

اختلاف؛ موضوع دادرسی مدنی

بررسی و نقد رای وحدت رویه شماره ۷۱۹ دیوان عالی کشور (۱۳۹۰/۰۲/۲۰)

شهاب کیائی^۱

چکیده:

به دلیل متغییر بودن مفهوم دعوا در دادرسیهای مدنی، تعریف کاملی از دعوا و عناصر سازنده آن ارائه نشده است. امروزه موضوع دادرسی مدنی چیزی به جز اختلاف طرفین دادرسی نیست و اختلاف می‌تواند بر پایه ترافع یا نزاع طرفین دعوا باشد یا نباشد. بنابراین اختلاف به معنای عدم توافق طرفین در یک موضوع واحد نیست بلکه به معنای یک وضعیت حقوقی غیر قطعی است که دادگاه با مداخله خود به آن عدم قطعیت پایان می‌دهد. بنابراین ممکن است در مواردی طرفین یک موضوع واحد با هم توافق کنند اما در خصوص برخی از شرایط آن موضوع دچار اختلاف شوند یا در مقابل ممکن است صاحبان حق، در مورد موضوع اختلاف با یکدیگر توافقی نداشته باشند اما با مداخله قاضی به واسطه یک رسیدگی قضایی و غیابی وضعیت غیر قطعی حقوقی آنها پایان پذیرد.

کلیدواژه‌ها: دعوا- اختلاف - موضوع دادرسی - رسیدگی قضایی

مشخصات رای مورد نقد:

رای وحدت رویه شماره ۷۱۹-۲۰/۰۲/۹۰ هیأت عمومی دیوان عالی کشور

عنوان رای: مرجع صالح برای تقسیم ترکه غیر منقول

شماره پرونده: ۱۳۸۸۶

شماره جلسه: ۵-۱۳۹۰

علت طرح: اختلاف نظر در شعب پنجم، بیست یکم، بیست و سوم و بیست و پنجم دیوان عالی کشور

متن رای: مستفاد از مقررات امور حسبی در امر تقسیم، تقسیم ترکه در صورت عدم تراضی ورثه امری است که محتاج رسیدگی قضایی است و باید در دادگاه به عمل آید. همین حکم در موردی نیز که ترکه منحصر به یک یا چند مال غیر منقول باشد جاری است، بنابراین آراء شعب پنجم و بیست و یکم دیوان عالی کشور که تقسیم ترکه غیر منقول را از صلاحیت واحد ثبتی محل وقوع مال خارج و در صلاحیت دادگاه دانسته‌اند به اکثریت آراء صحیح و منطبق با موازین قانونی است. این رای طبق ماده ۲۷۰ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری در موارد مشابه برای شعب دیوان عالی کشور و دادگاههای سراسر کشور لازم الاتباع است.

مقدمه

در قوانین موضوعه کنونی، دعوی مدنی در معانی مختلفی استعمال شده است و علت این امر آن است که معنای کلمه دعوا (Action) در ازمه وقرون مختلف معانی جدیدی پیدا کرده است که در سابق وجود نداشته است. بنابراین با توجه به پویایی مبانی حقوق، طبیعی است که معانی برخی از الفاظ در پدیده‌های مدنی با معانی سابق خود که غالباً ریشه در کلام فقها و یا حقوق غرب داشته است در تعارض باشد. همان‌طور که استاد احمد متین دفتری به پیروی از موتولسکی آورده است امروزه قانون آیین دادرسی مدنی اصولی از قانون اساسی را که مربوط به دادگستری است تنفیذ و تضمین کرده و درمرز قانون اساسی واقع شده است (متین دفتری، ۱۳۹۷: ۴۱-۴۲) یکی از اصول مرتبط با دعوی مدنی موضوع اصل ۳۴ است که مبین حق دادخواهی افراد جامعه در مرجع صالح است و در موادی مانند ۱۸ و ۱۱۶۳ ق.م یا اصول ۱۶۵ و ۱۶۷ ق. ادعوا با چنین مفهومی به کار رفته است. در ماده ۳۰ کد آیین دادرسی مدنی فرانسه، دادخواهی برای مدعی، حق شنیده شدن در ماهیت ادعاست تا دادرس درباره درستی یا نادرستی مبنای آن اظهار نظر کند. برای طرف مقابل دادخواهی حق گفتگو در مورد مبنای آن ادعا است. در حقوق ایران علی‌رغم تصریح در اصل ۳۴ ق.ا، تعریفی از دعوا ارائه نشده است. برخی از استادان، این مفهوم دعوا یعنی حق دادخواهی افراد در مراجعه به مرجع صالح را مفهوم خاص دعوا معرفی کرده‌اند که با دو شرط حاصل می‌شود: اول آن که در عمل یا بنابر ادعا حق قانونی مشروع وجود داشته باشد و ثانیاً: حق مذکور در عمل یا بنابر ادعا مورد تجاوز یا انکار واقع شده باشد. (شمس، ۱۳۹۰: ۲۷۷) چنین شروطی باعث می‌شود که بین اصل حق مادی و ماهوی شخص با حق دادخواهی وی در مراجعه به مرجع صالح خلط نشود، زیرا حق دادخواهی اشخاص ریشه در اصل حق مادی آنان دارد. بر مبنای چنین دیدگاهی موتولسکی معتقد است: دادخواهی حق شخصی آیینی (Droit Subjectif processuel) است که کارش حمایت از حقوق شخصی ماهوی (Droit Subjectif Substantiel) است. بنابراین وقتی مفهوم دعوا به معنای اعم ایجاد شد و دارنده حق دادخواهی با مراجعه به مرجع قضایی آن حق را اعمال کند، دادخواهی به معنای اخص شکل می‌گیرد. در واقع دادخواهی و دعوا به معنای اعم به مفهوم منازعه و اختلاف آمده است که در مرجع قضایی مطرح شده و تحت رسیدگی بوده یا خواهد بود.^۱

۱. (در برخی موارد مانند ماده ۱۴۲ ق.آ.د.م ادعوا به معنای نوعی ادعا که در غالب دفاع مطرح می‌شود نام برده شده است)

بنابراین در شناسایی دعوادر قدم اول باید شناسایی درستی از منازعه، اختلاف و ترافع تبیین کرد تا به تبع آن مفهوم دعوا روشن شود. برخی از استادان ترافع را همان دعوا می‌دانند و معتقدند کاربرد هر یک از این عناوین از باب ترادف است و دعوا مستلزم ترافع نیست. (لنگرودی، ۱۳۹۵: ۱۱۸۷ و ۱۳۹۱: ۲۷۹) اما در حقیقت چنین تعبیری، ترافع را مرادف با تنازع قرار می‌دهد تا با مفهوم دعوا. به هر روی شناسایی صحیح ارکان تحقق دعوا و موجب شناسایی ضابطه‌هایی در تشخیص امور ترافعی و غیرترافعی شده و به تبع آن شناسایی نوع تصمیم قضایی دادگاه، تشریفات و اصول و قواعد حاکم بر آن نوع از دعوا می‌شود از طرفی روشن می‌سازد که الزاما هر گونه عدم تراضی اصحاب دعوا ترافع یا اختلاف محسوب می‌شود یا خیر که سوالات فوق - اساس این پژوهش در نقد رای و وحدت رویه شماره ۷۹۹ دیوان عالی کشور را تشکیل خواهد داد.

