

ماهیت افراز

در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه*

- حمید ابهری^۱
- سیدحسن حسینی مقدم^۲
- سیدمهدی حسینی مقدم^۳

چکیده

در خصوص ماهیت تقسیم، در فقه و کتب حقوقی سخن گفته شده، اما از ماهیت افراز کمتر سخن به میان آمده است. اکثر نویسندگان در بررسی تقسیم، به ماهیت آن نیز پرداخته‌اند و چون افراز را یکی از شقوق تقسیم می‌دانند، خود را بی‌نیاز از بیان ماهیت افراز دیده‌اند. با شناخت ماهیت افراز، حسب اینکه معامله (بیع، مبادله، معاوضه) یا تمیز حق یا عقد باشد، آثار آن نیز متفاوت است. آیا حق شفعه و خيارات در افراز جاری است یا خیر؟ آیا در افراز، امکان اقاله وجود دارد یا خیر؟ آیا اساساً افراز، تأثیری در لزوم یا عدم لزوم ثبت تقسیم‌نامه خواهد داشت؟ پاسخ به این موارد، معطوف به شناسایی ماهیت افراز است.

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۵/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۰/۲۱.

۱. استاد گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول) (hamid.abhary@gmail.com).
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (s.h.hoseinimoghadam@umz.ac.ir).
۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه مازندران (s.h.hosseinimoghaddam@gmail.com).

در این مقاله به روش تحلیلی - توصیفی با مطالعه آراء و نظرات حقوق دانان و فقهای امامیه خواهیم گفت که نظریه عقد بودن ماهیت افراز، در حقوق موضوعه و در بین فقها نیز تا حدودی طرفداران بیشتری دارد. لیکن عقد بودن الزاماً به مفهوم معامله و بیع نیست و احکام خاص بیع اعم از حق شفعه و خیارات مختص بیع در آن راه ندارد. طبعاً به دلیل همان ماهیت عقدی افراز، امکان اقاله و اعمال سایر خیارات در افراز قابل تصور و تحقق می باشد.

واژگان کلیدی: افراز، تقسیم، مال مشاع، شریک، ثبت.

مقدمه

بر حسب اینکه ماهیت افراز، معامله (بیع، معاوضه، مبادله) یا تمیز حق یا عقد باشد، می تواند آثار مختلفی بر وجود یا عدم وجود حق شفعه و خیارات در تقسیم داشته باشد. از دیگرسو، تفاوت در ماهیت افراز می تواند در اقاله یا عدم اقاله تقسیم، نقشی اساسی داشته باشد. همچنین تأثیر آن در لزوم یا عدم لزوم ثبت تقسیم نامه نمایان می گردد. افراز (به طور کلی تقسیم) به این منظور انجام می شود تا هر یک از شرکا به جای سهام منتشر در مجموع یک مال، بر بخش معینی از مال به عنوان سهم خویش، مالکیت مفروز داشته و به شراکت در کل مال پایان دهند.

بر این مبنا، هر یک از نویسندگان، گذشتن شریک از مجموع حصه و قبول این امر را که بر مقداری از آن مال به قسمت مفروز، مالکیت داشته باشد، در یکی از قالب های حقوقی بررسی نمودند. برخی آن را در چارچوب نظریه معامله طرح کرده و افراز را معامله (بیع، معاوضه یا مبادله) دانسته اند و بر این اساس، این جدایی سهام در مال مشاع را موجب نقل و انتقال حصه ها می دانند. گروهی دیگر آن را در قالب نظریه تمیز حق مورد بررسی قرار داده و تقسیم یا افراز را فاقد هر نوع ماهیت قراردادی و خصوصاً عقود ناقله دانسته، معتقدند که قسمت، موجب تمیز حقوق است و بیع یا کلاً عقد نیست. نهایتاً عده ای افراز را در حیطه نظریه عقد بودن مطرح کرده، معتقدند که گرچه عقدی از عقود است، ولی از سنخ بیع و صلح و یا هبه نبوده و اساساً در آن مبادله دو مال صورت نگرفته تا افراز معامله باشد. این تفاوت دیدگاه ها و تضارب آرا، نگارندگان را بر آن داشت تا با بررسی دقیق هر یک از این نظریه ها و به نقد کشیدن نقاط قوت و ضعف

آن‌ها، تعریفی صحیح از ماهیت افراز به دست داده و تأثیر ماهیت افراز بر خيارات، حق شفعه، اقاله آن، ثبت تقسیم‌نامه و اخذ استعلامات و نیز هزینه‌های دولتی را چنان که شایسته است، تنویر نمایند.

۱. تبیین مفهوم و عناصر افراز

افراز در لغت به معنای «جدا کردن، بیرون دادن» است (معین، ۱۳۸۳: ۳۶۳). همچنین به معنای «تفکیک، تشخیص، دسته‌بندی و جدا کردن دو چیز از یکدیگر» نیز می‌باشد (دهخدا، ۱۳۷۳: ۲۵۹۹/۲). در قوانین و آیین‌نامه‌ها، تعریف صریح و روشنی از افراز وجود ندارد و به همین دلیل، حقوق‌دانان تعاریف مختلفی از آن ارائه داده‌اند:

- «افراز مشاع عبارت است از ازاله وصف اشاعه مال به تراضی شرکا و یا به حکم دادگاه» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف: ۳۲۵/۱).

- «افراز یعنی تقسیم مال منقول و یا غیر منقول؛ خواه به تراضی باشد یا به حکم دادگاه» (همو، ۱۳۸۶ ب: ۴۹۹/۱).

- «افراز عبارت است از دعوای شریک ملک مشاع بر شریک دیگر به منظور تقسیم مال مزبور در صورت عدم تراضی بر تقسیم» (تفکریان، ۱۳۸۸: ۱۰).

- «تقسیم به افراز در صورتی است که... بتوان در تقسیم از هر نوع اموال، حصه‌ای معین نمود و آن عموماً در موردی است که مال، مشترک مثلی باشد... یا چیزی باشد متساوی‌الاجزاء...» (امامی، ۱۳۸۷: ۲۱۸/۲).

- «توزیع عادلانه مال مشترک، بدون اینکه نیازی به تعدیل قیمت داشته،... این تقسیم را افراز یا تقسیم می‌نامند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۶۸/۲).

- «افراز عبارت است از تمیز حق و تعیین حصه هر شریک از محل مال مشترک مثلی یا قیمی مساوی‌الاجزاء به تراضی یا توسط دادگاه» (سرخی، ۱۳۸۵: ۹۳).

از آنجایی که در اموال مشاع، هر کس به قدر سهم خود مالک عین مال است و در زمان افراز، ملکیت مشاع بر کل مال، به ملکیت مفروز بر مقداری از مال به نسبت سهم او تبدیل خواهد شد، می‌توان نظر این گروه را بر دو نظر قبلی ارجح دانست. افزودن قید «با تراضی یا به حکم دادگاه» به تعریف، منطقی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا افراز به صورت مطلق شامل هر دو نوع آن (افراز به تراضی یا به حکم دادگاه) می‌شود و هر گاه نیاز به

خروج یکی از این موارد از دایره شمول تعریف بود، به ناچار یکی از این قیود باید به تعریف اضافه می‌شد تا سایر موارد از شمول تعریف خارج می‌گردید. در نتیجه افزودن این قید به تعریف، امری ناپسند است. «تعریف افراز به تمیز حقوق، در واقع تعریف دوری است... زیرا تمیز و افراز در خارج از ذهن، دو چیز نیستند، فقط دو کلمه‌اند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۵۰۰/۱). به همین دلیل بهتر است از این عبارت در تعریف افراز استفاده نگردد. اما می‌توان افراز را به تخصیص قسمت مفروزی از مال مشاع به شرکاء به نسبت حصه هر یک از آنان، در اموال مثلی یا قیمی متساوی‌الاجزاء تعریف نمود و موارد ذیل را به عنوان عناصر افراز برشمرد:

- ۱- وجود مال (اعم از منقول یا غیر منقول)؛
- ۲- مثلی یا متساوی‌الاجزایی بودن مال؛
- ۳- وجود حالت اشاعه در مال؛
- ۴- تخصیص مقدار مفروز از مال مشاع به شریکان به نسبت حصه آن‌ها؛
- ۵- ازاله اشاعه.

بندهای ۱، ۲ و ۳ را می‌توان از شرایط مال موضوع افراز و خصایص آن پنداشت. در فرض وجود نداشتن هر یک از این خصایص، مسئله افراز واقع نمی‌گردد و بندهای ۴ و ۵ پیامد افراز تلقی می‌گردند؛ زیرا با تحقق افراز، حالت اشاعه پایان می‌یابد و مالکیت شرکا به نسبت حصه آن‌ها، به طور مجزا در بخشی از مال مثلی یا متساوی‌الاجزاء مشاعی استوار می‌گردد.

۲. 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.

۱-۲. افراز به تراضی

افراز به تراضی را می‌توان به افراز مال مشاع با توافق شرکا تعریف نمود (همان: 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: 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.ا.ج: «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 شرکا 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 تعیین شده، 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.

