

افراز در املاک مشاع و مرجع صالح رسیدگی به درخواست

نجیبه صادقی^۱ / فاطمه خانی^۲

* نوع مقاله: ترویجی / تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۳۱ / تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۰

کد مقاله: JHVMN-2304-1126

چکیده

هدف از این تحقیق بررسی افراز در املاک مشاع و مرجع صالح رسیدگی به درخواست بوده و روش تحقیق به صورت توصیفی و تحلیلی می باشد. با عنایت به مطالب گردآوری شده در این پژوهش نگارنده به این جمع بندی رسید که در وهله اول لازم است به این مهم پرداخته شود که مال مشاع بین چه اشخاصی به نحو اشاعه قرار دارد زیرا تا زمانی که این مساله مشخص نشده باشد افراز ملک مورد نظر با اشکال جدی روبرو خواهد شد؛ بر اساس مقررات جاری در کشور چنانچه ملک مورد نظر بین برخی از افراد بصورت اشاعه باشد که در میان آنها افراد صغیر یا محجور یا غایب مغمود الاثری باشد در این صورت اداره ثبت اسناد نمی تواند به درخواست افراز این ملک رسیدگی نماید مگر امکان افراز ملک معادل سهم احد طرفین مشاع با سند رسمی وجود داشته باشد و باید برای جدا سازی سهم هر یک از مالکین به دادگاه مراجعه نمود اما سوال این است که دادگاهی که باید به آن مراجعه نمود کدام دادگاه در این باره بنظر لازم است برای ارائه دادخواست مبتنی بر افراز ملک مشاع به دادگاهی عمومی و انقلابی مراجعه نمود که ملک غیر منقول در آن قرار دارد و فرقی نمی کند که طرفین دعوی از کجا اقامه دعوی می نمایند حتی اگر احد طرفین از خارج از کشور حقوق خود را بخواهد مطالبه نماید وی ناگزیر است که به دادگاه محل وقوع ملک رجوع نماید و اما در مورد افراز املاک مشاعی که بعد از ثبت ملک بدلیل تصرفی که در آن صورت پذیرفته مانند آنکه درختی در آن کاشته شده باشد یا زراعتی انجام شده باشد در چنین مواردی با توجه به اینکه اداره ثبت اسناد مرجعی نیست که اجازه صدور جواز قلع و قم ابناء و اشجار را داشته باشد و افراز بدون بازگشت ملک به حالت سابق امکان پذیر نباشد در این حالت مرجع صالح به رسیدگی دادگاه خواهد بود و این مقام تصمیم گیرنده علاوه بر اینکه دستور افراز ملک را صادر می نماید متعاقباً مبادرت به صدور رای مبنی بر قلع و قم بناء و اشجار نیز می نماید و کلیه تمهیداتی که برای بازگشت ملک به حالت قبل نیاز باشد را مورد حکم قرار می دهد.

واژگان کلیدی: افراز ، املاک مشاع ، مرجع صالح رسیدگی، درخواست.

^۱ کارشناسی ارشد، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران. (نویسنده مسئول)

sadeghi.na63@gmail.com

^۲ کارشناسی ارشد، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد اردبیل، دانشگاه آزاد اسلامی، اردبیل، ایران.

khaniha.fati63@gmail.com



مقدمه

کلمه مشاع در لغت به معنی خاک بخش نشده و در اصطلاح به معنی سرزمین بخش نشده ای است، که در میان دو یا چند تن مشترک باشد و مالکین در جزء جزء مال مشترک شریک میباشند، بدون اینکه متصرفات آنان مشخص باشد. در واقع مال مشاع مالی است که در آن حالت اشاعه وجود داشته باشد. یعنی از حیث قانونی سهم شرکاء معلوم و معین است، اما از حیث جغرافیایی (حدود و مشخصات) مشخص نشده است به زبان ساده تر ملک مشاعی، ملکی است که حدود و ابعاد آن به صورت دقیق در سند ذکر نشده است، این اصطلاح در مقابل مفروز قرار دارد. افراز عبارت است از تقسیم مال غیرمنقول مشاع بین شرکا به نسبت سهم آنها از یکدیگر. مال مشاع عبارت است از مالی که چند نفر همزمان در جزء جزء آن شریک باشند و سهم هریک را نتوان در خارج، از هم تشخیص داد، این در حالی است که مال مشاع در مقابل مال مفروز یا ملک اختصاصی قرار دارد که آن عبارت است از مالی که شخص به نحو انحصار، مالک آن باشد، زمانی که یک نفر مالک مال غیر منقولی باشد و سعی به انتقال آن به دیگری داشته باشد، مطمئناً فروش یا تصرف به هر نحوی قابل تصور است، اما مشکل زمانی است که یکی از شرکا قصد تقسیم مال یا حتی فروش مال مشاع را دارد، لذا به طور کلی اگر دو یا چند نفر به صورت مشترک صاحب ملکی باشند و بخواهند سند مجزایی برای سهم خود دریافت کنند تا حق هرگونه دخل و تصرف و استفاده از آن سند مثل خرید و فروش و یا وثیقه را داشته باشند، باید برای افراز و پیرو آن دریافت سند تفکیکی اقدام کنند. اما نکته مهم این است که در سند مالکیت ملک مشاع مورد نظر، نام تمامی شرکا وجود دارد. به عبارت دیگر ملکی وجود دارد که سند آن به چند مالک اختصاص دارد اما از نظر مساحت و محدوده فیزیکی تفکیک نشده است. با درخواست افراز ملک مورد نظر به لحاظ مساحتی تقسیم شده و برای تقاضاکننده سند جدا مربوط به سهم وی صادر می شود. افراز کردن ملک مشاع یکی از موارد حقوقی مهمی است که می تواند با رضایت سایر شرکا یا به اجبار انجام شود. در صورتی که سایر شرکا راضی به تقسیم شدن ملک مورد نظر نباشند متقاضی می تواند با مراجعه به دادگاه درخواست افراز اجباری ملک را داشته باشد. اگر چه در اغلب اوقات با توافق طرفین انجام این موضوع امکان پذیر است، اما به هر حال در جوامع امروزی بعضاً شاهد اختلافاتی فی مابین شرکا نسبت به اموال غیر منقول هستیم و مشکل زمانی ایجاد می شود که شرکا بر سر نحوه تقسیم و تعیین سهم هر شریک به توافق نرسند که در این خصوص راه حل قانونی افراز است.

مالکیت های که در بسیاری از روستاها و شهرها به دعاوی حقوقی و مالکیتی در آن به وجود آمده است، املاک با مالکیت مشاعی است. در حال حاضر با توجه به درهم ریختگی حد و مرز اراضی



زارعان و مالکان و تغییر کاربری بسیاری از این اراضی به ویژه در اطراف شهرها، زمینه اجرایی شدن موارد قانونی برای اخذ سند مالکیت برای بسیاری از مالکین جدید از دست رفته و مشکلات و دشواریهای دعاوی ملکی فزونی یافته است. در عین حال، با افزایش جمعیت و توسعه محدوده ی شهرها و روستاها بسیاری از این اراضی به قطعات کوچک تجزیه و با اسناد عادی واگذار و به منازل مسکونی تبدیل شده اند. با توجه به اینکه بیشتر این املاک دارای یک پلاک ثبتی کلی شامل ده ها هکتار می باشند، امکان اخذ سند از طریق مقررات ثبت عمومی برای آنها فراهم نیست؛ مقررات مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک نیز دردی از افرادی که سابقه تصرفات آنها به پیش از سال ۱۳۷۰ بر میگردد یا در ملک مورد اختلافشان تصرفی ندارد، را دوا نمیکند. از آنجایی که سابقه ثبتی اینگونه املاک بسیار قدیمی و مشاعی است در حالی که تصرفات افراد در آنها عملاً مفروزی است، اما فاقد سابقه ثبتی مفروزی است. به نظر میرسد بتوان دعاوی اثبات مالکیت را در این موارد پذیرفته و حکم بر مالکیت صادر نمود. در تقویت این نظر میتوان به مدلول کلی و روح مواد ۱۴۷ و ۱۴۸ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک توجه نمود که تصرفات بلامعارض متقاضی سند مالکیت را مهمترین رکن پذیرش تقاضای ثبت و صدور سند مالکیت مفروزی از سوی هیأت حل اختلاف می داند.

با تصویب قانون افراز و فروش املاک مشاع در مورخ ۵۷/۰۸/۲۲ و مطابق ماده یک قانون، صلاحیت رسیدگی به افراز املاک که جریان ثبتی آن خاتمه یافته، به عهده واحد ثبتی محل وقوع ملک محول گردیده، اما صلاحیت محاکم به طور کامل سلب نشده است، در مجموع چنین استنباط میشود که اداره ثبت با اختیارات لازم مکلف است به درخواست های افراز رسیدگی و تصمیم خود را اعلام کند و فقط در یک مورد استثناء حق دارد از رسیدگی امتناع نموده و آن هم تبصره ذیل ماده یک بوده که مقرر می دارد در مواردی که برای ملک سند معارض صادر شده، تا زمان رفع تعارض اقدام به افراز نخواهد شد. حال با توجه به مطالب ذکر شده هدف از این تحقیق بررسی افراز در املاک مشاع و مرجع صالح رسیدگی به درخواست می باشد.

مفهوم شناسی

اموال مشاع: ماده ۵۷۱ قانون مدنی می نویسد شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه. اشاعه یا مشاع به این معناست که مالکان در تک تک سلول های پیکره یک ملک، شریک می باشند و لذا مطابق مواد ۴۶ و ۵۸ و ۳۵۰ قانون مدنی مشاع، مالی است غیر مفروز. به عبارتی برای ملک مشاع نمی توان سند ششدانگ برای هر یک از مالکان صادر نمود که



نمونه آن، قسمت های مشاع در آپارتمان ها است. ولی مشاع در همه جا از این تعریف پیروی نمی کند. بطور مثال ما می دانیم در اراضی کشاورزی مالکان در تک تک سلول های پیکره یک ملک شریک نمی باشند و حدود ابعاد و مساحت (جانمایی) ملک معلوم است و در نتیجه صدور سند ششدانگ امکان پذیر است هر چند که ملک، ذهنناً مشاع می باشد. لذا باید گفت مشاع، ملکی است غیرقابل افراز که صدور سند مالکیت ششدانگ برای هر یک از شرکاء عیناً امکان پذیر نباشد. (پورسلیم بناب؛ ۱۳۹۲، ص ۹۹).

افراز : افراز به معنی جدا کردن چیزی از چیز دیگر و در واقع تفکیک سهم هر یک از شرکاء ملک می باشد که یا از طریق تراضی بین شرکاء و یا تقسیم اجباری توسط دادگاه انجام می شود. افراز استقلال بخشیدن به مالکیت مشترک از طریق اعطای هر بخش از مال مشترک به یکی از شرکا است (جعفری لنگرودی؛ ۱۳۸۸، ص ۴۰۷). شرکا می توانند با تراضی و توافق میان خود تقسیم را به نحوی که می خواهند انجام بدهند و اگر توافق حاصل نشود، متقاضی تقسیم می تواند اجبار شرکا را به انجام تقسیم بخواهد. پس هر شریک می تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید، مگر در مواردی که تقسیم به موجب آن قانون ممنوع یا شرکاء به وجه ملزمی، مستلزم بر عدم تقسیم شده باشند.

تقسیم املاک مشاعی

بر اساس مقررات قانون مدنی و قانون امور حسبی در مورد اموال مشترک، مشاعی منقول و یا غیر منقولی که اصلاً به ثبت نرسیده یا عملیات ثبتی در مورد آن خاتمه نیافته و یا اگر عملیات ثبتی به پایان رسیده، در میان شرکاء، صغیر، غایب یا محجور و وجود دارد، محکمه با طرح دعوی و تقدیم دادخواست وارد رسیدگی شده و در نهایت به :

- افراز (که در اموال مثلی مصداق دارد)
- تعدیل (که به ارزش مالی هر سهم توجه دارد)
- رد (که ناچاراً اختصاص یک حصه مستلزم دریافت یا پرداخت مبلغی به حصه دیگر خواهد بود)
- فروش (در مواردی که تقسیم میسر نباشد) حکم مقتضی را صادر می نماید.



افراز املاک مشاع

در مورد اموال غیر منقولی که عملیات ثبتی آنها به پایان رسیده است و در میان شرکاء، صغیر، محجور یا غایب وجود نداشته باشد لازم است ابتدا از طریق واحد ثبتی در خواست افراز به عمل آید. چنانچه واحد ثبتی حکم بر غیر قابل افراز بودن ملک صادر نماید و این رای قطعی شود، در اجرای ماده ۴ قانون افراز املاک مشاع و ماده ۹ آیین نامه اجرای آن، هریک از شرکاء از دادگاه حق درخواست فروش را دارند. در این صورت دادگاه دستور فروش را ثبت و در جلسه فوق العاده پس از احراز شرایط قانونی دستور فروش ملک را به واحد اجرای احکام مدنی صادر مینماید تا اجرای احکام مدنی ضمن فروش ملک وجه حاصله از آن را بین شرکاء تقسیم نماید. در مورد چنین املاکی درخواست تقسیم اصولاً قابلیت استماع ندارد. درخواست فروش نیز بدون تحصیل حکم قطعی واحد ثبتی، مبنی بر عدم قابلیت افراز قابل استماع نیست (اصغر زاده بناب؛ ۱۳۹۰، ص ۳۵).

اقسام افراز

مال مشاع از جهات مختلف قابل تقسیم‌بندی است. بر اساس دخالت شریکان، تقسیم دو نوع است؛ تقسیم به تراضی و تقسیم به اجبار. اما از حیث شیوه تقسیم، عبارت از تقسیم به افراز، تقسیم به تعدیل، تقسیم به رد و تقسیم به فروش می‌باشد. در خصوص اقسام افراز، فقط می‌توان افراز را به افراز به تراضی و افراز به اجبار دانست و سایر اقسام در خصوص افراز موضوعیت ندارند. از این جهت در ادامه، به شرح این دو شق افراز می‌پردازیم.