۱- ضابطه تفکیک امور غیر ترافعی و حسبی از ترافعی:

برای تفکیک امور حسبی از ترافعی، دو ضابطه تبیین شده است. مورد اول ناظر بر بررسی وجود یا عدم وجود اختلاف و نزاع و مورد دوم: بررسی لزوم مداخله قاضی در تصمیم‌گیری است. (شمس، ۱۳۹۵: ۲۵۵) در مواردی که دادرسی مسبوق به نزاع است قطعاً آن دادرسی ترافعی محسوب می‌شود (کانونزبان، ۱۳۹۲: ۱۱۳) اما سوال اصلی آن است که آیا در همه موارد، شرط دعوا تلقی شدن یک ادعا، مستلزم وجود ترافع است یا خیر؟ همان‌طور که گذشت، قانون گذار تعریفی از دعوا بیان نکرده است و همین امر تحولات مفهوم دعوا را در طی زمانهای مختلف موجب شده است. بنابراین در حقوق دادرسی ابهام در مفهوم و عناصر دعوا تبعاً موجب ابهام در شناسایی عناصر امور غیر ترافعی و امور حسبی شده است لذا در قدم اول تبیین مفهوم دعوا و عناصر آن ضروری به نظر می‌رسد. استاد فقید مرحوم دکتر جعفری لنگرودی عناصر دعوا را چهار مورد برشمرده است که شامل: اخبار به حق مدعی، اخبار به ضرر مدعی علیه، اخبار به حق به نفع خود توسط مدعی و نهایتاً مطالبه حق توسط مدعی یا نماینده وی از مدعی علیه است و معتقدند مطالبه حق توسط مدعی، عنصر حتمی دعواست. برخی دیگر از استادان در تبیین عناصر دعوا معتقدند: هر گاه دو ادعای مخالف نسبت به وجود حقی مشاهده شود، مراجعه شخص مدعی به دادگاه با درخواست حاوی حقوقی به زیان مدعی علیه با موضوع خاص به

منظور شناسایی آن حق مانند اجبار، محکومیت و امثالهم، عناصر دعوا تلقی می‌شود که احراز این ضابطه‌ها توسط دادرس به عنوان مامور رسیدگی به دعوا صورت می‌پذیرد. بنابراین استخوان بندی دعوا به شرح فوق است لذا به جریان افتادن دعوا منوط به احراز شرایط دیگری تحت عنوان شرایط صحت اقامه دعوا از جمله سمت، ذی نفع بودن، اقامه دلایل و امثالهم خواهد بود. (کاتوزیان، همان: ۱۱۵) نظر اخیر در راستای تبیین عناصر دعوا، تعریف نسبتاً کاملی محسوب می‌شود ولی از آن جهت که شرط دعوا را محدود به وجود دوا دعای مخالف نسبت به وجود حقی کرده است، دعوا را مستلزم ترافع دانسته است در حالی که دعوا می‌تواند مسبوق به منازعه باشد یا نباشد. چراکه در ماده ۶ قانون اصلاح برخی از مواد قانون آیین دادرسی مدنی، مصوب ۱۳۴۷/۰۸/۲۰ علی‌رغم فقدان ترافع و تنازع بین متداعیین، در دعوای مطالبه وجه سند عادی دادگاه مبادرت به رسیدگی و صدور حکم قاطع دعوا می‌کرد. (لنگرودی، ۱۳۹۰: ۴۵۸ و ۱۳۹۱: ۲۸۱) در نقطه مقابل نیز در برخی از امور غیر ترافعی، دادرسی مسبوق به منازعه است اما این امر موجب نمی‌شود رسیدگی حسبی به دعوای ترافعی تبدیل شود. برای نمونه در ماده ۹۶ ق.ا.ح دادرسی مسبوق به منازعه بین محجور ممیز و قیم است و اما چنین منازعه ای رسیدگی حسبی را به دعوای ترافعی مبدل نمی‌کند یا در تقاضای صدور حکم حجر پدر سبق منازعه دو برادر در مورد حجر پدر، رسیدگی حسبی را به ترافعی مبدل نمی‌کند، بنابراین الزاماً سبق منازعه شرط تحقق دعوا و تبعاً تفکیک امور حسبی از دعوای ترافعی نیست. پس به طور قطع در تمامی مواردی که دادرسی مسبوق به نزاع است، دادرسی ترافعی محسوب می‌شود اما الزاماً هر دعوای منازعه با وجود منازعه و ترافع ندارد. بنابراین ضابطه وجود یا عدم ترافع و منازعه برای تفکیک امور حسبی از دعوای ترافعی ناظر به مورد غالب است و برای این تفکیک معیاری دقیق به دست نمی‌دهد. ضابطه دوم در این تفکیک، لزوم مداخله قاضی در تصمیم‌گیری آمده است به نحوی که در امور حسبی به تبع امر، به منظور رعایت مصالح عامه مداخله قاضی در رسیدگی لازم می‌آید. به نظر می‌رسد ضابطه دوم نیز در تفکیک مقصود معیاری دقیق نبوده و مانند ضابطه اول ناظر به مورد غالب باشد، چراکه بعضاً در امور غیر حسبی مانند مواد ۴۱۲ و ۴۱۳ ق.ت در مبحث ورشکستگی نیز، دادرس به منظور رعایت مصالح عامه مداخله ای قضایی دارد. بنابراین در تمام رسیدگیها اعم از ترافعی، غیر ترافعی و حسبی، دادرس حامی حقوق عامه است. برای

نمونه مصلحت عامه ایجاب می‌کند که حمایت از صغیر یا محجور و مواردی از این دست یک امر حسبی باشد در حالی که حکم ماده ۴۶ ق، ا، ح عدم لیاقت امین، وصی و قیم را صراحتاً دعوا نامیده است. پر واضح است که صراحت ماده ۴۶ دلالت بر معنای عام دعوا در حق دادخواهی دارد و دعوا به معنای اخص توسط دادرس واز توجه به عناصر دعوا احراز می‌شود و پس احراز دعواست که، وصف ترافعی یا غیر ترافعی بودن دعوی طرح شده با توجه به ماهیت نوع اختلاف و ضابطه‌های اختصاصی امر حسبی توسط دادرس احراز می‌شود. چراکه عدم لیاقت امین، قیم یا وصی جز مواردی محسوب می‌شود که بدون مطرح ساختن ادعای خواهان، توسط مدعی العموم قابل طرح است. در ثانی با توجه به مفهوم نوین دعوا، امور حسبی نیز صدق عنوان دعوا دارند و چنین امری به معنای ترافعی محسوب شدن آن امور نخواهد بود. بنابراین نمی‌توان اختلاف خواهان را به معنای واقعی ترافع محسوب داشت. در حقیقت موضوع دادرسی، تعیین حقوق و تکالیف اشخاصی است که در یک مسأله حقوقی با هم اختلاف پیدا کرده‌اند اما محاکم وظیفه دیگری دارند که به اعمال اداری دولت شبیه است. بنابراین بهتر است گفته شود موضوع دادرسی از نظر ماهوی مخلوطی در میانه کار اداری و قضایی است که از لحاظ ماهوی به عمل اداری و از لحاظ صوری و اندامی به عمل قضایی نزدیک می‌شود. در این موارد دادرس سرپرست و حامی حقوق عمومی است و دخالت او به عنوان مشاور و ناظر است نه دادرس (کاتوزیان، همان)، از همین روست که برخی از استادان متاخر در نظریه ایی به نام اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری متقابل اصحاب دعوا و دادرس، بر خلاف دیدگاه سنتی سابق، دعوا را به تبع حق خصوصی اشخاص، فقط شی متعلق به اصحاب دعوا برنشمرده‌اند و علاوه بر اصحاب دعوا، دادرس نیز در راستای رعایت حفظ منافع عامه از ابتکار عمل در آغاز کردن دعوا برخوردار است و چنین ابتکار عملی مختص به امور حسبی نیست بلکه دادرس در امور ترافعی نیز از چنین امتیازی برخوردار خواهد بود. (محسنی، ۱۴۰۰: ۱۲۸) بر مبنای همین قاعده، حکم ماده ۲۰ ق. ا. ح که مقرر داشته است اقدام و دخالت دادستان در امور حسبی مخصوص به موردی است که در قانون تصریح شده است، نباید آن توهم را ایجاد کند که ابتکار عمل دادرس در آغاز کردن رسیدگی مختص امور حسبی است و در برخی از امور ترافعی، به حکم قانون دادرس نیز دارای چنین امتیازی خواهد بود. نتیجتاً هر دو ضابطه تبیین شده بررسی تفکیک دعوی ترافعی و

حسبی ناظر به مورد غالب بوده است و نمی‌تواند در تمامی موارد ضابطه کاملی برای تفکیک دعاوی ترافعی از امور حسبی باشد.