۲-۲. افراز به اجبار

به افراز مال به موجب حکم دادگاه، که شرکا 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 ب: ۵۰۰/۱). گاهی ممکن است عده‌ای از شرکا، «منافع خود را در بقای شرکت ببینند» (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۶۶/۲) و در مقابل، عده‌ای دیگر منافع خویش را در تقسیم اموال شرکت ببینند و گاهی ممکن است شرکا بر انحلال اشاعه اتفاق داشته باشند، ولی از عهده کیفیت تقسیم برنایند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ ب: ۱/۲). در نتیجه در همه این موارد، شرکا 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 شرکا می‌نماید. مؤید دیگر این امر، مفاد ماده ۵۹۴ ق.م. راجع به عدم مشارکت یک یا چند شریک در تعمیر یا تنقیه فئاتی 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.

۳. ماهیت افراز

افراز به این منظور انجام می‌شود که هر یک از شرکا به جای سهام منتشر در مجموع یک مال، بر بخش معینی از مال به عنوان سهم خویش، مالکیت مفروز داشته و به شراکت پایان دهند. بر این اساس هر یک از نویسندگان، گذشتن هر شریک از مجموع حصه و قبول این امر را که بر مقداری از آن مال به صورت مفروز مالکیت داشته باشد، در یکی از قالب‌های حقوقی مورد بررسی قرار داده‌اند که در ادامه بدان می‌پردازیم.

۳-۱. نظریه معامله (بیع یا معاوضه) بودن افراز

در املاک مشاعی، به حکم ماده ۵۷۱ ق.م. هر یک از شرکا در جزء جزء مال مالکیت دارند و برای اینکه هر یک بتوانند به طور مستقل مالک بخشی از اموال شوند، باید بخشی از حق مالکیت خود را به اندازه سهم طرف مقابل، به طرف دیگر انتقال داده و در مقابل، بخشی از مال را به میزان سهم خویش از طرف مقابل انتقال بگیرند. هر یک از نویسندگان، این انتقال را به زعم خویش، بیع یا معاوضه و یا مبادله در معنای گسترده معامله نامیده و برای تبیین نظر خود، دلایلی ارائه نموده‌اند.

برخی از فقهای شیعه، ماهیت تقسیم را نوعی معاوضه می‌دانند و معتقدند که قبل از افراز، هر شریک، مالک هر ذره از ملک مشاع است، ولی پس از افراز، هر یک این مالکیت را در حصه مفروز طرف مقابل از دست می‌دهد و این معنا بدون مبادله حقوق و بدون معاوضه محقق نمی‌شود (آشتیانی، ۱۳۶۲: ۲۹۲). لیکن اکثر فقهای شیعه (نجفی، ۱۳۷۹: ۳۰۹/۲۶؛ قمی، ۱۳۷۱: ۲۹۸/۳؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۳: ۵۹۱/۲)، این نظر را مردود می‌دانند.

به عقیده برخی حقوق‌دانان، تقسیم از نظر تحلیل حقوقی، تمیز حق ساده نیست و مبتنی بر معاوضه هم می‌باشد. هر یک از شرکا، اجزاء فرضیه مشاع خود را که در حصه شریک دیگر قرار دارد، در مقابل اجزاء فرضیه مشاع شریک مزبور که در حصه مفروز او قرار دارد، تملیک می‌نماید. بنابراین تقسیم در حقیقت معامله خاصی است که عمل تقسیم، کاشف از قصد انشاء می‌باشد (امامی، ۱۳۸۷: ۲۱۷/۲). رکن اساسی نظریه معامله بودن افراز، انتقال مالکیت است. شریک در مقابل انتقال یافتن بخشی از مال مشاع به قدر حصه خود از طرف مقابل، به اندازه حصه او، مال مشاع را به او منتقل می‌نماید تا هر کدام بتوانند به صورت مستقل در سهم اختصاصی خویش تصرف و مالکیت داشته باشند. نظریه معامله بودن افراز، دارای نقایص بسیاری است و اکثر ایرادات وارد به نظریه، مختص ذات این نظریه (انتقال مالکیت) بوده و نهایتاً سبب رد این نظریه و مطرح شدن سایر نظریات گردیده است. این ایرادات عبارت‌اند از:

اولاً: به دلیل معاوضی بودن غالب معاملات خصوصاً بیع و معاوضه... ارزش هر یک از دو عوض هنگام مبادله به طور جداگانه ارزیابی می‌شود، در حالی که در

افراز، سهم مفروز به عنوان بها و عوض حصه مشاع تلقی نمی‌شود و در حقیقت، همان «حق» که مساوی با سهم شریک است، از حالت اشاعه به حالت افراز درمی‌آید (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴؛ جوان‌مرادی، ۱۳۸۹: ۶۰).

ثانیاً: اگر افراز را بیع بدانیم، تقسیم ملک از وقف امکان ندارد (نوی، بی‌تا: ۱۷۳/۲۰)؛ زیرا امکان بیع مال موقوفه مطابق با مواد ۸۸، ۸۹ و ۳۴۹ ق.م. اصولاً منتفی است. در حالی که وفق حکم ماده ۵۹۷ ق.م.، «تقسیم ملک از وقف جایز است...». بنابراین قسمت یا افراز بیع نیست، در غیر این صورت مطمئناً با منع مواد مذکور مواجه می‌شد. در نتیجه ماهیت قسمت یا افراز، امری غیر از بیع و امثال آن می‌باشد.

ثالثاً: به نظر برخی حقوق‌دانان، افراز مبادله حصص مشاع نیست و فاقد صفت تملیک است؛ زیرا لازمه مبادله این است که هر یک از طرفین مبادله وقتی که می‌خواهد مبادرت به مبادله کند، در قدر حصه خود مفروزاً حق مبادله داشته باشد. پس افراز ضمن مبادله، متوقف است بر افراز قبل از مبادله، و این دور باطل است و مبادله بودن آن مردود می‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ الف: ۳۲۵/۱).

رابعاً: عرف نیز تقسیم مال مشترک را مبادله دو مال نمی‌داند؛ زیرا طرفین در تقسیم به تراضی کیفیت سلطه مالکانه خود را تغییر می‌دهند و اسم این عمل را نمی‌توان مبادله نهاد؛ مثلاً دو همسایه که هر یک جداگانه مالک خانه خود هستند، ضمن یک عقد به نفع یکدیگر تعهد می‌کنند که دیوار آجری وسط دو خانه را بردارند و به جای آن نرده آهنی بگذارند. آیا این تراضی که کیفیت سلطه مالکانه آن‌ها را تغییر می‌دهد، مبادله است؟ اگر اسم آن مبادله نباشد، اسم افراز به تراضی هم مبادله نیست؛ زیرا در افراز به تراضی هم ماهیت مالکیت شریک و مقدار مالکیت تغییر نکرده و فقط طرفین در کیفیت سلطه مالکانه یکدیگر تغییر داده‌اند. این امر را عرفاً مبادله نمی‌گویند و دست کم تحقق مبادله در این وضع، محل تردید است و مدعی تحقق مبادله باید دلیل بیاورد. عدم مبادله دلیل لازم ندارد (همو، ۱۳۸۷: ۱۸۳؛ همو، ۱۳۸۲ الف: ۱۷۳/۱؛ حقیقت، ۱۳۸۷: ۲۱۱؛ پورسلیم‌بناب، ۱۳۸۶: ۲۰). با تمسک به معنای عرفی تقسیم، به لحاظ اینکه در عرف، افراز بیع یا مبادله نیست و یا در این زمینه تردید وجود دارد، با استناد به اصل عدم، تحقق مبادله منتفی است.

خامساً: قانون‌گذار در ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی، دفاتر اسناد رسمی را موظف نمود تا در زمان انتقال عین اراضی و املاک، اقدام به اخذ استعلام از اداره دارایی و حسب مورد شهرداری یا جهاد کشاورزی نمایند. اما در ماده ۹ آیین‌نامه با چنین عبارتی: «... و نیز تنظیم اسنادی که موجب تغییر مالکیت عین نمی‌گردد، از قبیل اجاره، رهن و تقسیم‌نامه...» بیان می‌دارد که تقسیم سبب انتقال مالکیت نیست و دفاتر اسناد رسمی در حین تنظیم اسناد مربوط به تقسیم‌نامه به دلیل عدم وجود نقل و انتقال، نیازی به اخذ استعلام از اداره دارایی ندارند. پس تقسیم از شمول مبادله یا معاوضه و بیع که هر کدام موجب نقل و انتقال می‌باشند، خارج است.

در تأیید نظر فوق می‌توان به نظریه وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران به شماره ۴۳/۱۷۵۲۴- مورخه ۱۳۸۵/۰۷/۱ اشاره نمود (محمدی، ۱۳۸۷: ش ۸۰) که اعلام داشت برای تنظیم اسناد رهنی و تقسیم‌نامه و وقف، به جز اخذ پاسخ استعلام از ادارات ثبت محل با توجه به قسمت اول ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، استعلامی دیگر ضروری نمی‌باشد.