افراز به تراضی

افراز به تراضی را می‌توان به افراز مال مشاع با توافق شرکا تعریف نمود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۴۹۹). در مقرراتی که مربوط به تنظیم روابط مالی اشخاص باشد، معمولاً قانون‌گذار سعی بر آن دارد تا توافق شرکا را در اجرای سلطه مالکان بر هر امری مقدم دارد. اگر شرکا در تقسیم مال مشاع توافق داشته باشند، اراده‌شان معتبر است و نیاز به مداخله دادگاه نیست (جوان‌مرادی، ۱۳۸۹، ص ۶۱). رضایت طرفین در جایی که مختار به تصمیم‌گیری هستند، بر نظر دادگاه مقدم است؛ چون هدف دادگاه نیز اجرای عدالت است و هر شریک با رضایت کامل بر قسمت مفروزی از ملک تصرف و مالکیت دارد. طبق ماده ۵۹۱ ق.م.:



«هر گاه تمام شرکاء به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکاء تراضی نمایند، به عمل می‌آید...». اجازه افراز به تراضی صریحاً داده شده و قانون امور حسبی نیز عموماً به متقاضی جواز تقسیم داده است تا چنانچه طرحی برای افراز دارد، به دادگاه ارائه نماید و شرکاء می‌توانند آزادانه در دادگاه راجع به نحوه تقسیم یا افراز تصمیم گرفته و حتی با تعیین جزئیات آن، اقدام به ازاله اشاعه نمایند. در ماده ۳۰۷ قانون امور حسبی آمده است: «درخواست‌کننده تقسیم می‌تواند زمینه‌هایی برای تقسیم ترکه تهیه نموده و به دادگاه تسلیم نماید...». ماده ۳۰۹ نیز مقرر می‌دارد: «اشخاص ذی‌نفع می‌توانند در دادگاه حاضر شده، به تراضی قراری راجع به مقدمات تقسیم یا طرز تقسیم اموال بگذارند. در این صورت، دادگاه صورت‌مجلسی مشتمل بر قرارداد نامبرده تنظیم می‌نماید». نهایتاً ماده ۳۱۰ همان قانون برای جلوگیری از ظلم به شریک غایب که ممکن است حق اعتراض یا ارائه نظری داشته باشد، پیش‌بینی نموده که مراتب پیشنهاد و تراضی سایر شرکاء، به شخص ذی‌نفعی که در تنظیم قرارداد شرکت نداشته است، اعلام گردد و او می‌تواند طی مدت‌زمان تعیین‌شده، به دفتر دادگاه مراجعه، و رضایت یا عدم رضایت خود را اعلام کند. بدین ترتیب مبنای قانونی افراز به تراضی در مواد فوق تعیین گردید.

افراز به اجبار

به افراز مال به موجب حکم دادگاه، که شرکاء را مجبور به قبول قسمت مال مشاع می‌کند، افراز اجباری گفته می‌شود. این اصطلاح در مقابل افراز به تراضی به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ص ۵۰۰). گاهی ممکن است عده‌ای از شرکاء، «منافع خود را در بقای شرکت ببینند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۶۶) و در مقابل، عده‌ای دیگر منافع خویش را در تقسیم اموال شرکت ببینند و گاهی ممکن است شرکاء بر انحلال اشاعه اتفاق داشته باشند، ولی از عهده کیفیت تقسیم برنمایند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶، ب: ۱/۲). در نتیجه در همه این موارد، شرکاء ناگزیر به مقامات قضایی مراجعه می‌نمایند تا بتوانند با اجبار شریک دیگر به افراز، به هدف خویش دست یابند و بتوانند بر سهم مفروزی از اموال شرکت، تصرف و مالکیت داشته باشند. طبق شق دوم ماده ۵۹۱ ق.م. «... در صورت عدم توافق بین شرکاء، حاکم اجبار به تقسیم می‌کند». در اجرای قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، دادگاه را مجاز به افراز مال مشاع بین شرکاء می‌نماید. مؤید دیگر این امر، مفاد ماده ۵۹۴ ق.م. راجع به عدم مشارکت یک یا چند شریک در تعمیر یا تنقیه فنانی است که نیاز به این امر دارد، که حاکم را برای دفع ضرر و پایان دادن اختلاف مجاز دانسته تا شریک ممتنع را حسب مورد به تنقیه، تعمیر، اجاره یا فروش سهم وی اجبار نماید. از مواد ۳۱۷، ۳۱۹ و ۳۲۰ قانون امور حسبی هم همین حکم استنباط می‌شود.



موارد منع افراز

هر گاه تقسیم متضمن افتادن تمام مشترک با حصه یک یا چند نفر از شرکاء از مالیت باشد تقسیم ممنوع است، اگر چه شرکاء تراضی نمایند. تقسیم ملک از وقف جایز است ولی تقسیم موقوفه بین موقوف-علیهم جایز نیست. اجبار به تقسیمی که مشتمل بر ضرر باشد، جایز نیست. (نقصان فاحش قیمت به مقداری که عادتاً قابل مسامحه نباشد) هر گاه عمل افراز وسیله اداره ثبت مستلزم اصلاح مشخصات ملک باشد چون اصلاح باید با حضور موافقت کلیه مالکین مشاع صورت پذیرد، قبل از حصول شرط مرقوم اداره ثبت مجاز به افراز نیست. یکی دیگر از شرایط لازم برای امکان رسیدگی به درخواست افراز ملک مشاع این است که در مورد این ملک سند مالکیت معارض وجود نداشته باشد. نسبت به چنین ملکی تا زمانی که رفع تعارض نشده اقدام به افراز نخواهد شد. شرکا در ضمن قرارداد شرط عدم تقسیم کرده باشند. تقسیم به موجب قانون منع شده باشد. مثلاً طبق آیین نامه ۳۱ تفکیک و تقسیم باغات به کمتر از ۱۰ هکتار ممنوع شده است (امامی؛ ۱۳۸۱، ص ۴۵۶).

نحوه رسیدگی به افراز املاک مشاعی در واحد ثبتی محل

در مورد صلاحیت واحد ثبتی در رسیدگی به تقاضای تقسیم اموال مشاعی می توان به افراز املاک مشاع اشاره نمود. براساس ماده ۱ قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷، رسیدگی به درخواست افراز املاک مشاعی که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته، اعم از این که در دفتر املاک ثبت شده یا نشده باشد، با واحد ثبتی محل وقوع ملک است. تا سال ۱۳۵۷ افراز املاک مشاع به طور کامل در دادگاه انجام می شد؛ اما با تصویب قانون افراز در سال ۱۳۵۷ این وضعیت تغییر کرد و رسیدگی به درخواست افراز املاکی که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته، در صلاحیت واحد ثبتی محل قرار گرفت. شرایط ملک قابل افراز در واحدهای ثبتی برای شروع رسیدگی به افراز در واحدهای ثبتی مقدماتی لازم است که رعایت آنها الزامی است. از جمله این شرایط می توان به پایان یافتن جریان ثبتی ملک مشاع، فقدان سند مالکیت معارض، مستلزم اصلاح ملک نبودن عمل افراز و عدم وجود شخص محجور یا مفقود الاثر یا غایب در بین شرکا اشاره کرد (امامی؛ ۱۳۸۱، ص ۶۵).

یک- پایان یافتن جریان ثبتی ملک مشاع مطابق قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷

افراز املاک مشاعی که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته، در صلاحیت واحدهای ثبتی مربوطه است. هنگامی جریان ثبتی یک ملک خاتمه یافته تلقی می شود که یا ملک دارای سند مالکیت بوده و در



دفتر املاک به ثبت رسیده باشد، یا هر چند نسبت به آن سند مالکیت صادر نشده؛ اما درخواست مربوطه به ثبت رسیده، آگهی نوبتی و تحدیدی آن به طور صحیح منتشر و تحدید حدود قانونی صورت گرفته و در مهلت و اخواهی نیز مورد اعتراض واقع نشده و ملک قابل ثبت در دفتر املاک باشد. ممکن است این پرسش مطرح شود که اگر نسبت به قسمتی از محل ملک مشاع سند مالکیت صادر شده؛ اما قسمت باقی مانده فاقد سند مالکیت بوده و اساساً درخواست ثبت نسبت به آن صورت نگرفته باشد، آیا اداره ثبت محل مجاز به افراز چنین ملکی خواهد بود یا خیر؟ در پاسخ باید گفت مراد مقنن از ختم جریان ثبتی در ماده ۱ قانون افراز و فروش املاک مشاع، جریان ثبتی کل ملک مشاع است؛ نه قسمتی از آن. اداره حقوقی دادگستری نیز در نظریه شماره ۷/۵۳۸۹ - ۲۳ دی ۱۳۵۹ همین نظر را ارائه نموده است. بحث دیگری که می توان مطرح کرد این است که چنانچه قسمتی از ملک مشاعی به ثبت رسیده و قسمت دیگر آن مجهول المالك باشد، کدام مرجع صالح به رسیدگی است؛ دادگاه محل وقوع ملک یا اداره ثبت؟ مستفاد از ماده ۵۸۹ قانون مدنی، مالک یا مالکان که میزان مالکیت و حدود مشخصه ملک مشاعی آنها طبق پرونده ثبتی و صورت مجلس تحدید حدود معلوم است، هر زمان که بخواهند می توانند اقدام به افراز بنمایند. از طرفی، با عنایت به هدف اصلی قانون گذار از وضع قانون افراز و فروش املاک مشاعی، افراز املاک یکی از راه های رفع ضرر از مالک مشاعی است و انتزاع و افراز مالکیت متقاضی نمی تواند به عذر نواقصی که مربوط به دیگران است؛ مانند مجهول المالك بودن قسمتی از ملک مورد افراز که رفع آن خارج از حیطة و اختیار متقاضی است، متوقف شده و به تعویق افتد. این موضوع را می توان از فرآز قسمت اخیر ماده ۵۹۱ قانون مدنی استنباط نمود که رضایت مالکان را شرط افراز ندانسته است. این حالت مانند زمانی است که قسمتی از ملک ثبت شده و قسمت دیگر مجهول المالك باشد. بنابراین در قسمت ثبت شده اشکالی بر افراز متصور نخواهد بود. اما در خصوص این که کدام مرجع صالح به رسیدگی است، باید گفت از آنجا که مطابق ماده ۱ قانون افراز، واحد ثبتی محل در صورتی صلاحیت افراز املاک مشاع را دارد که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته باشد و نسبت به املاک مشاعی که جریان ثبتی آنها خاتمه نیافته، این واحد ثبتی صالح برای افراز نیست و این موضوع ناظر به خاتمه یافتن کل جریان پلاک ثبتی است؛ نه قسمتی از آن، بنابراین افراز ملکی که نسبت به مقداری از سهام مشاعی آن به لحاظ مجهول المالك بودن تقاضای ثبت نشده، از حدود صلاحیت واحد ثبتی محل خارج و در صلاحیت دادگستری خواهد بود. نظریه شماره ۷/۵۳۸۹ - ۲۳ دی ۱۳۵۹ نیز مؤید این معناست. در حال حاضر در رویه موجود وضع به همین منوال است؛ اما در عمل مشاهده می شود که افراز این گونه املاک در صلاحیت واحد ثبتی محل قرار داده شده است. به طور مثال، شعبه پنجم دیوان عالی کشور در رأی مورخ ۱۱ خرداد



۱۳۶۱ خود به شماره ۴۱۳ برخلاف نظریات گفته شده، افراز این گونه املاک را در صلاحیت واحد ثبتی محل قرار داده است. متن این رأی چنین است: یکی از مالکان مشاعی پلاک‌های ۲۱۰۰ و ۲۱۰۲ بخش ۹ تهران از شعبه چهارم دادگاه عمومی تهران افراز سهم مشاعی خود را درخواست می‌نماید. شعبه مذکور طبق رأی شماره ۱۰/۴۳۳ مورخ ۲۴ شهریور ۱۳۶۰ با توجه به قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب آبان‌ماه ۱۳۵۷ و آیین‌نامه مذکور، قرار عدم صلاحیت ذاتی دادگاه بر صلاحیت اداره ثبت صادر می‌کند و پرونده حسب ماده ۱۶ قانون اصلاح پاره‌ای از قوانین دادگستری به دیوان عالی کشور ارسال می‌شود که منجر به صدور دادنامه شماره ۵/۵۵۳ مورخ ۲۵ آبان ۱۳۶۰ شعبه پنجم دیوان عالی کشور مبنی بر تأیید قرار صادر شده از شعبه چهارم دادگاه عمومی به شکل زیر می‌شود: قرار عدم صلاحیت ذاتی دادگاه عمومی تهران که به استناد ماده ۱ قانون افراز و فروش املاک مشاع صادر شده خالی از اشکال است و رسیدگی به واحد ثبتی تهران ارجاع می‌شود. ثبت جنوب با وصول درخواست افراز سهم خواهان و دادنامه‌های مذکور به عذر این که ۲ سهم مشاع از ملک مورد تقاضا مجهول‌المالک بوده، از انجام درخواست افراز خودداری و با توجه به مدارک موجود طی شماره ۱۱۶۶ مورخ ۲۷ اردیبهشت ۱۳۶۱ از دیوان عالی کشور کسب تکلیف و نظر خواهی می‌نماید که سرانجام رأی مورخ ۱۱ خرداد ۱۳۶۱ از شعبه پنجم به قرار زیر صادر می‌شود: نظر به این که بانو... که نسبت به سهم مشاعی خود از پلاک‌های مورد بحث سند مالکیت دارد، درخواست افراز سهم خود را از سایر سهام نموده است، مجهول‌المالک بودن ۲ سهم مشاع از ۱۶ سهم شش‌دانگ پلاک‌های یاد شده مانع از این که واحد ثبتی مربوط با رعایت تمامی قوانین و مقررات اقدام به افراز سهم مشارالیه از سایر سهام کند و بقیه سهام را به حال اشاعه باقی بگذارد، نیست و بنابراین در تعقیب رأی شماره ۵/۵۵۳ مورخ ۲۵ آبان ۱۳۶۰ این شعبه، پرونده برای اقدام به شرح فوق به ناحیه ثبت جنوب تهران ارسال می‌شود.

