع بودن، این قانون را ابطال می‌کنید و هیچ چیزی جایگزینش نمی‌کنید. می‌فرمایید محاکم برای حل مسئله به اصل (۱۶۷) قانون اساسی مراجعه کنند و با استناد به فتاوی معتبر، حکم قضیه را صادر نمایند؛ می‌فرمایید به فتاوایی مراجعه شود و ملاک عمل قرار گیرد که در خیلی از موارد، مقررات قانونی بر خلاف آن است.

**آقای مؤمن -** [در این مسئله، فتاوی فقهی با دیگر قوانین و مقررات، مغایرت] ندارد.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** چرا دیگر. ممکن است با بعضی از مقررات مغایرت داشته باشد. مثلاً ممکن است در مقررات آمده باشد که اداره‌ی ثبت می‌تواند این کار را بکند.

**آقای مؤمن -** [بر اساس فتوای مقام معظم رهبری، فقط] حاکم شرع [می‌تواند شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید].

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** [تشخیص امکان افراز ملک و نیز شیوه‌ی فروش سهم‌الشرکه دیگر شرکا] مقررات دارد.

**آقای مؤمن -** خیلی خب، حاکم شرع ...

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** باید بگوییم اگر [در این زمینه] مقررات هست، به آن مقررات مراجعه شود.

**آقای مؤمن -** در اینجا مقرراتی نداریم.

**آقای عزیزاده -** آقایان مجمع مشورتی فقهی قم هم [طی نظر شماره ۶۴۶/ف/۹۲ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱] نوشته‌اند: «بنابراین، دادگاه نمی‌تواند ملک مشاع را بدون هماهنگی با سایر

شرکا و به مجرد تقاضای یکی از آنها بفروشد.»

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** فتوای آقا [= مقام معظم رهبری] را بخوانید. یک جایی در آن

[تکلیف را مشخص کرده] است: «در صورتی که تقسیم و تفکیک سهام امکان داشته باشد، هیچ‌یک 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. ...»

**آقای مؤمن -** خب، باشد. الآن [مغایر این فتوا، مقررات] نداریم. وقتی مصوبه‌ی زمان شاه را ابطال کردیم، [الآن مقررات دیگری] نداریم دیگر.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** استثنایی که در ذیل فتوا آمده، معنایش این است که نمی‌خواهد مقررات موجود را لغو کند.

**آقای مؤمن -** [استثنای فتوا این است:] «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.»

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** خیلی خب، حالا تا آن لغو نشده ما حکم جایگزینش را هم بیان کنیم. این یکی [از ایراداتم] است. یکی دیگر اینکه در اینجا تمام شقوق مسئله، جواب داده نشده است. یک شق این است که ممکن است کسی حاضر نباشد سهم‌الشرکه این شریک از ملک مشاع را به این قیمت بخرد و یا شرکا بخواهند به قیمت کمتر بخرند [که در نتیجه] مالک ضرر می‌بیند. اصلاً اصل قانون افراز و فروش املاک مشاع در سال ۱۳۵۷ برای این وضع شده بود که [شریکی که می‌خواهد سهمش را بفروشد،] ضرر می‌بیند و اگر بخواهد سهمش را به شریکش بفروشد، این شریکش از این راه می‌خواهد سهم او را هم با قیمت کمتر مالک بشود.

**آقای مؤمن -** نه، این ضرر نیست.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** خیلی خب، این فتوا [= فتوای مقام معظم رهبری] همه‌ی شقوق را نگفته است؛ در حالی که اگر می‌خواهید قانونی را باطل کنید، باید تمام شقوق مسئله را هم بنویسید.