در واقع گاهی یک ادعا در مرحله اقامه از اساس حسبی بوده است اما پس از اقامه و احراز عناصر دعوا، با توجه به ماهیت نوع اختلاف، دادگاه مکلف به فصل خصومت و تنازع و نهایتاً به صدور رای قاطع دعوا خواهد بود. در نقطه مقابل گاه ممکن است در نگاه اول، مدعی و مدعی علیه در مورد حق ماهوی فی مابین، دو اراده متقابل و مختلف داشته باشند اما پس از اقامه دعوا و عدم احراز تمام یا برخی از عناصر دعوا، با توجه به ماهیت نوع اختلاف اساساً چنین اختلافی بین متداعیین احراز نشود و رسیدگی و تصمیم دادگاه اساساً پیرامون فصل خصومت متداعیین در حرکت نباشد. برای مثال در تقسیم ترکه غیر منقول ممکن است قبل از اقامه دعوا بین وراث در تقسیم ملک، اختلاف و ترافعی نباشد و چه بسا در اصل تقسیم مال غیر منقول تراضی نیز کرده باشند اما در اثنای رسیدگی قضایی به تقسیم، در نحوه تقسیم یا مالکیت برخی از وراث اختلاف ایجاد شود و با تحقق دعوا، دادرس مکلف به فصل خصومت با اتکا بر صدور رای قاطع دعوا باشد. در نقطه مقابل در مواردی همچون ماده ۹۶ قانون امور حسبی، ممکن است قبل از عمل قضایی اقامه دعوا توسط محجور ممیز، ادعای وی با قیم ظهور در منازعه داشته باشد اما این منازعه و اختلاف باعث نمی‌شود که پس از اقامه دعوا در مرجع قضایی، دادرس پس از احراز عناصر دعوا و نوع ماهیت اختلاف، ادعای محجور را ترافعی و غیر حسبی تلقی کند. بنابراین عناصر دعوا در نظرهای فوق برای احراز یک دعوی ترافعی مناسب است اما برای تفکیک دعوی ترافعی از امور حسبی کاملاً کارساز نیست زیرا همان‌طور که برخی از استادان آورده‌اند هر امر غیر ترافعی الزاماً یک امر حسبی نیست (لنگرودی، همان) بنابراین دادرس برای احراز چنین تفکیکی باید با توجه به نوع ماهیت دعوا و در نظر گرفتن ضابطه‌های اختصاصی امر حسبی به چنین تفکیکی مبادرت کند که در بند بعد به بررسی آن خواهیم پرداخت.

۲- ضابطه‌های اختصاصی در شناسایی امور حسبی:

در راستای ضابطه‌های اختصاصی امور حسبی در دکترین دادرسی نظرهای متعددی ارائه شده است. برخی از استادان آورده‌اند که در امر حسبی، متقاضی درخواستی به زیان دیگری ندارد

یعنی در این امور نیازی به طرف دعوا قراردادن دیگری نیست، هر جا که دادگاه فصل خصومت می‌کند تصمیم او حکم ترافیعی است. (شمس، ۱۳۹۵: ۲۵۵) در این که ضمانت اجرای فصل خصومت در امور ترافیعی حکم قاطع دعواست شکی نیست، اما چنین ضمانت اجرایی، در مقطع آغاز رسیدگی و قبل از ورود به جریان رسیدگی و بررسی ماهیت اصل حق و نوع اختلاف، ضابطه ایی برای تفکیک امر حسبی از ترافیعی به دست نمی‌دهد زیرا تصمیم مراجع قضایی اعم از تصمیم اداری و قضایی است (لنگرودی، ۱۳۹۵: ۱۲۴۹) و در جریان دادرسی است که دادرسی پس از احراز نوع اختلاف تصمیمی اعم از اداری یا قضایی مبادرت می‌کند بدین شرح که اگر وضعیت عدم قطعیت حقوقی حاوی ترافع باشد به منظور فصل خصومت رای قاطع دعوا و در امور حسبی یا غیر ترافیعی تصمیم شایسته را اتخاذ می‌کند. همان‌طور که گذشت، در اختلاف محجور ممیز با قیم، موضوع اختلاف حاوی دو اراده متضاد و مخالف به نحو ترافع وجود دارد اما این امر نوع اختلاف را از دایره شمول امور حسبی خارج نمی‌کند یا در نقطه مقابل همان‌طور که برخی از استادان آورده‌اند، هر گاه در جریان رسیدگی به درخواست حصر وراثت که قطعاً امری حسبی محسوب می‌شود، در مورد نسب میان وراثت اختلاف شود، این وضعیت عدم قطعیت حقوقی حاوی ترافع است و دادگاه در مقام رسیدگی قضایی به این ترافع با صدور حکم قاطع دعوا به فصل خصومت مبادرت خواهد کرد. بر همین اساس آمده است که: تصمیمات حسبی علی‌الاصول واجد اعتبار امر قضاوت شده نیست زیرا در امور حسبی هیچ‌گاه آن دعوایی وجود ندارد که دادرسی برای فصل نمودن آن حکومت کرده باشد از همین رو تصمیم دادگاه در امور حسبی تنها شکل و صورت حکم را دارد و از نظر ماهوی به اعمال اداری دولت شبیه است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۹). بنابراین تشخیص دادگاه در حسبی یا ترافیعی، ضابطه ایی برای تعیین نوع تصمیم مرجع قضایی است. از همین روست که برخی از استادان آورده‌اند که موضوع دادرسی صرفاً شکل آیین دادرسی نیست بلکه موضوعش با توجه به ماهیت اختلاف به ماهیت حق نیز مربوط می‌شود و بررسی اختلاف توسط دادگاه دست رسی به ماهیت را میسر می‌کند بنابراین اختلاف شرط دادرسی است. (محسنی، ۱۴۰۰: ۴۵) همان‌طور که کادیه و ژولان نوشته‌اند بدون اختلاف دادرسی وجود نخواهد داشت، بنابراین وقتی موضوع دادرسی اختلاف باشد سوالی که در تمییز امر ترافیعی از امر حسبی در ذهن متبادر می‌شود آن است که آیا هر گونه عدم ترازی، منازعه و اختلافی می‌تواند شرط دادرسی باشد؟ مسلماً ادعا یا دفاعی برای یک دادرسی مدنی شرط است که از