۲-۳. نظریه تمیز حق

در نظریه تمیز حق، افزای فاقد هر نوع ماهیت قراردادی و خصوصاً عقود ناقله است. به نظر طرفداران این نظریه، قسمت موجب تمیز حقوق است و بیع یا عقدی نیست. در مذهب شیعه... قسمت بیع نیست و مجرد تمیز حق است (قمی، ۱۳۷۱: ۳/۲۸۴ و ۲۹۸). به اعتقاد صاحب‌جواهر، قسمت تمیز حق است و شکی نیست که بیع و صلح و معاوضه و... نیست و در آن، حق شفعه و خيارات راه ندارد. وی در ادامه می‌گوید که برای این امر، مخالفی ندیده‌ام (نجفی، ۱۳۷۹: ۲۶/۳۰۹). صاحب‌تحریر الوسیله نیز قسمت را بیع نمی‌داند و عقیده دارد:

«آن [قسمت] عبارت است از جدا کردن حصه‌های شرکا از همدیگر... قسمت کردن بیع و معاوضه نیست پس در آن، نه خیار مجلس و نه خیار حیوان - که اختصاص به بیع دارند- راه ندارد و ربا در آن داخل نمی‌شود...» (موسوی خمینی، ۱۳۸۳: ۲/۵۹۱).

فقه‌های دیگر هم معتقدند که قسمت، جدا کردن حقی از حق دیگر بوده و حتی اگر چیزی نیز در این راستا داده شود، باز از شمول بیع خارج است (محقق حلّی، ۱۳۶۴: ۲۵۸/۱). در تقویت این نظریه می‌توان دلایل ذیل را برشمرد:

اولاً: در ماده ۶۰۶ ق.م.، تقسیم ترکه میت قبل از اداء کلیه دیون به وراث تجویز شده است. در حالی که در ماده ۸۷۱ ق.م. و ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی، معاملاتی که مربوط به اعیان ترکه باشد، نافذ نبوده و دیان می‌توانند آن را تنفیذ نمایند؛ زیرا تقسیم، معامله و بیع نیست و ماده ۲۲۹ صریحاً بیع و صلح و هبه و... را نسبت به ماترک متوفی منع نموده است و اگر تقسیم یا افراز، بیع یا مبادله یا معاوضه باشد، مشمول این حکم شده و نمی‌توان نسبت به ماترک معامله‌ای نمود. اما ماده ۶۰۶ ق.م.، مجوز تقسیم ماترک را قبل از ادای دیون متوفی صادر نموده است. پس افراز، جزء عقود ناقله از جمله بیع و صلح و معاوضه و مبادله نمی‌باشد.

ثانیاً: چنانچه افراز نیازی به تراضی داشته باشد، به ناچار قانون‌گذار باید این امر را قید می‌نمود؛ زیرا اصل بر آزادی است و نمی‌توان بدون محمل قانونی، اشخاص را وادار به تراضی نمود. برخی دیگر معتقدند:

«در افراز، اعلام اراده لزومی ندارد و شرکا جز تمیز حق خود، عملی را اراده نکرده‌اند. برای صحت عمل تقسیم، به امری زائد بر نفس تقسیم یعنی اعلام قصد انشاء حاجت نیست و با ویران شدن رکن قصد انشاء که ستون اصلی تمام اعمال حقوقی اعم از عقد ایقاع است، بنای نظریه‌های مبتنی بر عقد بودن تقسیم (بیع و معاوضه و صلح) فرو می‌ریزد» (الشریف، به نقل از: سرخی، ۱۳۸۵: ۵۳).

این در حالی است که ماده ۵۸۹ ق.م. به طور مطلق به شریک اجازه می‌دهد که هر وقت بخواهد، حتی بدون رضایت سایر شرکا، اقدام به افراز یا تقسیم نماید. پس افراز، عقد یا معامله نیست و نیازی به رضایت شرکا ندارد. اگر ضرورت وجود تراضی در افراز، مورد توجه قانون‌گذار بود، این ماده باید به این صورت وضع می‌گردید: «هر شریک‌المال هر وقت که بخواهد، با توافق شریک دیگر می‌تواند اقدام به تقسیم نماید...».

ثالثاً: وفق قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم» و ماده ۳۰ ق.م.، هر مالک بدون

رضایت دیگران، حق دخالت در مال خود را دارد و نیاز به اعلام اراده شریک یا شرکای دیگر نیست. در نتیجه، تمیز حق بودن ماهیت افراز و معامله نبودن آن، می‌تواند از نتایج این حکم باشد. هرچند ممکن است با استناد به ماده ۵۸۱ و ۵۸۲ ق.م. به این استدلال خدشه وارد نمود. اما این ایراد وارد نیست؛ زیرا موضوع ماده ۵۸۱ ق.م. منع از تصرفات حقوقی در مال مشاع است. اما در موضوع مطروحه، هر شخص فقط در سهم خود تصرف حقوقی می‌نماید؛ چون هدف، بر هم زدن شرکت است، نه اتخاذ تصمیمی برای کل مال مشترک، بنابراین شریک تصرفی در کل مال شرکت نکرده و مسئله افراز از حکم ماده ۵۸۱ ق.م. خروج موضوعی دارد. از طرفی ماده ۵۸۲ ق.م. نیز نمی‌تواند ایرادی به موضوع وارد نماید؛ زیرا منع این ماده، متوجه تصرفات مادی است، در حالی که پس از افراز، هر شخص (شریک سابق) در حصه مفروز خود تصرف می‌نماید.

رابعاً: به حکم قاعده لاضرر نیز نمی‌توان درخواست افراز مالکی را که از ادامه اشاعه، متحمل ضرر و زیان می‌گردد، منوط به تراضی و توافق سایر شرکا و انعقاد عقد توسط آنان دانست. بنابراین تنها نظریه تمیز حق بودن ماهیت افراز است که چنین مشکلی را مرتفع می‌نماید.

خامساً: تمیز حق، سبب تخصیص حصه می‌شود و برای این امر نیاز به بیع یا حتی معامله و عقد در معنای کلی نیست؛ به همین سبب از محدودیتی که سایر نظرات مواجه هستند، از جمله در ارتباط با مواردی همچون تقسیم ملک از وقف، یا عقد شمردن ماهیت تقسیم، برخوردار نیست.

سادساً: بسیاری از اندیشمندان علم حقوق نیز نتوانسته‌اند تمیز حق را به طور کلی نادیده بگیرند یا با ارائه دلایل منطقی، این نظریه را مردود اعلام دارند (امامی، ۱۳۸۷: ۲/۲۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۸/۲ و ۱۰۰؛ همو، ۱۳۷۷: ۴۱۳). از طرفی نظریه تمیز حق با استقبال همه‌جانبه از سوی فقها مواجه شده است و نظر مشهور در فقه است (نجفی، ۱۳۷۹: ۲۶/۳۰۹؛ موسوی خمینی، ۱۳۸۳: ۵۹۱/۲؛ قمی، ۱۳۷۱: ۲۹۸/۳؛ ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۱۰/ش ۸۳۱۶)؛ برای نمونه در جوهر آمده است که ماهیت افراز، تمیز حق است و اختلافی در آن

نیست و به لحاظ عدم نیاز به وجود قصد در آن، ایرادی متوجه آن نیست^۱ یا در المغنی آمده است که افراز نمی‌تواند بیع باشد، چون در آن تراضی که از لوازم بیع است، وجود ندارد.^۲ همچنین شهید ثانی نیز به دلیل عدم وجود قصد در افراز و حسب مورد وجود اجبار در آن و لزوم برقراری تساوی در افراز، آن را بیع نمی‌داند.^۳ به همین دلیل، مطابق با حکم اصل ۱۶۷ قانون اساسی و با توجه به نص ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی، پذیرش این نظر از منطبق حقوقی برخوردار است.

سابعاً: نظریه تمیز حق، عاری از کلیه ایراداتی است که به چگونگی اعلام اراده و قصد انشاء برمی‌گردد؛ زیرا در این نظریه، نیازی به اعلام اراده و توافق بین شرکا نیست. به همین دلیل، لزومی در توجیه افراز به اجبار و یا تقسیم به قرعه ... وجود ندارد؛ در حالی که سایر نظرات به دلیل عقد بودن، نیاز به توافق و قصد انشاء دارند. بنابراین نظریه تمیز حق در این خصوص از نقاط قوت برخوردار است. با توجه به سابقه تاریخی نظریه تمیز حق در فقه شیعه، این نظر به مرور زمان در قوانین موضوعه تأثیر گذاشته است. برای نمونه با تدقیق در مقررات ذیل، این امر به خوبی قابل استنباط است:

الف) قانون‌گذار گاهی در تقسیم، به دلیل عدم توافق شرکاء، مسئله را با قرعه حل نموده است که با نظریه تمیز حق سازگارتر به نظر می‌رسد. مصداق این امر در ماده ۱۵۷ ق.م. راجع به آب بردن دو زمین در دو طرف نهر که حق تقدم یکی بر دیگری محرز نباشد و هر دو در یک زمان بخواهند آب ببرند، آمده است که باید از قرعه استفاده نمود. همچنین در ماده ۵۹۸ ق.م. و نیز مواد ۳۱۹ و ۳۲۰ قانون امور حسبی، بر استفاده از قرعه در فرض عدم تراضی شرکاء در انتخاب حصه تأکید گردیده است.