**آقای شب‌زنده‌دار -** حالا در هر حال این [ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع] را که باید ابطال کرد.

**آقای مؤمن -** خیلی خوب.

**آقای هاشمی شاهرودی -** آخر بعد از ابطال، وضعیت این مسئله چه می‌شود؟ وقتی این قانون را ابطال کردیم، دادگاه‌ها چه کار کنند؟

**آقای شب‌زنده‌دار -** [اصل (۱۶۷)] قانون اساسی معین کرده که چه کار کنند.

آقای عزیزاده - آقایان، بنابراین دادگاه نمی‌گذارد [ملک مشاع را] بدون هماهنگی با سایر شرکا یا یکی از آنها به فروش ب‌رسانند. الآن عیب کار این است که وقتی خود اداره ثبت، ملکی را قابل تفکیک و تقسیم و افراز ندادند، دادگاه بدون رسیدگی [به ماهیت نظر اداره ثبت] حکم به فروش ملک می‌دهد. ما باید بگوییم که دادگاه‌ها باید به موضوع رسیدگی کنند.

**آقای مدرسی‌یزدی -** آقای عزیزاده، این حرف ما چه ارزشی دارد؟ هیچ ارزشی که ندارد. ما فقط حق ابطال داریم [و حق ارائه‌ی پیشنهاد نداریم].

**آقای جنتی -** [اصل (۱۶۷)] قانون اساسی می‌گوید آنجایی که قانون نیست، قاضی باید به نظر فقها عمل کند. در نظرمان به همین موضوع اشاره کنید و بگویید طبق اصل (۱۶۷) قانون اساسی عمل شود.

**آقای مدرسی‌یزدی -** همین که نوشته‌اند بس است.

**آقای عزیزاده -** اینجا که فتوای آقا [= مقام معظم رهبری] هست.

**آقای مدرسی‌یزدی -** فتوای ایشان هم یکی از فتاوا است.

**آقای عزیزاده -** بله، خیلی خوب، این تمام شد دیگر.<sup>(۱)</sup>

۱. نظر شماره ۹۲/۳۰/۵۱۸۸۷ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰ شورای نگهبان: «حضرت آیت‌الله آملی لاریجانی؛ رئیس محترم قوه قضائیه

با سلام و تحیت

بر اساس اصل (۴) قانون اساسی جمهوری اسلامی، ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ و بخش اول ماده (۹) و ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور مصوب آذرماه ۱۳۵۷، در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۷/۳ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقها به شرح زیر اعلام می‌گردد:

اطلاق ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷/۸/۲۲ و بخش اول ماده (۹) و نیز ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور مصوب آذر ۱۳۵۷، در مواردی که همه شرکا راضی به فروش نباشند، خلاف موازین شرع تشخیص داده شد و به استناد اصل (۴) قانون اساسی باطل اعلام می‌گردد.

## بررسی نامه‌ی آقای سید محمدرضا حسینی‌منش، مبنی بر تقاضای ابطال صریح ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴

**آقای عزیزاده -** «نامه‌ی آقای سید محمدرضا حسینی‌منش، بنا بر اصل چهارم قانون اساسی، نسبت به ابطال ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴»<sup>(۱)</sup>.

**آقای مؤمن -** بله، این هم یک نامه‌ی دیگری است از آقای محمدرضا حسینی‌منش که شبیه نامه‌ی قبلی ایشان<sup>(۲)</sup> است که حاج‌آقا [جنتی] فرمودند در جلسه رسیدگی بشود. حالا اگر اجازه بدهید من خلاصه‌اش را بگویم یا اگر می‌خواهید هم متن نامه‌ی ایشان را بخوانید.

**آقای عزیزاده -** «محضر مبارک فقهای محترم عضو شورای نگهبان ادام الله عزهم با سلام و احترام به استحضار می‌رساند:

ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ چنین مقرر می‌داشت: «در مقابل سند رسمی یا سندی که اعتبار آن در محکمه محرز شده، دعوی که مخالف با مفاد یا مندرجات آن باشد به شهادت اثبات نمی‌گردد.»