لحاظ حقوقی قابل توجه (Juridiquement relevant) باشد. بدان گونه کادیه و ژولان نوشته‌اند حتی این اختلاف قابل توجه لزوماً نوعی عدم توافق اراده‌ها نیست چراکه ممکن است دادرسی در غیاب طرف مقابل تشکیل و منتهی به رای شود. (CADIET, p2, n5) امری که در رای وحدت رویه شماره ۷۱۹، هیات عمومی دیوان عالی کشور مغفول مانده است و هر گونه عدم تراضی وراثت در تقسیم ترکه مال غیر منقول را نوعی اختلاف تلقی کرده است که مستلزم رسیدگی قضایی است. بنابراین بهتر است بگوییم اختلاف به عنوان موضوع دادرسی نوعی وضعیت ناشی از عدم قطعیت حقوقی است که ممکن است از تعارض منافع احتمالی طرفین سرچشمه گرفته باشد و به کیفیتی است که می‌توان تصمیمی قضایی را با هدف از بین بردن عدم قطعیت در آن وضع حقوقی اتخاذ کرد (محسنی، همان) بر همین مبنا نظر هوریو در کتب عناصر دعوا که توافق دو طرف بر این که اختلاف خود را به طور مسالمت آمیز در دادگاه مطرح سازند از عناصر دعوا تلقی کرده است، قابل اعتنا نخواهد بود. بنابراین وقتی اختلاف با ماهیت نوعی وضعیت غیر قطعی حقوقی در پی اجرای حق دادخواهی نزد دارس مطرح شد عمل حقوقی اقامه دعوا محقق و نوع دعوا با توجه به ماهیت نوع اختلاف توسط دادرسی احراز پس از آن وی به انتخاب نوع تصمیم اعم از اداری یا قضایی مبادرت می‌کند. بنابراین با توجه به الفاظ و عبارات قانون گذار در به کارگیری دعوا، می‌باید بین مفهوم دعوا به معنای اعم (به معنای حق دادخواهی) و معنای اخص آن که ترافع و نزاع را شرط اختلاف می‌داند، قایل به تمییز شد به نحوی که هر دعوایی الزاماً نیازمند ترافع و عدم تراضی نیست چراکه در امور حسبی، نیز دادستان به نمایندگی از عموم جامعه متقاضی دادخواهی است ولو آن که تصمیم نهایی دادگاه دستاوردی به نام حکم قاطع را به ارمغان نداشته باشد و شخصی خاص به منظور خاتمه به وضعیت عدم قطعیت حقوقی در یک موضوع حسبی به طور بالفعل خوانده قرار نگرفته باشد چراکه در امور حسبی و غیر ترافعی با امور ترافعی قدر مشترکی به نام اختلاف به معنای یک وضعیت غیر قطعی حقوقی، موضوع دادرسی را تشکیل می‌دهد. در همین راستا، برخی از استادان معتقدند که دعوا می‌تواند مستلزم ترافع باشد یا نباشد و هر دعوا مستلزم ترافع نیست و یا هر امر غیر ترافعی، الزاماً حسبی محسوب نمی‌شود. (لنگرودی همان) به باور نگارنده رابطه تنازع و ترافع با دعوا عموم خصوص من وجه است یعنی برخی از دعاوی مسبوق به منازعه و ترافع هستند و برخی منازعات و ترافعات نیز دعوا تلقی می‌شوند اما هر منازعه و ترافعی الزاماً دعوا تلقی نشده و هر دعوایی نیز الزاماً ترافعی تلقی

نخواهد شد ولی رابطه دعوا با اختلاف، عموم خصوص مطلق است، بدان معنا که هر دعوایی الزاما مسبوق به اختلاف است، اختلافی که حاوی یک وضعیت عدم قطعی حقوقی است و با مداخله دادرس به عنوان مامور عمومی است که احراز می‌شود نوع دعوا مطلقا با منافع و مصالح عمومی در ارتباط است و تبعا و بالفعل نیازی به دادخواهی اشخاص ندارد، اگر دعوا دارای جنبه عمومی مطلق باشد سبق ترافع باعث انقلاب امر حسبی به ترافیعی نخواهد شد و در مقابل اگر احراز شود موضوع دعوا با حق خصوصی اشخاص در ارتباط است با توجه به ماهیت اختلاف و حق ماهوی اشخاص نوع دعوا احراز می‌شود. بنابراین آن نظر که ترافع را مرادف با دعوا بیان کرده است محل مناقشه خواهد بود (لنگرودی، ۱۳۹۵: ۱۱۸۷) در دکتترین حقوق دادرسی ما وقتی می‌خواهند دعوا را تعریف کنند بیشتر به جنبه‌های فنی حق طرح دعوا نظر دارند تا وجه موضوعی آن و این امر موجب شده است بخش مهمی از ماهیت دادرسی در حاله ایی از ابهام باقی بماند. (محسنی، ۱۴۰۰: ۴۹) لذا علی‌رغم نظرهایی که از آن گذشتیم، برخی از استادان چنین آورده‌اند که برای شناسایی امور حسبی می‌بایست به طبیعت ویژه این اعمال رجوع کرد و تشریفات دادرسی معیاری مفید در شناسایی آن نخواهد بود و اتفاقا در قانون گذاری امور حسبی نیز از چنین نظری پیروی شده است و ضابطه‌های ماهوی را بر نشانه‌های صوری رجحان داده است. بر مبنای این نظر ضابطه‌هایی همچون حضوری یا غیابی بودن، قابل پژوهش بودن یا نبودن حکم دادگاه برای تمییز امور حسبی از ترافیعی مردود است.^۱ از دیگر ضابطه‌های اختصاصی امور حسبی می‌توان به آن امر اشاره که در این امور تمام کسانی که به دادگاه مراجعه می‌کنند خواهان هستند و تصمیمات دادگاه در این امور ناظر به تأسیس وضعیت حقوقی جدید بوده و ناظر به آینده است. (کاتوزیان، همان) امر حسبی دادگاه منتظر مراجعه ذی نفع و تقاضای متقاضی نمی‌نشیند و ارتجالا دادگاه معترض آن می‌شود و این است معنی حسبیه و در امر حسبی، لذا محتسب معترض قضیه می‌شود و من عنده محتسب به معنای معترض است و دادرس در امور حسبیه یک محتسب واقعی است. (لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۷۹)

۱. (قرارهایی مانند دستور موقت و قرار توقف عملیات اجرایی در امور ترافیعی نیز غیابی صادر می‌شود یا در نتیجه رسیدگی به برخی از موضوعات قانون امور حسبی من جمله ماده ۳۲۴ آن قانون حکم قابل پژوهش صادر می‌شود که در ضابطه‌های مناسبی برای امور حسبی محسوب نمی‌شود. برای مطالعه بیشتر ر.ک کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۲۰ الی ۱۲۶).

۳- استقلال و ارتباط ماهیت حق از دعوا:

پس از شناسایی عناصر و مفهوم دعوا، سوالی که مطرح است این است که آیا حق و دعوا چهره یک حقیقت هستند یا این که دو مفهوم مستقل از یکدیگرند. در دکتترین حقوق دادرسی نظرهای متعددی در توجیه ترادف و یگانگی حق و دعوا مطرح شده است و توجیه شارحان آن نظرها، اغلب حول آن محور درگرددش است که حق و امتیاز اقامه دعوا همیشه به دنبال یکدیگرند به نحوی که با ایجاد یک حق ماهوی، حق اقامه دعوا و دادخواهی در خصوص آن حق ایجاد و با زوال حق ماهوی، حق دادخواهی نیز زایل می‌شود و معتقدند تنها تفاوت حق و دعوا حالت سکون و حرکت آنها با یکدیگر است و اقامه دعواست که با امکان اجرای حق، آن را از حالت سکون خارج می‌سازد. این استدلال و تحلیل از نظر همراهی حق با دفاع منطقی به نظر می‌رسد اما از جهت اتحاد این دو مفهوم قابل انتقاد است، به نحوی که اگر مراد از دعوا همان حق دادخواهی با مراجعه به مرجع قضایی باشد این توهم ایجاد می‌شود که دعوا همان حق است که به تحرک در آمده است ولی اگر دعوا راه قانونی وصول حق باشد، بین مفهوم دعوا و حق اختلاط ایجاد نمی‌شود. به باور نگارنده این دو برداشت متفاوت، در عبارات قانون گذار در راستای به کارگیری لفظ دعوا به هر دو مفهوم اعم و اخص ریشه دارد به هر روی پر واضح است که حق اقامه دعوا دادخواهی، حق خاصی است که حق شخصی آیینی را تضمین می‌کند ولی بر عکس تحلیل نویسندگان اخیر، حق ماهوی با حق اقامه دعوا از لحاظ سبب، موضوع و شرایط اعمال و ایجاد متفاوتند. علاوه بر آن بر اساس اصل فوری بودن اثر قوانین آیینی، شرایط اقامه دعوا تابع قانونی است که در زمان اقامه دعوا حکومت داشته است اما حق، تابع قانون حاکم در زمان به وجود آمدن خود است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۱۱۸) بنابراین حق شخصی ماهوی علی رغم ارتباط، با حق شخصی آیینی اشخاص متفاوت و متمایز از آن است. از طرفی شناسایی ماهیت حق مادی و ماهوی اشخاص ملازمه با شناخت اختلاف به عنوان یک وضعیت عدم قطعی حقوقی به عنوان موضوع دادرسی مدنی دارد و بدون شناخت ماهیت حق، شناسایی اختلاف میسر نخواهد بود، لذا به منظور شناسایی ماهیت اختلاف تقسیم ترکه بعنوان موضوع رای وحدت رویه شماره ۷۹۹، در بند بعدی به تبیین ماهیت تقسیم و انواع آن خواهیم پرداخت.