۱. «فی القسمة وهی تمییز الحق لكل شريك من غيره ولا ريب فی أنها أمر برأسه لیست بیعاً ولا صلحاً ولا غیرهما سواء کان فیها ردّ أو لم یکن کما لا خلاف أجدّه فیّه، بل ولا إشکال، ضرورة عدم اعتبار قصد شیء زائد علی مفهومها فی صحّتها كضرورة اختلافها مع البیع والصلح وغیرهما فی اللوازم والأحكام المقتضية لاختلاف الملزومات» (نجفی، ۱۳۷۹: ۳۰۹/۲۶).

۲. «لا تَلَزَمُ؛ لأنها بیع، والبیع یلزم بالتراضی» (ابن قدامه، ۱۹۷۰: ۱۰/ش ۸۳۱۵).

۳. «واعلم أنّ القسمة عندنا تمییز حقّ أحد الشركاء عن حقّ الآخر، ولیست بیعاً وإن اشتملت علی ردّ، لأنها لا تقتصر إلى صیغة، ویدخلها الإجبار فی غیر تلك الأفراد التي یدخلها الجبر فی البیع، ویقتدر أحد النصیبین بقدر الآخر مع تساویهما، والبیع لیس فیّه شیء من ذلك، واختلاف اللوازم والخواصّ المطلقة یدلّ علی اختلاف الملزومات والمعروضات» (عاملی جعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴).

ب) اجازه تقسیم ملک از وقف توسط قانون گذار نیز مؤید نفوذ نظریه تمیز حق در قوانین موضوعه است؛ زیرا در ماده ۵۹۷ ق.م. آمده است: «تقسیم ملک از وقف جایز است، ولی تقسیم مال موقوفه بین موقوف علیهم جایز نیست»، و در تأیید ماده ۳۴۹ ق.م. نیز آمده است: «بیع مال وقف صحیح نیست...». حال چنانچه ماهیت افراز، تمیز حق باشد، بدون هیچ توجیهی اعطای چنین مجوزی از سوی قانون گذار منطقی تلقی می شود.

ج) اعطای مجوز تقسیم به وراث، برای تقسیم ماترک نیز با ماهیت تمیز حق سازگاری دارد و به نظر، اولین توجیهی که به ذهن متبادر می گردد، تمیز حق بودن ماهیت افراز است. به همین دلیل، قانون گذار با وجود وضع قوانین منع کننده هر گونه معامله نسبت به ماترک، در مواد ۸۷۱ ق.م. و ۲۲۹ قانون امور حسبی، در ماده ۶۰۶ ق.م. تحت شرایطی اجازه تقسیم ماترک را به وراث متوفی داده است.

د) عدم توجه قانون گذار به اعلام رضایت شرکا در موردی که سخنی از تراضی شرکا یا وارث برای تقسیم اموال مشترک است، نیز امری موجه برای نظریه تمیز حق به شمار می آید؛ زیرا حتی در این وضعیت که شریکی خواهان تراضی با دیگر شرکاست، از مسئله توافق شرکا چشم پوشی نموده است. با نگاه به مواد ۳۰۷، ۳۰۹، ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون امور حسبی، این سؤال مطرح می شود که آیا توافق همه شرکا ضروری است یا خیر؟ و اگر چنین توافقی ضرورت ندارد، مبنای آن چیست؟ در پاسخ می توان مبنای عدم اراده و تراضی شرکا را تمیز حق بودن ماهیت افراز دانست. برخی از نویسندگان نیز ماهیت حقوقی تقسیم را جدا کردن حق مالکیت شریکان و برطرف کردن اشاعه دانسته، بر همین پایه دعوای تقسیم را غیر مالی می دانند (کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۳۴).

ه) دادگاه رسیدگی کننده به درخواست افراز، پس از اتمام تقسیم، صورت جلسه ای مبنی بر میزان سهام و اختصاص حصه به شرکا تنظیم می نماید؛ در حالی که مطابق نص صریح ماده ۳۲۳ قانون امور حسبی، صورت مجلس مذکور باید به امضا یا مهر صاحبان سهام و امضای دادرس دادگاه برسد و هر گاه بعضی از صاحبان سهام نخواهند آن را امضا نمایند نیز تأثیری در موضوع ندارد.

و) برای فروش مال مشاع غیر قابل افراز نیز درخواست یک شریک کافی است و

نیازی به توافق همه شرکا نیست. طبق ماده چهارم قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷، ملکی که به موجب تصمیم قطعی غیر قابل افراز تشخیص داده شود، با تقاضای هر یک از شرکا به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود که دلیلی بر نفوذ نظریه تمیز حق در قوانین موضوعه است.

ز) مقنن در ماده ۹ آیین‌نامه قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی نیز هر گونه انتقال بلاعوض اراضی و اعیان به نفع دولت و شهرداری‌ها و نیز تنظیم اسنادی که موجب تغییر مالکیت عین نمی‌گردد از قبیل اجاره، رهن و تقسیم‌نامه را از پرداخت عوارض و اخذ استعلام معاف دانسته است. در نتیجه افراز را موجب انتقال مال نمی‌داند که توجه قانون‌گذار را به تمیز حق نشان می‌دهد و آن را از زمره عقود خارج می‌سازد.

پس از بیان دلایل مؤید این نظریه، در ادامه دلایل ابرازی مورد نقد و بررسی قرار می‌گیرد:

اولاً: اساسی‌ترین انتقاد بر نظریه این است که تمیز، ثمره تراضی است و ماهیتی مستقل از خود ندارد و نتیجه امری به طور قطع نمی‌تواند ماهیت عملی باشد. برای مثال نتیجه بیع، تغییر ملکیت و انتقال مال است، اما ماهیت آن عقد است؛ امری که کاملاً متمایز از نتیجه است. در واقع شرکا در حین افراز با هم تراضی می‌نمایند که هر کدام مالک و متصرف قسمت مفروزی از مال مشترک گردند و این تراضی است که سبب تمیز حق مالکان ملک مشاع می‌گردد. بنابراین نمی‌توان نظریه تمیز حق را به عنوان نظریه توجیه‌کننده ماهیت افراز پنداشت؛ بلکه تمیز حق، اثر افراز است.

ثانیاً: با وجود آنکه در توجیه ماده ۶۰۶ ق.م. ادعا شده که تقسیم، معامله نیست، به همین دلیل تعارضی با ماده ۸۷۱ ق.م. و ماده ۲۲۹ قانون امور حسبی ندارد، اما این ادعا تنها نظریه برای توجیه ماده ۶۰۶ و اعطای مجوز تقسیم به وراثت نیست؛ زیرا نظریه‌های دیگری از جمله وثیقه بودن کل ترکه در مقابل طلب دائن و یا تقسیم دین متوفی بین وراثت به سهم آنان، یا مسئولیت مستقیم هر یک از ورثه در مقابل طلبکاران متوفی، وجود دارد و با استناد به نظریه‌های ارائه‌شده می‌توان گفت که اعطای مجوز به وراثت به دلیل معامله و بیع یا عقد نبودن تقسیم نیست و حداقل این امر منافاتی با عقد بودن تقسیم ندارد.

ثالثاً: قانون‌گذار در مواد ۳۰۷، ۳۰۹ و ۳۱۰ قانون امور حسبی نیز بدو از تراضی شرکا برای افراز سخن می‌گوید. این مواد نه تنها توجیه‌کننده نظریه تمیز حق نیست، بلکه رضایت خود شرکا را در بدو امر واجد اهمیت می‌داند. از طرفی صرف وضع ماده ۵۸۹ ق.م. که اختیار تقسیم را به شرکا داده است، به معنای عدم لزوم رعایت تراضی توسط شرکا نیست؛ زیرا مقررات قانون امور حسبی به موجب ماده ۳۲۶ این قانون، بر تمامی انواع تقسیم و خصوصاً افراز جاری است. اما اگر یکی از شرکا از تراضی امتناع نماید، حاکم به حکم قاعده «الحاکم ولی الممتنع» به جای ممتنع، اقدام به تراضی می‌نماید. بنابراین کتمان تراضی در افراز امری دشوار است.