**آقای مؤمن -** این ماده‌ی قبلی بوده که شورای نگهبان آن را ابطال کرده است.

**آقای عزیزاده -** «در تاریخ ۱۳۶۷/۸/۸، شورای محترم طی نظریه ۲۶۵۵ چنین اعلام نموده است: «پیرو سؤالی که در مورد مشروعیت ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی از شورای نگهبان شده بود، موضوع در جلسه شورای نگهبان مطرح و مورد بحث و بررسی قرار گرفت. نظر

→

بدیهی است در این موارد با توجه به فتوای مقام معظم رهبری مد ظله العالی، «اگر ملک مشاع قابل تفکیک و تقسیم نباشد، هر یک از شرکا می‌توانند به حاکم شرع مراجعه کنند تا شریک دیگر را به فروش سهم خود و یا خرید سهم او ملزم نماید.»

۱. نامه‌ی آقای سید محمدرضا حسینی‌منش مبنی بر تقاضای ابطال صریح ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴، به دلیل خلاف شرع بودن این ماده، در جلسه مورخ 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 جلسه‌ی مزبور، سرانجام نظر خود مبنی بر پابرجا بودن نظر پیشین خود (نظر شماره ۲۶۵۵ مورخ ۱۳۶۷/۸/۸) در خصوص مغایرت این ماده با موازین شرع را طی نامه‌ی شماره ۹۲/۳۰/۵۱۸۸۶ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰، به رئیس قوه‌ی قضائیه اعلام کردند.

۲. منظور، نامه‌ی آقای سید محمدرضا حسینی‌منش مبنی بر تقاضای ابطال ماده (۴) قانون افراز و فروش املاک مشاع و بخش اول ماده (۹) و ماده (۱۰) آیین‌نامه اجرایی همان قانون است که در جلسات مورخ ۱۳۹۲/۶/۲۷ و ۱۳۹۲/۷/۳ فقهای شورای نگهبان بررسی و راجع به آن اعلام نظر شد.

فقه‌های شورای نگهبان با استفاده از اصل (۴) قانون اساسی به شرح ذیل اعلام می‌گردد: ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی از این نظر که شهادت بینه شرعیه را در برابر اسناد معتبر، فاقد ارزش دانسته خلاف موازین شرع و بدین وسیله ابطال می‌گردد.»

این نظریه در زمانی اعلام شد که موادی از قانون مدنی به صورت آزمایشی در تاریخ ۶۱/۱۰/۸ اصلاح و موادی به آن الحاق شده بود. در تاریخ ۷۰/۸/۱۴ و بعد از اعلام ابطال ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی، مجلس شورای اسلامی مصوبات اصلاحی و الحاقی آزمایشی را با تغییراتی به موجب قانون اصلاح موادی از قانون مدنی به قانون تبدیل نمود ولی در این قانون، اشاره‌ای به حذف ماده (۱۳۰۹) نشده است.

اداره حقوقی قوه قضائیه طی نظریه ۷/۱۲۹۰ مورخ ۱۳۷۷/۲/۳۰ چنین اعلام داشته است: «با توجه به اینکه در اصلاحات سال ۱۳۷۰ ق.م. تعرضی به متن ماده (۱۳۰۹) نشده و حذف نگردیده است، ماده (۱۳۰۹) ق.م. موضوعاً دارای قدرت اجرایی است.» این نظریه موجب تشتت رأی و تفرقه آراء در مباحثات حقوقی شده و بعضاً نیز مبنای رأی دادگاه‌ها نیز قرار گرفته است.

علی‌هذا از محضر آن فقهای محترم درخواست می‌گردد به منظور خاتمه دادن به این قبیل مباحث و بازگشت به مبانی شرعی، حسب اصل چهارم قانون اساسی و اختیارات فقهای محترم شورای نگهبان، نسبت به اعلام صریح ابطال ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴ اقدام فرمایید. وفقم‌الله لمرضاته والسلام علیکم ورحمت‌الله.» اداره حقوقی قوه قضائیه، حرف بی‌ربطی زده است.