۴- تعریف و ماهیت تقسیم مال مشاع:

۴-۱- تعریف تقسیم و افراز:

تقسیم، مصدر باب تفعیل از ریشه قسم است به معنای جدا سازی. (دهخدا، ۱۳۷۷: ۶۸۷۸) به طور کلی حالت اشاعه متضمن یک نوع عدم تکامل و ضرر است به همین منظور قانون گذار برای رهایی مالکان از این حالت ضرر با تاسی به ماده ۸۱۵ قانون مدنی فرانسه که مقرر داشته است: هیچ مالکی را نمی توان بر بقای اشاعه اجبار کرد و تقسیم از حقوق اولیه هر مالکی است، مقررات تقسیم را پیش بینی کرده است. در مواردی مانند: شق ۸ ماده ۱۳ قانون قدیم آ. د. م یا ماده ۵۹۸ ق. م افراز مترادف با تقسیم آورده شده است که با جمع حکم مواد ناظر بر تقسیم، افراز با تقسیم از نظر مفهوم و کارکرد واجد تفاوت است و در بند انواع شیوه‌های ناظر بر تقسیم بدان پرداخته خواهد شد.

۴-۲- ماهیت تقسیم به اعتبار نحوه رسیدگی و نوع تصمیم قضایی:

همان‌طور که گذشت، رسیدگی قضایی فقط مختص امور ترافعی نیست بنابراین چه در امور حسبی و چه در امور ترافعی، اولاً: رسیدگی دادگاه قضایی است ثانیاً: نوع تصمیم دادگاه بسته به نوع اقدامی که انجام می‌دهد، چه در امور حسبی و چه در امور ترافعی می‌تواند یک تصمیم اداری یا قضایی باشد. بنابراین نوع رسیدگی قضایی توسط دادگاه است که تعیین کننده نوع تصمیم وی است. با بررسی ضابطه‌های اختصاصی امور حسبی آن نتیجه به دست می‌آید که تقسیم ترکه یک امر حسبی نیست. در توجیه این نظر آورده‌اند که جامعه مصلحت مداخله در تقسیم را می‌بیند و موضوع وجهه عمومی ندارد. لذا تقسیم ترکه یا تقسیم مال مشاع که ترکه نیست وجهه خصوصی دارد و ترافعی است و نظر دادگاه حکم است نه تصمیم، زیرا ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی این تصمیم را حکم دانسته است. بنابراین با نص صریح جای اجتهاد باقی نمی‌ماند و ذکر مبحث تقسیم در امور حسبی از باب استطراد است و بس (لنگرودی، ۱۳۹۸: ۲۸۱ و ۱۳۹۰: ۷۴۳)^۱ و در جایی دیگر آورده‌اند که در تصمیمات حسبی به جهت وجهه خاصی که دارند، مصلحت ایجاد می‌کند که قاعده فراغ دادرس و اعتبار امر قضاوت شده در این امور مجری نباشد و دادگاه

۱. ایشان در جای دیگر تقسیم ترکه را مشمول عنوان دعوا تلقی نکرده‌اند. (لنگرودی، ۱۳۹۵: ۱۳۸۵ و ۱۴۰۰: ۸۷۱ و ۱۳۸۷: ۱۵۸)

مجاز به عدول از حکم خود باشد. در حالی که به صراحت ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی، تصمیم دادگاه در خصوص تقسیم ترکه حکم بوده و با قابلیت اعتراض و پژوهش، غیر قابل عدول است. (لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۸۱) ادر واقع مبنای اختلاف نظر در خصوص ماهیت تقسیم ترکه در ترفعی یا حسبی بودن، تعارض ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی باماده ۳۳ قانون قدیم آ. د. م بوده است که در مقام تعیین صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به دعوای بطلان تقسیم آمده بود. در واقع اگر تصمیم دادگاه در رسیدگی به دعوای تقسیم، حکم قاطع دعواست و واجد اعتبار امر قضاوت شده است، نباید مورد حکم بطلان واقع شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، ۱۲۳) در حال حاضر با حذف ماده ۳۳ قانون سابق از قانون آیین دادرسی مدنی کنونی، چنین تعارضی وجود ندارد و دادرس با توجه به وجهه خصوصی دعوای تقسیم ماهیت آن را مشخص می کند. به هر روی حکم ماده ۳۲۴ حاوی آن پیام نیست که تصمیمات دادگاه در دعوای تقسیم ترکه از هر لحاظ واجد امر قضاوت شده بوده و قابل اعتراض است، بلکه صرفا در مواردی که به دلیل ترافع وراثت، دادگاه با صدور حکم قاطع مبادرت به فصل خصومت کرده است، دعوا واجد اعتبار امر مختومه است و نمی توان تصمیم دادگاه را از هر لحاظ قابل اعتراض و پژوهش دانست. (کاتوزیان، همان) نظر اخیر آن استدلال را که دادرس پس از احراز دعوا بر اساس ماهیت نوع اختلاف مبادرت به صدور حکم می کند تقویت می کند چرا که چنین نظری حاوی آن مطلب است که در صورت عدم احراز ترافع توسط دادگاه، تصمیم وی در راستای موضوع دعوا ترفعی محسوب نشده و واجد اعتبار امر قضاوت شده نبوده است و طبیعتا غیر قابل اعتراض یا پژوهش خواهد بود. نتیجتا باتوجه به ضابطه اختصاصی امور حسبی و عناصر و تعریف اختلاف و دعوا که از آن گذشتیم، باتوجه به ماهیت خصوصی تقسیم ترکه، این دعوا قطعا نمی تواند یک امر حسبی باشد. بنابراین به واسطه نوع مداخله قضایی دادرس و احراز نوع اختلاف، موضوع دعوای تقسیم علی رغم حسبی نبودن می تواند غیر ترفعی یا ترفعی باشد که در اولی تصمیم دادگاه اداری و در دومی رای قاطع دعوا خواهد بود که شمول امر قضاوت شده و قاعده فراغ دادرس در آن صرفا تابع همان موضوعی است که دادرس در آن مبادرت به فصل خصومت کرده است که در بند بعدی به تبیین آن خواهیم پرداخت.

۳-۴- انواع تقسیم به اعتبار اراده شرکاء:

تقسیم به اعتبار اراده شرکاء شامل دو نوع است تقسیم به تراضی و تقسیم اجباری (تقسیم حاکم). تقسیم به تراضی عبارت است از توافق و تسالم شرکاء به تغییر کیفیت سلطه مالکانه خود در مال مشاع از حالت اشاعه بر ضد آن و تقسیم به اجبار در مقابل تقسیم به تراضی به کار می‌رود و ناظر به وضعی است که دادگاه شرکاء را مجبور به قبول تقسیم مال مشاء می‌کند. (لنگرودی، ۱۳۹۴: ۴۹۹) در واقع حق تقسیم مال توسط شرکاء و بر پایه تراضی ایشان، از نتایج اصل مالکیت مندرج در ماده ۳۰ قانون مدنی است. با این حال به تبع اصل مالکیت و اصل آزادی اراده‌ها، شرکاء می‌توانند بر دخالت اراده حاکم یا متخصص امر در اصل تقسیم یا کیفیت و نحوه آن با یکدیگر تراضی کنند. در این صورت دادگاه نقش مشاورو سرپرست شریکان را ایفاء می‌کند و هر یک از شرکاء می‌توانند به سبب تخلف از قانون ابطال (یا فسخ) آن را بخواهند. این امر بویژه در جایی که شرکاء طرح تقسیم را دارند و تنها مایلند که آن را به صورت رسمی در بیاورند مورد پیدا می‌کند. با این حال در فرضی که شرکاء صرفاً در اصل تقسیم توسط دادگاه تراضی کرده‌اند لیکن در جریان رسیدگی بین شرکاء در خصوص مالکیت و یا کیفیت تقسیم ایجاد اختلاف شد، تراضی شرکاء مانع از تقسیم اجباری نیست و رسیدگی به دعوا را از صلاحیت خاص محاکم در فصل خصومت خارج نمی‌کند. (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۸۸) در فرض حدوث اختلاف بین شرکاء و احراز عناصر دعوا و نوع اختلاف به عنوان یک وضعیت عدم قطعی حقوقی توسط دادگاه، چنانچه از نظر قاضی رسیدگی کننده موضوع اختلاف شرکاء واجد وصف ترافع باشد، به حکم ماده ۳۲۴ قانون امور حسبی، ضمانت اجرای رسیدگی به چنین اختلافی، صدور حکم قاطع دعوا خواهد بود که موافق با اصول دادرسی واجد اعتبار امر مختومه و مشمول قاعده فراغ دادرسی است و تبعاً با صدور چنین تصمیمی از جانب دادگاه تنها راه عدول از رای دادگاه، اتکاء به طرق عادی یا فوق العاده شکایت از رای خواهد بود. اختلاف نظر استادان در خصوص امکان صدور حکم بر بطلان تقسیم، به دلیل تعارض آشکار ماده ۳۳ قانون قدیم آ. د. م با حکم ماده ۳۲۴ ق. ا. ح بوده است. ماده ۳۳ ق. ح در مقام تعیین صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به تقاضای بطلان تقسیم وضع شده بود و چون بین امکان بطلان تقسیم به تراضی و تقسیم به اجبار قابل تفکیک نشده بود، آن ابهام را ایجاد می‌کرد که بر خلاف قواعد و اصول دادرسی، علی‌رغم وجود اعتبار امر قضاوت شده

حکم دادگاه در نتیجه یک رسیدگی ترافیعی به دعوی تقسیم، امکان عدول حکم دادگاه فراهم باشد. و برخی دیگر از استادان آن را استثنای بر اصل کلی تقدم منازعه بر دعوا بر شمارند. (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۸۷) در هر صورت با حذف حکم عام ماده ۳۳ ق. ق در تقنین قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹ نتایج ذیل استنباط می شود: اولاً: بسته به نوع اختلاف ممکن است دعوی تقسیم ترافیعی یا غیر ترافیعی باشد اما قطعاً مشمول دعاوی حسبی نخواهد شد. ثانیاً: در فرضی که دادرسی مبادرت به فصل خصومت کرده است، با تقاضای شرکاء، امکان صدور حکم بر بطلان چنین تقسیم وجود نخواهد داشت. بنابراین حق شخصی آیینی شرکاء به اتکا به حق شخصی ماهوی آنها تا جایی ابتکار عمل خصوصی را در اختیار ایشان قرار می دهد که این ابتکار عمل با اصول و قواعد حاکم بر دادرسی معارضه نکند. بنابراین به عنوان قاعده، ابتکار عمل خصوصی و تراضی شرکاء مال مشاعی در اصل تقسیم یا تراضی بر شیوه های ناظر به تقسیم مانع از صدور رای قاطع دعوا به واسطه ابتکار عمل قاضی در فرض احراز ترافع در موضوع دادرسی نخواهد بود و تنها راه عدول از چنین حکمی اتکای به طرق عادی یا فوق العاده شکایت از اری مدنی است. ثالثاً: امکان رسیدگی به دعوی بطلان یا فسخ، صرفاً ناظر بر تقسیم به تراضی بوده و رسیدگی به آن ادعا نیز تابع قواعد عمومی قراردادها و شرایط عمومی اقامه دعوا خواهد بود و علی الاصول در تقسیم اجباری امکان رسیدگی به ادعای بطلان و صدور حکم در آن راستا وجود ندارد و در مواردی که دادرسی با احراز ترافع در موضوع دادرسی به صدور حکم تقسیم بر اجبار مبادرت می نماید با حاکمیت اعتبار امر قضاوت شده و قاعده فراغ دادرسی شرح آن چه گذشت امکان عدول از تصمیم یا رسیدگی به تقاضای بطلان آن تقسیم وجود ندارد اما آن چه شایسته ظرافت در دقت می آید آن امر است که حاکمیت اعتبار امر قضاوت شده در دعوی تقسیم صرفاً ناظر به مواردی است که دادرسی به عنوان موضوع دعوا به آن موارد رسیدگی ترافیعی کرده است. بنابراین نمی توان تصمیم دادگاه را از هر حیث قابل شکایت تلقی کرد (کاتوزیان همان) بنابراین بر خلاف ظاهر ماده ۳۲۴ ق. ا. ح استثناعاً در دعوی ترافیعی تقسیم اجباری که منتج به صدور حکم دادگاه نیز شده است، در موضوعاتی که مورد رسیدگی و حکم دادگاه نبوده است امکان، تصحیح و یا حتی رسیدگی به ادعای بطلان آن موارد وجود خواهد داشت. از موارد دیگری که موجب محدودیت یا ممنوعیت در امر تقسیم است، برخورد

تقسیم با نظم عمومی بر مبنای همان فلسفه پاسداری از مصالح عامه است^۱ بنابراین پاسداری از مصلحت و حقوق عامه صرفاً ناظر به تقسیم به تراضی نیست و در تقسیم به اجبار، دادرس تکلیف به رعایت آن دارد و به تبع این امر رعایت این مصالح فقط اختصاص به امور حسبی ندارد و در فرضی که موضوع دعوا در دادگاه واجد وصف ترافع باشد نیز از جانب دادرس لازم الرعایه است.

ممنوعیت مندرج در مبحث تقسیم اموال شرکت مدنی، موضوع مواد، ۵۹۱ الی ۵۹۳ قانون مدنی، با توجه تجویر ماده ۳۲۶ ق. ا. ح در امر تقسیم ترکه نیز لازم الاجرا خواهد بود. مواردی چون ضرر شریک یا شرکای مشاعی در نتیجه تقسیم مال مشاء، تنزل یا انتفای ارزش و مالیت مال مشاء از موارد مندرج در مواد فوق است که در حق مالکیت خصوصی ریشه داشته و از آثار تبعی حق مالکیت اشخاص است. در حقیقت موارد فوق منطبق با مدلول ماده ۳۰ قانون مدنی و مواردی که تقسیم به دلیل معارضه با نظم عمومی با ممنوعیت یا محدودیت مواجه است منطبق با قید استثناء در فراز آخر ماده ۳۰ خواهد بود.^۲

۴-۴. ماهیت تقسیم به اعتبار ماهیت حق:

با توجه به آن که اختلاف شرط دادرسی و احراز ماهیت اختلاف ملازمه با شناسایی اصل حق ماهوی طرفین دادرسی دارد، به تبیین ماهیت تقسیم پرداخته‌ایم. جمهور فقها بر آن عقیده‌اند که تقسیم به تراضی نمونه‌ای از یک عقد بیع است و استدلال ایشان بر آن است که شرکا باید از سهم مشاعی خود که در حصه شریک دیگر قرار دارد صرف نظر کنند، تا بتوانند مالک حصه اختصاصی خود شوند و این فعل و انفعال بدون مبادله عملی ممکن نیست. برخی از استادان بر آن باورند که طرفین در تقسیم به تراضی مبادله‌ای صورت نمی‌دهند بلکه کیفیت سلطه مالکانه