رابعاً: به حکم قاعده تسلیط و ماده ۳۰ ق.م. باید به مالک این حق را داد که هر وقت مصلحت دانست، درخواست افراز نماید. اما نحوه افراز اینکه با تراضی باشد یا غیر آن، از اصل تسلیط و ماده ۳۰ ق.م. بر نمی‌آید؛ زیرا هر وقت شریک اقدام به تراضی برای افراز نکرد، آن وقت حاکم تراضی می‌نماید. تمسک به قاعده لاضرر نیز جهت توجیه نظریه تمیز حق، امری خالی از وجه است؛ زیرا قاعده لاضرر حکمی ثانوی است که سبب تخصیص احکام اولیه می‌گردد و در نتیجه نمی‌توان به استناد آن، قاعده‌ای دیگر ساخت. از طرف دیگر، هر گاه بر اساس قاعده لاضرر حکم به امری شود، دیگر نیاز به توجیه ماهیت قضیه نیست تا به ناچار نظریه تمیز حق را به عنوان نظریه توجیه‌کننده افراز در این موارد برگزینیم؛ زیرا چنین افرازی خود مستثنای از قاعده کلی است.

خامساً: استناد به تخصیص حصه توسط تمیز حق نیز سبب ترجیح نظریه تمیز حق بر سایر نظرات نمی‌گردد؛ زیرا تخصیص حصه می‌تواند ثمره تراضی باشد. در عین حال، حکم مواد ۳۴۹ و ۵۹۷ ق.م. مبنی بر اذن قانون‌گذار برای تقسیم ملک از وقف، می‌تواند از جمله دلایل رد نظریه معامله که موجب نقل و انتقال می‌گردد، باشد. ولی اذن قانون‌گذار برای تقسیم ملک از وقف، نمی‌تواند نافی وجود تراضی باشد؛ همچنان که در قرعه نیز تراضی وجود دارد؛ چون ابتدا طرفین در اصل افراز با یکدیگر تراضی می‌نمایند، سپس جهت تخصیص حصه، به قرعه متمسک می‌گردند. همچنین فروش مال مشاع غیر قابل افراز به درخواست یک شریک، موضوع ماده ۴ قانون افراز و فروش

املاک مشاع، از باب تمیز حق بودن ماهیت افراز نیست، بلکه از باب قاعده لاضرر است. ماده ۹ آیین‌نامه قانون تسهیل تنظیم اسناد رسمی نیز فقط عدم نیاز به اخذ استعلام در تنظیم اسناد مربوط به تقسیم‌نامه را توسط دفاتر اسناد رسمی اعلام می‌نماید و این بدان معنا نیست که ماهیت افراز، تمیز حق است. پس نمی‌توان نظریه تمیز حق را به عنوان نظر ارجح دانست و ماهیت افراز را تمیز حق پنداشت. بنابراین نظریه دیگری به عنوان نظریه عقد که فاقد اثر نقل و انتقال است، مطرح گردد.

۳-۳. نظریه عقد بودن افراز

در نظریه عقد بودن افراز، افراز گرچه عقدی از عقود است، ولی از سنخ بیع و صلح یا هبه نیست؛ زیرا مبادله مال در بین نیست تا معامله باشد. در واقع افراز به تراضی، موجب تملیک و تملک دو مال نیست، بلکه طرفین به موجب آن، کیفیت مالکانه خود را از حالت اشاعه به افراز مبدل می‌کنند (پورسلیم‌بناب، ۱۳۸۶: ۲۰). از طرفی در تقسیم، تنها به تمیز حق پرداخته نمی‌شود؛ حق تبدیل می‌شود و مبادله مشاع با مفروز به تراضی نیاز دارد و نباید آن را خارج از اعمال حقوقی شمرد. انجام خواسته شرکا و تمیز حق در هر حال، ملازمه با نوعی تبدیل حق و تراضی دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۹/۲). تمیز حق، ثمره تراضی است و ماهیتی مستقل از خود ندارد. به عبارت دیگر، نتیجه یک امر الزاماً نمی‌تواند ماهیت آن عمل باشد. نتیجه بیع انتقال مالکیت است، اما ماهیت آن عقد است؛ امری که کاملاً متمایز از نتیجه است. شرکا در حین افراز با هم تراضی می‌نمایند که هر کدام مالک قسمت مفروزی از مال مشترک گردند و این تراضی است که سبب تمیز حق مالکان مشاع می‌گردد.

از مفهوم مخالف ماده ۵۹۹ ق.م. که تقسیم را لازم دانسته و امکان رجوع را از شرکا بدون تراضی سلب نموده است، برمی‌آید که اقاله افراز مجاز است. این در حالی است که طبق ماده ۲۸۳ ق.م. و یا با تمسک به مواد ۲۸۴ و ۲۸۵ همین قانون، اقاله تنها مخصوص عقود است، نه اموری غیر آن از جمله تمیز حق. پس اعطای مجوز اقاله افراز توسط قانون‌گذار به معنای پذیرش عقد بودن ماهیت افراز است. با همه این اوصاف، نظریه عقد بودن ماهیت افراز به شرح ذیل مورد انتقاد واقع شده است که پاسخ هر یک

ارائه خواهد شد:

۱- اگر تراضی را مبنای افراز بدانیم، به ناچار باید افراز به اجبار را توجیه نماییم؛ زیرا ممکن است این گونه تصور شود که در افراز به اجبار شریک، مجبور هیچ نوع تراضی با شریک متقاضی انجام نمی‌دهد و این امر ناقض نظریه عقد بودن ماهیت افراز است؛ زیرا مصداقی در افراز یافته شد که در آن تراضی وجود ندارد و همین بس تا نظریه مزبور جامع همه مصادیق افراز نباشد. در توجیه این نظریه، به عقیده برخی در تقسیم، تنها به تمیز حق پرداخته نمی‌شود؛ حق تبدیل می‌شود و مبادله مشاع با مفروز به تراضی نیاز دارد. تقسیم به اجبار نیز نوعی مبادله است که برای دفع ضرر به شریک دیگر تحمیل می‌شود و نباید آن را خارج از اعمال حقوقی شمرد. تمیز حق در هر حال ملازمه با نوعی تبدیل حق و تراضی دارد؛ با این تفاوت که گاه نیز حاکم به جای یک یا چند نفر از اعضای معامله تصمیم می‌گیرد (همان: ۵۸). افراز نیز عقد است و نیاز به تراضی تمامی شرکا دارد. در صورت امتناع یک شریک، حاکم به جای شریک تصمیم می‌گیرد و تراضی می‌نمایند. محل اجرای قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، همین مورد و مصادیق مشابه آن است؛ همانند آنکه شخص با قولنامه، خود را ملزم به انجام بیعی نماید و سپس از انجام آن سرپیچی نماید که حاکم ابتدا وی را اجبار به بیع می‌نماید و در نهایت با فرستادن نماینده به دفتر اسناد رسمی، انتقال قطعی مال را به ثبت می‌رساند. حکم بیع و افراز واحد است و مصداق افراز هیچ تمایزی با تعهد به بیع، که متعهد از آن سرپیچی می‌کند، ندارد.

۲- اگر ماهیت افراز، عقد به شمار آید، امکان استفاده از قرعه جهت خروج از شرکت وجود ندارد (نووی، بی‌تا: ۱۷۳/۲۰)؛ زیرا در قرعه، هیچ نوع تراضی صورت نمی‌پذیرد. بنابراین نمی‌توان افراز را در زمره عقود دانست. در پاسخ به این انتقاد می‌توان گفت که قرعه در مرحله تخصیص حصه، حل مشکل می‌نماید و مغایرتی با اصل تراضی ندارد. این امر خود به دو صورت است؛ در برخی موارد، شرکا با هم بر اصل افراز تراضی می‌نمایند، اما در اختصاص مال مشاع مفروز شده اختلاف دارند و گاهی یکی از شرکا با افراز مخالف است و شریکی که درخواست افراز دارد، ناگزیر باید با مراجعه به حاکم، درخواست افراز نماید. حاکم به جای شریک ممتنع، اقدام به

ترازی بر اصل افراز می‌نماید؛ ولی در تخصیص حصه مفروز، از قرعه استفاده می‌نمایند. نتیجتاً ترازی در افراز در هر صورت وجود دارد، اما تخصیص حصه با قرعه صورت می‌گیرد.

۳- به عقیده برخی در افراز، وجود اعلام اراده و قصد انشاء ضروری نیست و ذهن شرکا، تهی از هر گونه نقل و انتقال است (حقیقت، ۱۳۸۷: ۲۱۱؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۷/۲؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۱/۴۹۹؛ جوان‌مرادی، ۱۳۸۹: ۶۰)؛ در نتیجه نمی‌توان قسمت را عقد دانست.

در پاسخ بیان می‌گردد هر شریکی که قصد افراز دارد، ابتدا تلاش می‌کند که رضایت شریک دیگر را جلب نماید، تا به اتفاق اقدام به افراز نمایند. مواد ۳۰۷، ۳۰۹، ۳۱۰ و ۳۱۱ قانون امور حسبی مؤید این امر است. ولی هر گاه حاکم از جلب رضایت شریک ناامید شد، طبق قاعده «الحاکم...» برای کسب رضایت، به جای شریک ممتنع اعلام رضایت می‌نماید. هرچند این ایراد ممکن است مطرح شود که قاعده «الحاکم ولی الممتنع» قاعده‌ای ثانویه است و منوط به استنکاف شریک مقابل است، از این رو امکان استخراج قاعده دیگر به استناد آن وجود ندارد. اما در پاسخ، توجه به این نکته ضروری است که در تمام مواردی که حاکم به قائم‌مقامی از شریک، اقدام به افراز می‌نماید، تا امتناع از سوی شریک محرز نگردد، امکان ورود حاکم به موضوع جهت ترازی وجود ندارد. این قاعده ثانویه هرچند دلیل نبوده و نمی‌توان از آن قاعده استخراج نمود، اما چگونگی ترازی را در موارد استنکاف شرکا از ترازی توجیه می‌نماید.