#### **آقای مدرسی‌یزدی - بنویسید.**

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** اداره‌ی حقوقی، ملتفت به ابطال این ماده نبوده است. احتمالاً به آنها نگفته بوده‌اند که این ماده ابطال شده است و آنها فقط اصلاحیه‌ی قانون مدنی را دیده‌اند [که چنین نظری داده‌اند]. ولی این ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی قبلاً ابطال شده است؛ لذا آن اصلاحیه‌ی قانون مدنی که آن ماده را دوباره زنده نمی‌کند. اصلاحیه‌ی قانون مدنی در سال ۱۳۷۰، گرچه تعرضی به این ماده نداشته است، ولی آن ماده را معتبر هم نمی‌داند. لذا چون در اصلاحیه، مطلبی در خصوص ماده (۱۳۰۹) نیامده، وضعیت این ماده اعتبار سابق خودش را دارد که با نظر شورای نگهبان ابطال شده است.

**آقای مؤمن -** در خصوص این موضوع، یک چیزی آقایان [اعضای مجمع مشورتی فقهی]

نوشته‌اند که من نوشته‌ی آقایان را می‌خوانم: «رسیدگی به نامه‌ی جناب آقای سید محمدرضا حسینی‌منش مبنی بر ادعاء خلاف شرع بودن ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مصوب ۱۳۱۴»

**آقای علیزاده -** «بررسی: با توجه به ابطال ماده مذکور توسط فقهای محترم شورای نگهبان در سال ۱۳۶۷، این ماده ابطال شده است و بعد از این، زمانی می‌توان به این ماده عمل نمود که مجلس شورای اسلامی مجدداً آن را تصویب نموده و شورای نگهبان آن را تأیید نماید و آلا در فرض ابطال آن توسط فقهای محترم شورای نگهبان، این ماده جنبه قانونی نداشته و اعتباری ندارد. و آنچه در اصلاحیه قانون مدنی در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است و توسط شورای نگهبان تأیید شده است، متعرض این ماده نشده است تا بتوان چنین ادعا نمود که مجدداً به تأیید شورای محترم نگهبان رسیده است و در نتیجه این عدم تعرض، ابطال فقهای شورای نگهبان را از بین نمی‌برد و طبعاً نظر اداره حقوقی قوه قضائیه مبنی بر اینکه «با توجه به اینکه در سال ۱۳۷۰ ق.م تعرضی به متن ماده (۱۳۰۹) نشده و حذف نگردیده است و ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی موضوعاً دارای قدرت اجرایی است» وجهی ندارد و ابداً ماده مذکور وجود ندارد تا بتوان آن را داری قدرت اجرایی دانست.»<sup>(۱)</sup>

**آقای مؤمن -** یعنی گفته‌اند آنچه در اصلاح قانون مدنی آمده است، اصلاً این ماده را ذکر نکرده‌اند، بلکه یک سیری مواد دیگر را گفته‌اند و آنها را اصلاح کرده‌اند. اصلاً در اصلاحیه، به ماده (۱۳۰۹) هیچ توجهی نکرده‌اند؛ یک سیری مواد جدیدی را گفته‌اند که بعضی از آنها ابطال شده و به بعضی‌ها هم دست نزده‌اند. لذا در این اصلاحیه، اصلاً به ماده (۱۳۰۹) تعرضی نشده است. پس وقتی شورای نگهبان گفته است که این ماده باطل است، همچنان باید باطل باشد.

**آقای هاشمی‌شاهرودی -** البته اصلاحیه‌ی قانون را هم به دو شکل می‌توانند بیاورند؛ بعضی وقت‌ها کل قانون را در اصلاحیه می‌آورند، خب در این صورت، این یک حرفی است، اما گاهی فقط موادی را به عنوان ماده‌ی اصلاحی در اصلاحیه می‌آورند و اصلاح می‌کنند. ما باید ببینیم این اصلاحیه‌ی سال ۱۳۷۰ از کدام یک از دو تا شکل است.

**آقای مؤمن -** از همین قسم دوم است. من این را اینجا نوشته‌ام. این اصلاحیه در

۱. نظر کارشناسی مجمع مشورتی فقهی شورای نگهبان، شماره ۹۲/ف/۶۴۶ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱، قابل

۱۳۷۰/۸/۱۴ به تصویب مجلس رسیده است.

