

تأملی بر انگاره فقیهان و قانون مدنی پیرامون ماهیت «تقسیم» در شرکت حقوقی*

محمدصادق طباطبایی (نویسنده مسئول)**

نفسه جعفری***

چکیده

تقسیم یکی از راه‌های انحلال شرکت حقوقی و عبارت است از تفکیک حصه هر یک از شرکای مال مشاع از طریق تراضی یا به اجبار دادگاه. در میان راه‌های انحلال شرکت حقوقی، تقسیم اموال شرکت از اهمیت بسیاری برخوردار است، زیرا مسائل متعددی درباره آن وجود دارد که در قانون مدنی مسکوت مانده است. از جمله این مسائل تعیین ماهیت تقسیم است که در هاله‌ای از ابهام باقی مانده و منجر به اظهارنظرهای متفاوت فقهی و حقوقی در این زمینه شده است. بدون تردید ارائه نظریه‌ای منسجم و تعیین ماهیت حقوقی تقسیم دارای آثار فراوانی از جمله ترتب آثار و احکام ماهیت مورد پذیرش و عدم جریان آثار و احکام سایر نهادهای مشابه حقوقی بر تقسیم است. تلاش این نوشتار در جهت رفع ابهام و پاسخ به این سؤال متمرکز است که ماهیت تقسیم اموال شرکت چیست؟ عقد است یا ایقاع؟ آیا در تقسیم امکان اقاله و تحقق خیار عیب در صورت بروز عیب در تقسیم وجود دارد؟ بدین منظور ابتدا نظرات فقهی و حقوقی در این زمینه بررسی شده و در نهایت نظر موافق با سیستم حقوقی ارائه شده است.

کلید واژه‌ها: شرکت حقوقی، مال مشاع، تقسیم، افراز، تمیز حق.

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۶/۰۲/۱۸ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۶/۰۵/۰۳.

** دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان / tabatabaei@ase.ui.ac.ir

*** مدرس مؤسسه آموزش عالی غیرانتفاعی فیض‌الاسلام / nafisehjafari90@gmail.com

مقدمه

در شرکت هر یک از شرکا، مالک حصه مشاع از مال مشترک می‌باشد. یکی از مهم‌ترین خصایص مالکیت به موجب ماده ۳۰ قانون مدنی^۱ امکان تصرف مالک در مال خود می‌باشد، بنابراین هر شریک مال می‌تواند هر وقت بخواهد با سایر شرکا در زمینه تقسیم مال مشترک تراضی نموده و در صورت عدم تحقق تراضی، تقسیم مال را از دادگاه بخواهد.

تقسیم خواه دوستانه و با تراضی، خواه از طریق اجبار دادگاه انجام شود، دارای ماهیتی است که در حاله‌ای از ابهام مانده است. فقها و حقوقدانان در خصوص ماهیت حقوقی تقسیم نظرات گوناگونی بیان کرده‌اند. گروهی بر بیع بودن آن استدلال نموده و وجوه افتراق بیع و تقسیم را نادیده گرفته‌اند. عده‌ای هم طرفدار معاوضه بودن تقسیم شده‌اند، چرا که هر شریک بخشی از اموال مشترک را به عنوان حصه خود تملک نموده و در مقابل، سهم خود را در سایر اجزای مال مشاع به دیگران تملیک می‌نماید. گروهی از فقها و حقوقدانان تقسیم را معامله‌ای مستقل دانسته و مستنداتی شرعی و عرفی بر اعتبار آن ارائه نموده‌اند. تعداد اندکی نیز تقسیم به تراضی را مشمول عنوان صلح غیرمعاوضی دانسته که هر چند امکان مبادله و معاوضه منتفی است، ولی وجود تراضی را نمی‌توان منکر شد و برای این تراضی شرکا، هیچ عنوانی جز صلح نمی‌توان در نظر گرفت.

در مقابل همه این نظریات، قول مشهور فقهای امامیه آن است که تقسیم، تمییز حق است و ماهیت آن با عناوینی همچون بیع، معاوضه و غیره مابین است. به عبارتی ایشان معتقدند مال مشترک قبل از تقسیم، مشاع بوده و در نتیجه تقسیم از هم جدا شده و حصه هر شریک معین می‌گردد و این امر مستلزم هیچ‌گونه معاوضه و مبادله‌ای نیست، چنان که در نظر عرف نیز بعید است که شرکا قصد انشای معامله‌ای خاص، مانند بیع، معاوضه یا صلح را نموده باشند. با پذیرش هر کدام از این نظرات نتایج

۱. ماده ۳۰ قانون مدنی: هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثنا کرده باشد.



متفاوتی به دست می‌آید و باعث شمول یا عدم شمول احکام معاملی نظیر اقاله، فسخ، عدم نفوذ، تحقق خیارات و غیره می‌شود.

در نوشتار حاضر، ابتدا به اختصار پیرامون مفهوم و اسباب ایجاد شرکت حقوقی بحث شده و در ادامه، آرای متفاوت فقہی و حقوقی در زمینه ماهیت تقسیم بررسی شده است و در نهایت نیز دو موضوع محل بحث پیرامون تقسیم یعنی اقاله و وجود خیار عیب، مورد کنکاش قرار گرفته است. در هر قسمت سعی بر آن است تا نظر مستدلی ارائه شود که در نظام حقوقی مورد پذیرش باشد.

۱. مفهوم شرکت حقوقی

شرکت دارای چندین معنا است؛ یکی از این معانی /شاعه است؛ ماده ۵۷۱ قانون مدنی در واقع به همین معنا پرداخته و ناظر به شرکت غیر عقدی می‌باشد. این ماده مقرر می‌دارد: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شیء واحد به نحو اشاعه». برای تحقق شرکت لازم است دو یا چند حق مالکیت با هم درآمیزد و به یگانگی برسد، به نحوی که موضوع مالکیت هیچ یک از مالکان، شیء واحد مشخص نباشد و هر ذره و جزئی از شیء واحد متعلق حق هریک از شرکا باشد و هیچ جزئی را نتوان پیدا کرد که فقط متعلق به یکی از آنها باشد. (شهیدی، ۱۳۶۵: ۱۳۲)

معنای دیگری که از شرکت فهمیده می‌شود این است که شرکت در معنای عام حاصل از عقود مانند بیع، صلح، هبه و... است و در معنای خاص همان عقد شرکت است که ممکن است چند نفر بدون داشتن مال مشاع، مالی را به میان بگذارند و با آن معامله و کاسبی کنند. بدین ترتیب هر یک از شرکا به نسبت آورده خود مالک سهم مشاع مجموع آورده‌ها می‌شود و سود یا زیان نیز به نسبت مالی که در شرکت گذاشته‌اند به هر کدام تعلق می‌گیرد. (بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۳۷-۳۳۵)

این معنا از شرکت که بدان شرکت مدنی یا شرکت اعیان نیز گفته می‌شود، عقدی است جایز که مانند سایر عقود با اجتماع شرایط عمومی و نیز شرایط اختصاصی مربوط به خود واقع می‌شود و به موجب آن، هریک از شرکا به جای مالکیت اختصاصی، مالکیت سهم مشاعی از مجموعه آورده را به دست خواهد آورد.



۲. اسباب ایجاد شرکت حقوقی

اشاعه در حق مالکیت و ایجاد شرکت، اسباب و موجبات خاصی دارد. ماده ۵۷۲ قانون مدنی^۱ به شرکت قهری و اختیاری اشاره می‌کند. شرکت قهری همان شرکت ایجاد شده در نتیجه واقعه حقوقی می‌باشد و واقعه حقوقی، حادثه یا هر امری است که دارای اثر حقوقی باشد؛ خواه وقوع این امر به قصد فاعل بستگی داشته باشد یا اینکه در نتیجه حوادث قهری مانند فوت مورث و مخلوط شدن دو مال در اثر طوفان ایجاد شده باشد. (حسینی‌تهرانی، ۱۳۶۵: ۳۹) شرکت قهری در ماده ۵۷۴ قانون مدنی تعریف شده است و چنانچه گفته شد، ممکن است در نتیجه امتزاج یا ارث حاصل شود. (نونین، ۱۳۷۸: ۱۴) شرکت اختیاری نیز بنا به ماده ۵۷۳ قانون مدنی^۲ می‌تواند در نتیجه یکی از امور ذیل حاصل شود:

- عقد؛ در نتیجه عقدی از عقود مانند اجاره، بیع و سایر عقود ناقله و یا به موجب عقد خاص شرکت.