پذیرش ماهیت عقدی افراز به تبع، رعایت ماده ۱۹۰ ق.م. و اجرای قواعد عمومی معاملات را طلب می‌نماید و لزوم وجود اهلیت طرفین در افراز ضروری است. همچنین معین بودن موضوع افراز، موضوع بند ۳ ماده ۱۹۰ قانون مدنی، خللی در قرعه ایجاد نمی‌نماید؛ زیرا اصل مال مشاع که اصلاً مبهم نبوده و قبل از اختصاص به هر یک از شرکا، به قطعات مفروز معین با مشخصات و حدود معلوم تفکیک شده و ارزش قطعات چنانچه سهم هر یک از شرکا در مال مشاع برابر باشد، مساوی است. قطعاً ابهامی بر سر هر قطعه و اوصاف آن وجود ندارد. حال آیا مورد این معامله، مردد است؟

پاسخ منفی است؛ زیرا برابری ارزش دو مال، امکان وجود غرر را منتفی نموده و از طرفی، مشابه این امر نیز در قانون مدنی ما وجود دارد. با ملاک ماده ۳۰۵ ق.م. روشن است که قانون‌گذار بیع «مقدار معین به طور کلی از شیئی متساوی الاجزاء» (معامله کلی در معین) و یا حتی مبیع کلی فی‌الذمه را با ذکر مقدار و جنس و وصف مبیع صحیح شمرده و غرر را در آن منتفی دانسته است. بنابراین با وجود قطعات معلوم و با اوصاف و حدود تعریف‌شده و برابر بودن ارزش قطعات مفروز، نباید نگران مبهم بودن موضوع افراز موضوع بند ۳ ماده ۱۹۰ و ۲۱۶ ق.م. بود.

با توجه به دلایل فوق و علی‌رغم گرایش فقهای امامیه به نظریه تمیز حق، نظریه عقد بودن افراز ارجح بوده و قابل تأیید می‌باشد. هرچند در ماده ۵۹۸ ق.م. و ذیل عنوان «عقود معینه» از افراز نام برده نشده، اما در قانون، شرایط خاصی برای افراز در نظر گرفته شده که این امر سبب نزدیک شدن افراز به عقود معین می‌گردد. با این وصف می‌توان افراز را ماهیتاً عقدی مشمول ماده ۱۰ ق.م. یا عقد صلح (فاقد هر گونه نقل و انتقال) دانست. همچنین در هر موردی که در قوانین، تشریفات آمره‌ای برای افراز پیش‌بینی نشده باشد، بر اساس ماده ۱۰ ق.م. یا عقد صلح یا شروط ضمن عقد می‌توان به تراضی آن را تغییر داد یا تکمیل نمود.

۴. فایده تشخیص ماهیت افراز

از بررسی ماهیت افراز، آنچه مفید خواهد بود، تأثیر عملی آن است. اینکه ماهیت افراز حسب مورد، معامله (بیع، معاوضه، مبادله) یا تمیز حق یا عقد باشد، می‌تواند آثار مختلفی بر وجود یا عدم وجود حق شفعه و اختیارات در تقسیم داشته باشد. از دیگر سو، تفاوت در ماهیت افراز، در اقاله یا عدم اقاله تقسیم و نیز نقش اساسی آن در لزوم یا عدم لزوم ثبت تقسیم‌نامه نمایان می‌گردد. بدین ترتیب به بررسی تأثیر ماهیت افراز بر موارد فوق خواهیم پرداخت.

۴-۱. تأثیر ماهیت افراز بر اختیارات

طبق ماده ۴۵۶ ق.م. تمام انواع خیار در جمیع معاملات لازمه، ممکن است موجود

باشد؛ مگر خیار مجلس و حیوان و تأخیر ثمن که مخصوص بیع است. چنانچه ماهیت افراز از جنس معامله باشد، تمام یا بعضی از خیارات در تقسیم راه خواهند یافت. اما اگر ماهیت افراز تمیز حق باشد، خیارات در آن راه ندارد تا با اعمال خیار، اقدام به برهم زدن تقسیم گردد. طرفداران نظریه تمیز حق معتقدند که به لحاظ تمیز حق بودن ماهیت افراز، خیارات در آن راه ندارد؛ زیرا خیارات با ماهیت افراز که تمیز حق است، سازگار نیستند (نجفی، ۱۳۷۹: ۳۰۹/۲۶، عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴). خیارات در عقود جاری بوده و به همین دلیل از آنجا که افراز نیز از سنخ عقود است، خیاراتی که مختص به بیع نیستند، در آن جاری خواهند بود. ماده ۶۰۰ ق.م. به عنوان مصداقی از این قاعده، خیار عیب را در افراز جاری می‌داند و به شریکی که مال معیوبی در حصه او قرار گرفته، اجازه می‌دهد که افراز را بر هم بزند. به همین ترتیب باید به شریکی که مالی بسیار کمتر از حصه به او تسلیم شده، حق اعمال خیار غبن داد؛ در غیر این صورت، ضرر او جبران نشده باقی خواهد ماند. پس نمی‌توان شرکا را از تراضی برای ایجاد خیار (خیار شرط) در افراز منع نمود. بنابراین سایر خیارات حسب مورد به استثنای خیارات مختص به بیع، در افراز جریان خواهند یافت.

۲-۴. تأثیر ماهیت افراز بر حق شفعه

حق شفعه از اموری است که صرفاً از انتقال مال غیر منقول قابل تقسیم، با عقد بیع با جمع شرایط مذکور در ماده ۸۰۸ ق.م. به وجود می‌آید. اگر افراز، بیع باشد باید حق شفعه را در آن جاری دانست. این در حالی است که با عقد دانستن ماهیت افراز، به صرف تقسیم مال غیر منقول قابل تقسیم، حق شفعه به وجود نمی‌آید؛ زیرا ماهیت افراز بیع نیست، بلکه صرفاً عقد است. طرفداران نظریه تمیز حق نیز که ماهیت افراز را تمیز حق می‌دانند، حق شفعه را در آن جاری نمی‌دانند (نجفی، ۱۳۷۹: ۳۰۹/۲۶؛ عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۳۱۸/۴؛ نووی، بی تا: ۱۷۳/۲۰). هرچند تصور وجود حق شفعه در افراز، در غالب موارد آن، منطقی به نظر نمی‌آید و از شرایط ایجاد حق شفعه، انتقال مال غیر منقولی است که تعداد شرکا در آن، دو شخص باشند و به قصد بیع انجام پذیرد. بر فرض آنکه ماهیت تقسیم، بیع باشد و تعداد شرکا بیش از دو شخص باشند، از شرایط اعمال حق

شفعه، پرداخت ثمن به مشتری برای تملک حصه اوست؛ در حالی که در افراز، نه تنها مبلغی به عنوان ثمن پرداخت نمی‌شود، بلکه تنها نوعی تقسیم میان شرکاست و شخص ثالثی در میان نمی‌باشد. از طرفی با جمع همه این شرایط، چون ماهیت افراز بیع نیست، به‌طور کلی، تشکیل، وجود و اعمال حق شفعه در افراز امکان‌پذیر نیست.

۳-۴. تأثیر ماهیت افراز بر اقاله آن

در اینکه آیا امکان اقاله تقسیم یا افراز وجود دارد یا خیر، بین نویسندگان حقوقی اختلاف نظر وجود دارد. برخی حقوق‌دانان با اینکه معتقدند در افراز تملیک نیست و به بیع و مبادله توجه نمی‌باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲ ب: ۱۹)، اما هر گونه تراضی را قابل اقاله دانسته و اقاله افراز را صحیح می‌پندارند (همو، ۱۳۸۶ الف: ۳۲۶/۱). همچنین به دلیل وجود قاعده سلطه و به خاطر عموم ادله اقاله و اینکه اقاله، اختصاص به بیع ندارد، بلکه در هر تعهدی محقق می‌شود (سرخی، ۱۳۸۵: ۱۴۷)، امکان اقاله را پذیرفته‌اند. به عقیده برخی دیگر، از مفاد بخش اخیر ماده ۵۹۹ ق.م. برمی‌آید که شرکا به تراضی می‌توانند تقسیم را بر هم زنند و آن را اقاله کنند. بنابراین اندیشمندانی معتقد به اقاله افراز هستند که ماهیت آن را عقد می‌پندارند و تمیز حق را در نهان همراه نوعی مبادله می‌دانند. پس همان اراده‌ها که مبادله را به تراضی انجام داده‌اند، می‌توانند تقسیم را بر هم زنند و هر سهم را به جای پیشین خود بنشانند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۹۷/۲).