نحوه افراز املاک در دفاتر ثبتی

متقاضی یا متقاضیان باید تقاضای خود مبنی بر افراز را ضمن تعیین مشخصات کامل و آدرس سایر مالکین مشاعی ملک به ثبت محل وقوع ملک تسلیم دارند. مسئول اداره دستور ثبت تقاضا را در دفتر اندیکاتور صادر و آنرا جهت ضمیمه شدن به پرونده و رسیدگی به ترتیب به بایگانی و یکی از نمایندگان ثبت ارجاع می‌نماید. تقاضای متقاضی پس از ثبت در دفتر اندیکاتور به بایگانی ارسال و متصدی بایگانی پرونده مربوطه را از ردیف خود خارج و همراه با تقاضا نزد نماینده تعیین شده ارسال می‌دارد. نماینده ثبت پرونده و وضعیت ثبتی آن بررسی و مراتب طی گزارشی مبنی بر چگونگی جریان ثبتی پرونده و اینکه آیا نسبت به آن سند مالکیت صادر شده یا خیر ضمن



اظهار نظر صریح در خصوص امکان یا عدم امکان افزایش به اطلاع مسئول اداره می‌رساند. مسئول اداره پس از ملاحظه گزارش نماینده و بررسی پرونده تصمیم لازم مبنی بر قبول یا رد درخواست افزایش را اتخاذ و در صورت قبول درخواست افزایش روز معاینه محل را نیز تعیین و به متقاضی اعلام و پرونده را جهت تهیه اظهار لازم و دعوت از مالکین و شرکاء ملک به نقشه بردار ارجاع می‌نماید. در صورتیکه تصمیم مسئول اداره مبنی بر رد درخواست افزایش اتخاذ شود مراتب بایستی به متقاضی یا متقاضیان و کلیه شرکاء ابلاغ گردد. نقشه بردار روز معاینه محل را طی خطاری به کلیه مالکین مشاعی ابلاغ و از آنها دعوت می‌نماید که در روز و ساعت تعیین شده در محل وقوع ملک حضور یابند و تأکید می‌نماید که عدم حضور سایر مالکین مانع از انجام عملیات افزایش نخواهد بود. خطارهای تهیه شده پس از امضاء مسئول اداره و درج شماره بر آنها به وسیله متصدی دفتر اندیکاتور جهت ابلاغ به متقاضی و سایر مالکین مشاعی به مأمور ابلاغ تسلیم می‌گردد که خطارها را به موقع به مالکین مشاعی ابلاغ و ضمن گواهی به ثبت محل تحویل یا ارسال می‌دارند و مسئول اداره پس از ملاحظه آنها و حصول اطمینان از صحت ابلاغ دستور ضبط آنها در پرونده تا روز معاینه محل صادر می‌نماید. در روز معاینه محل نقشه بردار مربوطه به اتفاق متقاضی جهت انجام عملیات افزایش به محل وقوع ملک عزیمت می‌نماید. چنانچه محل وقوع ملک خارج از شعاع ۳۰ کیلومتر باشد پس از حضور در محل و معرفی ملک به وسیله متقاضی، نماینده حدود آن را با مجاورین و مندرجات پرونده ثبتی تطبیق و نقشه بردار نقشه قطعات مورد افزایش را با توجه به میزان مالکیت و تصرفات و رعایت حقوق مالکین برداشت و ترسیم نموده و قطعات مفروز را به نرخ منطقه ای ارزیابی سپس مراتب را طی گزارشی همراه با نقشه به مسئول اداره گزارش می‌نماید. نقشه ی مورد نظر باید به تصویب و تأیید سازمان مسکن و شهرسازی استان برسد. در صورتیکه محل وقوع ملک داخل در محدوده خدمات شهری باشد، نقشه افزایش حسب دستورالعمل اداره عنداللزوم جهت تأیید و اظهار نظر با شهرداری و در صورتیکه زمین و مستغلات کاربری زراعی باشد، کشاورزی باشد، یا باغ باشد؛ تشخیص اجازه ی افزایش با سازمان جهاد کشاورزی است. (اگر زمین کاربری کشاورزی یا باغ بود، اگر داخل محدوده ی شهر باشد، شهرداری میتواند اظهار نظر کند، اما اگر خارج از محدوده یا حریم شهر باشد، اظهار نظر در مورد افزایش در صلاحیت سازمان جهاد کشاورزی است.) پرونده تا برگشت نقشه از شهرداری یا مراجع دیگر جهت ضبط به بایگانی ارسال می‌شود.

بعد از برگشت نقشه از مراجع یاد شده نماینده با توجه به نقشه ترسیمی و به نحوی که در تفکیک معمول است، صورتجلسه افزایش تنظیم و هر یک از قطعات افزایش شده را در سهم مالک مربوط قرار داده و پس از امضاء خود و نقشه بردار در صورت امکان به امضاء متقاضی رسانیده و جهت اتخاذ



تصمیم نزد مسئول اداره ارسال می دارد. در صورت جلسه افراز بایستی ابتدا حدود کل ملک و سپس حدود قطعات افراز شده به ترتیب و با تعیین شماره و با ذکر طول ابعاد و مساحت نوشته شده و هر قطعه در سهم فرد مورد نظر قرار داده شود. آنگاه مسئول اداره ضمن بررسی کامل و تطبیق حدود و مشخصات قطعات مفروز مندرج در صورتجلسه و نقشه افراز و سایر مکاتبات انجام شده در صورتیکه اقدامات معموله را کافی تشخیص دهد، تصمیم خود مبنی بر افراز ملک را به نحوی که انجام شده ذیل صورتجلسه مرقوم می دارد. سپس تصمیم اداره همراه با یک نسخه فتوکپی از نقشه و صورتجلسه افراز طی اخطاری به کلیه مالکین مشاعی ابلاغ می شود تا چنانچه به تصمیم مذکور و نحوه افراز اعتراضی دارند، مراتب را ظرف ده روز از تاریخ رویت اخطار کتباً به دادگاه صالحه محل وقوع ملک تسلیم دارند. اخطار مذکور پس از امضاء مسئول اداره و درج شماره بر آن به وسیله متصدی دفتر اندیکاتور جهت ابلاغ به مالکین مشاعی به مأمور ابلاغ تسلیم و ارسال پرونده تا برگشت اخطارهای ابلاغ شده جهت ضبط به بایگانی اعاده می شود. پس از بازگشت اخطارها و انقضاء زمان اعتراض متقاضی یا متقاضیان می توانند با ارائه گواهی لازم از مراجع قضایی صالحه مبنی بر عدم تقدیم اعتراض در مهلت مقرر تقاضای صدور سند مالکیت سهمی خود به طور مفروز را از اداره ثبت بنمایند. مسئول اداره دستور ثبت تقاضا در دفتر اندیکاتور را صادر و آن را جهت ضمیمه شدن به پرونده و اقدام به ترتیب به بایگانی و یکی از نمایندگان ثبت ارجاع می نماید. بایگانی پرونده مربوطه را ضمیمه تقاضا نموده و جهت اقدام نزد نماینده ثبت ارسال می دارد. سپس نماینده با توجه به صورتجلسه افراز پیش نویس سند مالکیت قطعه یا قطعات مفروز مورد نظر را تهیه و پرونده را جهت گواهی عدم بازداشت به دفتر بازداشتی می-فرستد متصدی دفتر بازداشتی پس از گواهی عدم بازداشت آنرا اعاده و سپس پرونده جهت وصول هزینه افراز و سایر حقوق دولتی متعلقه نسبت به سهم متقاضی یا متقاضیان و بهاء دفترچه سند مالکیت به حسابداری فرستاده می شود. متصدی حسابداری فیش لازم را صادر و جهت پرداخت به متقاضی تسلیم می دارد. متقاضی پس از واریز وجوه سند قبض را تحویل حسابداری داده و حسابداری نیز گواهی وصول حقوق دولتی و هزینه افراز را جهت اقدامات بعدی به دفتر املاک ارسال می دارد. متصدی دفتر املاک سند اولیه را ابطال و سند جدید تحریر و مراتب ابطال اسناد مالکیت مشاعی را طی بخشنامه ای به دفاتر اسناد رسمی تابعه ابلاغ می نماید. پرونده جهت تنظیم سند به متقاضی به بایگانی فرستاده می شود. در بایگانی ابتدا سند نخ کشی و پلمپ و سپس در دفتر اسناد ثبت آنگاه پس از احراز هویت متقاضی یا متقاضیان در قبال اخذ رسید به آنان تسلیم و پرونده در ردیف خود ضبط می شود.



در صورتیکه متقاضی نتواند آدرس محل سکونت سایر شرکاء را تعیین و اعلام نماید ابلاغ هر گونه اخطار به آنها از طریق درج در روزنامه انجام پذیر خواهد بود.

قابلیت اعتراض به تصمیم واحد ثبتی

متقاضی درخواست ثبت، این درخواست را تقدیم اداره ثبت می کند. اداره ثبت این درخواست را یا می پذیرد یا رد می کند. در هر دو فرض، قابل اعتراض در دادگاه عمومی حقوقی محل وقوع ملک است. از زمان ابلاغ تصمیم واحد ثبتی، ظرف ۱۰ روز فرجه دارد که چنانچه اعتراضی به این تصمیم داشته باشد، به دادگاه مراجعه کند و دادخواستی مبنی بر اعتراض تقدیم کند.

حکم دادگاه مبنی بر افراز صادر شد ولی با محل انطباق ندارد:

حالت اول: تقسیم باطل است و قابلیت اجرا ندارد. بطلان آن به خاطر این است که قابلیت انطباق ندارد، کارشناس هم متوجه نشده است یا دادگاه به کارشناس ارجاع نداده است، و مجدداً بایستی درخواست افراز داده شود.

حالت دوم: محکمه حکم صادر کرده سهو قلم دارد. مثلاً باید بنویسد پلاک ۲ اصلی از ۱۳۹ فرعی، نوشته است پلاک ۳ اصلی از ۱۳۹ فرعی. در این فرض خود دادگاه بدوی، تا زمانی که از حکم تجدیدنظرخواهی صورت نگرفته باشد می تواند این اشتباه را اصلاح کند و اداره ثبت نیز طبق این اصلاحیه اقدام می کند. اما اگر به این حکم اعتراض شده باشد، دادگاه بدوی صلاحیت اصلاح را نخواهد داشت. اینجا دادگاه تجدیدنظر اصلاح می کند و بر طبق این حکم اداره ثبت اقدام مقتضی انجام خواهد داد.

اعتراض به درخواست افراز: پس از ارائه درخواست ثبت، اقدام به انتشار آگهی می شود و از زمان انتشار اولین آگهی تا ۹۰ روز نسبت به درخواست ثبت می توان اعتراض کرد. زمانی که اعتراض شد تا زمانی که دادگاه عمومی حقوقی رسیدگی نکرده و حکم صادر نکرده است، درخواست افراز امکان رسیدگی نخواهد داشت.

اختلاف نسبت به حدود ملک: اگر نسبت به ملکی سند مالکیت صادر نشده باشد و در خصوص حدود بین مجاورین، اختلاف وجود داشته باشد، تا رفع اختلاف نسبت به حدود، افراز امکان پذیر نیست.



شریک بودن اداره مسکن و شهرسازی با اشخاص ثالث: هر زمان که املاک دولتی با اشخاص ثالث، مشاعاً مالک باشند، قانونگذار پیش بینی کرده است که مسکن و شهرسازی می تواند بدون لحاظ تشریفاتی که بیان کردیم، صرفاً از اداره ثبت درخواست افراز نماید. در مورد خانه های سازمانی نیز به صرف درخواست مسکن و شهرسازی، اداره ثبت مکلف است افراز و تفکیک را انجام دهد و در اینجا نیازی به استعلام هم ندارد. آیا می توان نسبت به مالی که در رهن است درخواست افراز کرد؟ پاسخ مثبت است اما اینکه آیا مرتهن هم باید طرف دعوای شما قرار گیرد یا خیر؟ پاسخ منفی است، نیاز نیست که شما مرتهن را طرف دعوای خود قرار دهید به جهت اینکه او هنوز مالک نیست و مالک همچنان راهن است. اما نکته ای که باز اینجا نهفته است این هست که پس از افراز نیز همچنان از این ملک، آنچه که در سهم راهن قرار گرفته است در رهن مرتهن خواهد بود، یعنی از حالت رهن خارج نمی شود.