- عمل شرکا؛ شرکت ممکن است در نتیجه عمل شرکا مانند مزج اختیاری به وجود آید یا اینکه چند نفر مالی را مشاعاً در ازای عمل خود قبول کنند. (عدل، ۱۳۷۸: ۲۷۶) گفتنی است امتزاج خواه قهری باشد و خواه اختیاری در اشیایی سبب شرکت می‌شود که پس از امتزاج از یکدیگر تشخیص داده نشوند. (امامی، ۱۳۷۵: ۱۳۵)

۳. انحلال شرکت

مطابق ماده ۵۸۷ قانون مدنی شرکت به یکی از طرق ذیل مرتفع می‌شود: الف) تقسیم اموال مشترک: شرکت خواه در نتیجه مزج قهری یا ارث یا قرارداد ایجاد شده باشد شرکا را ملزم به نگهداری اشاعه نمی‌کند. ماده ۵۸۹ قانون مدنی در همین راستا بیان می‌دارد: «هر شریک‌المال می‌تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید...». بدین ترتیب پس از آنکه اموال شرکت بین شرکا تقسیم شد،

۱. ماده ۵۷۲: «شرکت اختیاری است یا قهری».

۲. ماده ۵۷۳: «شرکت اختیاری یا در نتیجه عقدی از عقود حاصل می‌شود یا در نتیجه عمل شرکاء از قبیل مزج اختیاری یا قبول مالی مشاعاً در ازای عمل چند نفر و نحو این‌ها».



شرکت منحل می‌گردد، زیرا شرکت قائم به وجود مال مشترک است. البته قاعده مربوط به اختیاری بودن درخواست تقسیم دارای استثنائاتی می‌باشد:

۱. در صورتی که تقسیم موجب ضرری باشد که عرفاً قابل مسامحه نباشد؛
 ۲. در صورتی که شرکا با تعهد قراردادی ملتزم به بقای شرکت شده باشند، تقسیم ممنوع است. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۵۴) مشخص است که تقسیم بخشی از مال مشترک سبب از بین رفتن شرکت نمی‌شود و منظور، تقسیم تمام مال الشرکه می‌باشد.
- ب) تلف شدن تمام مال الشرکه: اگر بخشی از اموال شرکت تلف شود شرکت از میان نمی‌رود زیرا آنچه از بین رفته از مال تمام شرکا بوده و بخشی از حق همه آنهاست و نسبت به قسمت باقی مانده همچنان شرکت باقی است، ولی در موردی که همه اموال تلف شود، شرکت سالبه به انتفای موضوع شده و منحل می‌گردد.
- این دو مورد مربوط به از میان رفتن حالت اشاعه در هر مال مشاع است و منحصرأً ناظر به انحلال عقد شرکت (شرکت مدنی) نیست، چرا که برای انحلال عقد شرکت طرق دیگری مانند فسخ، فوت، حجر و... نیز وجود دارد.

۴. انواع تقسیم اموال مشترک

ماده ۵۹۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد:

هرگاه تمام شرکا به تقسیم مال مشترک راضی باشند، تقسیم به نحوی که شرکا تراضی می‌نمایند به عمل می‌آید و در صورت عدم توافق بین شرکا، حاکم اجبار به تقسیم می‌کند، مشروط بر اینکه مشتمل بر ضرر نباشد که در این صورت اجبار جایز نیست و تقسیم باید به تراضی باشد.

بدین ترتیب تقسیم ممکن است به تراضی و یا به اجبار دادگاه صورت گیرد.

الف) تقسیم به تراضی (دوستانه): هریک از شرکا، مالک حصه مشاع از مال مشترک می‌باشند و از نتایج مالکیت آن است که مطابق ماده ۳۰ قانون مدنی شخص حق هرگونه تصرف در مال خود را می‌یابد و تقسیم نیز داخل در مفهوم تصرف است. بدین ترتیب شرکا می‌توانند در زمینه اصل تقسیم و نحوه آن با یکدیگر توافق کرده و بدون نیاز به دخالت دادگاه، مال مشترک را بین خود تقسیم کنند، اما چنان که پیدا است لازمه تقسیم به تراضی، اعلام رضایت و موافقت همه شرکا است، در غیر این صورت تقسیم دوستانه محقق نخواهد شد. با وجود این، ماده ۵۹۱ قانون مدنی نیز از تخصیص مصون نمانده و حکومت تراضی از دو جهت محدود شده است؛



۱. به موجب ماده ۵۹۵ قانون مدنی در صورتی که تقسیم، متضمن افتادن تمام مال مشترک یا حصه یک یا چند نفر از شرکا از مالیت باشد حتی با وجود تراضی شرکا نیز تقسیم ممنوع است؛ ۲. در صورتی که بین شرکا، محجور یا غایبی وجود داشته باشد، تقسیم باید به وسیله نمایندگان آنها در دادگاه به عمل آید. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۶۵)

ب) تقسیم اجباری: در صورتی که شریکان با اصل تقسیم موافق نباشند مانند اینکه یکی از شرکا بخواهد مال مشترک تقسیم شود ولی سایرین با او توافق نکنند و یا در صورتی که شرکا در اصل تقسیم توافق نموده، لیکن در نحوه آن تراضی حاصل نشود، تقسیم اجباری بوده و باید در دادگاه انجام گیرد. البته در موارد استثنائات تقسیم به تراضی نیز که در قسمت قبل ذکر شد تقسیم در دادگاه انجام می‌پذیرد. مبنای حقوقی اجبار به تقسیم نیز از بین بردن حالت اشاعه در مالکیت می‌باشد. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۳۴) در هر حال شریکی که تقسیم مال مشترک را خواستار است باید از دادگاه تقسیم مال مشترک را درخواست کند، در این صورت شرکای ممتنع مجبور به تقسیم می‌شوند، مگر اینکه تقسیم مشتمل بر ضرر باشد و درخواست تقسیم از طرف متضرر نباشد که در این حالت اجبار به تقسیم ممکن نبوده و تقسیم باید به تراضی انجام شود. نحوه عمل دادگاه در زمینه تقسیم اجباری به یکی از صورت‌های زیر است:

۱. تقسیم به افراز: هنگامی که مال مشترک مثلی بوده و دارای اجزای همسان است، مال مشترک به نسبت حصه شرکا توزیع و مفروز می‌شود. بدین ترتیب که برای هریک از شرکا حصه‌ای از مال مشترک مثلی به تناسب حصه مشاع او معین شده و به وی داده می‌شود. افراز ساده‌ترین و طبیعی‌ترین راه تقسیم است که نیاز به تعدیل قیمت ندارد و پیش از هر اقدام دیگری باید مورد توجه قرار گیرد. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۶۹) بنابراین در تعریف مختصری می‌توان گفت: «افراز، استقلال بخشیدن به مالکیت مشترک از طریق اعطای هر بخش از مال مشترک به یکی از شرکا است». (سرخی، ۱۳۸۴: ۹۳)

۲. تقسیم به تعدیل: هنگامی که مال مشترک قیمی بوده و دارای اجزای برابر نباشد، ولی بتوان سهم شرکا را طوری معین کرد که از نظر بها و قیمت برابر باشد بدون اینکه نیاز به دادن سرانه و دادن مالی از خارج باشد تقسیم به تعدیل محقق می‌شود. در تقسیم به تعدیل، مال مشترک باید



تقسیم (قیمت گذاری) شده، در بخش های مختلف آن تعادل صورت گرفته و سپس حصه هر یک از شرکا با در نظر گرفتن قیمت، معین شود.