۱. (در ذیل برخی از موارد ممنوعیت و یا محدودیت تقسیم به دلیل معارضه با نظم عمومی آمده است: آیین‌نامه مربوط به استفاده از اراضی و احداث بنا و تاسیسات در خارج از محدوده شهرها مصوب ۱۳۵۵/۰۲/۲۷ هیات وزیران، ماده ۱۰۱ اصلاحی قانون شهرداریها، قانون زمین شهری مصوب ۱۳۹۶، ماده ۶ قانون تملک آپارتمانها مصوب ۱۳۹۳، قانون حفاظت و بهره برداری از جنگلها و مراتع کشور در مورد املاک، ماده واحده افزای اراضی متعلق به وزرات جنگ مصوب ۱۳۴۹، ماده واحده موسوم به لایحه راجع به تفکیک و افزای اراضی مورد تصرف سازمان های عمران و اراضی شهری استان های کشور مصوب ۱۳۵۸/۱۰/۲۲، قانون جلوگیری از خرد شدن اراضی کشاورزی و.. مصوب ۱۳۸۵ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۸)

۲. (برای مطالعه بیشتر در خصوص مستثنیات امر تقسیم ر. ک لنگرودی، ۱۳۹۳: ۳۲۶)

خود را که حالت اشاعه است تغییر می‌دهند. نام این دگرگونی را نباید مبادله نهاد و دست‌کم تحقق مبادله در این وضع محل تردید است و مدعی تحقق مبادله تکلیف به اقامه دلیل دارد (لنگرودی، ۱۴۰۰: ۲۰۰) و معتقدند فقها مفهوم عقد را از عرف گرفته‌اند و چون در عقود مالی، قدر مسلم در نظر عرف این است که هر یک از ۲ طرف مالی را که قبلاً نداشته‌اند بستانند و در عوض آن مالی بدهند، در تقسیم مشاع این وضع وجود نداشته و به همین جهت صدق مفهوم عقد و معامله به معنای اخص (عقد معوض) بر تقسیم به تراضی، محل تأمل است ولی با وضع ماده ۱۸۳ قانون مدنی این اشکال برطرف شده است. (لنگرودی، ۱۴۰۱: ۱۷۹) بنابراین ایشان ماهیت تقسیم به تراضی را تمییز حقوق شرکا و مبتنی بر مبادله یا صلح مبتنی بر مبادله حقوق شرکا نمی‌دانند بلکه معتقدند که افزای به تراضی صلح است و ثمره آن، تغییر کیفیت حقوق شرکاست. (لنگرودی، ۱۳۹۴: ۵۰۰) و به نقد نظر شهید ثانی و هنری کاپیتال مؤلف معروف فرانسوی پرداخته‌اند که تقسیم به تراضی را نوعی مبادله و معاوضه آورده‌اند.^۱ (لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۹۹)

و تنها حالتی که تقسیم بر تراضی را صلح مبتنی بر مسامحه دانسته‌اند، زمانی است که شرکاء بدون تعدیل سهام، اموال را بین خود تقسیم می‌کنند (لنگرودی، ۱۳۹۸: ۱۸۵) به هر روی، چه بر مبنای نظر غالب در فقه عامه و چه از نظر برخی از استادان، چنانچه در تقسیم مال به واسطه تعدیل ارزش مال، شریک یا برخی از شرکا تکلیف به رد مال یا وجه، خارج از مال مشترک به عنوان سربود شوند، این نوع از تقسیم صدق عنوان بیع می‌کند و الزام بر رد به دلیل آن که الزام بر بیع محسوب می‌شود و پذیرش آن خلاف اصل حاکمیت اراده است و مجاز نخواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۷۲) بر همین مبنا، علی‌رغم جواز تقسیم ملک از وقف اگر در چنین تقسیمی سربود از جانب طرفین مقابل وقف پرداخت شود، چون موجب تملیک بخشی از موقوفه می‌شود، صدق عنوان بیع دارد و طبعاً چنین تقسیمی جایز نخواهد بود. (لنگرودی، همان) مرحوم دکتر

۱ (البته در جای دیگر آورده‌اند که تقسیم مبتنی بر مبادله است بدون صدق عنوان بیع. در بیع مبادله کامل هدف است در حالی که در تقسیم مال مشاع مبادله وسیله‌ای جدا کردن قدر حصص است. فرق هدف و وسیله فرق ماهوی است. از طرفین تعابر عوضین شرط عنصر بیع است. بنابراین تقسیم مال مشاع به تراضی شرکا، عقد تملیکی و معوض است که بموجب آن هر یک از متقاسمین مالکیت خود را در اجزاء مشاع حصه خود به نفع طرف مقابل از دست می‌دهند، به قصد تحصیل حصه مفروز. (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۵۸)

امامی در راستای نظر مشهور فقهای امامیه بر آن نظرند که: تقسیم مال مشترک بیع و صلح نیست بلکه تمییز حق هر یک از شرکاء از یکدیگر است. بنابراین به اعلام قصد انشاء که لازمه رکن اساسی تمامی معاملات است نیاز نیست ولی معتقدند که تقسیم، تمییز ساده حق نیست بلکه مبتنی بر معاوضه است و عمل تقسیم در حقیقت معامله خاصی است که در عمل تقسیم کاشف از قصد انشاء مالکان مشاعی است (امامی، ۱۳۹۷: ۲۴۲) به هر روی، صرف نظر از اختلاف نظر استادان، قدر مشترک جمع نظرهای ایشان آن است که تقسیم به تراضی صرف نظر از عنوان و نوع عقد، یک معامله و عقد است و به تجویز ماده ۵۹۸ قانون مدنی یک عمل حقوقی لازم محسوب می شود. بررسی ماهیت تقسیم به اعتبار ماهیت حق به شرح فوق، در بررسی شرایط آیینی اثرگذار است و در غالب موارد صرف اتکای به ماهیت عقدی، حاکمیت اصل اراده شرکای مال مشاعی و اصل لزوم بر تقسیم به تراضی صرف نظر از نوع عقد ارائه طریق میسر است اما با توجه به فقدان نص در مورد شرایط و نحوه اقامه دعوا اعلام انحلال تقسیم و تبعاً پیروی آن دعاوی از قواعد عمومی قراردادها، به شرح آنچه در بند قبل از آن گذشتیم، قطعاً نوع عقد در بررسی قواعد ماهوی حاکم بر دعوا مؤثر است. برای مثال: اگر تقسیم به تراضی را بیع تلقی کنیم در بحث اعلام یا تنفیذ فسخ با اختیارات مختص بیع روبه رو خواهیم بود، اگر صلح در مقام تسامح تلقی شود، اختیاراتی مانند غبن در آن راه ندارد. اگر ماهیتاً عقد صلح معاوضی تلقی گردد، اختیارات مشترک من جمله خیار غبن در آن راه دارد که قطعاً از لحاظ ماهوی در دادرسی مؤثر خواهد افتاد که بررسی تفضیلی آن موارد از موضوع پیرامون این پژوهش آیینی خارج است و به باور نگارنده نیازمند تدوین یک رساله عملی و ماهوی است علی الخصوص که در حقوق ایران برخلاف ماده ۸۸۳ قانون مدنی فرانسه، ماهیت تقسیم مال مشترک از حیث اعلامی یا تأسیسی بودن مسکوت است.