نحوه رسیدگی به افراز املاک در مراجع قضایی

گرچه بموجب قانون مصوب ۲۲ آبان ۱۳۵۷ اختیار افراز املاک مشاع به ادارات ثبت اسناد و املاک تفویض گردیده و ادارات ثبت مجاز به انجام افراز املاک مشاع حسب تقاضای احد یا تعدادی از مالکین مشاعی می باشند ولی بموجب ماده دوم قانون مذکور هر یک از شرکاء می توانند به تصمیم واحد ثبتی مربوطه مبنی بر افراز ملک در مهلت مقرر در ماده ۲ قانون یادشده به دادگاه شهرستان محل وقوع ملک (دادگاه حقوقی) اعتراض نمایند که در این صورت ادارات ثبت سوابق افرازی و عنداللزوم پرونده ثبتی را حسب تقاضای مرجع یادشده جهت رسیدگی نهائی به دادگاه حقوقی مربوطه ارسال می دارند. بدیهی است دادگاه حقوقی پس از رسیدگی نهائی یا تصمیم افراز متخذه از طرف اداره ثبت را تایید یا خود مبادرت به صدور حکم دیگری می نماید که در هر صورت حکم صادره از مرجع یادشده جهت اجراء به ثبت محل ارسال می گردد که روش عملی اجرای احکام افراز صادره از مراجع قضائی بدین شرح است:

متقاضی باید تقاضای خود را همراه با اصل یا رونوشت مصدق حکم قطعی افراز به ثبت محل تسلیم نماید. منظور از رونوشت مصدق این است که مطابقت رونوشت حکم افراز با اصل آن باید به تایید دفتر دادگاه محل برسد و به آن تمبر الصاق شود. رئیس ثبت دستور ثبت تقاضا در دفتر اندیکاتور را صادر می نماید و به متقاضی تاریخ وقت مراجعه بعدی را اعلام می دارد. تقاضای متقاضی ثبت دفتر اندیکاتور می شود و همراه با ضامنه به بایگانی ارسال می گردد تا در پرونده ثبتی مربوطه ضبط شود. در روز مراجعه متقاضی که قبلاً تعیین شده بایگانی پرونده را جهت تعیین نماینده و نقشه



بردار نزد مسئول اداره ارسال می دارد و او با توجه به دفتر اوقات خود نماینده و نقشه برداری را جهت انجام اقدامات بعدی تعیین می نماید. ضمناً چنانچه محل وقوع ملک خارج از شعاع ۳۰ کیلومتر باشد فوق العاده ماموریت و هزینه سفر نماینده و نقشه بردار به میزان مدتی که توسط مسئول اداره تعیین می شود و به شرحی که قبلاً توضیح داده شد بایستی وسیله متقاضی به حساب سپرده ثبت نزد بانک ملی مربوطه تودیع و فیش آن جهت ضبط در پرونده به ثبت ارائه شود. سپس نماینده و نقشه بردار همراه با متقاضی به محل وقوع ملک عزیمت می نمایند و بعد از حضور در محل متقاضی بایستی ملک را معرفی و نماینده حدود آن را با سوابق پرونده ثبتی تطبیق و بعد حدود قطعات افزاز شده مندرج در حکم را با محل مقایسه و تطبیق و کنترل و نقشه بردار حدود کل ملک و قطعات افزاز شده را برداشت نموده و قطعات افزازی را برابر قیمت منطقه ای ارزیابی نماید. (بند ۳۷۸ مجموعه بخشنامه های ثبتی). بعد از ترسیم نقشه ملک وسیله نقشه بردار که بایستی نمایانگر حدود و مشخصات قطعات افزازی باشد نماینده صورتجلسه افزاز را با ملاحظه پرونده ثبتی و مشاهدات خود در محل و توجه به حکم صادره از دادگاه و رعایت حدود مشخصات ملک براساس سوابق پرونده ثبتی و موقعیت محل و حکم صادره تنظیم می نماید. این صورتجلسه که با عنوان صورتجلسه افزاز تهیه می شود نماینده بایستی بعد از توضیح کامل جریان ثبتی ملک در مقدمه و ذکر حدود اولیه ملک و اسامی مالکین مشاعی چگونگی افزاز را با اشاره به حکم صادره دادگاه توضیح داده و حدود و مشخصات و مساحت قطعات افزاز شده را با تعیین شماره فرعی از اصلی مربوطه به ترتیب قید نماید و هر قطعه را در سهم همان فردی که در حکم افزاز به او تعلق گرفته قرار دهد و پیش نویس سند مالکیت قطعات مفروز شده را بنام مالکین مربوطه تهیه و به گواهی دفتر املاک بازداشتی برساند. نماینده صورتجلسه افزاز را خود امضاء و پس از امضاء نقشه بردار همراه با نقشه ترسیمی و برگ ارزیابی تنظیم شده که به قیمت منطقه ای خواهد بود و به امضاء نقشه بردار و ارزیاب و متقاضی هم باید برسد همراه با پرونده و پیش نویس اسناد مالکیت تهیه شده طی گزارشی به استحضار مسئول اداره می رساند. رئیس اداره پس از بررسی صورتجلسه و تطبیق مفاد آن با پرونده ثبتی و حکم صادره دادگاه و کنترل پیش نویس اسناد مالکیت تهیه شده چنانچه اشکالی را ملاحظه ننماید پیش نویس اسناد را امضاء و دستور ثبت صورتجلسه افزاز را در دفتر املاک صادر می نماید و به حسابداری اجازه می دهد که فوق العاده ماموریت و هزینه سفر نماینده و نقشه بردار را در صورت تعلق به شرحی که قبلاً توضیح داده شده پرداخت نماید. در این مرحله از اقدام متقاضی مکلف است هزینه افزاز و سایر حقوق ثبتی متعلقه سهم خود را همراه با بهاء دفترچه سند مالکیت حسب محاسبه حسابداری در بانک تودیع و فیش آن را جهت ضمیمه نمودن پرونده به حسابداری ارائه نماید. (ماده ۳ قانون افزاز).



بعد از تودیع هزینه افراز و سایر حقوق ثبتی متعلقه و بهاء دفترچه سند مالکیت پرونده جهت اقدام بعدی به دفتر املاک ارسال می شود متصدی دفتر املاک با توجه به دستور صادره از طرف رئیس اداره مراتب صورتجلسه افراز را در ستون ملاحظات ثبت و صفحه دفتر املاکی که سهام مشاعی هر مالک در آن ثبت شده قید می نماید و با توضیح موضوع خروجی زده و حدود و مشخصات هر کدام از قطعه یا قطعات افرازی را در دفتر جاری املاک ثبت نموده و شماره ثبت صفحه جدید را در ستون ملاحظات ثبت و صفحه مشاعی مربوطه قید می نماید سپس سند مالکیت مشاعی اولیه را باطل و سند جدید را تحریر می کند. آنگاه ثبت دفتر املاک و سند مالکیت تحریر شده را به امضاء مسئول اداره می رساند و پرونده را جهت تسلیم سند به متقاضی به بایگانی ارسال می دارد. در بایگانی ابتدا سند نخ کشی و پلمپ می شود بعد در دفتر تسلیم سند ثبت می گردد و پس از احراز هویت متقاضی که معمولاً با ملاحظه شناسنامه آن تحقق می پذیرد در قبال اخذ رسید در دفتر تسلیم سند و ستون ملاحظات پیش نویس سند مالکیت به او تسلیم می گردد. و پرونده در ردیف مربوطه ضبط می شود. لازم به تذکر است چنانچه ملکی بموجب تصمیم قطعی غیرقابل افراز تشخیص داده شود با تقاضای هر یک از شرکاء به دستور دادگاه شهرستان (دادگاه حقوقی) فروخته می شود (ماده ۴ قانون افراز) که در این صورت وجوه حاصله از فروش ملک غیرقابل افراز پس از کسر هزینه عملیات اجرائی طبق دستور دادگاه بین شرکاء به میزان سهام و مالکیت آنها تقسیم خواهد شد (ماده ۱۰ آئین نامه قانون افراز).

فقدان سند مالکیت معارض

یکی دیگر از شرایط لازم برای امکان رسیدگی به درخواست افراز ملک مشاع این است که در مورد این ملک سند مالکیت معارض وجود نداشته باشد. این شرط را از تبصره ماده ۱ قانون افراز و فروش املاک مشاع که مقرر می دارد: نسبت به ملک مشاع که برای آن سند مالکیت معارض صادر شده تا زمانی که رفع تعارض نشده اقدام به افراز نخواهد شد و نیز ماده ۲ آیین نامه همان قانون که بیان می دارد: > نماینده ثبت با مراجعه به پرونده ملک، وضعیت ثبتی پلاک مزبور را ملاحظه و نسبت به خاتمه یافتن جریان ثبتی آن، اعم از این که در دفتر املاک ثبت شده یا نه و دارای سند مالکیت معارض می باشد یا خیر، اعلام نظر نموده و پرونده را به نظر مسئول واحد ثبتی می رساند به خوبی می توان استفاده نمود (شمس؛ ۱۳۹۲، ص ۶۵).



مستلزم اصلاح ملک نبودن عمل افراز

چنانچه عمل افراز مستلزم اصلاح مشخصات ملک باشد، از آنجا که اصلاح ملک باید با حضور و موافقت تمامی مالکان مشاع صورت پذیرد، قبل از حصول شرط مرقوم اداره ثبت مجاز به افراز نیست.

عدم وجود شخص محجور یا مفقودالاثر یا غایب در میان شرکا

چنانچه در بین شرکا شخص محجور یا مفقودالاثر یا غایب وجود داشته باشد، هرچند جریان ثبتی ملک خاتمه یافته باشد، رسیدگی به افراز در صلاحیت دادگاه محل وقوع ملک است. رأی وحدت رویه شماره ۲۹/۵۹ - ۱۵ فروردین ۱۳۶۰ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مؤید این معناست.

مرجع صالح در رسیدگی به تقاضای تقسیم اموال مشاع غیرمنقول

در این مبحث نیز با دو مرجع صالح یعنی مرجع قضایی « دادگاه عمومی محل وقوع مال غیرمنقول مشاع » و دیگری مرجع غیر قضایی یعنی « واحد ثبتی محل وقوع مال غیرمنقول مشاع » سر و کار داریم که صلاحیت هر یک در رسیدگی به دعاوی تقسیم یا تقاضای مرتبط، ذاتی است که هر یک را به طور جداگانه مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم.

الف) واحد ثبتی محل

درمورد صلاحیت واحد ثبتی در رسیدگی به تقاضای تقسیم اموال مشاعی می‌توان به افراز املاک مشاع اشاره نمود که براساس ماده یک قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ در مورد املاک مشاعی که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته، اعم از اینکه در دفتر املاک ثبت شده یا نشده باشد، رسیدگی به درخواست افراز این املاک با واحد ثبتی محل وقوع ملک خواهد بود.

گفتنی است تا سال ۱۳۵۷ افراز املاک مشاع کلاً در دادگاه انجام می‌شد اما با تصویب قانون افراز در آن سال، این وضعیت تغییر کرده و املاکی که جریان ثبتی آنها خاتمه یافته باشد در صلاحیت واحد ثبتی محل خواهد بود (اصغرزاده بناب؛ ۱۳۹۰، ص ۳۱۲).

ب: دادگاه محل وقوع ملک



همان‌طور که پیش‌تر بیان گردید، رسیدگی به درخواست‌های افراز و تفکیک علی‌الاصول توسط واحدهای ثبتی به عمل می‌آید و اصولاً محاکم دادگستری به درخواست‌های افراز و تفکیک و تقسیم اراضی رسیدگی می‌نمایند. چنانکه در ماده یک قانون افراز نیز به این موضوع اشاره گردیده است و قانونگذار در رسیدگی به تقاضاهای افراز، اصل را بر صلاحیت واحد ثبتی گذارده است لیکن مواردی وجود دارد که مستلزم اظهار نظر و رسیدگی قضایی در ماهیت امر با حفظ حقوق و رعایت مصلحت برخی افراد و با وجود سایر استثنائات، از حیطة رسیدگی و دخالت واحد ثبتی خارج شده و اصولاً دخالت محاکم را می‌طلبد (همان) که موارد مذکور را به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌دهیم.

افراز املاکی که جریان ثبتی آنها خاتمه نیافته است

املاک مشاعی که جریان ثبتی آنها خاتمه نیافته است " عمل تقسیم خواه مستلزم افراز باشد خواه مستلزم تقسیم به تعدیل یا به رد باشد در صلاحیت دادگاه محل وقوع ملک خواهد بود، این امر از مفهوم مخالف ماده یک قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب سال ۱۳۵۷ مستنبط می‌گردد (سماواتی پور؛ ۱۳۹۱، ص ۹۵). اداره حقوقی قوه قضائیه در نظریه ۱۳۵۹/۱۰/۲۳-۷/۵۳۸۹ چنین نظر داده است؛ افراز املاک مشاعی که جریان ثبتی آنها خاتمه نیافته، خارج از صلاحیت ادارات ثبت اسناد می‌باشد.

افراز املاک بین شرکای محجور یا غایب مفقود الاثر

مطابق ماده ۳۱۳ ق.ا.ج. مصوب ۱۳۱۷ در صورتی که تمام ورثه و اشخاص که در ترکیه شرکت دارند حاضر باشند به هر نحوی که بخواهند می‌توانند ترکیه را ما بین خود تقسیم نمایند لیکن اگر ما بین آنها محجور یا غایب باشد تقسیم ترکیه به توسط نمایندگان آنان در دادگاه به عمل می‌آید. پس از تصویب قانون افراز و فروش املاک مشاع در سال ۱۳۵۷ این بحث مطرح گردید که چون قانون اخیر التصویب مرجع رسیدگی به افراز را واحد ثبتی می‌داند لذا ماده ۳۱۳ ق.ا.ج. نسخ ضمنی شده است. اختلاف نظرهای ایجاد شده بین محاکم سبب طرح موضوع در هیئت عمومی دیوان عالی کشور گردید که سرانجام منجر به صدور رأی وحدت رویه شماره ۱۳۱۵۱-۱۳۶۹/۲/۹ شد و به اختلاف نظرها پایان داد. اداره حقوقی دادگستری نیز در نظریه شماره ۷۵/۲۴-۷/۸۰۸۳ خود چنین نظر داده است :



«افراز املاک مشاع که جریان ثبتي آنها خاتمه يافته است در صلاحيت اداره ثبت است مگر اينکه بين مالکين محجور يا غايب باشد يا تقاضاي تقسيم ماترک متوفى مطرح شود که در اين صورت در صلاحيت دادگاه عمومي است». بنا بر اين ولي يا قيم صغير يا امين غايب نمي تواند با شريکان ديگر تراضي کند و در دفتر اسناد رسمي يا اداره ثبت به تقسيم مال شرکت بپردازد. مرسوم اين است که اگر شرکا طرحي براي تقسيم دارند به دادگاه تقديم مي شود و پس از رسيدگي و ارجاع امر به کارشناسي در جهت تعديل سهام يا حفظ حقوق محجورين يا غايبين و رعايت غبطه آنها، دادگاه بر مبناي تراضي شرکا اموال مشاع را تقسيم مي نمايد و بدين ترتيب نفوذ طرح پيشنهادهي را اعلام مي دارد. در غير اين صورت چنانچه شرکا طرحي براي تقسيم نداشته باشند دادگاه با رسيدگي و دعوت از وي يا قيم صغير يا امين غايب مانند ساير تقسيمات اموال مشاع، مبادرت به تقسيم مي نمايد (متين دفتري، ۱۳۸۹، ص ۲۷۰).