به عبارت دیگر، در صورتی که نتوان در تقسیم برای هر شریک از همه مال مشترک حصه ای معین کرد، ولی بتوان بدون دادن اضافه از خارج به بعضی از شریکان مال مشترک را تقسیم کرد تقسیم به تعدیل صورت می گیرد. مانند تقسیم یک خانه و یک اتومبیل بین دو شریک به طوری که خانه به علت کوچکی قابل تقسیم نباشد، ولی ارزش خانه مساوی اتومبیل باشد، آن گاه خانه را به یکی و اتومبیل را به دیگری دهند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۷۴)

۳. تقسیم به رد (تقسیم با پرداخت سرانه): هنگامی که اموال مشترک قیمی هستند، ممکن است تعدیل سهام نیازمند پرداخت سرانه از سوی یکی از مالکان مشاع باشد زیرا نمی توان بدون دادن اضافه ای از خارج به بعضی از شرکا، مال مشترک را تقسیم نمود. بدین ترتیب شریکی که مال گران بهتر را برمی دارد، باید مابه التفاوت سهم خود را به شریکی که مال کم بهتر را برمی دارد، پرداخت کند تا سهام هر یک به گونه برابر تعیین شود. (کاشانی، ۱۳۷۶: ۶۲) بنابراین مجرای تقسیم به رد زمانی است که قیمت سهام تفاوت داشته باشد و احتیاج باشد که مقداری مال به سهام یکی از شرکا اضافه شود تا تعادل برقرار گردد. (سبزواری، ۱۴۱۴ق: ۳۴۱) این اضافه را اصطلاحاً «سربود» گویند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۷۴)

رعایت سلسله مراتب مذکور لازم است؛ به عبارتی مادام که تقسیم مال مشترک از طریق افراز ممکن باشد دادگاه نباید به وسیله تقسیم به تعدیل یا تقسیم به رد، مال را تقسیم کند، مگر اینکه همه شرکا راضی باشند. اگر در مورد مال مشترکی هیچ یک از مراتب فوق را نتوان به کار بست دادگاه می تواند حکم به فروش مال مشترک دهد. در این صورت ثمن به نسبت سهام شرکا بین آنها تقسیم می شود.

۵. ماهیت حقوقی تقسیم

بین فقها و همچنین حقوقدانان در خصوص ماهیت حقوقی تقسیم اختلاف نظر وجود دارد و دیدگاه های گوناگونی ابراز شده است که در ادامه بررسی می شود.



الف) دیدگاه بیع بودن تقسیم

بعضی از فقهای اهل سنت معتقدند که تقسیم از نظر ماهیت، بیع است، زیرا تقسیم با این هدف انجام می‌شود که به جای سهم مشاع منتشر در مجموع، حصه مشخصی از مال به صورت مفروز به هر شریک داده شود و در مالکیت اختصاصی وی قرار گیرد. به عبارتی هر شریک حصه خود را در مقابل تملک حصه شریک دیگر می‌فروشد تا آنچه نزد او باقی می‌ماند در ملکیتش خالص باشد. در نتیجه رهایی از مال مشترک تنها با بیع و مبادله سهم مشاع با حصه مشخصی از مال امکان دارد. (بازالبنانی، ۱۳۰۴ق: ۶۱۹) برخی نیز صراحتاً تقسیم را بیع دانسته و در نتیجه معتقد به امکان اعمال حق شفعه در آن می‌باشند. (قرافی، ۱۴۲۴ق: ۲۸)

این تصور در مورد تقسیم به رد، یعنی در جایی که تعدیل سهام انجام نمی‌شود بلکه سرانه یا رد به صاحب مال کم‌بہتر داده می‌شود، تقویت شده است زیرا هر یک از شرکا قبل از تقسیم، در جزء جزء مال مشترک به طور اشاعه مالک بوده‌اند، ولی پس از تقسیم هر یک مالک بخش معینی از مال در عوض از دست دادن سایر بخش‌ها شده است. حال اگر حصه یکی از شرکا نسبت به سایرین کم‌بہتر باشد، در برابر بخشی از سهم مشاع او که در حصه دیگران قرار گرفته مال دیگری که معمولاً پول است به وی پرداخته می‌شود که از نظر ماهیت به بیع شباهت دارد. به عبارتی شریکی که مقدار بیشتری از حصه مشاع خود را تملک می‌کند با پرداخت سرانه در واقع عقد بیعی را منعقد ساخته است. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۵۷؛ کاشانی، ۱۳۷۶: ۶۴)

گروهی نیز معتقدند اگرچه تقسیم به رد در قسمتی که اضافه از خارج داده می‌شود شباهت به بیع دارد، لیکن تنها در صورت عدم امکان تقسیم به نحو دیگر می‌توان به آن متوسل شد. (امامی، ۱۳۷۵: ۱۴۴)

در پاسخ به این نظر گروهی از فقها معتقدند تقسیم فعلی از افعال است که شارع حکمی را بر آن مترتب نموده است و صرف اشتراط تراضی شرکا بدین معنا نیست که تقسیم، عقد باشد و بیع دانستن تقسیم توهمی بیش نیست، زیرا شرکا در حقیقت قسمت را قصد کرده‌اند و به مبادله واقعی و انعقاد عقد بیع نظر نداشته‌اند. (آشتیانی، ۱۴۲۵ق: ۷۴۲) در مورد تقسیم به رد نیز وضع به همین منوال است و پرداخت سرانه



صرفاً به قصد تسهیل تقسیم است نه به قصد انعقاد عقد بیع و مجرد پرداخت سرانه یا رد به یکی از شرکا موجب نمی‌شود که این نوع تقسیم را بیع بدانیم.

تمایز بیع و تقسیم

ماهیت تقسیم را نمی‌توان بیع به شمار آورد و وجوه افتراق این دو را نادیده گرفت:

۱. در تقسیم، اجبار وجود دارد بدین معنا که شریک ممتنع اجبار می‌شود، در حالی که در بیع چنین نیست. (مغنیه، ۱۴۲۱ق: ۱۱۳)، به عبارتی موارد اجبار در تقسیم به مراتب گسترده‌تر از موارد اجبار در بیع است؛

۲. در تقسیم، اندازه سهام مشاع مساوی را برابر معین می‌کنند و بهای هر سهمی با سهام دیگر سنجیده می‌شود، در حالی که بیع مبادله دو مال است که ارزش هر کدام به طور مستقل در نظر گرفته می‌شود؛

۳. اگر تقسیم، بیع محسوب شود باید بر مبنای قوانین ثبت (مواد ۴۶ تا ۴۸) ضمن سند رسمی انجام و ثبت شود و سند عادی برای اثبات توافق شرکا کافی نیست، در حالی که اگر ماهیت تقسیم را بیع ندانیم (کما اینکه چنین است) لازم نیست تقسیم‌نامه به صورت اسناد رسمی تنظیم و ثبت گردد؛ (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۵۷)

۴. در بیع، آثار و احکام خاصی مانند خیار حیوان و خیار مجلس و حق شفعه وجود دارد (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۵۳۱) در حالی که به دلیل بیع نبودن تقسیم، عدم ثبوت شفعه برای شریک، عدم بطلان آن در صورت تفرق و پراکندگی قبل از قبض در مواردی که قبض در بیع شرط باشد و نیز عدم وجود خیارات از مختصات تقسیم می‌باشد؛ (عاملی، ۱۴۱۹ق: ۱۸۲)

۵. بیع بودن تقسیم، مستلزم آن است که دارای شرایط اختصاصی صحت بیع (مانند رضایت طرفین) باشد در حالی که می‌بینیم در اکثر موارد تقسیم صورت گرفته صحیح می‌باشد بدون آنکه دارای تمام شرایط اختصاصی صحت بیع باشد.

به طور کلی می‌توان گفت تقسیم از جهت عنوان و احکام از عقد بیع متمایز است و به خلاف عقد بیع، احتیاج به الفاظی که حاکی از تملیک مال به دیگری باشد، ندارد. (سرخی، ۱۳۸۴: ۵۶) برخی از فقها گفته اند تقسیم، بیع نیست، زیرا نیاز به صیغه



مخصوصی ندارد در حالی که در بیع برای ایجاب و قبول صیغه خاصی وجود دارد. به علاوه در صورت تساوی حصه دو شریک چنانچه گفته شد سهم آنها برابر تعیین می‌شود در حالی که در بیع این گونه نیست، در نتیجه لوازم و معروضات بیع و تقسیم متفاوت است. (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ۳۱۸)

ب) دیدگاه صلح بودن تقسیم

بعضی از حقوقدانان معتقدند تقسیم به تراضی از نظر ماهیت صلح است، چرا که طرفین در این نوع تقسیم کیفیت سلطه مالکانه خویش را تغییر می‌دهند ولی ماهیت مالکیت شریک و مقدار مالکیت تغییر نمی‌یابد و تحقق مبادله در این وضع از نظر عرف محل تردید است، لیکن انتفای مبادله مانع تحقق تراضی نیست و این تراضی نمی‌تواند هیچ عنوانی جز صلح داشته باشد. اینان معتقدند در حقوق ایران، قانونگذار تقسیم مال مشاع را به تبع عقد شرکت که یکی از عقود با نام است ذکر کرده، ولی این بدین معنا نیست که تقسیم مال مشترک هم رأساً عقدی با نام باشد، با این حال چون تراضی بین شرکا واقع شده و هرگونه تراضی خارج از قلمرو عقود معینه عنوان صلح را دارد، بنابراین افزایش مال مشاع به تراضی از نوع صلح غیرمعاوضه یعنی صلحی که در آن مفهوم معاوضه وجود ندارد، می‌باشد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۸۴؛ سیفی مازندرانی، ۱۴۲۷ق: ۱۵۸) چنان که گروهی از فقها (ر.ک: بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۱۷۶؛ حائری طباطبایی، بی‌تا: ۴۰۹) نیز در مورد تقسیم به رد معتقدند با تقسیم به رد در حقیقت مصالحه بعضی از حصص شرکا در مقابل عوض محقق می‌شود. البته باید متذکر شد که خود صلح یکی از عقود معینه مصرح در قانون مدنی است و با توجه به قاعده/العقود تابعه للقصود و دیدگاه عرف می‌توان گفت که شرکای مال مشاع، قصد انعقاد عقد صلح را نداشته‌اند و با توجه به نفوذ حاکمیت اراده نتیجه گرفتن انعقاد عقد صلح از عمل شرکا بعید می‌باشد.