در مقابل نظر فوق، در فقه امامیه اقاله افراز را تقریباً غیر ممکن می‌دانند و معتقدند که تقسیم در اعیان بعد از انجام شدن و قرعه کشیدن لازم می‌باشد و برای هیچ یک از شرکا حق باطل کردن و فسخ آن نیست، بلکه ظاهر آن است که با رضایت هم، حق فسخ و ابطال آن را ندارند؛ زیرا ظاهراً اقاله در آن مشروعیت ندارد (موسوی خمینی، ۱۴۱۳: ۵۹۱). برخی نیز معتقدند که قسمت، موجب تمیز حقوق است و بیع نیست. اقاله و فسخ مختص عقود است و بعد تصحیح قسمت و لزوم آن به قرعه یا تراضی، قسمت هر یک مختص او می‌شود و رجوع آن حصه به غیر و شراکت غیر در آن بدون ناقلی از نواقل شرعیه وجهی ندارد (قمی، ۱۳۷۱: ۲۹۸/۳ و ۶۰۱). در نتیجه اقاله تقسیم در فقه در هر شرایطی حتی با رضایت طرفین غیر ممکن است؛ زیرا ماهیت افراز را تمیز حق

می‌پندارند، در حالی که اقاله تنها در عقود امکان‌پذیر است.

در بین نویسندگان حقوقی، برخی یا مخالف اقاله افزازند یا سعی در محدود نمودن آن دارند و حکم ماده ۵۹۹ ق.م. را ناظر به افزاز به تراضی می‌دانند و افزاز را که به موجب حکم دادگاه انجام می‌شود، از شمول آن ماده خارج می‌دانند؛ زیرا در تقسیم توسط حکم دادگاه، وضع جدیدی به وجود می‌آید و اعتبار آن ناشی از اراده نیست، بلکه از حکم دادگاه است. برای تأیید این نظر می‌توان در تعبیر ماده ۵۹۹ گفت که قانون‌گذار به مفهوم مخالف اعلام خود نظر نداشته و تنها می‌خواسته لزوم تقسیم را مقرر کند. به همین دلیل اقاله افزازی را که به موجب حکم دادگاه صورت می‌گیرد، غیر ممکن دانسته، تنها راه ایجاد اشاعه را تراضی جدید با استفاده از اسباب آن می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۹۷/۲-۹۸؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲ ج: ۳۳۵).

اما به نظر می‌رسد اقاله افزاز برای طرفین امکان‌پذیر است؛ زیرا در حکم ماده ۲۸۳ ق.م. و با تمسک به مواد ۲۸۴ و ۲۸۵ ق.م. موضوع اقاله، شامل معامله و یا در معنای گسترده آن عقد می‌باشد. از آنجایی که افزاز ماهیتاً عقد است، بر پایه مفهوم مخالف ماده ۵۹۹ ق.م.، قانون‌گذار به طور مطلق اجازه اقاله افزاز را صادر نمود و تفاوتی در اینکه افزاز با تراضی طرفین یا ناشی از حکم دادگاه باشد، وجود ندارد و محدود کردن طرفین در هر امری، مغایر با اصل آزادی قراردادهای و ماده ۱۰ ق.م. است. بنابراین مدعی محدودیت باید مستند قانونی مبنی بر محدودیت اشخاص را ارائه دهد. لیکن مخالفان از ارائه چنین دلیلی ناتوان گشته و بر خلاف نظر ایشان، مفهوم مخالف ماده ۵۹۹ ق.م. نیز موافق اقاله افزاز است.

۴-۴. تأثیر ماهیت افزاز بر ثبت تقسیم‌نامه

تقسیم‌نامه را به «سند رسمی یا عادی^۱ که بیان‌کننده تقسیم مال مشاع باشد، تعریف می‌کنند» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶ ب: ۱۳۹۲/۲). ادارات ثبت و دفاتر اسناد فقط به تقسیم‌نامه ثبت‌شده در دفاتر اسناد رسمی ترتیب اثر می‌دهند و نسبت به صدور اسناد مالکیت مجزا، برای مالک مفروز اقدام می‌نمایند. ادارات ثبت و دفاتر اسناد رسمی

۱. برای ملاحظه اقسام و جایگاه سند ر.ک: ابهری و برزگر، ۱۳۹۱: ۱۱-۲۷.

دارای قدرت قضایی دادگاه نیستند تا با رسیدگی، به احراز و اعلام صحت تقسیم‌نامه عادی اقدام نمایند. آنان که ماهیت افراز را تمیز حق می‌دانند، بر این باورند که به دلیل عدم نقل و انتقال و عدم وقوع معامله در افراز، ثبت تقسیم‌نامه در دفاتر اسناد رسمی ضرورت نداشته و الزامی برای شرکا وجود ندارد (سرخ، ۱۳۸۵: ۸۷-۸۸). اما حقوق‌دانانی که ماهیت افراز را عقد می‌پندارند، طبق مواد ۲۲، ۴۶، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت - که ثبت کلیه عقود و معاملات راجع به عین یا منافع املاک یا اموال غیر منقولۀ ثبت‌شده یا ثبت‌نشده در دفتر املاک را اجباری می‌دانند، ثبت تقسیم‌نامه را نیز ضروری می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۸/۲؛ همو، ۱۳۷۷: ۴۱۳؛ حقیقت، ۱۳۸۷: ۲۱۱؛ نوروزی، ۱۳۶۹: ۳۶).

رویه قضایی نیز تقسیم‌نامه‌های 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 ۷۲/۰۱/۰۱ می‌نگارد:

«اصالت سند عادی... که به امضای خواهان رسیده، از ناحیه دادگاه احراز شده است و اعتبار اسناد عادی که اصالت 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 لازم‌الرعايه 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.

۵-۴. تأثیر ماهیت افراز بر اخذ استعلامات و هزینه‌های دولتی

نظارت دولت، سبب هماهنگی و منظم ساختن ساختار نقل و انتقالات و کسب درآمد می‌گردد. به همین دلیل، ماده ۱ قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی، متعاملین و دفاتر اسناد رسمی را مکلف نموده که در زمان انجام معاملات، از اداره ثبت، اداره دارایی و... استعلام نمایند. از طرفی هر معامله‌ای که در دفاتر اسناد رسمی به ثبت می‌رسد، ناگزیر از پرداخت حقوق دولتی مانند مالیات نقل و انتقال و حق‌الثبت می‌باشد. قبل از تصویب قانون مذکور تسهیل در مورد اخذ استعلامات از دارایی و شهرداری و دریافت حقوق دولتی ثبت تقسیم‌نامه که منتهی به افراز املاک می‌گردید، بین دفاتر اسناد رسمی و ادارات مربوطه اختلاف نظر وجود داشت. دفاتر اسناد رسمی با توجه به ماهیت افراز معتقد بودند که ماهیت افراز عقد است، اما سبب نقل و انتقال اموال و املاک نمی‌گردد؛ در نتیجه اخذ استعلامات و پرداخت حقوق دولتی به عهده طرفین نمی‌باشد (نوروزی، ۱۳۶۹: ۳۵). در مقابل، نهادها و ادارات دولتی که متصدی اخذ این وجوه بوده‌اند، ماهیت افراز را معامله‌ای دانسته‌اند که منتهی به نقل و انتقال املاک می‌گردد و بر لزوم اخذ این استعلامات و پرداخت وجوه اصرار می‌ورزیدند. کانون سردفتران، طی دادخواستی از دیوان عدالت اداری، خواستار ابطال بخشنامه‌هایی گردید که وصول مالیات را در افراز، ضروری و بر عهده دفاتر اسناد رسمی می‌دانست. هیئت عمومی دیوان عدالت اداری طی دادنامه شماره ۵ موضوع پرونده کلاسه ۸۳/۳۲۲ به تاریخ ۱۳۸۶/۱/۱۹، دریافت مالیات از طرفین در حین تنظیم تقسیم‌نامه را ممنوع و اعلام داشت:

«... تقسیم اموال مشاع به فرض عدم تساوی و لزوم پرداخت یا اصلاح یا سازش مابه‌التفاوت سهام مالکین مشاع در پایان تقسیم، از مصادیق موارد مصرح در مادتين ۱۱۹ و ۱۸۷ قانون مالیات‌های مستقیم و سایر درآمدهای مشمول مالیات محسوب نمی‌شود...» (مکرّم، ۱۳۸۹: نسخه ۷۹).