افراز املاک مشاع در شهرستان هاي جديد

در رابطه با شهرستان هاي جديد با توجه به اينکه معمولا هنوز ثبت املاک در ادارات ثبت اسناد هنوز تمام نشده است و از دادگاه عمومي و انقلاب نيز اثری نيست، و با توجه به اينکه قوه قضاييه مکلف است در اين شهرستانها دادگاه بخش را داير نمايد ظاهر آن است که اين دادگاه صالح براي رسيدگي به در خواست افزاز املاک مشاع است زيرا بر اساس ماده ۴۸۵ قانون آيين دادرسي کيفري ۱۳۹۲ اين دادگاه صالح به رسيدگي به تمامی دعاوي است که در اين شهرستان مطرح مي شود.

تأثير ماهيت افزاز بر ثبت تقسيم نامه

تقسيم نامه را به «سند رسمي يا عادي که بيان کننده تقسيم مال مشاع باشد، تعريف مي کنند» (جعفري لنگرودي، ۱۳۸۶، ص ۱۳۹۲). ادارات ثبت و دفاتر اسناد فقط به تقسيم نامه ثبت شده در دفاتر اسناد رسمي ترتيب اثر مي دهند و نسبت به صدور اسناد مالکيت مجزا، براي مالک مفروز اقدام مي نمايند. ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمي داراي قدرت قضايي دادگاه نيستند تا با رسيدگي، به احراز و اعلام صحت تقسيم نامه عادي اقدام نمايند. آنان که ماهيت افزاز را تميز حق مي دانند، بر اين باورند که به دليل عدم نقل و انتقال و عدم وقوع معامله در افزاز، ثبت تقسيم نامه در دفاتر اسناد رسمي ضرورت نداشته و الزامي براي شرکا وجود ندارد (سرخي، ۱۳۸۵، ص ۸۷ - ۸۸). اما حقوق داناني که ماهيت افزاز را عقد مي پندارند، طبق مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت - که ثبت کليه عقود و معاملات راجع به عين يا منافع املاک يا اموال غير منقول ثبت شده يا ثبت نشده در دفتر املاک را اجباري مي دانند - ثبت تقسيم نامه را نيز ضروري



می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۵۸؛ حقیقت، ۱۳۸۷، ص ۲۱۱؛ نوروزی، ۱۳۸۹، ص ۳۶) رویه قضایی نیز تقسیم نامه‌های عادی را با رسیدگی قضایی به رسمیت شناخته و مفاد آن را قابل اجرا می‌داند. شعبه ۲۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۱۱۸۷ مورخه ۸۳/۱۱/۱۲ پرونده کلاسه ۸۳/۲۵/۱۲۳۵ مقرر داشت: «... تقسیم‌نامه عادی تنظیمی فیما بین مالکین مشاعی مادام در یکی از محاکم مورد تنفیذ واقع نشوند، قانوناً قابلیت استناد را ندارد...» (مکرم، ۱۳۸۹، نسخه ۷۹) همچنین شعبه ۱۷ دیوان عالی کشور در پرونده کلاسه ۷۲/۱۳/۱۷ در دادنامه مورخه ۷۲/۰۱/۱ می‌نگارد: «اصلت سند عادی... که به امضای خواهان رسیده، از ناحیه دادگاه احراز شده است و اعتبار اسناد عادی که اصلت آن‌ها محرز گردیده، با توجه به موازین شرعی محرز و بلاشکال بوده و مواد استنادی دادگاه از قانون ثبت اسناد، خللی در اعتبار این اسناد وارد نمی‌کند. از این لحاظ مفاد سند مزبور لازمالرعایه می‌باشد...». اداره حقوقی قوه قضاییه در نظریه مشورتی شماره ۱۲۶۴/۷ مورخه ۱۳۶۶/۴/۱۶ بیان داشت: «درخواست تنفیذ صلح‌نامه یا تقسیم‌نامه عادی از محکمه حقوقی ذیصلاح، بلامانع است...» (همان) این رویه، مخالف مفاد بند ۱ ماده ۴۷ بوده و مطابق قانون، ثبت تقسیم‌نامه ضروری است. این امر سبب حفظ نظم عمومی و امنیت اقتصادی و کاهش طرح دعاوی در دادگستری خواهد شد. تقسیم‌نامه‌های ناشی از افراز به اجبار توسط دادگاه یا گزارش اصلاحی تنظیمی محاکم، از جمله اسناد رسمی محسوب شده و قابلیت اجرایی دارند. بنابراین امکان انکار و تردید در آن نیست و در عمل سبب بروز مشکلات آتی برای طرفین نخواهند شد.

مرجع صالح در رسیدگی به تقاضای تقسیم اموال مشاع منقول و غیرمنقول

ماده ۲۶ ق.آ.د.م. مصوب سال ۱۳۱۸ مقرر می‌داشت: «در صورتی که خواسته، مال منقول و غیرمنقول باشد مدعی می‌تواند در دادگاهی که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است و یا در دادگاه محل اقامت مدعی علیه اقامه دعوی کند به شرط آنکه دعوی در هر دو قسمت ناشی از یک منشأ باشد». مطابق ماده مذکور خواهان مخیر بود که در دادگاه محل اقامت مدعی علیه یا دادگاهی که مال غیرمنقول در حوزه آن است اقامه دعوا کند لیکن در ماده ۱۵ ق.آ.د.م. مصوب ۱۳۷۹ در صورتی که موضوع دعوا مربوط به مال منقول و غیرمنقول باشد در دادگاهی اقامه دعوا می‌شود که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است به شرط آن که دعوا در هر قسمت، ناشی از یک منشأ باشد. ماده مذکور بر خلاف قاعده و اصل صلاحیت دادگاه محل اقامت خوانده تدوین یافته است. حکمت وضع این ماده مکلف نمودن خواهان نسبت به طرح دعوی در دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول می‌تواند از باب مزایایی باشد که در محل وجود دارد و رسیدگی قضایی به این امور را



سرعت می‌بخشد و با توجه به اینکه علی‌الاصول در اکثر دعاوی غیرمنقول که مستلزم جلب نظر کارشناسی یا معاینه محل از ناحیه دادرسان در ملک متنازع‌فیه لازم باشد، رسیدگی به دلایل به سهولت صورت می‌پذیرد (سماواتی پور؛ ۱۳۹۱، ص ۸۵). از مفاد ماده ۱۵ ق.آ.د.م. چنین بر می‌آید که دعاوی مذکور از دعاوی مختلط محسوب نمی‌شود بلکه دعوایی باید تلقی نمود که خواسته آن مال منقول و مال غیرمنقول است مثلاً دعوی راجع به سهم الارث که مشتمل بر اموال منقول و غیرمنقول باشد. سؤالی که ممکن است در باب صلاحیت نسبی مطرح شود این است که؛ چنانچه اموال مشاع بین شرکا اعم از منقول و غیرمنقول باشد، آیا می‌توان اداره ثبت را مجاز به افراز اموال غیرمنقول دانست؟ در پاسخ می‌توان گفت: اولاً در مقام تردید در صلاحیت دادگاه و مرجع ثبتی اصل و قاعده کلی، صلاحیت عام دادگاه‌ها و دادگستری است و ثانیاً (طبق قانون و فروش املاک مشاع مصوب آبان ۱۳۵۷) در بیان صلاحیت مرجع ثبتی برای افراز ناظر به موردی است که ملک موضوع افراز فقط غیرمنقول باشد و افراز اموال مشاع متضمن اموال منقول و غیرمنقول از شمول مقررات قانون فوق خارج است و رسیدگی به دعوی مزبور در صلاحیت دادگاه‌های دادگستری است و نمی‌توان فرضی را در نظر گرفت که راجع به اموال منقول، دادگاه‌ها به رسیدگی بپردازند و در مورد اموال غیرمنقول، اداره ثبت محل. زیرا تعدیل سهام که معمولاً لازمه افراز است امکان‌پذیر نخواهد بود (خدابخشی؛ ۱۳۸۷، ص ۸۹). در همین زمینه از قضات وقت دادگاه حقوقی ۲ تهران سؤال شده است: اگر ماترک اعم از منقول و غیرمنقول بود و تقاضای تقسیم آن شده باشد آیا دادگاه نسبت به تمام ترکه باید رسیدگی کند یا لازم است بدو تفکیک و نسبت به منقول رسیدگی و راجع به غیرمنقول به صلاحیت مراجع ثبتی قرار عدم صلاحیت صادر نماید؟ پاسخ اکثریت در مورخه ۱۳۶۷/۲/۷ این چنین بوده است: قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب آبان ۱۳۵۷ در بیان صلاحیت مرجع ثبتی برای افراز ناظر به موردی است که ملک موضوع افراز فقط غیرمنقول باشد و افراز اموال مشاع متضمن منقول و غیرمنقول از شمول مقررات قانون فوق خارج است و رسیدگی به آن کلاً در صلاحیت دادگاه حقوقی ۲ است و در این مورد دادگاه نمی‌تواند اموال را تفکیک و تنها نسبت به منقول رسیدگی و راجع به غیرمنقول قرار عدم صلاحیت صادر نماید. زیرا در این صورت تعدیل سهام که معمولاً لازمه افراز است امکان‌پذیر نخواهد بود. در مقام تردید در صلاحیت دادگاه و مرجع ثبتی، اصل و قاعده کلی صلاحیت عام دادگاه‌های دادگستری معتبر است (همان). اقلیت حاضر در جلسه نیز این چنین نظر داده‌اند که حسب قانون افراز و فروش املاک مشاع، افراز اموال غیرمنقول در صلاحیت مرجع ثبتی بوده و در هر حال رسیدگی به آن از صلاحیت ذاتی دادگاه خارج است. بنابراین چنانچه افراز اموال منقول و غیرمنقول توأمان از دادگاه تقاضا شود، در بین شرکا محجور نباشد، دادگاه تنها نسبت به اموال منقول رسیدگی و در اموال



غیرمنقول به شایستگی مرجع ثبتی قرار عدم صلاحیت صادر نماید و تعدیل سهام مجوز رسیدگی دادگاه نسبت به غیرمنقول نمی‌شود همچنان‌که اگر با وجود اموال غیرمنقول شرکا فقط نسبت به اموال منقول تقاضای تقسیم کنند و راجع به غیرمنقول، در ثبت محل، درخواست افراز نماید دادگاه نمی‌تواند به عذر تعدیل سهام از رسیدگی امتناع و شرکا را مکلف به درخواست افراز نسبت به تمامی اموال کند بلکه باید در محدوده خواسته یعنی به تقسیم اموال منقول مبادرت ورزد (شهیدی؛ ۱۳۸۸، ص ۵۸۰). اکثریت قضات وقت دادگاه‌های حقوقی ۲ تهران در نظریه دیگری در مورخه ۱۳۶۳/۴/۱۴ چنین اظهار نظر نموده اند؛ «نظر به عموم و اطلاق قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ تقسیم ماترک غیرمنقول نیز در صلاحیت واحد ثبتی وقوع ملک است نه دادگاه» و نظریه اقلیت قضات مزبور نیز چنین است؛ چون تقسیم ماترک به طور کلی اعم از منقول و غیرمنقول است لذا از شمول قانون افراز و فروش املاک مشاع خارج بوده و مشمول قانون امور حسبی می‌باشد. از این رو، تقسیم ماترک اعم از منقول و غیرمنقول در دادگاه باید به عمل آید. و اگر در خواست تقسیم اموال غیرمنقول به طور کلی بوده و تقسیم آن مستلزم افراز نباشد در این صورت دادگاه باید رسیدگی کند» (مدنی؛ ۱۳۷۶، ص ۴۱۵). به نظر می‌رسد نظریه اخیر با اصول و موازین حقوقی سازگاری بیشتر دارد و مناسب‌تر است. به هر حال، اگر صرفاً تقاضای تقسیم املاک غیرمنقول مستلزم افراز باشد در این مفاد و مفهوم تقسیم برابر با افراز خواهد بود و مرجع صالح، واحد ثبتی محل با رعایت ماده یک قانون افراز خواهد بود و در غیر این صورت چنانچه تقسیم به افراز همراه میسر نباشد و حالات دیگر تقسیم، مانند تقسیم به رد و تقسیم به تعدیل ملک را از حالت اشاعه خارج سازد و به حالت اشاعه پایان بخشیده، مرجع مصالح دادگاه محل وقوع ملک خواهد بود (متین دفتری؛ ۱۳۸۹، ص ۷۰). به استناد مفهوم رأی وحدت رویه ی مذکور، نادرست و ساده ترین راه برای پرهیز از ورود مقتدرانه به حوزه ی بحث و رها نمودن خود از گرداب دشوار حقوقی است که مرز میان حقوق دان و حقوق خوان محسوب می‌شود. پرسش دیگری که مطرح می‌شود، این است که آیا طرح دعوی خلع ید از ملک مستلزم طرح قبلی دعوی اثبات مالکیت است؟ برخی پاسخ مثبت داده و بر این باورند که باید پیشتر یا به صورت همزمان، دعوی اثبات مالکیت مطرح شود، در صورت صدور حکم به نفع خواهان در دعوی مالکیت، دعوی خلع ید خواهان استماع خواهد شد و پیش از این، دعوی خلع ید مسموع نخواهد بود. این عده در توجیه استناد می‌جویند. این ۱/۱۰/۱۳۸۳ - ۶۷۲ نظر خود به رأی وحدت رویه ی شماره ی عقیده صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا، نخست آن که، بررسی مبنای رأی وحدت رویه ی مذکور نشان می‌دهد که مبنای آن اختلاف نظر بین شعب چهارم و پنجم دادگاه تجدیدنظر استان لرستان راجع به پذیرش اسناد عادی مالکیت در مورد ملکی است قانون ثبت اسناد و املاک، باید به ثبت ۴۸ و