ج) دیدگاه معامله مستقیم بودن تقسیم

گروهی از فقها معتقدند تقسیم در عناوین معاملاتی مانند بیع و معاوضه و... داخل نیست، بلکه خود عنوان مستقلاً دارد و شرعاً و عرفاً اعتبار شده که معامله‌ای مستقل



باشد و دلیل اعتبار آن نیز عمومات و اطلاعاتی است که در باب معاملات می توان بدان تمسک کرد. (عراقی، ۴۲۱ ق: ۳۹۸)

این عده تقسیم را معامله ای همانند معاملات دیگر می دانند که به موجب آیه هشتم سوره نساء^۱ مشروعیت آن ثابت می شود، چرا که مستفاد از این آیه، امکان تمییز سهام بعضی از شرکا از بعضی دیگر با قسمت است، بدون اینکه نیاز باشد یکی از شرکا سهمش را به دیگری بفروشد پس ظاهر آیه تشریح قسمت است و گرنه می توانست به جای حضر القسمة از حضر البیع او الصلح استفاده کند. (گلپایگانی، ۱۴۱۳ ق: ۳۵)

تعدادی از فقهای اهل سنت نیز ماهیت تقسیم را عقدی همانند سایر عقود می دانند که لازم است شرکای مال مشترک به عنوان طرفین آن دارای اهلیت بوده و اراده آنها خالی از عیب باشد تا احکام عقود بر عقد آنان جاری گردد. (السنهوری، بی تا: ۸۹۳)

به نظر این عده در تقسیم تنها به تمییز حق پرداخته نمی شود و نوعی معامله درباره عین یا منافع مال مشاع وجود دارد، زیرا حق مشاع به حق مفروز تبدیل می گردد، به همین دلیل نیز هرگاه موضوع آن غیرمنقول باشد باید ضمن سند رسمی انجام پذیرد و در دفتر اسناد رسمی ثبت شود. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۲۸) حتی برخی به قانون مدنی خرده گرفته و گفته اند تقسیم به تراضی عقدی است مستقل، تملیکی و معوض که به موجب آن هر یک از متقاسمین مالکیت خود را در اجزای مشاع حصه خود به نفع طرف مقابل به قصد تحصیل حصه مفروز از دست می دهد و در نتیجه، جمع کردن عقد شرکت و عقد تقسیم اموال مشاع در یک فصل قانون مدنی صحیح نیست و باید در فصلی جدا و مستقل مدون می گردید. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۳۴؛ همو، ۱۳۸۷: ۱۵۸)

رویه قضایی نیز دقیقاً ماهیت تقسیم را مشخص نکرده است. تنها دیوانعالی کشور در رأیی ذکر کرده که تقسیم یک معامله است که حصص مشترک بین شرکا را از هم جدا کرده و تخصیص می دهد و به همین دلیل باید مشمول مواد ۴۶ و ۴۷ قانون ثبت باشد. (حسینی، ۱۳۷۹: ۱۸۲) چنان که پیداست تقسیم در این رأی از نظر ماهیت، معامله

۱. «و اذا حضر القسمة اولوا القربى و الیتامى و المساکین فارزقوهم منه؛ چون هنگام تقسیم کردن ارث، خویشاوندان و یتیمان و مستمندان حاضر شدند، چیزی از آن را به ایشان بدهید...» (نساء: ۸)



دانسته شده است ولی نوع معامله (بیع، معاوضه یا معامله‌ای مستقل) مشخص نشده است.

د) دیدگاه معاوضه بودن تقسیم

هنگامی که مال مشاع تقسیم می‌شود، اشاعه پایان پذیرفته و اجزای آن به مال مفروز تبدیل می‌گردد. از آنجا که در مال مشاع هر جزئی هر چند کوچک به همه شرکا تعلق دارد، بنابراین تبدیل مال مشاع به مفروز مستلزم آن است که نوعی مبادله و معاوضه میان شرکا صورت گیرد به این معنا که هر یک از شرکا از حقی که در سهم اختصاصی طرف دیگر دارد به گونه متقابل چشم‌پوشی می‌کنند که این مفهوم معاوضه است و تقسیم بدون فرض چنین معاوضه‌ای انجام نمی‌شود و اشاعه پایان نمی‌پذیرد.

طرفداران این نظریه معتقدند تقسیم نوعی مبادله است که مبتنی بر تراضی ضمنی می‌باشد، بدین ترتیب که یک شریک بگوید بخشی از اموال مشترک را به عنوان سهم خود برداشت می‌کنم و مالکیت سایر شرکا را در هر جزء این بخش تملک می‌کنم در ازای هر جزء بخش باقی‌مانده که سایر شرکا می‌توانند برای خود تملک کنند و این همان مفهوم عقد معاوضه است که در ماده ۴۶۴ قانون مدنی ذکر شده است. از نظر این عده، تقسیم به رد از نظر ماهیت، معاوضه است، زیرا در معاوضه حتی اگر ارزش عوضین برابر نباشد و یکی از طرفین مجبور شود مبلغی سرانه دهد باز قصد طرفین آن است که عمل حقوقی انجام شده، معاوضه باشد نه بیع. چنان که گروهی از فقها نیز معتقدند تقسیم به رد نوعی معاوضه است و البته اشکال ندارد این نتیجه با صلح کردن حاصل شود. (نوین، ۱۳۷۸: ۳۰؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳: ق: ۴۵)

گروهی از حقوقدانان نیز بر این اعتقاد هستند که «تقسیم تمییز ساده حق نیست و مبتنی بر معاوضه می‌باشد، زیرا هر یک از شرکا، اجزای فرضی مشاع خود را که در حصه شریک دیگر قرار دارد در مقابل اجزای فرضی مشاعی که شریک مزبور در حصه مفروز او دارد تملیک می‌نماید». (امامی، ۱۳۷۵: ۱۴۱)

این نظر مورد تأیید گروهی از فقهای عامه است که صریحاً ماهیت تقسیم را معاوضه می‌دانند. کاسانی در بدائع الصنایع می‌نویسد: ... افزای بعضی از سهم‌ها و معاوضه با بعضی از سهام دیگر ضروری است و این همان حقیقت تقسیمی است که در



املاک مشترک معمول است، پس معنای معاوضه لازمه هر تقسیم شرعی است. (کاسانی، ۱۳۹۴ق: ۱۷)^۱

گروهی از حقوقدانان فرانسه نیز معتقدند تقسیم مال مشترک ماهیت معاوضه دارد؛ به این معنا که هر شریک از قسمتی از سهم خود از ملک مشاع در مقابل مالکیت مفروزی که بر همان مقدار از سهم مشاع طرف دیگر پیدا کرده است صرف نظر می‌کند. (هانری کاپیتان به نقل از جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷: ۲۳۵) در مقابل گروه دیگری از حقوقدانان فرانسه نیز اعتقاد دارند که تقسیم دارای اثر انتقال مالکیت نیست و تنها تصدیق و پذیرش حقوق مالکانه موجود شرکا است و در برگیرنده بیع یا معاوضه نمی‌باشد. (مازو به نقل از کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۵۱)