**آقای هاشمی شاهرودی -** بله، مثل همین است؛ فقط ماده‌ی اصلاحی را در اصلاحیه آورده بودند.

**آقای علیزاده -** بله، معمولاً در اصلاحیه‌های قوانین، همه‌ی مواد را نمی‌آورند.

**آقای مؤمن -** تصویب اصلاحیه در مجلس در تاریخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ بوده است و شورای نگهبان هم در ۱۳۷۰/۸/۲۱ آن را تأیید کرده است. اگر می‌خواهید همان مصوبه سال ۱۳۷۰ را بیاورید و بخوانید. ما آن زمان همین مواد را آوردیم و بررسی کردیم. مثلاً مجلس در این اصلاحیه، ماده (۱۳۰۸) را ابطال کرد. ما هم همین متن مصوبه را بررسی کردیم و (۱۰)، (۱۲) مورد ایراد به آن گرفتیم [که مجلس آنها را برطرف کرد و این مصوبه به تأیید شورای نگهبان رسید].<sup>(۱)</sup>

**آقای علیزاده -** پس اگر می‌خواهید همین متن مجمع فقهی قم را بنویسیم، بعد آخرش اضافه کنیم و بگوییم «بنابراین آن ماده همان طور که قبلاً اعلام شد، خلاف موازین شرع است».

**آقای مؤمن -** بله.

**منشی جلسه -** اصلاحیه‌ی سال ۱۳۷۰ را ببینید؛ مجلس در آن اصلاحیه، مواد قبل و بعد ماده (۱۳۰۹) را حذف کرده، ولی متعرض ماده (۱۳۰۹) نشده است.

**آقای مؤمن -** بله، اصلاً ماده (۱۳۰۹) را ذکر نکرده است؛ یعنی اگر ذکر کرده بود و شورای نگهبان راجع به آن حرفی نمی‌زد، خب می‌گفتند این به این معنی است که ماده (۱۳۰۹) به قوت خود باقی است، ولی شما مصوبه را ملاحظه کنید.

**آقای علیزاده -** این ماده (۱۳۰۹) که قبلاً به نظر شورای نگهبان حذف شده بود، لذا همان طوری که آقایان [اعضای مجمع مشورتی فقهی] فرموده‌اند اگر این ماده قرار بود مجدداً در

۱. طرح اصلاح موادی از قانون مدنی، پس از آنکه در تاریخ ۱۳۷۰/۵/۲۰ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید، برای بررسی به شورای نگهبان ارسال شد. شورای نگهبان پس از بررسی این مصوبه، طی نظر شماره ۱۷۰۴ مورخ ۱۳۷۰/۶/۶، در (۱۱) بند ایراداتی را به این مصوبه وارد کرد و آن را برای اصلاح به مجلس بازگرداند. اصلاحات مجلس برای برطرف کردن ایرادهای شورای نگهبان در جلسه‌ی علنی مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ به تصویب نمایندگان رسید و برای بررسی به شورای نگهبان ارسال شد. در این مرحله، شورای نگهبان مصوبه‌ی اصلاحی را مغایر با موازین شرع و قانون اساسی تشخیص نداد و نظر تأییدی خویش در این خصوص را طی نامه‌ی شماره ۲۱۱۱ مورخ ۱۳۷۰/۸/۲۱ به مجلس شورای اسلامی اعلام کرد. برای آگاهی کامل از محتوا و سیر مراحل این مصوبه، بنگرید به پرونده‌ی این مصوبه در سامانه‌ی جامع نظرات شورای نگهبان، قابل دسترسی در نشانی زیر: [yon.ir/79Oj1](http://yon.ir/79Oj1)

قانون بیاید، باید در اصلاحیه ابقاء می‌شد تا آقایان فقها بگویند این ماده، اشکال دارد.

**آقای مؤمن** - بله، باید ابقاء می‌شد یا اصلاح می‌شد.

**آقای هاشمی‌شاهرودی** - پس چرا اداری حقوقی این طوری نظر داده است؟! احتمالاً اداری حقوقی از این مسئله غافل بوده است.

**آقای عزیزاده** - اشتباه کرده‌اند. پس همان متنی که آقایان در قم نوشته‌اند را بیاورید، بعدش هم بنویسید: «و آنچه در اصلاحیه قانون مدنی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و توسط شورای نگهبان به تأیید رسیده است، متعرض این ماده نشده است ...»