۴۷ که معاملات راجع به آن مطابق مواد به یک سند می رسیده؛ اما، خواهان بدون اقدام به ثبت، برای دعوای خلع ید صرفا در این خصوص شعبه ی چهارم عادی استناد نموده است؛ آن دادگاه، بنا به اصل حاکمیت اراده و اصل صحت و در چارچوب مواد قانونی در باب عقد بیع و پس از احراز مالکیت، مستند به سند عادی خواهان در دعوای خلع ید، حکم به خلع ید خوانده از قطعه زمینی را تأیید می نماید. اما، شعبه ی پنجم همان دادگاه در دعوایی مشابه، پذیرش ادعای خواهان را موکول به ارائه ی سند رسمی مالکیت دانسته و بر همین مبنا، رأی دادگاه بدوی در عدم استماع دعوا را تأیید می کند. ملاحظه می شود اختلاف راجع به ملکی است که سابقه ی ثبتی نداشته است؛ قانون ثبت اسناد و املاک به ثبت ۴۷ و ۴۶ طبیعی است سندی که باید مطابق مواد برسد، اما چنین نشده است، در هیچ یک از محاکم پذیرفته نخواهد شد. آنچه محرز است در خصوص املاکی که چنین الزام قانونی صرفا دفتر املاک ثبت شده یا در نقاطی واقع شده باشد که اداره ی ثبت اسناد و املاک در آن جا مستقر بوده و وزارت عدلیه ثبت معاملات را مقتضی بداند و شامل بحث حاضر نمی شود. دوم این که، این قسمت از متن رأی وحدت رویه که بیان می دارد طرح دعوای خلع ید از ملک پیش از احراز مالکیت قابل استماع نیست، نمی تواند مثبت الزام خواهان به طرح دعوا یا خواسته ی مستقل احراز و اثبات مالکیت باشد؛ زیرا، در دعوای خلع ید، احراز مالکیت خواهان بر عین و منفعت و یا حداقل منفعت، از ارکان اما، این که باید احراز شود، اساس دعوا است که حتما معنی ضرورت رسیدگی مستقل نمی باشد. مؤید این استنباط، این است که هر دو خواسته ی دعوای منتهی به آراء متعارض، فقط در مورد خلع ید مطرح شده اند و اصلا اثبات مالکیت در میان نبوده است. در یک دعوا با استناد به یک فقره بیع نامه ی عادی، خواسته ی خلع ید از یک ملک مطرح شده است که دادگاه بدوی با این استدلال دعوا قانون ثبت ۴۸ و ۴۷ را رد کرده است که: «با عنایت به این که ... به موجب مادتهای در اسناد و املاک، ثبت کلیه اسناد و معاملات راجع به عین یا منافع املاکی که قبلا دفتر ثبت املاک ثبت شده، اجباری است و نیز در نقاطی که اداره ثبت موجود است، ثبت کلیه اسناد عقود و معاملات راجع به عین یا منافع اموال غیرمنقول که در دفتر به املاک ثبت نشده را الزامی دانسته است، درحالی که در مانحن فیه خواهان صرفا استناد نموده است و بر این اساس دعوی خواهان ۶۷/۱/۱۸ یک فقره سند عادی مورخ به جهت عدم رعایت تشریفات ثبت، صرف نظر از صحت و سقم آن در حال حاضر قانون آیین ۲ قانون ثبت و ماده ۴۸ و ۴۷ و ۲۲ به مواد قابلیت استماع نداشته مستندا دادرسی دادگاه ها در امور مدنی قرار عدم استماع دعوا صادر و اعلام می گردد...»؛ اما، دادگاه تجدیدنظر این رأی را نقض و چنین استدلال نموده است: «باتوجه به قانون مدنی که قراردادهای ۱۰ اصل صحت معاملات و لزوم قراردادهای موضوع ماده خصوصی بین افراد را که مخالف صریح قانون نباشد نافذ و معتبر دانسته و



این که انعقاد قرارداد بیع بین طرفین بر اساس قرارداد عادی تنظیمی مورد تردید و تکذیب قانون مدنی از آثار بیع صحیح این است که بایع را به تحویل مبیع ملزم می نماید و به موجب مواد ۴۸ و ۴۷ قانون ثبت به جهت رعایت تشریفات صوری معامله می باشد، نمی تواند به اراده طرفین مبنی بر انجام معامله خللی وارد نماید.»؛ خواسته ی دعوی دیگر نیز عبارت است از خلع ید از یک قطعه زمین کشاورزی که همان شعبه ی قبلی با همان استدلال، قرار عدم استماع رأی تجدیدنظرخواسته^۱ دعوی صادر نموده، اما شعبه ی دیگر دادگاه تجدیدنظر، عیناً را تأیید کرده است؛ این رأی مورد ابرام اکثریت قضات هیأت عمومی دیوان عالی کشور قرار گرفته است. ملاحظه می شود این دو دعوا در ابتدا به استناد سند عادی مطرح گردیده و اثبات مالکیت خواهان در ضمن دعوا، خواسته نشده است. همچنین در جهت اثبات عدم نیاز به دعوی اثبات مالکیت برای خلع ید، می توان به نظریه مشورتی اداره ی حقوقی اشاره کرد که حکم اثبات مالکیت را برای رسیدگی به درخواست افراز ملک مشاع لازم نمی داند (متفکریان؛ ۱۳۹۱، ص ۵۵). این اداره در پاسخ به این پرسش که «آیا در دعوی افراز، دادگاه می تواند بدون آن که دلیل مالکیت اقامه شده باشد، حکم بر افراز مال غیرمنقول صادر نماید؟» چنین بیان می دارد که «متقاضی افراز باید دلائلی که حاکی از سهم مالکانه او در ملک مورد درخواست افراز باشد، ضمیمه دادخواست نماید. ... اگر ملک مورد تقاضای افراز به ثبت هم نرسیده باشد، رسیدگی به درخواست افراز اشکالی ندارد و استشهادنامه یا تصرفات مالکانه متقاضی قانون مدنی برای رسیدگی به درخواست افراز کافی می باشد.» افراز با رعایت ماده ۶۵ و ۱۹ (بازگیر، قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و سوم این که، از مفاد ماده ی انقلاب در امور مدنی، استنباط می شود که دادگاه مکلف است ضمن رسیدگی به دعوی خلع ید، به ادعای مالکیت خواهان یا خوانده نیز به عنوان دعوی مرتبط و دارای یک منشأ رسیدگی نماید؛ الزام به طرح دعوی مستقل، نیازمند دلیل است؛ زیرا، این ماده بیان می دارد: «هرگاه رسیدگی به دعوا منوط به اثبات ادعایی باشد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه دیگری است، رسیدگی به دعوا تا اتخاذ تصمیم از مرجع صلاحیت دار متوقف می شود...». از مفهوم شرط این ماده چنین بر می آید که چنان چه رسیدگی به دعوا منوط به اثبات ادعایی باشد که رسیدگی به آن در صلاحیت همان دادگاه است، رسیدگی (باید توجه داشت که مشهور عالمان متوقف نخواهد شد) (سماواتی پور؛ ۱۳۹۱، ص ۹۰)

مشهور عالمان اصول معتقدند که جمله ی شرطیه، دارای مفهوم بوده و بر انتفاء جزا در صورت انتفاء شرط دلالت می کند. این توضیح ضروری است که در هر مسأله ی حقوقی، مقدمات بسیاری باید اثبات شود، اثبات هر عمل یا واقعه^۲ی حقوقی ممکن است نیازمند اثبات مقدمات قانون



مسائل دیگری باشد. روح قواعد مقرر در مواد آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی که لزوم رسیدگی همزمان و مرتبط را پیش بینی کرده اند، مؤید این معنا است که مقدمات فرعی یک مسأله باید برای رسیدن به هدف اصلی تجمیع شوند. این قواعد مبین آن است که: «اصل بر تجمیع تمام مقدمات مستقیم و مؤثر در یک دعواست و پراکندگی آن ها خلاف قواعد مسلم دادرسی است.» چهارم این که، اصل، تکلیف محاکم در رسیدگی و صدور حکم راجع به دعاوی افراد است؛ اصول یکصد و پنجاه و نهم و یکصد و شصت و هفتم قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و آراء وحدت رویه ی متعدد هیأت عمومی دیوان عالی کشور، در این امر که دادگستری را مرجع عام رسیدگی به تظلمات معرفی کرده است. بنابراین، عدم رسیدگی به دعاوی دادخواهان و صدور قرار عدم استماع دعاوی ایشان نیازمند دلیل قانونی است. در همین راستا، می توان به رأی یکی از شعب دادگاه عمومی اشاره نمود که به اثبات مالکیت خواهان و خلع ید از یک قطعه زمین با تجدیدنظرخواهی محکوم علیه دادگاه تجدیدنظر استان، با این استدلال حکم شده است. (طاهری؛ ۱۳۹۰، ص ۸۷) که دعاوی اثبات مالکیت و خلع ید، هر یک دعاوی مستقلی بوده و قابل جمع نمی باشند و طرح آن ها در یک دادخواست فاقد موقعیت قانونی است، با استناد به ماده ۳۵۸ قانون آیین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی، ضمن نقض رأی بدوی، قرار عدم استماع دعاوی خواهان بدوی را صادر نموده است. و با اعمال تبصره ی ۲ ماده ۱۸ قانون اصلاح قانون تشکیل دادگاه های عمومی انقلاب، شعبه ی تشخیص دیوان عالی کشور با استدلالی قوی چنین حکم میکند که «اعتراض تجدید نظر خواه وارد است؛ زیرا با توجه به وحدت منشأ بین دعوی اثبات مالکیت و خلع ید و ارتباط کامل بین دعاوی فوق و نیز دعوی قلع و قمع، مستفاد دادنامه ی شماره ی ۲۹/۱/۱۳۸۴ - ۸۴/۸۸ دادگاه عمومی لردگان. و دادنامه ی شماره ی ۲۲/۷/۲.۱۳۸۵ - ۸۵/۱۳۴۴. دادگاه تجدیدنظر استان چهارمحال و بختیاری؛ قانون آیین دادرسی مدنی که مقرر داشته در صورتی که از مفهوم مخالف ماده ۶۵ به موجب یک دادخواست، دعاوی متعدد که با یکدیگر ارتباط کامل نداشته باشد، رسیدگی می شود. در ما نحن فیه دعوی اثبات اقامه شده باشد به هر یک مستقلاً مالکیت در مورد زمین مورد ادعا با دعوی خلع ید دارای وحدت منشأ و ارتباط کامل می باشد؛ زیرا اگر دعوی اثبات مالکیت احراز نشود دعاوی مرتبط (خلع ید) مردود اعلام می گردد. بالعکس اگر مالکیت خواهان در قطعه زمین مورد ادعا ثابت شود، اصولاً مجاز نیست؛ مگر این که به طریق دیگر غاصبانه نبودن تصرف خوانده را ثابت کند. بنا به مراتب، رأی تجدیدنظرخواسته اقرار عدم استماع صادر شده از سوی دادگاه ن با قانون تجدیدنظر که بدون توجه به جهات مذکور در فوق اصدار یافته خلاف تشخیص داده می شود... تأیید می نمایند) مدنی؛ ۱۳۷۶، ص ۴۰۷).



لزوم ایجاد وحدت رویه در خصوص دستور فروش مال مشاع

طبق مندرجات ماده ۲۷۰ از قانون آئین دادرسی کیفری هرگاه در شعب دیوان عالی کشور و یا هر یک از دادگاهها نسبت به موارد مشابه اعم از حقوقی کیفری و امور حسبی با استنباط از قوانین آرای مختلفی صادر شود رئیس دیوان عالی کشور و یا دادستان کل مکلفند موضوع را به اطلاع هیات عمومی دیوان عالی کشور رسانده تا نسبت به صدور رای وحدت رویه اقدام گردد. در باب افراز در خصوص نحوه درخواست فروش، قابل تجدید نظر بودن احکام افراز و یا دستور فروش رویه های متناقضی بین دادگاهها موجود بوده که به نظر می رسد مورد از مصادیق صدور رای وحدت رویه بوده که ذیلا اشاره کوتاهی بدان می گردد (شهیدی؛ ۱۳۸۸، ص ۲۲۳). از زمان صدور نظریه اداره ثبت تا صدور حکم قطعی بر عدم امکان افراز یا افراز؛ ماده دو از قانون افراز و فروش و املاک مشاع مصوب ۵۷/۸/۲۲ مقرر می دارد: تصمیم واحد ثبتی قابل اعتراض از سوی هر یک از شرکاء در دادگاه شهرستان محل وقوع ملک است. مهلت اعتراض ده روز از تاریخ ابلاغ تصمیم مورد اعتراض است. دادگاه شهرستان به دعوی رسیدگی کرده و حکم مقتضی صادر خواهد نمود. این حکم قابل شکایت فرجامی است. در ماده ۷ آئین نامه نیز مقرر گردیده است: رسیدگی به اعتراضات واصله از طرف واحد ثبتی در دادگاه شهرستان تابع تشریفات دادرسی اختصاری است. با عنایت به مجموع دو ماده فوق در می یابیم که تصمیم اداره ثبت دایر بر افراز و یا عدم امکان افراز ظرف مهلت تعیین شده قابل اعتراض از سوی هر یک از شرکاء مشاعی بوده و رسیدگی به این اعتراض نیز تابع مقررات دادرسی اختصاری خواهد بود. حال این سؤال مطرح می گردد که در صورت اعتراض احد یا تعدادی از شرکاء به نظریه اداره ثبت و به دنبال آن صدور حکم از سوی دادگاه بدوی که ممکن است در تایید نظریه اداره ثبت و یا نقض آن صورت پذیرد، آیا این حکم قابل تجدید نظر مجدد در دادگاه تجدید نظر استان بوده و یا طبق متن ماده ۲ قانون، صرفا قابل شکایت فرجامی خواهد بود؟ در پاسخ باید گفت رویه قضائی در این خصوص کمتر دچار تهافت و تشتت آراء بوده و اکثر قریب به اتفاق دادگاههای بدوی این احکام را قابل تجدید نظر مجدد در دادگاه تجدید نظر استان دانسته و دادگاههای تجدید نظر نیز به موضوع اعتراض رسیدگی نموده و حکم صادر می نمایند. علی ای حال به نظر می رسد قسمت اخیر ماده دو از قانون افراز و فروش املاک مشاع که حکم دادگاه شهرستان را قابل رسیدگی فرجامی دانسته است توسط بند ب از ماده ۳۳۱ و مواد ۳۶۷ و ۳۶۸ آئین دادرسی مدنی نسخ شده باشد چرا که قانون آئین دادرسی قانون عام موخر بوده و لازم الاجرا خواهد بود.