در پاسخ به این نظر باید گفت اگرچه در تقسیم نوعی تعاون وجود دارد، ولی این رد و بدل کردن و مجرد انتقال مال از یکی از شرکا به دیگری به معنای معاوضه نیست چرا که در معاوضه نیاز به تحقق قصد انشای نقل و انتقال وجود دارد، بدین معنا که نقل یکی از عوضین در ازای عوض دیگر باشد در حالی که در تقسیم این امر اتفاق نمی‌افتد و قصد شرکا تنها تعیین حق و تمیز مالشان در مجموع می‌باشد. (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۴ق: ۲۱۸؛ خوانساری، بی‌تا: ۳۷۶) حتی اگر قائل باشیم نوعی معاوضه در آن محقق می‌شود، می‌توان توجیه کرد که معاوضه و انتقال شرعی و عقلی است نه معاملی. (طاهری، ۱۳۷۵: ۳۱۹) بنابراین تقسیم و معاوضه از لحاظ عرفی، لغوی و شرعی دو عنوان مختلف هستند و اینکه تقسیم در بعضی موارد مشتمل بر رد است آن را ذیل معاوضه اصطلاحی به معنای یکی از عقود قرار نمی‌دهد. (سبزواری، ۱۴۱۳ق: ۴۱)

هـ) دیدگاه تمیز حق بودن تقسیم

اکثر فقهای امامیه معتقدند تقسیم تمیز هر نصیب از دیگری، افراز حق و ازاله شرکت بین شرکا است و نباید آن را با بیع و صلح و معاوضه و... اشتباه کرد. (آشتیانی، ۱۴۲۵ق: ۷۲۸؛ گیلانی، ۱۴۰۱: ۳۷؛ حلی، ۱۴۱۳ق: ۴۵۹؛ نجفی، ق ۱۴۰۴: ۳۹۰؛ فاضل هندی، ۱۴۱۶ق: ۱۶۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۱۶۴؛ طباطبائی، بی‌تا: ۳۷)

۱. فکانت افرازُ بعضِ الانصاءِ و معاوضهُ البعضِ ضرورة و هذا هو حقیقةُ التسمیةِ المعمولۃِ فی الاملاکِ المشترکة. فکان معنی المعاوضه لازماً فی کلِّ قسمةٍ شرعیة.

به عبارتی ایشان معتقدند قصد شرکا تنها تمییز حق است نه عمل دیگری که تقسیم تابع آن باشد و اساساً آنچه انجام می‌پذیرد با ماهیت هیچ یک از عقود معین اعم از بیع و معاوضه و سایر عقود معاوضی منطبق نمی‌باشد. به عبارتی شرکا نه سهم مفروز را به عنوان ثمن حصه مشاع تلقی می‌کنند و نه دو مال را با هم معاوضه می‌کنند، بلکه تنها حق منتشر در مجموع به حق مستقلی در بخشی از آن تبدیل می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۵۸)

بنابراین بر اساس این نظر، تقسیم دربرگیرنده معاوضه، مبادله یا انتقال مالکیت نیست بلکه تنها برای تشخیص حق است و به همین دلیل نیازمند الفاظ حاکی از تملیک و اعلام قصد انشاء که رکن اساسی تمام معاملات است، نمی‌باشد. به نظر آنان حتی در تقسیم به رد نیز آنچه اتفاق می‌افتد تنها تمییز حق می‌باشد و پرداخت سرانه نیز فقط برای امکان برگزاری تقسیم است و آن را تبدیل به بیع یا معاوضه نمی‌کند. (محقق حلی، ۱۴۰۳ق: ۳۷۷) به عبارتی مال مشترک که قبل از تقسیم، مشاع و متعلق به همه شرکا می‌باشد در نتیجه تقسیم از هم جدا شده و این جدا شدن مستلزم هیچ گونه معاوضه و مبادله‌ای بین طرفین نیست. برخی عبارات فقها در این زمینه بدین قرار است:

- شهید ثانی معتقد است: «تقسیم تمییز حق از غیر آن است و بیع نیست خواه در آن رد صورت گیرد یا خیر». (شهید ثانی، ۱۴۱۴ق: ۳۱۸) محقق حلی نیز دقیقاً همین عبارت را در شرایط تکرار نموده است. (محقق حلی، ۱۴۰۳ق: ۳۷۷)^۱

- میرزای قمی می‌نویسد: «مذهب شیعه بر این است که قسمت، بیع نیست و مجرد تمییز کردن حق است». (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۲۸۴)

- کاشف الغطاء در تحریر المجله می‌گوید: «تقسیم، تعیین حصه شایع بعضی از بعض دیگر است».^۲ (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق: ۲۲۲)

- صاحب جواهر ادعا می‌نماید که در این مسئله نظر مخالفی وجود ندارد که تقسیم از نظر ماهیت تمییز حق است: «و تقسیم همان تمییز حق هر شریک از غیر آن

۱. القسمةُ هی تمییزُ الحقِّ من غیره و لیست بیعاً سواء کان فیها ردُّ او لم یکن.

۲. القسمةُ هی تعیینُ الحصّة الشایعة بعضُها عن بعضٍ...



است و تردیدی نیست در اینکه امری مستقل است و بیع و صلح و غیر این دو نیست... همچنان که در این مورد نظر مخالفی نیافتیم...» (نجفی، بی تا: ۳۰۹)^۱

گروه کثیری از فقها نیز با این عبارت از ماهیت تقسیم یاد کرده‌اند: «تقسیم، تمیز حصه شرکا از یکدیگر است و بیع و معاوضه نیست»^۲ (سبزواری، ۱۴۱۴ق: ۳۴۱؛ لنکرانی، ۱۴۲۵ق: ۱۱۵؛ گلپایگانی، ۱۴۱۳ق: ۳۸؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق: ۴۳۴)

امام خمینی (ره) نیز در *تحریر الوسیله و زیادة الاحکام* می نویسد: «تقسیم، تمیز حصه شرکا از یکدیگر است و بیع و معاوضه نیست»^۳ (امام خمینی، بی تا: ۵۹۰؛ همو، ۱۴۰۴ق: ۱۶۰)

گروهی از فقها نیز معتقدند مراد از تمیز حقوق در تقسیم، تمیز واقعی نیست، چون واقع ندارد بلکه مراد تمیز به حسب قرارداد طرفین است و مؤید آن هم صحت قسمت به رد می باشد، زیرا گرچه باید در مقابل سهم اضافی رد صورت گیرد، با این حال معاوضه نامیده نمی شود و باز هم قسمت است. (طباطبائی یزدی، ۱۴۱۵ق: ۲۹۰)

۶. ثمره عملی بحث

چنانچه ماهیت حقوقی تقسیم را معاوضه یا تمیز حق بدانیم نتایج یکسانی به دست نخواهد آمد، زیرا در صورت معاوضه دانستن، تقسیم دارای اثر انتقالی خواهد بود که در هنگام تقسیم این انتقال انجام می شود و تأثیری نسبت به قبل از آن ندارد. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۱۵۱) به علاوه همان طور که ذکر شد بیع یا معاوضه دانستن تقسیم، مستلزم آن است که آثار و احکام خاص معاملات مانند خیار، احکام صرف، سلم، ربا و حق شفعه (که تنها در بیع جریان دارد) را جاری بدانیم (تبریزی، ۱۴۲۷ق: ۲۱۱؛ شهید صدر، ۱۴۱۵ق: ۸۳) و بر آن باشیم که تقسیم نیز باید ضمن سند رسمی انجام شده و به ثبت برسد و سند عادی کافی نیست. همچنین ظاهر این است که اقاله و فسخ مختص عقود است و در صورت بیع یا معاوضه دانستن تقسیم، این دو

۱. و هی تمیز الحق لكل شریک من غیره و لا ریب فی أنها امر برأسه لیست بیعاً و لا صلحاً و لا غیرهما... كما لا خلاف اجدہ فیہ... .

۲. و هی تمیز حصه الشریکاء بعضها عن بعض و لیست بیع و لا معاوضه.

۳. هی تمیز حصص الشریکاء بعضها عن بعض... و لیست بیع و لا معاوضه.

پدیده هم در آن راه خواهند یافت. (سرخ، ۱۳۸۴: ۵۲) همچنین احکام دیگری مانند عدم نفوذ به علت اکراه یا فضولی بودن، خاص عقود است که در صورت معامله دانستن تقسیم بر آن بار می شود.