بعد از تصویب قانون تسهیل تنظیم اسناد در دفاتر اسناد رسمی طبق ماده ۹ آیین نامه آن، هر گونه انتقال بلاعوض اراضی و اعیان به نفع دولت و شهرداری‌ها و نیز تنظیم اسنادی که موجب تغییر مالکیت عین نمی‌گردد، از قبیل اجاره، رهن و تقسیم‌نامه، از پرداخت عوارض و اخذ هر گونه گواهی و به استثنای پاسخ استعمال از اداره ثبت اسناد معاف می‌باشد و حق‌الثبت معاملات شامل افراز به تراضی نمی‌شود؛ چون در افراز به تراضی، تملیک و تملک نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲ الف: ۱۷۳/۱). همچنین به موجب بند «و» ماده ۱۰ قانون خدمت وظیفه عمومی مصوب ۱۳۶۳/۰۷/۲۹، ثبت هر گونه نقل و انتقال غیر قهری اموال در دفاتر اسناد رسمی، مستلزم اخذ فتوکپی مدارک مشخص‌کننده وضعیت خدمتی افراد است. به همین دلیل در نظر کسانی که ماهیت افراز را معامله و نوعی نقل و انتقال می‌دانستند، اخذ کارت پایان خدمت یا معافیت ضروری بود. برعکس طرفداران نظریه عقد بودن ماهیت افراز، اخذ چنین مدارکی را تکلیفی خارج از ضوابط قانونی می‌دانستند. کانون سردفتران در رأی وحدت رویه شماره ۵۶/۲۲۰۸ مورخه ۱۳۸۹/۰۳/۲۲ چنین اظهار نظر نمود:

«به تقسیم املاک مشاع بین شرکا و تعیین حصة مفروز آن‌ها، نقل و انتقال اطلاق نمی‌گردد. بنابراین برای تنظیم تقسیم‌نامه، نیازی به اخذ مدرک دال بر رسیدگی به مشمولیت طرفین تقسیم نمی‌باشد.»

نتیجه‌گیری

افراز سبب انحلال اشاعه می‌گردد و می‌توان آن را به «تخصیص قسمت مفروزی از مال مشاع به شرکاء به نسبت حصة هر یک از آنان، در اموال مثلی یا قیمی متساوی‌الاجزاء»، تعریف نمود و عناصر آن را به وجود مال مثلی یا متساوی‌الاجزاء، وجود حالت اشاعه در مال، تخصیص مقدار مفروز از مال مشاع به شریکان به نسبت حصة آن‌ها و ازاله اشاعه برشمرد. افراز به عنوان اولین شق تقسیم، ممکن است به تراضی واقع شود یا به اجبار. تراضی و توافق شرکا در اجرای قاعده سلطه مالکان بر مال خویش و با توجه به مواد ۱۰، ۲۱۹، ۵۹۱ و ۵۹۸ ق.م. و مواد ۳۰۷، ۳۰۹ و ۳۱۰ قانون امور حسبی صورت گرفته و امری الزام‌آور است. افراز به اجبار نیز طبق قاعده «الناس مسلطون علی أموالهم»

و مواد ۳۰، ۵۸۹، ۵۹۱ و ۵۹۴ ق.م. و مواد ۳۱۷، ۳۱۹ و ۳۲۰ قانون امور حسبی انجام می‌پذیرد و به حکم قاعده «الحاکم ولی الممتنع»، حاکم به جای شریک ممتنع اقدام به افراز می‌نماید.

برای ماهیت افراز سه نظریه ارائه شد. برخی ماهیت افراز را معامله می‌پندارند و برخی دیگر آن را عقد (در معنای عام بدون نقل و انتقال مال) می‌انگارند و عده‌ای دیگر آن را تمیز حق برمی‌شمارند. در فقه امامیه عموماً به نظریه اخیر بیشتر گرایش دارند، ولی با بررسی و کاوش به عمل آمده به نظر می‌رسد که نظریه عقد بودن ماهیت افراز، با مبانی حقوقی و مقررات موضوعه سازگاری دارد. بنابراین ماهیت افراز، عقد است؛ زیرا در آن تراضی طرفین و اراده آن‌ها نقش دارد. افراز به اجبار هم با تمسک به قرعه جهت تخصیص حصه، مشکلی با ماهیت افراز نخواهد داشت؛ زیرا طرفین یا خود اقدام به تراضی می‌نمایند یا حاکم در اجرای قاعده «الحاکم ولی الممتنع» از سوی ممتنع، اقدام به تراضی با شریک متقاضی افراز می‌نماید. از آن حیث که ماهیت افراز عقد است، صرفاً ناشی از دخالت اراده‌ها و تراضی است و مبتنی بر ماده ۱۰ ق.م. می‌باشد و معامله به عنوان عقد بیع یا معاوضه تلقی نمی‌شود؛ بنابراین مواردی چون اختیارات مختص بیع و حق شفعه در آن راه ندارد، ولی اقاله آن طبق ماده ۵۹۸ ق.م. امکان‌پذیر است و اختیاراتی که مختص بیع نباشد، در آن راه دارد. همچنین به دلیل عدم وجود نقل و انتقال در افراز، ضرورتی به اخذ استعلاماتی که برای نقل و انتقال املاک الزامی است، وجود ندارد. اما به دلیل عقد بودن ماهیت افراز، ثبت تقسیم‌نامه ضروری است. هرچند نظریه عقد بودن ماهیت افراز، با مبانی حقوقی و مقررات موضوعه سازگاری دارد، اما با توجه به اینکه پذیرش هر یک از نظرات ارائه‌شده، دارای آثار حقوقی کاملاً متفاوتی است، پیشنهاد می‌شود که قانون‌گذار ماهیت افراز را به صراحت تعیین نماید تا به کلیه اختلافات در ماهیت افراز خاتمه دهد.

کتاب‌شناسی

۱. آشتیانی، محمدحسن بن جعفر، کتاب القضاء، چاپ سوم، قم، هجرت، ۱۳۶۲ ش.
۲. ابن قدامة المقدسی، موفق‌الدین عبدالله بن احمد بن محمد، المغنی، مصر، مکتبه القاہرہ، ۱۹۷۰ م.
۳. ابهری، حمید و محمدرضا بزرگر، «اقسام و جایگاه سند در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه»، پژوهشنامه حقوقی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، سال هفتم، شماره‌های ۲۶-۲۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۱ ش.
۴. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ بیستم، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۷ ش.
۵. پورسلیم بناب، جلیل، بررسی حقوقی و نحوه تفکیک و افراز، چاپ دوم، تهران، آثار اندیشه، ۱۳۸۶ ش.
۶. تفکریان، محمود، حقوق ثبت املاک (۲)، چاپ سوم، تهران، نگاه بینه، ۱۳۸۸ ش.
۷. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، الفارق، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش. (الف)
۸. همو، حقوق ثبت املاک، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش. (الف)
۹. همو، حقوق مدنی، رهن و صلح، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۰. همو، فرهنگ عناصرشناسی حقوق مدنی، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش. (ب)
۱۱. همو، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ سوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش. (ب)
۱۲. همو، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲ ش. (ج)
۱۳. جوان‌مرادی، ناهید، «انتقال و تقسیم مال مشاع در حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست، سال دوازدهم، شماره ۳۰، پاییز ۱۳۸۹ ش.
۱۴. حقیقت، علی، ثبت املاک در ایران، چاپ دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
۱۵. دهخدا، علی‌اکبر، لغت‌نامه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ ش.
۱۶. سرخی، علی، حقوق مدنی، تقسیم اموال مشترک، چاپ دوم، تهران، فکرسازان، ۱۳۸۵ ش.
۱۷. عاملی جبعی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۸. قمی، میرزا ابوالقاسم بن محمدحسن، جامع الشتات فی اجوبه السؤالات، تهران، کیهان، ۱۳۷۱ ش.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، چاپ هفتم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۶ ش.
۲۰. همو، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، دادگستر، ۱۳۷۷ ش.
۲۱. کاشانی، محمود، قراردادهای ویژه، تهران، میزان، ۱۳۸۸ ش.
۲۲. محقق حلّی، ابوالقاسم نجم‌الدین جعفر بن حسن، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، ترجمه محمدتقی دانش‌پژوه، چاپ چهارم، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۶۴ ش.
۲۳. محمدی، سیدفریدالدین، «آراء و نظریات کمیسیون وحدت رویه کانون سردفتران و دفتریاران، از آغاز تا فروردین ماه ۱۳۸۷»، ضمیمه ماهنامه کانون، سال پنجاهم، دوره دوم، ضمیمه شماره ۸۰، اردیبهشت ۱۳۸۷ ش.
۲۴. معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، چاپ چهارم، تهران، گلرنگ یکتا، ۱۳۸۳ ش.
۲۵. مکرّم، علی، «نرم‌افزار بانک اطلاعات آراء و نظریات مشورتی»، نسخه ۷۹، ۱۳۸۹ ش.
۲۶. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، ترجمه تحریر الوسیله، ترجمه علی اسلامی، چاپ بیست و یکم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۸۳ ش.
۲۷. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۷۹ ش.

۲۸. نوروزی، برزو، «بحثی درباره افراز (تقسیم‌نامه) و لزوم یا عدم لزوم اخذ گواهی از دارایی»، ضمیمه ماهنامه کانون، سال چهل و هفتم، دوره دوم، ضمیمه شماره ۴۹، ۱۳۶۹ ش.
۲۹. نووی، ابوزکریا محیی‌الدین یحیی بن شرف، *المجموع شرح المهذب*، بیروت، دار الفکر، بی‌تا.