از زمان قطعیت حکم عدم افراز تا ابتدای جریان مزایده به موجب ماده چهار قانون افراز و فروش املاک مشاع: ملکی که به موجب تصمیم قطعی غیر قابل افراز تشخیص شود با تقاضای هریک از شرکا به دستور دادگاه شهرستان فروخته خواهد شد. ضمناً در ماده دو آئین نامه قانون مارالذکر چنین مقرر گردیده است: در صورت صدور حکم قطعی بر غیر قابل تقسیم بودن ملک، دادگاه شهرستان بر حسب درخواست یک یا چند نفر از شرکاء دستور فروش آن را به دایره اجراء دادگاه خواهد داد. در خصوص این بخش نیز با این سئوالات مواجه خواهیم شد که:

- اولاً: جهت صدور دستور فروش پلاک غیر قابل افراز، نیازی به تقدیم دادخواست وجود دارد و یا صرف درخواست کفایت می کند؟

- ثانیاً ماهیت این دستور فروش حکم است یا یک دستور؟ فلذا قطعی است یا قابل تجدید نظر؟

همانطور که فوقاً تشریح گردید: در متن ماده چهار و همچنین ماده نه آئین نامه از لفظ درخواست استفاده شده است. این مسئله این ابهام را ایجاد می نماید که لزومی بر تقدیم دادخواست وجود ندارد. در پاسخ باید گفت آنچه از مجموع آراء و نظرات صادره در طی سالهای اخیر استنباط می گردد این است که با عنایت به مواد قانونی موجود اصولاً هر نوع رسیدگی در دادگاههای عمومی مستلزم تقدیم در خواست بر روی برگ های چاپی (دادخواست) بوده و اصولاً در سیستم فعلی پرونده ها به صرف تقدیم دادخواست ارجاع و مورد رسیدگی قرار می گیرند. این موضوع در خصوص درخواست دستور موقت، درخواست تخلیه به استناد قانون جدید مالک و مستاجر و حتی دعوی تصرف عدوانی موضوع فصل هشتم از قانون آئین دادرسی مدنی نیز مطرح بوده و اکثریت قریب به اتفاق دادگاهها بر لزوم تقدیم دادخواست تاکید دارند. نظرات مشورتی متعددی نیز در این خصوص وجود دارد. این مسئله به یک جهت مفیدو منطقی به نظر می رسد و آن اینکه تقدیم درخواست بر روی برگ های چاپی دادخواست به جهت مشخص بودن هر مطلب و جای خاصی که برای هر مطلب در نظر گرفته شده می تواند نظم خاصی به درخواست صادره داده و از بی نظمی جلوگیری نموده و مدیران دفاتر نیز بهتر می توانند دادخواست را کنترل نمایند. مع ذلک نکته ای که در حاشیه این پژوهش نباید از ذهن دور داشت این بوده که این دیدگاه نباید به گونه ترویج پذیرد که به صورت یک رویه در آمده و کلیه در خواستهایی را که نیازی به تقدیم دادخواست و پرداخت هزینه دادرسی نداشته را شامل گردد. اخیر مشاهده شده که برخی از دادگاهها متقاضی درخواست های اعتراض ثالث به اجرای احکام را که وفق ماده ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون اجرای احکام صورت پذیرفته را ملزم به تقدیم دادخواست نموده اند و این در حالی است که رسیدگی به چنین



در خواستهایی باید بدون پرداخت هزینه دادرسی و صرفا با تقدیم یک درخواست صورت پذیرد (سماواتی پور؛ ۱۳۹۱، ص ۸۹). نکته دیگر که در متن دو ماده فوق الاشعار ملاحظه گردید و در بالا به آن اشاره نمودیم اینکه آیا این دستور فروش مال مشاع، قابل اعتراض در محاکم تجدید نظر بوده و یا خیر؟ به اعتباری ماهیت این دستور حکم است یا دستور؟ نتیجه مطلب اینکه اگر قائل به دستور بودن باشیم این دستور قطعی و غیر قابل اعتراض بوده و در مقابل اگر قائل به حکم بودن این دستور باشیم: اولاً قابل تجدید نظر در محاکم تجدید نظر بوده و ثانياً قابلیت اعمال ماده ۱۸ و سایر موارد اعاده دادرسی را عنداللزوم داراست (نگارنده). تا قبل از تصویب قانون دادگاههای عمومی و انقلاب در خصوص قابل اعتراض بودن این دستور سابقه ای به دست نگارنده مطلب نرسیده است هر چند صدور نظریه شماره ۷/۴۵۵ ۶۲/۱/۲۸ اداره کل حقوقی دادگستری حکایت از وجود سوابقی در خصوص موضوع دارد. اداره حقوقی دادگستری در نظریه موصوف این دستورات را غیر قابل پژوهش و فرجام دانسته است. لکن پس از تصویب قانون دادگاههای عمومی و به دنبال آن آئین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹، برخی از دادگاهها به سبب اینکه تصمیمات دادگاههای عمومی را یا در قالب حکم میدانند و یا قرار، آنرا قابل تجدید نظر میدانند و در ذیل دادنامه صادره مانند سایر احکام آن را ظرف بیست روز از ابلاغ قابل تجدید نظر اعلام می کنند. در مقابل برخی دیگر از دادگاهها اعم از بدوی و تجدید نظر قائل به قطعی بودن این دستورات بوده و آن را قابل تجدید نظر نمی دانند. به نظر نگارنده کفه ترازوی به نفع قطعی بودن این قبیل دستورات سنگینی می نماید زیرا:

۱) رسیدگی به امر افراز سه مرحله صورت پذیرفته است. چرا که یکبار اداره ثبت به درخواست متقاضی رسیدگی نموده و بنا بر دلایلی مانند قلت مساحت و یا کثرت شرکاء و یا مخالفت شهرداری طبق ماده ۱۵۴ قانون ثبت (ماده ۱۰۱ سابق ق ش) با امر افراز آن را غیر قابل افراز اعلام نموده است. مجدداً این تصمیم مورد اعتراض احد از شرکا مشاعی قرار گرفته و دادگاه عمومی نیز پس از رسیدگی نظریه مذکور را تایید نموده است. سپس این امکان وجود دارد که باز متقاضی نسبت به حکم عدم افراز صادره از دادگاه عمومی تجدید نظر خواهی نموده و موضوع در دادگاه تجدید نظر استان نیز رسیدگی گردد. فلذا پس از این رسیدگیهای مکرر دیگر شریک یا شرکاء مخالف فروش چه دلیل منطقی و محکمه پسندی می توانند ارائه نمایند تا جلوی دستور فروش را بگیرند؟ وقتی دادگاهی دستور فروش را قابل تجدید نظر اعلام می نماید در نتیجه به شخصی که مطلقاً هیچگونه دلیل ومدرکی ندارد اجازه داده تا با اطاله وقت موجبات فروش ملک و رهایی سایر شرکا از وضعیت اشاعه را سلب نماید. فلذا اگر اشاعه را یک وضعیت نامطلوب تلقی



نماییم که هریک از شرکا زودتر می خواهد از این وضعیت خلاصی یابد، ایجاد اطاله در این مسیر خارج از اصول دادرسی و عدالت خواهد بود (۲) نکته دیگر در خصوص ماهیت این دستور اینکه اگر قائل به حکم بودن این دستور باشیم در نتیجه با صدور دستور فروش مال مشاع در صورتیکه احد از شرکا در مرحله رسیدگی حاضر نباشد حکم غیابی تلقی شده و محکوم له طبق تبصره ۲ ماده ۳۰۶ قانون آئین دادرسی مدنی مجبور به معرفی ضامن جهت اجرای مقررات مزایده می باشد. این امر یکی از مشکلاتی است که در برخی شعب وجود داشته و شعب مذکور با اعتقاد به همین موضوع از خواهان (محکوم له) در خواست معرفی ضامن می نمایند (متفکریان؛ ۱۳۹۱، ص ۴۵۶).

علی ایحال با عنایت به مراتب مشروحه و استدلال فوق الذکر هر چند ماهیت دستوری بودن تصمیم دادگاه عمومی دایر برفروش کل پلاک از طریق تشریفات مزایده محرز و مسلم می باشد و اصولاً نیز اکثریت دادگاهها این دستورات را غیر قابل تجدید نظر میدانند لکن به جهت ایجاد وحدت رویه و جلوگیری از اعمال سلیق در قلیل موارد ضروری است موضوع به نظر هیات عمومی دیوان عالی کشور به جهت صدوررای وحدت رویه رسیده تا از اتلاف وقت آحاد مردم جلوگیری شده و یکسان عمل گردد (مدنی؛ ۱۳۷۶، ص ۴۰۷).

قوانین مختلف، صلاحیت رسیدگی به امر مختلفی را به ادارات ثبت و یا هیأت‌های زیر نظر این اداره، اعطاء نموده‌اند. در این خصوص از جمله می‌توان به صلاحیت هیأت‌های حل اختلاف موضوع قانون اصلاح و حذف موادی از قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۱۰ و اصلاحات بعدی آن مصوب ۱۳۶۵ و اصلاحیه آن مصوب ۱۳۷۰ در خصوص مواد ۱۴۶ و ۱۴۷ قانون مذکور اشاره نمود. به موجب این قوانین، رسیدگی به تصرف و مالکیت املاک در موارد متعددی به این هیأت‌ها سپرده شده است. با این حال، هیچ‌یک از موضوعاتی که در این مواد پیش‌بینی گردیده است، در صلاحیت انحصاری مراجع ثبتی قرار نداشته و دادگاه‌های عمومی نیز به استناد صلاحیت عام خود در رسیدگی به دعاوی مربوط به مالکیت و تصرف اموال غیر منقول، می‌توانند به این مسائل رسیدگی نمایند. از دیگر اموری که در صلاحیت مراجع ثبتی قرار گرفته است، تفکیک املاکی است که جریان ثبتی آن‌ها پایان یافته باشد (قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷، ماده ۱). قانون مذکور به جهت مشکلاتی که دادگاه‌ها در افراز املاک ثبت شده که امری تخصصی می‌باشد، با آن روبرو بودند، تصویب گردیده است. از سوی دیگر ماده ۲ قانون مذکور و ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی آن، رسیدگی به اعتراض به نظر واحد ثبتی را در صلاحیت دادگاه‌های عمومی قرار داد است. به این ترتیب، ملاحظه می‌گردد که در خصوص افراز املاک ثبت شده، ادارات ثبت و دادگاه‌های عمومی در طول یکدیگر قرار داشته و رسیدگی



بدوی دادگاه‌های عمومی به دعوای افراز مغایر هدف قانونگذار از وضع قانون فوق می‌باشد. آنچه که به صورت قاطع نشان‌دهنده انحصاری بودن صلاحیت مراجع ثبتی، در رسیدگی بدوی به دعوای افراز می‌باشد، مفاد رأی وحدت رویه شماره ۲۹/۵۹ مورخ ۱۳۶۰/۱/۱۵ می‌باشد. در این رأی آمده است که چنانچه بین مالکین ملک ثبت شده محجور یا غائبی وجود داشته باشد، رسیدگی بدوی به دعوای افراز در صلاحیت دادگاه عمومی می‌باشد. چنانکه روشن است، این رأی وارد کننده استثنایی بر صلاحیت ادارات ثبت در رسیدگی به دعوای افراز املاک ثبت شده می‌باشد. مطابق یکی از اصول تفسیر قوانین که ریشه در علم اصول فقه دارد، وضع استثناء از سوی شارع یا قانونگذار، نشان از وجود یک اصل دارد. زیرا اگر اصلی مبنی بر صلاحیت انحصاری ادارات ثبت در رسیدگی به دعوای افراز املاک ثبت شده وجود نداشته و دادگاه‌های عمومی مجاز بودند به موازات ادارات ثبت به این دعوای نیز رسیدگی نمایند، دیگر پیشبینی اختصاصی صلاحیت دادگاه‌های عمومی در رسیدگی به برخی از دعوای افراز املاک ثبت شده، غیر ضروری بود. با توجه به آنچه که گفته شد، رسیدگی بدوی به دعوای افراز املاکی که جریان ثبتی آن‌ها به پایان رسیده است، در صلاحیت انحصاری ادارات ثبت می‌باشد. رأی وحدت رویه شماره ۱۲ مورخ ۱۳۶۰/۳/۱۶ که صلاحیت عام دادگاه‌های عمومی را مقرر می‌دارد نیز، مثبت تفسیر فوق می‌باشد، چرا که در صدر آن عنوان گردیده است که، «... مرجع تظلمات عمومی دادگستری است ... به جز آنچه که در قانون مستثنی شده ...» (قربانی، ۱۳۸۵، ص ۲۵۹). به این ترتیب این رأی وحدت رویه نیز به طور اطلاق تمامی دعوای و منازعات را در صلاحیت محاکم دادگستری قرار نداده است و استثنائاتی که بر این صلاحیت وارد گردیده را همچنان به رسمیت شناخته است.