نتیجه

رای مورد نقد، با بررسی استدلالهای مندرج در مشروح مذاکرات هیات عمومی دیوان عالی کشور از لحاظ ماهوی حایز نقد جدی به نظر نمی‌رسد زیرا باتوجه به ماهیت اصل حق، موضوع تقسیم ترکه منصرف از تقسیم ملک مشاع بین شرکاست و در صورت ایجاد اختلاف بین وراثت در امر تقسیم، موضوع دعوا به واسطه اصل حق، تقسیم ماترک مشترک بین ورثه است و حکم ماده ۳۰۰ ق.ا.ح در آن مورد قانون خاص محسوب می‌شود و قانون عام افزازو فروش املاک مشاعی ناسخ حکم آن ماده نخواهد بود و با توجه به استثنایی بودن قانون اخیر الذکر، تفسیر موسع آن جایز به نظر نمی‌رسد. علاوه برآن، علی‌رغم آن‌که قانون امور حسبی حکمی در خصوص افزاز بیان نکرده و آن‌چه مراد قانون گذار بوده است، تقسیم ما ترک به طرق سه گانه مندرج در آن قانون و قانون مدنی بوده است و افزاز اموال در معنای خاص خود با تقسیم اموال تفاوت ماهوی دارد و تنها ناظر بر یکی از شیوه‌های تقسیم است، حتی در فرض صالح دانستن مرجع اداری ثبت در تقسیم ماترک، آن امر در اداره ثبت صرفاً با اتکای به یکی از طرق تقسیم (تقسیم به افزاز) صورت خواهد گرفت در حالی که که دادگاه اختیار بیشتری در به کارگیری طرق متعدد تقسیم دارد، بخصوص که در فرض تعدد اموال غیر منقول موجود در ترکه می‌تواند با اتکای به تعدیل به معنای اخص بر مبنای حکم ماده ۳۱۶ ق.ا.ح بدون آن‌که ملک از مالکیت وراثت خارج شود به امر تقسیم مبادرت کند. بنابراین با تقسیم ماترک در دادگاه حقوق ورثه با کیفیت بیشتری تأمین می‌شود و مقدمات حکمت نیز موید چنین نظری خواهد بود، در حالی که در افزاز ثبتی چنانچه ملک غیر قابل افزاز اعلام شود با دستور اداری دادگاه فروخته خواهد شد. اما از لحاظ آیینی، رای یادشده واجد نقد جدی است چراکه هیات عمومی محترم دیوان عالی کشور هر نوع عدم تراضی ورثه با یکدیگر را محتاج رسیدگی قضایی اعلام داشته است و در واقع شرط دعوا تلقی شدن خواسته تقسیم ترکه غیر منقول و تبعاً رسیدگی قضایی به آن دعوا، عدم تراضی شرکا آمده است در حالی که دعوا با عناصر اختصاصی خود احراز می‌شود و همان‌طور که گذشت تراضی طرفین دادرسی جزو آن عناصر نخواهد بود. از طرفی با آن‌چه در تبیین ماهیت اختلاف به عنوان پیش شرط رسیدگی قضایی به منظور پایان دادن به وضعیت غیر قطعی حقوقی طرفین گذشت، فرض عدم تراضی طرفین نیز الزاماً از عناصر دعوا تلقی نمی‌شود چراکه در رسیدگیهای غیابی

این امکان وجود دارد که طرفین دادخواهی در خصوص حق ماهوی با یکدیگر تراضی نکرده باشند اما دادگاه با در خواست خواهان به وضعیت حقوقی ناقص و غیر قطعی آنها میان طرفین با یک رسیدگی غیابی پایان دهد. بنابراین هر تراضی یا عدم تراضی بین طرفین موجب تحقق دعوا به معنای اخص آن و تبعاً اشتغال دادگاه به رسیدگی قضایی نخواهد شد و الزاماً هر عدم توافقی، به معنای اختلاف با ماهیت آن چه گذشت نیست. در رای وحدت رویه شماره ۷۱۹ هیات عمومی دیوان عالی کشور آمده است، تقسیم ترکه در صورت عدم تراضی ورثه امری است که محتاج رسیدگی قضایی است و باید در دادگاه به عمل آید. در واقع اراده وراثت به عنوان صاحبان حق شخصی و ماهوی، موجد صلاحیت ذاتی دادگستری در رسیدگی قضایی به امر تقسیم شناخته شده است در حالی که قواعد ناظر بر صلاحیت ذاتی مراجع دادگستری و قضایی همچنین ضابطه تفکیک آن از مراجع اداری، بسان سازمانهای قضاوتی از قواعد امره حقوق دادرسی تلقی و اراده صاحبان حق ماهوی در آن مداخلیتی ندارد ثانیاً: در مواردی ورثه در خصوص ماهیت و شیوه امر تقسیم با یکدیگر تراضی می کنند که تمام یا بخشی از ترکه توسط مرجع اداری ثبت تقسیم شود ولی در حین تقسیم علی رغم چنان توافقی، مرجع ثبت با مواردی روبه رو می شود که تعیین تکلیف و پایان دادن به وضعیت غیر قطعی حقوقی اصحاب دعوا یا شخص ثالث، تخصصاً از صلاحیت آن مرجع خارج است. برای مثال چنانچه زوجه متوفی در عداد وراثت باشد، تعیین سهم الارث زوجه از قیمت ترکه غیر منقول متوفی علی رغم تراضی وراثت، از صلاحیت مرجع ثبت خارج و نیازمند یک رسیدگی قضایی است و چنین وضعیتی در دیون ممتاز و عادی ترکه، وصیت مازاد بر ثلث ترکه و مواردی از آن دست نیز حاکم است بنابراین محدود کردن رسیدگی قضایی به تراضی یا عدم تراضی وراثت واجد اشکال اساسی است.

منابع

الف- منابع فارسی

۱. امامی، سید حسن (۱۳۹۷)، حقوق مدنی، ج ۲، چ ۲۷، تهران، الاسلامیه
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۴)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۱، چ ۷، تهران، گنج دانش
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۵)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، چ ۷، تهران، گنج دانش
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷)، اساس در قوانین مدنی - المدونه، چ ۱، تهران، گنج دانش
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۴۰۱)، ترمینولوژی حقوق، چ ۳۴، تهران، گنج دانش
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۴۰۰)، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، چ ۲، تهران، گنج دانش
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۸)، حقوق مدنی (صلح و رهن)، چ ۵، تهران، گنج دانش
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۱)، دانشنامه حقوقی، ج ۲، چ ۲، تهران، گنج دانش
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۰)، دانشنامه حقوقی، ج ۳، چ ۲، تهران، گنج دانش
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۳)، الفارق، ج ۱، چ ۳، تهران، گنج دانش
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۲)، الفارق، ج ۴، چ ۳، تهران، گنج دانش
۱۲. دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷)، فرهنگ دهخدا، ج ۳، چ ۲، تهران، دانشگاه تهران
۱۳. شمس، عبدالله (۱۳۹۰)، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۱، چ ۳۶، تهران، دراک
۱۴. شمس، عبدالله (۱۳۹۵)، آیین دادرسی مدنی دوره پیشرفته، ج ۲، چ ۳۶، تهران، دراک
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، اعتبار امر قضاوت شده در دعوی مدنی، چ ۹، تهران، میزان
۱۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، حقوق مدنی (مشارکتها و صلح)، چ ۱۰، تهران، گنج دانش
۱۷. محسنی، حسن (۱۴۰۰)، اداره جریان دادرسی مدنی بر پایه همکاری و در چهار چوب اصول دادرسی، چ ۶، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۸. متین دفتری، احمد (۱۳۹۷)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، چ ۶، تهران، مجد

ب- منابع فرانسوی:

19. CADIET, Loïc, et Emmanuel JEULAND, Droit judiciaire privé, Paris, Litec, 6° éd. 2009.
20. CADIET, Loïc, et Emmanuel JEULAND, Droit judiciaire privé, Paris, Litec, 5e éd. 2006.

**Disagreement Regarding the Issue of Civil Procedure
Critique and Analysis of Binding Precedent Decision No. 719 Rendered
by the Supreme Court (May 10,2011)**

Shahab Kiayee¹

Abstract

Due to the changing concept of claim in civil procedures, a complete definition of the concept and its constituent elements has not been provided. Today, the subject of civil procedure is nothing but a dispute between the parties to the proceedings, and the dispute may or may not be based on controversy or dispute between the parties. Therefore, a dispute does not mean that the parties do not agree on a single issue, but it means an uncertain legal situation that the court intervenes to put an end to uncertainty. As a result, in some cases the parties may agree on a single issue but disagree on some of its conditions, or on the other hand, they may not agree with each other on the subject of the dispute, but with the intervention of a judge, through a judicial proceeding, their uncertain legal situation is resolved.

Keywords: *claim, dispute, subject of proceedings, judicial proceedings.*

1. Holder of PhD in private law, University of Tehran, lawyer, (Email : shahabkiayee@ut.ac.ir)