ثمره دیگر آن است که مطابق ماده ۲۲۳ قانون مدنی هر معامله‌ای که واقع می شود محمول بر صحت است. حال اگر ماهیت تقسیم را معامله بدانیم نه صرف تمییز حق، در این صورت اگر در صحت تقسیم تردید شود می توان آن را مشمول عنوان معامله در ماده ۲۲۳ دانست و حمل بر صحت کرد؛ البته فرض بر این است که اصل صحت را تنها در معاملات به معنای خاص جاری بدانیم چرا که بعضی از فقها با آنکه ماهیت تقسیم را معامله ندانسته و تمییز حق دانسته‌اند حکم به اجرای اصل صحت در صورت ادعای غلط بودن تقسیم داده‌اند. (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۲۷۶) حتی بعضی معتقدند ماده ۶۰۱ قانون مدنی^۱ بر اساس اصل صحت تنظیم شده است لذا چنانچه پس از انجام تقسیم، احد طرفین ادعا کند که تقسیم به غلط انجام شده مادام که ادعای خود را به اثبات نرساند تقسیم محمول بر صحت است. (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۰۹) علاوه بر این ثمره، اینکه قسمت بیع باشد یا معاوضه یا مجرد تمییز حق در مسئله ربا ظاهر می شود، زیرا در صورت بیع دانستن قطعاً در آن حکم ربا جاری می شود و در صورت معاوضه دانستن دو قول در مورد جریان ربا یا عدم جریان آن وجود دارد که قول اقوی جریان حکم ربا در معاوضه می باشد. (آشتیانی، ۱۴۲۵: ق: ۷۴۲)

۷. تحلیل و ارزیابی

تقسیم، پایان دادن به حالت اشاعه است و نمی توان آن را معاوضه یا بیع دانست، زیرا عرف تقسیم مال مشترک را مبادله دو مال نمی داند و طرفین هم اراده معاوضه و مبادله را در عمل تقسیم ندارند هر چند که نقل و انتقالی هم اتفاق بیفتد. به علاوه، قانونگذار تقسیم مال مشترک را در زمره عقود معین قرار نداده است و صدق معامله بر عمل تقسیم دشوار است، زیرا قدر متیقن از معامله قراردادی است که موضوع آن مال بوده و در آن تملیک و تملک وجود دارد. در تقسیم به تراضی هم هرچند که موضوع مال است ولی با تملیک و تملک همراه نیست و در آن مبادله و نقل و انتقال دیده

۱. هر گاه بعد از تقسیم معلوم شود که تقسیم به غلط واقع شده است، تقسیم باطل می شود.



نمی‌شود. بنابراین با تقسیم مال مشاع حق منتشر هر یک از شرکا در هر یک از ذرات به حق مستقلی در بخشی از مال تبدیل می‌شود و این امر مستلزم مبادله حق مشاع با مفروز نمی‌باشد.

به طور کلی می‌توان گفت همان‌طور که اکثر فقهای امامیه بیان داشته‌اند تقسیم تمییز حق است و طرفین غیر از تمییز حق اراده دیگری نکرده‌اند و در عرف هم کسی تقسیم مال مشترک را مصداق بیع یا صلح یا معاوضه و امثال این‌ها نمی‌داند بلکه صرف تعیین حق شرکا از هم می‌داند و حتی اگر نظر مبتنی بر معاوضه بودن تقسیم پذیرفته شود باید آن را بر معاوضه و نقل و انتقال شرعی و عقلی حمل نمود و نه معاملی و لذا احکام معاوضه معاملی بر آن جاری نمی‌شود، چنان که این نظر با قول مشهور نیز مطابق است. اکنون که ماهیت تقسیم مشخص شد بحث را با اقاله تقسیم ظهور عیب در تقسیم به پایان می‌بریم.

۸. اقاله تقسیم

نسبت به امکان اقاله پس از تقسیم مال مشترک بین فقها و نیز حقوقدانان اختلاف نظر وجود دارد. گروهی معتقد به مفهوم مخالف ماده ۵۹۹ قانون مدنی^۱ هستند و می‌گویند اگرچه تقسیم اعم از اینکه توسط دادگاه یا به تراضی انجام شده باشد، هیچ یک از شرکا بدون رضایت سایرین از آن حق رجوع ندارند، ولی در صورتی که تمامی شرکا راضی باشند می‌توانند تقسیم را به هم بزنند تا مجدداً سهام به حالت اشاعه درآید. (سلطانیان، ۱۳۸۸: ۴۰)

عده‌ای نیز که تقسیم مال مشاع را عقد می‌دانند معتقدند رجوع به تراضی شرکا، اقاله عقد افزای مال مشاع است. اگر تقسیم اجباری و به موجب حکم دادگاه صورت گیرد، اعاده وضع اشاعه رجوع نیست بلکه تراضی جدید بر ایجاد حالت اشاعه است که منافات با مدلول حکم قطعی و اعتبار آن ندارد. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۳۵)

گروه دیگری معتقدند قانونگذار در ماده ۵۹۹ به مفهوم مخالف نظر خود توجه نداشته و تنها می‌خواسته لزوم تقسیم را مقرر کند، ولی در مورد اینکه آیا امکان اقاله در

۱. ماده ۵۹۹ قانون مدنی: تقسیم بعد از آنکه صحیحاً واقع شد لازم است و هیچ یک از شرکا نمی‌تواند بدون رضای دیگران از آن رجوع کند.



تقسیم هست یا خیر؟ باید گفت مطابق با قواعد عمومی تنها در تقسیم به تراضی این امکان وجود دارد و منطقی است، ولی در جایی که تقسیم به حکم دادگاه انجام شده باشد وضع جدیدی با حکم دادگاه به وجود آمده که تراضی در انحلال این حکم تأثیر ندارد و نمی توان آن را برهم زد. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۶۳) در تأیید این نظر گفته شده که بازگشت مجدد به حالت اشاعه نیازمند سبب ویژه‌ای از اسباب اشاعه است و تقسیم، یک عقد اعم از معاوضه یا بیع نیست که توافق شرکا باعث اقاله آن شود. (کاشانی، ۱۳۸۸: ۵۹) عده ای دیگر از حقوقدانان نیز در راستای مخالفت با اقاله در تقسیم می‌گویند هر یک از اقسام تقسیم همین که مطابق قانون واقع شد، عدول از آن جایز نیست و حتی با تراضی هم باطل نمی‌شود، زیرا اقاله در تقسیم تشریح نشده است. (حائری شهاباغ، ۱۳۷۶: ۵۴۰)

اکثریت فقها نیز نسبت به امکان اقاله تردید داشته و آن را نپذیرفته‌اند. برای مثال امام خمینی (ره) معتقد است پس از آنکه تقسیم انجام شد، لازم می‌باشد و شرکا با رضایت همدیگر هم حق فسخ و ابطال آن را ندارند زیرا ظاهراً اقاله در تقسیم مشروعیت ندارد. (امام خمینی، بی تا: ۶۰۱) میرزای قمی نیز در این باره می‌نویسد: «تقسیم موجب تمییز حقوق است و بیع و عقد نیست و ظاهراً اقاله و فسخ مختص عقود است و پس از تعیین حصص، رجوع آن حصه به غیر و شراکت غیر در آن بدون ناقلی از نواقل شرعی وجهی ندارد». (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۲۹۸)

با توجه به بررسی نظرات هر دو گروه باید گفت ظاهراً در تقسیمی که به حکم دادگاه انجام گرفته است اقاله جاری نمی‌شود، زیرا ماهیت تقسیم قرارداد نیست بلکه صرف تمییز حق است نه مبادله و معامله حقیقی، بنابراین مشمول احکام معاملی از جمله اقاله نمی‌شود. به علاوه در صورتی که بپذیریم مبنای اقاله حاکمیت اراده است باید گفت این اراده تا جایی معتبر است که با نظم عمومی و اخلاق حسنه برخورد نکند، در غیر این صورت از اعتبار و نفوذ ساقط می‌شود و می‌دانیم که تقسیم به حکم دادگاه برای رفع تنازع و حفظ مصالح اجتماعی است و این هدف اقاله‌پذیر نیست. حتی در تقسیم به تراضی نیز با توجه به ماهیت تقسیم نمی‌توان اقاله را جاری کرد، زیرا تمییز حق فارغ از احکام معاملی می‌باشد، مضافاً اینکه به نظر اکثریت فقهای امامیه نیز اقاله

تقسیم تشریح نشده است و در نتیجه اعتقاد به عدم جواز اقاله در تقسیم با قول مشهور سازگارتر و منطبق‌تر با واقع است.

۹. ظهور عیب در تقسیم

در صورتی که پس از تقسیم مال مشاع در حصه یکی از شرکا عیبی ظاهر گردد وی با استناد به ماده ۶۰۰ قانون مدنی حق دارد تقسیم را بر هم بزند. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه در حصه یک یا چند نفر از شرکا عیبی ظاهر شود که در حین تقسیم عالم به آن نبوده شریک یا شرکای مزبور حق دارند تقسیم را بر هم بزنند».