نتیجه گیری

با عنایت به مطالب گردآوری شده در این پژوهش نگارنده به این جمع بندی رسید که در وهله اول لازم است به این مهم پرداخته شود که مال مشاع بین چه اشخاصی به نحو اشاعه قرار دارد زیرا تا زمانی که این مساله مشخص نشده باشد افراز ملک مورد نظر با اشکال جدی روبرو خواهد شد؛ بر اساس مقررات جاری در کشور چنانچه ملک مورد نظر بین برخی از افراد بصورت اشاعه باشد که در میان آنها افراد صغیر یا محجور یا غایب مفعود الاثری باشد در این صورت اداره ثبت اسناد نمی تواند به درخواست افراز این ملک رسیدگی نماید مگر امکان افراز ملک معادل سهم احد طرفین مشاع با سند رسمی وجود داشته باشد و باید برای جدا سازی سهم هر یک از مالکین به دادگاه مراجعه نمود اما سوال این است که دادگاهی که باید به آن مراجعه نمود کدام دادگاه در این باره بنظر لازم است برای ارائه دادخواست مبتنی بر افراز ملک مشاع به دادگاهی عمومی و انقلابی مراجعه نمود که ملک غیر منقول در آن قرار دارد و فرقی نمی کند که طرفین دعوی از کجا اقامه دعوی می نمایند حتی اگر احد طرفین از خارج از کشور حقوق خود را بخواهد مطالبه نماید وی ناگزیر است که به دادگاه محل وقوع ملک رجوع نماید همچنین مساله مهم دیگری که باید بدان اشاره داشت مربوط به موردی است که ملک مورد ادعا روند ثبتی خود را کامل نکرده باشد به این معنی که طرفین ممکن است درخواست ثبت ملک را به دفتر ثبت اسناد داده باشند و کار ایشان در روند اداری باشد ولیکن هنوز منجر به ثبت ملک نشده باشد در این حالت نیز اگر طرفین یا احد مالکین مایل باشد سهم خود را از ملک جدا نماید برای این منظور لازم است به دادگاه عمومی و انقلاب رجوع نماید البته همه بر این اتفاق نظر دارند در مورد املاکی که روند ثبتی آن اتمام رسیده است مرجع صالح برای افراز مال مشاع اداره ثبت اسناد محسوب می گردد البته در برخی از مواقع شاهد هستیم که به اصل سند ثبتی ایراد وارد می شود مانند آنکه در مورد سند رسمی تنظیمی در اداره ثبت ادعای جعل صورت می پذیرد و جعل اعم از مادی یا مفادی می تواند مطرح شود و مهم نیست این ادعا صحت داشته باشد یا اینکه خلاف واقع بودن آن بعدا در دادگاه معلوم گردد بلکه مطرح کردن صرف این ادعا برای رسیدگی به درخواست افراز ملک مشاع در دادگاه کافی می باشد و این مرجع مکلف به رسیدگی به مورد مطرح شده می باشد البته چنانچه قاضی دادگاه بعد از بررسی پرونده غیر واقع بودن این ادعا را درک نماید و رای به عدم استماع دعوی دهد در این صورت مرجع صالح به رسیدگی همچنان اداره ثبت اسناد خواهد بود. در مورد دعاوی مانند تصرف عدوانی که نسبت به تصرفات یکی از مالکین مال مشاع صورت می پذیرد و همین امر سبب طرح دعوی هم عرض افراز مال مشاع در مرجع رسیدگی کننده می شود دیدگاه های متفاوتی ارائه شده



است برخی بر این اساس که دعوی تصرف عدوانی مربوط به ملک است و ملک نیز بدوا در اداره ثبت اسناد به ثبت رسیده است مرجع صالح در این مورد را اداره ثبت اسناد می شمارند ولیکن به عقیده نگارنده که همسو با دیدگاه مخالف این نظریه است از آنجا که دعوی مربوط به تصرف عدوانی علی رقم اینکه معمولاً دارای ماهیتی کاملاً حقوقی است و در دادگاه عمومی و انقلاب رسیدگی می شود ممکن است در دادگاه کیفری مطرح گردد که در این حالت دادگاه کیفری در مورد کیفر بزه ارتكابی حکم صادر می نماید و در باره رفع تصرف عدوانی یا راسا حکم صادر می کند یا قرار اناطه به طرفیت دادگاه عمومی محل وقوع ملک صادر می کند و آن مرجع مبادرت به صدور حکم می کند همچنین بر خی از دعاوی در مورد افراز املاک مشاع که در آن اصل مالکیت مورد سوال جدی است یا اینکه تقاضای خلع ید از مال غیر منقولی می شود مرجع صالح به رسیدگی دادگاه محسوب می گردد و این دادگاه است که باید به اسناد و مدارک مثبت دعوی مالکیت توجه نموده و آنها را بررسی نماید؛ در این مورد هرچند در عداد ادله اثبات دعوی شهود نقش موثری دارند ولیکن شخصی که سند ثبت شده ای را به همراه دارد قول وی در مالکیت زمین دارای ارزش و اعتبار بیشتری است و لازم است دادگاه به آن توجه تامی بنماید و در صدور رای ملاک نظر قرار دهد. در مورد دعاوی مربوط به افراز مال مشاعی که ادعای تصرف عدوانی در آن مطرح است و احدطرفین دعوی به عنوان مستاجر و نه مالک اصلی به عنوان خواهان اقامه دعوی می نماید یقیناً مرجع صالح به رسیدگی دادگاه خواهد بود زیرا اداره ثبت اسناد تنها به دعاوی می تواند رسیدگی کند که اولاً مربوط به املاکی باشد که ثبت آنها به اتمام رسیده است و در مرحله دوم که رکن مهمتری است باید مربوط به طرفین دعوی باشد که مالک ملک قلمداد می شوند لذا در این مورد نیز ایشان نمی توانند به دعاوی مطروحه رسیدگی نمایند و باید در دادگاه عمومی محل وقوع ملک دعوی رسیدگی شود. و اما در مورد افراز املاک مشاعی که بعد از ثبت ملک بدلیل تصرفی که در آن صورت پذیرفته مانند آنکه درختی در آن کاشته شده باشد یا زراعتی انجام شده باشد در چنین مواردی با توجه به اینکه اداره ثبت اسناد مرجعی نیست که اجازه صدور جواز قلع و قم ابناء و اشجار را داشته باشد و افراز بدون بازگشت ملک به حالت سابق امکان پذیر نباشد در این حالت مرجع صالح به رسیدگی دادگاه خواهد بود و این مقام تصمیم گیرنده علاوه بر اینکه دستور افراز ملک را صادر می نماید متعاقباً مبادرت به صدور رای مبنی بر قلع و قم بناء و اشجار نیز می نماید و کلیه تمهیداتی که برای بازگشت ملک به حالت قبل نیاز باشد را مورد حکم قرار می دهد. اگر مال مشاع به عنوان ترکه به ارث رسیده باشد و بین برخی از ورثه به عنوان مشاع محسوب شود و یا اینکه مال مشاع حاصل اشاعه منضم به مهریه باشد در این حالت نیز مرجع رسیدگی کننده به افراز املاک مشاع دادگاه می باشد ولیکن برخلاف مورد اول که دادگاه عمومی و انقلاب صالح به رسیدگی است در



مورد مال غیر منقولی که مهریه قرار گرفته است دادگاه خانواده حکم صادر می نماید در این مورد دادگاه دستوری به اداره ثبت محل وقوع ملک صادر می نماید که در آن ایشان مکلف به افراز ملک در خواستی می گردند و باید جواب آن حداکثر تا دو ماه به دادگاه خانواده ارسال گردد و اگر مشکلی در رابطه به افراز این ملک وجود داشته باشد باید آنرا اعلام تا دادگاه تصمیم مقتضی در این باره را لحاظ نماید. توجه به این نکته مهم است که دادگاه دستور صادر می نماید نه آنکه قرار عدم صلاحیت در رسیدگی صادر کند از این رو صلاحیت همچنان با دادگاه خواهد بود. در مورد مال مشاعی که منضم به مال منقولی شده باشد نیز اداره ثبت اسناد صلاحیت رسیدگی ندارد و باید این مهم در دادگاه عمومی و انقلاب مورد رسیدگی قرار بگیرد. در مورد املاک غیر منقولی که در شهرستان های جدید مورد ادعای افراز قرار می گیرند و دفاتر ثبت اسناد وجود ندارند یا روند ثبت املاک تمام نشده است و دادگاه عمومی و انقلاب در آن شهرستان تشکیل نشده است مرجع صالح به رسیدگی افراز املاک مشاع دادگاه بخش است که به دستور رئیس قوه قضاییه در این شهرستان ها دایر می باشد و دعوی مربوطه مستقیماً در دادگاه مورد رسیدگی واقع می شود زیرا در کنار دادگاه بخش تشکیلاتی بنام دادسرا فعالیت نمی نماید. در مورد املاکی که بصورت مشاع و خارج از ایران واقع شده اند، دادگاه عمومی و انقلاب مرجع صالح به رسیدگی محسوب می گردد مگر آنکه بنا بر مقررات بین المللی یا محل وقوع ملک مشاع تصمیم دیگری اتخاذ شده باشد و یا اینکه معاهدات چندجانبه روند دیگری را برای رسیدگی به دعوای اقامه شده در نظر بگیرند. در مورد محل سفارت خانه ها که زمین آنها در خاک ایران است و ممکن است به صورت مشاع واقع شده باشد قطعاً مرجع صالح به رسیدگی دادگاه عمومی و انقلاب است حتی اگر ملک ثبت رسمی شده باشد زیرا در اینجا قواعد بین المللی که محل سفارت خانه را جزء خاک کشور دیگر قلمداد می نماید، در روند افراز مشکلات جدی ایجاد می نماید که رسیدگی به آن تنها در حیطة صلاحیت دادگاه ها خواهد بود و نه مراجع ثبتی.



منابع

- ۱- اصغرزاده بناب، مصطفی. (۱۳۹۰) حقوق ثبت کاربردی. تهران: مجد.
- ۲- امامی، سید حسن، (۱۳۸۱) حقوق مدنی، ج چهارم، تهران، انتشارات اسلامیه.
- ۳- پورسلیم بناب، جلیل. (۱۳۹۲) بررسی حقوقی نحوه تفکیک املاک، اراضی باغات و افراز آنها. مشهد: فردوسی.
- ۴- جعفری لنگرودی، (۱۳۸۸) محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران: نشر میزان.
- ۵- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۶)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- ۶- جوان مرادی، ناهید، (۱۳۸۹) «انتقال و تقسیم مال مشاع در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۳۰.
- ۷- حقیقت، علی، (۱۳۸۷) ثبت املاک در ایران، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- ۸- خدابخشی، عبدالله. (۱۳۸۷) مجله پژوهش های حقوقی. ش ۱۴
- ۹- سرخی، علی، (۱۳۸۵) حقوق مدنی، تقسیم اموال مشترک، چاپ دوم، تهران، فکرسازان.
- ۱۰- سماواتی پور، محمدرضا. (۱۳۹۱) نگرشی کاربردی به قانون افراز و فروش املاک مشاع. تهران: مجد.
- ۱۱- شمس، عبدالله، (۱۳۸۵)، آیین دادرسی مدنی، ج اول، چ یازدهم، تهران، انتشارات دراک.
- ۱۲- شمس، عبدالله. (۱۳۹۲) آیین دادرسی مدنی: دوره پیشرفته. تهران: دراک.
- ۱۳- شهیدی، موسی، (۱۳۸۸) موازین قضایی (محکمه عالی انتظامی از نظر تخریف اداری)، تهران: انتشارات علمی.
- ۱۴- طاهری، حبیب الله، (۱۳۹۰) حقوق مدنی، ج ۴، ص ۸۶، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ۱۵- قربانی، فرج الله، (۱۳۸۵) مجموعه آراء وحدت رویه دیوانعالی کشور: حقوقی، فردوسی، تهران.
- ۱۶- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶) عقود معین، چاپ هفتم، تهران، کتابخانه گنج دانش.



- ۱۷- متفکریان، محمود. (۱۳۹۱) حقوق ثبت املاک. تهران: نگاه بینه.
- ۱۸- متین دفتری، احمد، (۱۳۸۹) آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، تهران: مجمع علمی فرهنگی مجد.
- ۱۹- مدنی، سید جلال الدین، (۱۳۷۶) آیین دادرسی مدنی، ج اول، تهران: انتشارات پایدار.
- ۲۰- مکرم، علی، (۱۳۸۹) «نرم افزار بانک اطلاعات آراء و نظریات مشورتی»، نسخه ۷۹.
- ۲۱- نوروزی، برزو، (۱۳۸۹) «بحثی درباره افراز (تقسیم نامه) و لزوم یا عدم لزوم اخذ گواهی از دارایی»،
ضمیمه ماهنامه کانون، سال چهل و هفتم، دوره دوم، ضمیمه شماره ۴۹.



Division in common property and the competent authority to handle the request

Najibeh Sadeghi¹ / Fatemeh Khani²

Article code: JHVMN-2304-1126

Abstract

The purpose of this research is to investigate the issues in common properties and the competent authority to handle the request, and the research method is descriptive and analytical. With regard to the materials collected in this research, the author came to the conclusion that in the first place, it is necessary to address the issue of which persons the common property is distributed among, because until this issue is determined, the property in question will be distributed. will face serious problems; According to the current regulations in the country, if the property in question is distributed among some people, among whom there are minors, orphans, or missing persons, in this case, the registry office cannot deal with the request for the transfer of this property unless it is possible to transfer the property. There must be an equivalent of one share of common parties with an official document And it is necessary to refer to the court to separate the shares of each of the owners, but the question is, which court should be referred to, which court in this regard, it seems necessary to refer to a public and revolutionary court to submit a petition based on the separation of common property. The immovable property is located in it, and it does not matter where the parties to the lawsuit file the lawsuit from, even if one of the parties wants to claim his rights from abroad, he must refer to the court where the property is located. After the registration of the property, due to the occupation that took place in it, such as when a tree was planted in it or agriculture was carried out, in such cases, considering that the Register of Deeds is not the authority that is allowed to issue permits for building and construction. and it is not possible to expropriate without returning the property to its previous state, in this case the competent authority will be the court, and this decision-making authority, in addition to issuing the order to expropriate the property, will subsequently proceed to issue a decision based on tin and qom building and ashjar. and decides all the arrangements that are needed to return the property to its previous state.

keywords: Afraz, common property, competent authority, request.

¹ Master of Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Ardabil Branch, Islamic Azad University, Ardabil, Iran .

(Corresponding author)
sadeghi.na63@gmail.com

² Master of Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Ardabil Branch, Islamic Azad University, Ardabil, Iran. khaniha.fati63@gmail.com