**آقای هاشمی‌شاهرودی** - ... تا بتوان ادعا نمود که مجدداً به تأیید شورای محترم نگهبان رسیده است.»

**آقای عزیزاده** - پس این طور می‌نویسیم: «آنچه در اصلاحیه مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ قانون مدنی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و توسط شورای نگهبان تأیید شده است، متعرض ماده (۱۳۰۹) نیست تا بتوان چنین پنداشت که این ماده مجدداً به تأیید فقهای محترم شورای نگهبان رسیده است. در نتیجه نظریه فقهای محترم مبنی بر ابطال این ماده کماکان به قوت خود باقی است و نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه با توجه به اینکه در اصلاحات سال ۱۳۷۰...»<sup>(۱)</sup>

۱. نظر شماره ۵۱۸۸۶/۹۲/۳۰ مورخ ۱۳۹۲/۷/۱۰ شورای نگهبان: «حضرت آیت‌الله آملی لاریجانی؛

رئیس محترم قوه قضائیه

با سلام و تحیت

بر اساس اصل (۴) قانون اساسی جمهوری اسلامی، ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی مصوب سال ۱۳۱۴، در جلسه مورخ ۱۳۹۲/۷/۳ فقهای معظم شورای نگهبان مورد بحث و بررسی قرار گرفت و نظر فقهاء به شرح زیر اعلام می‌گردد:

- آنچه در اصلاحیه مورخ ۱۳۷۰/۸/۱۴ قانون مدنی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده و توسط شورای نگهبان تأیید شده است، متعرض ماده (۱۳۰۹) نیست تا بتوان چنین پنداشت که این ماده مجدداً به تأیید فقهای محترم شورای نگهبان رسیده است و در نتیجه، نظریه فقهای محترم مبنی بر ابطال این ماده کماکان به قوت خود باقی است و نظریه اداره حقوقی قوه قضائیه مبنی بر اینکه «با توجه به اینکه در اصلاحات سال ۱۳۷۰ تعرضی به متن ماده (۱۳۰۹) نشده و حذف نگردیده است و ماده (۱۳۰۹) قانون مدنی موضوعاً دارای قدرت اجرایی است» موجه نمی‌باشد.»



مقام معظم رهبری حضرت آیت الله خامنه‌ای مد ظله العالی

در دیدار با اعضای شورای نگهبان (۱۳۹۲/۸/۸)

«یکی از چیزهایی که شاید بنده قبلاً هم عرض کرده‌ام... انتشاره‌اکرات شوراست. این خیلی چیز خوبی است... فرض بفرمایید در قانون مجازات ماده چندم این قانون، ممکن است دو نظر مخالف یا سه نظر مخالف وجود داشته باشد. خیلی خوب است که در انتشاره‌اکرات، این نظرات مخالف ذکر شود... یعنی این می‌شود یک مستندی، این یک سبانه‌ای است. این سوابق مهم است. اینکه مثلاً شورای نگهبان بتواند در سال هزار و چهارصد و فلان بگوید که این حکم و این بنا مثلاً در نگاه سال پیش در شورای نگهبان بحث شد و این حرف‌ها گفته شد و این نظر از بحث‌ها در آمد، خود این یک مستند و یک پشتوانه تقویت علمی است برای آرای شورا. بنابراین انتشاره‌اکرات هم به نظر من خیلی خوب است.»



پژوهشکده شورای نگهبان

آدرس: تهران، خیابان شهید سپهبد قمرنی،

کوچه شهید دهقانی نیا (خسرو سابق)، پلاک ۱۲

صندوق پستی: ۱۴۶۳ - ۱۳۱۴۵

تلفکس: ۰۲۱ - ۸۸۳۲۵۰۴۵

info@shora-rc.ir

www.shora-rc.ir