آنچه مورد اختلاف واقع شده آن است که آیا مستند این برهم‌زدن تقسیم، خیار عیب است یا این عبارت به معنای داشتن حق فسخ نیست، بلکه به معنای ابطال تقسیم می‌باشد. قدر متیقن کلام همه حقوقدانان آن است که شخص حق اخذ ارش ندارد. از همین نکته می‌توان در تأیید مدعا استفاده کرد که اولاً تقسیم بیع نیست، ثانیاً مستند برهم‌زدن تقسیم در صورت بروز عیب، خیار عیب نیست، چرا که در صورت بیع دانستن ماهیت تقسیم، باید هردو گزینه خیار عیب یعنی فسخ و یا مطالبه ارش فراهم می‌آمد. به عبارتی در صورت ظاهرشدن عیب در حصه یکی از شرکا، متضرر فقط می‌تواند تقسیم را بر هم بزند و نمی‌تواند مطالبه ارش نماید و شرکای دیگر هم نمی‌توانند با دادن ارش از برهم‌زدن تقسیم جلوگیری کنند. (سلطانیان، ۱۳۸۸: ۴۱) علت آن است که حق اخذ ارش در بیع جنبه استثنایی داشته و نمی‌توان آن را به سایر موارد سرایت داد و سکوت ماده ۶۰۰ قانون مدنی در مورد مطالبه ارش به مفهوم عدم جواز مطالبه آن است. البته گروهی از فقها معتقدند با ظهور عیب در حصه یکی از شرکا تعدیلی که شرط صحت تقسیم بوده منتفی می‌شود و شریک بین اخذ ارش و فسخ مختار می‌شود. به عبارتی این دسته از فقها قائل به اخذ ارش نیز می‌باشند. (عمیدی، ۱۴۱۶ق: ۵۱۷)

گروهی معتقدند ماده ۶۰۰ قانون مدنی عیب در مال موضوع تقسیم را با عیب مبیع همسان دانسته و برای چنین شریکی حق فسخ پیش‌بینی کرده‌اند، زیرا وجود عیب در حصه یکی از شرکا باعث می‌شود مساوات و عدالت در تقسیم از بین برود، البته استفاده از حق فسخ مشروط بر این است که عیب قبل از تقسیم موجود بوده و حین تقسیم ایجاد نشده باشد. (کاشانی، ۱۳۷۶: ۱۵۵) به عبارتی ایشان معتقدند اگر در حال تقسیم عیبی در بعضی از اموال مشترک باشد شخصی که عالم به عیب نبوده و





مال معیوب در حصه او واقع شده حق فسخ دارد، زیرا لزوم این تقسیم موجب ضرر است و همان طور که در بیع، مشتری در صورت جهل به عیب مبیع اختیار فسخ دارد در تقسیم نیز چنین شریکی حق فسخ دارد. (حائری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۵۴۲) دکتر جعفری لنگرودی نیز در این باره می‌نویسد ماده ۶۰۰ ناظر به افراز به تراضی است و حق برهم‌زدن هم ناشی از اختیار عیب است و در مورد تقسیم اجباری باید از ماده ۶۰۱ قانون مدنی استفاده کرد. به عبارتی ایشان در صورت ظهور عیب در تقسیم به تراضی قائل به فسخ و در تقسیم اجباری قائل به بطلان شده‌اند. (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۳۳۵)

در مقابل عده دیگری معتقدند عبارت «حق دارند تقسیم مزبور را برهم بزنند» در ماده ۶۰۰ به معنای ابطال است نه فسخ یا انفساخ، زیرا قانونگذار می‌توانست بگوید چنین شریکی می‌تواند تقاضای فسخ تصمیم اتخاذ شده در مورد تقسیم را بنماید یا تقسیم خود به خود منفسخ می‌شود و به همین دلیل هم راه‌حل دیگری مانند پرداخت ارزش را مقرر نکرده، چون ارزش در بطلان وجهه حقوقی ندارد. (نوبین، ۱۳۷۸: ۴۲) در تأیید این نظر گفته شده هر چند ظاهر ماده ۶۰۰ به گونه‌ای است که گویا مستند حکم «اختیار عیب» است چون در صورتی می‌تواند مورد استناد قرار بگیرد که عیب در هنگام تقسیم وجود داشته، ولی مخفی مانده و مانند اختیار عیب در بیع، شریک جاهل حق برهم‌زدن تقسیم را پیدا می‌کند، ولی با توجه به مفهوم تقسیم به نظر می‌رسد در صورت درخواست شریک متضرر بطلان مرجح است. (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۳۶۴)

در تحلیل نظرات باید گفت با توجه به اینکه قانونگذار عامدانه در ماده ۶۰۰ از عبارت «برهم‌زدن» استفاده کرده و در دو ماده بعد از «باطل می‌شود» یا «باطل است» استفاده نموده، نشان دهنده آن است که تقسیم به طور صحیح انجام شده و شرایط قانونی لازم را داشته و صرفاً برای جلوگیری از ضرر ناشی از عیب و جبران آن، حق فسخ پیش‌بینی شده است. (سرخ، ۱۳۸۴: ۱۵۲) لیکن به خلاف آنچه در اختیار عیب در بیع معمول است در اینجا فقط حق فسخ وجود دارد نه مطالبه ارزش، زیرا تقسیم، بیع نیست.

نتایج و پیشنهادات

در نظام حقوقی ایران شرکت از نظر موضوع به دو قسم حقوقی و تجاری تقسیم شده و تابع قواعد و مقررات مختلفی است و مهم‌ترین وجه تمایز آنها در وجود شخصیت حقوقی برای شرکت‌های تجاری و عدم وجود شخصیتی حقوقی مستقلی برای شرکت‌های حقوقی است. شرکت حقوقی یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق مدنی است که مسائلی چند از آن به دلیل عدم تصریح قانون مدنی موضع اتفاق نیست. برای مثال



قانون مدنی به ماهیت تقسیم تصریح نکرده در حالی که بر تشخیص ماهیت آن آثار فراوانی مترتب می‌گردد. این مسئله در فقه نیز موجب بحث و ارائه نظرات متعددی میان فقها شده است. اغلب فقهای عامه به دلیل مبادله سهم مشاع با حصه خاصی از آن، بر بیع بودن تقسیم استدلال نموده‌اند. گروه دیگر ماهیت تقسیم را معاوضه دانسته و اعتقادشان بر این است که مبادله و نقل و انتقال بین حصص، آن را ذیل عنوان معاوضه قرار می‌دهد. تعداد اندکی معتقد به انعقاد عقد صلح می‌باشند و بر آن هستند که در تقسیم به تراضی، تراضی شرکا هیچ عنوانی جز صلح بلاعوض نمی‌تواند داشته باشد.

گروهی از فقها و حقوقدانان نیز تقسیم را معامله‌ای مستقل می‌دانند که ذیل هیچ یک از عقود اعم از بیع، صلح و... قرار نمی‌گیرد بلکه به اعتبار عموم و اطلاقات باب معاملات، خود عنوان معامله‌ای مستقل دارد. اکثر فقهای امامیه و نیز حقوقدانان ماهیت تقسیم را تمییز حق می‌دانند و معتقدند آنچه در تقسیم اتفاق می‌افتد تنها تمییز و تعیین حصص شرکا می‌باشد و شرکا جز این منظور را قصد نکرده‌اند.

به نظر می‌رسد، با توجه به اینکه انعقاد هر معامله و عقدی نیاز به قصد انشاء دارد و عرفاً شرکا در تقسیم قصد انعقاد بیع، معاوضه و... را ندارند و تنها درصدد تعیین سهم خود می‌باشند، بهتر آن است که ماهیت تقسیم را تمییز حق بدانیم که مشمول عنوان هیچ عقدی نیست و در نتیجه احکام معاملی مانند اقاله، حق شفعه و خیرات بر آن جاری نمی‌شود. این نظر با قول مشهور فقها نیز منطبق است. به عبارتی تقسیم مال مشترک نه عقد است و نه ایقاع بلکه حکمی از احکام قانونگذار است که بر فعل شرکا مترتب می‌شود. با توجه به اینکه بر مشخص شدن ماهیت تقسیم اموال مشترک آثار زیادی مترتب می‌گردد، پیشنهاد می‌شود:

۱. قانونگذار در مبحث دوم از فصل هشتم قانون مدنی راجع به تقسیم اموال مشترک، ابتدا ماهیت تقسیم را مشخص نماید و چنانچه آن را یکی از عقود معین می‌داند در باب سوم قانون مدنی به ذکر آن به عنوان یکی از عقود معین بپردازد.
۲. در مواد مربوط به تقسیم مال مشترک از الفاظی استفاده نماید که به طور صریح بیانگر اراده قانونگذار بوده و مبهم نباشد. برای مثال با اصلاح ماده ۵۹۹ و بیان امکان یا عدم امکان اقاله تقسیم، ابهام موجود در این زمینه را برطرف نماید.
۳. امکان یا عدم امکان تحقق خیار عیب در صورت بروز عیب در تقسیم را اعلام نماید.



منابع و مأخذ:

- ابن احمدیزدی، ابوالقاسم (۱۳۷۴)، ترجمه فارسی شرایع الاسلام، ج ۱، ج ۷، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۵)، حقوق مدنی: ج ۲، ج ۱۲، تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۰)، «تعیین قانون حاکم بر تقسیم سود در شرکتهای سهامی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۳، ص: ۵۴-۳۵.
- آشتیانی، میرزا محمد حسن (۱۴۲۵ق)، کتاب القضاء، ج ۱، قم: انتشارات زهیر.
- آل کاشف الغطاء، محمدحسین (۱۳۵۹ق)، تحریر المجله، ج ۵-۱، نجف اشرف.
- بازالبنانی، سلیم رستم (۱۳۰۴ق)، شرح المجله، ج ۱، ج ۳، بیروت: انتشارات الحلبي الحقوقیه.
- بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹ق)، القواعد الفقهیه، ج ۱، قم: نشر الهادی.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- بصری بحرانی، زین الدین محمد امین (۱۴۱۳ق)، کلمه التقوی، ج ۳، قم: نشر سید جواد ودعی.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹)، مجموعه محشای قانون مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۷)، اساس در قوانین مدنی، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- _____ (۱۳۸۸)، ترمینولوژی حقوق، ج ۲۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- _____ (۱۳۵۷)، دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- _____ (۱۳۴۹)، حقوق مدنی (رهن-صلح)، ج ۱، تهران: انتشارات حقوقی ابن سینا.
- حائری شهاباغ، سیدعلی (۱۳۷۶)، شرح قانون مدنی، ج ۱، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.
- حائری، سیدعلی (بی تا)، ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، ج ۱، قم: موسسه آل البيت علیهم السلام.
- حسینی تهرانی، سیدمرتضی (۱۳۶۵)، «شرکت و مفاهیم آن و مختصات شرکت مدنی»، فصلنامه حق، ش ۷، ص: ۶۶-۳۲.
- حسینی، سید محمدرضا (۱۳۷۹)، قانون مدنی در رویه قضایی، ج ۱، تهران: انتشارات مجد.
- حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفة الحلال والحرام، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.



- خوانساری، محمد(بی‌تا)، *الحاشیة الثانية على المكاسب*، ج ۱، [بی‌جا].
- رشتی گیلانی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۱ق)، *کتاب القضاء*، ج ۱، قم: نشر دار القرآن الکریم.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، *مہذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، ج ۴، قم: نشر موسسه المنار.
- _____ (بی‌تا)، *جامع الاحکام الشرعیہ*، ج ۹، قم: نشر موسسه المنار.
- سرخی، علی (۱۳۸۴)، *تقسیم اموال مشترک*، ج ۱، تهران: انتشارات فکرسازان.
- سلطانیان، صحبت‌الله (۱۳۸۸)، *کارگاه آموزشی حقوق*، ج ۳، ۱، تهران: نشر میزان.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد(بی‌تا)، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۸، ج ۳، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- سید احمدی سجادی، سید علی (۱۳۷۸)، «مقایسه شرکت مدنی و شرکت تجاری در حقوق ایران»، *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، ش ۴، ص: ۱۶۰-۱۳۵.
- سیفی مازندرانی، علی اکبر (۱۴۲۷ق)، *دلیل تحریرالوسیلہ*، ج ۱، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- شهیدصدر، سید محمد (۴۲۰ق)، *ماوراء الفقه*، ج ۱، بیروت: نشر دار الاضواء للطباعة.
- شهیدی، مهدی (۱۳۶۵)، «وضعیت حقوقی تصرفات شریک در مال مشاع»، *فصلنامه حق*، ش ۶، ص: ۱۳۹-۱۳۱.
- صادقی گلدار، احمد (۱۳۶۶)، «عقد شرکت، مفهوم و قلمرو آن»، *فصلنامه حق*، ش ۹، ص: ۱۸۹-۱۷۷.
- طاهری، حبیب‌الله (۱۳۷۵)، *حقوق مدنی*، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طباطبائی الحکیم، سید محسن (بی‌تا)، *مستمسک العروة الوثقی*، ج ۱۳، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم (۱۳۷۶ق)، *العروة الوثقی*، ج ۲، ج ۴، قم: انتشارات دار التفسیر.
- _____ (۱۴۱۴ق)، *تکملة العروة الوثقی*، ج ۱، قم: نشر کتابفروشی.
- _____ (۱۴۱۵ق)، *سؤال و جواب*، ج ۱، تهران: نشر العلوم الاسلامی.
- عاملی، زین الدین بن علی (۱۴۱۴ق)، *مسالك الافهام*، ج ۴، ج ۱، قم: نشر موسسه معارف الاسلامیه.
- _____ (۱۴۲۰ق)، *الحاشیة الثانية على الالفیة*، ج ۱، قم: نشر دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- عدل(منصور السلطنه)، مصطفی (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی*، ج ۱، قزوین: انتشارات طه.
- عراقی، آقا ضیاء‌الدین (۱۴۲۱ق)، *کتاب القضاء (تقریرات للنجم آبادی)*، ج ۱، قم: نشر موسسه معارف اسلامی امام رضا علیه السلام.



- عمیدی، سید عمیدالدین (۱۴۱۶ق)، *کنزالفوائد فی حل مشکلات القواعد*، ج ۱، قم: نشر دفتر انتشارات اسلامی.
- فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق)، *کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام*، ج ۱، قم: نشر دفتر انتشارات اسلامی.
- قرافی، امام شهاب‌الدین ابی‌العباس (۱۴۲۴ق)، *الفروق القواعد السنیه فی الاسرار الفقهیه*، بیروت: المكتبة العصرية.
- قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱)، *جامع الشتات*، ج ۳، ج ۱، تهران: انتشارات کیهان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس‌هایی از عقود معین)*، ج ۱، ج ۱۵، تهران: انتشارات گنج دانش.
- _____ (۱۳۹۰)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، ج ۳۲، تهران: نشر میزان.
- _____ (۱۳۷۹)، *حقوق مدنی (مشارکت‌ها-صلح)*، ج ۵، تهران: انتشارات گنج دانش.
- کاشانی، ابوبکر بن مسعود (۱۳۹۴ق)، *بدایع الصنایع (فقه حنفی)*، ج ۷، ج ۱، بیروت: دارالکتاب.
- کاشانی، محمود (۱۳۷۶)، *اندیشه‌هایی در حقوق امروز*، ج ۱، تهران: نشر حقوقدان.
- _____ (۱۳۸۸)، *حقوق مدنی (قراردادهای ویژه)*، ج ۱، تهران: نشر میزان.
- لنکرانی، محمدافضل (۱۴۲۵ق)، *تفصیل الشریعه فی شرح تحریر الوسیله*، ج ۱، قم: نشر مرکز فقه ائمه اطهار علیهم‌السلام.
- محقق حلی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۳ق)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، ج ۳، تهران: استقلال.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، *قواعد فقه*، ج ۲۳، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- مغنیه، محمدجواد (۱۴۲۱ق)، *فقه الامام الصادق علیه‌السلام*، ج ۲، قم: نشر موسسه انصار یان.
- موسوی گلپایگانی، سید محمدرضا (۱۴۱۳ق)، *هدایة العباد*، ج ۱، قم: نشر دارالقرآن الکریم.
- موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۴۰۴ق)، *زیادة الاحکام*، ج ۱، تهران: نشر سازمان تبلیغات اسلامی.
- _____ (بی‌تا)، *تحریر الوسیله*، ترجمه علی اسلامی، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- نجفی، محمدحسن (بی‌تا)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۲۶، ج ۷، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.
- نجفی، محمدحسین بن علی (کاشف الغطاء) (۱۳۶۶ق)، *وجیزة الاحکام*، ج ۲، نجف اشرف: مؤسسه کاشف الغطاء.
- نوین، پرویز (۱۳۷۸)، *حقوق مدنی*، ج ۷، ج ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.