

Instances of Deviation from Trial's Rules in the Claim to Sale Heritage with a View to Judicial Procedure

*Ehsan Bahramy**¹

1. Ph.D. Student in Private Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

*. **Corresponding Author:** Email: e_bahramy@sbu.ac.ir

A B S T R A C T

When a person dies and leaves Registered heritage, final owners of heritage may intend to sale heritage because of practical problems of parcenary in ownership. Evidently, if sale of foregoing heritage is not peacefully Feasable, claim to sale heritage will appear. Trial of claim to sale heritage is sometimes in contrast with the rules of trial and adherent to exceptional provisions. Hence, the claim to sale, which is propounded in the courts, will be Heard only after propounding the claim to partite in documents and estates registration office and Emissioning the certification of non-partition. The request of claim must be passing sentence in an exceptional mode and subsequently, the court determines to sale in an exceptional format. Determining to sale in an exceptional format has effects.



Publisher:

Shahr-e- Danesh
Research And Study
Institute of Law

Article Type:

Original Research

DOI:

10.48300/JLR.2021.129114

Received:

12 January 2020

Accepted:

27 January 2020

Published:

22 May 2021

Copyright & Creative Commons:

© The Author(s). 2021 Open Access. This article is licensed under a Creative Commons Attribution Non-Commercial License 4.0, which permits use, distribution and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. To view a copy of this licence, visit <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>.



First, determination to sale is not subject to the *functus officio* and judgment of the judge rules. Second, although it is not possible to protest to determination to sale through ordinary and extraordinary ways established in civil procedure code, interested individuals can lawsuit for revocation of the determination to sale. Third, determination to sale is always contradictory. In this paper, we intend to specify foregoing instances in a theoretical mode and search them in judicial procedure.

Keywords: Claim, Sale, Heritage, Rule, Exception.

Excerpted from the dissertation entitled “Special Formalities of Inheritance Claims with a View to Iranian Judicial Procedure”, University of Judicial Sciences and Administrative Services, Faculty of Judicial Law.

Funding: The author(s) received no financial support (funding, grants, and sponsorship) for the research, authorship, and/or publication of this article.

Author contributions: Ehsan Bahramy: Conceptualization, Methodology, Analysis, Investigation, Resources, Writing Original Draft, Writing Review & Editing, Supervision and Project Administration.

Competing interests: The authors declare that they have no competing interests.

Citation:

Bahramy, Ehsan. “Instances of Deviation from Trial’s Rules in the Claim to Sale Heritage with a View to Judicial Procedure” *Journal of Legal Research* 20, no. 45 (May 22, 2021): 257-274.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مصادیق عدول از قواعد دادرسی در دعوای فروش ترکه با نگرش به رویه قضایی

احسان بهرامی*^۱

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی.
* نویسنده مسئول: Email: e_bahrmy@sbu.ac.ir

چکیده:

زمانی که انسان فوت می‌کند و ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتی خاتمه‌یافته‌ای را از خود به‌جای می‌گذارد، ممکن است مالکین نهایی ترکه به‌جهت مشکلات عملی ناشی از اشاعه در مالکیت، ناگزیر گردند تا به فروش ترکه بپردازند. بدیهی است که اگر فروش چنین ترکه‌ای از طریق مسالمت‌آمیز ممکن نباشد، دعوای فروش ترکه موضوعیت پیدا می‌کند. دادرسی دعوای فروش ترکه گاهی مطابق با قواعد دادرسی نبوده و تابع مقرراتی استثنائی می‌باشد. از این‌رو، دعوای فروش که در محاکم دادگستری مطرح می‌شود، باید مسبوق به طرح دعوای افراز در اداره ثبت اسناد و املاک و صدور گواهی عدم‌افراز باشد. خواسته دعوی، صدور دستور است؛ نه حکم و متعاقب آن، دادگاه دستور صادر می‌کند؛ نه حکم. صدور دستور به‌جای حکم، آثاری به این شرح دارد که نخست، دستور فروش مشمول قاعده فراغ دادرسی و اعتبار امر قضاوت‌شده نمی‌گردد؛ دوم، علی‌رغم اینکه امکان اعتراض از طرق عادی و فوق‌العاده که در قانون آیین دادرسی مدنی مقرر گشته است، به دستور



نوع مقاله:
پژوهشی

DOI:

10.48300/JLR.2021.129114

تاریخ دریافت:
۲۲ دی ۱۳۹۸

تاریخ پذیرش:
۷ بهمن ۱۳۹۸

تاریخ انتشار:
۱ خرداد ۱۴۰۰



مؤسسه مطالعات
و پژوهش‌های حقوقی شهردانش

فروش وجود ندارد، اشخاص ذی‌نفع می‌توانند دعوای ابطال دستور فروش را در دادگاه محل وقوع ترکه مطرح کنند؛ سوم نیز اینکه دستور فروش همیشه حضوری است. در این مقاله قصد داریم به تبیین نظری مصادیق یادشده و جستجوی آن در رویه قضایی بپردازیم.

کلیدواژه‌ها:

دعوی، فروش، ترکه، قاعده، استثناء.

برگرفته از پایان‌نامه با عنوان «تشریفات خاص دعوای ارث با نگرشی به رویه قضایی ایران»، دانشگاه علوم قضایی و خدمات اداری، دانشکده حقوق قضایی.

حامی مالی:

این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

مشارکت نویسندگان:

احسان بهرامی: مفهوم‌سازی، روش‌شناسی، تحلیل، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن، پیش‌نویس اصلی، نوشتن، بررسی و ویرایش.

تعارض منافع:

بنابر اظهار نویسندگان، این مقاله تعارض منافع ندارد.

استناددهی:

بهرامی، احسان «مصادیق عدول از قواعد دادرسی در دعوای فروش ترکه با نگرش به رویه قضایی». مجله پژوهش‌های حقوقی ۲۰، ش. ۴۵ (۱ خرداد، ۱۴۰۰): ۲۵۷-۲۷۴.



مقدمه

دعوی فروش ترکه زمانی مطرح می‌شود که بحث از ترکه مشاع در میان باشد. آنجا که لااقل یکی از مالکین متعدد ترکه، موافق ادامه اشاعه در مالکیت نباشد و سودای فروش ترکه را در ذهن بپروراند. بدیهی است که در چنین وضعیتی، مالکی که راضی به تداوم اشاعه در مالکیت نیست، می‌تواند مستقلاً حصه خود از ترکه را به دیگری انتقال دهد و در صورت عدم امکان، از طریق توافق با سایر شرکا، از طریق تقسیم ترکه به اشاعه در مالکیت پایان دهد. با وجود این، اگر طریق اخیر نیز مسدود باشد، مالک مخالف ادامه اشاعه در مالکیت می‌تواند از باب قاعده «الحاکم ولی الممتنع» با مراجعه به حاکم تقاضای فروش ترکه را بکند.

خواهان فروش ترکه، از دو طریق می‌تواند الزام سایر شرکا به فروش ترکه را از حاکم بخواهد. طریق نخست این است که خواهان باید بر اساس فصل هفتم از باب پنجم ق.ا.ح. دعوی تقسیم ترکه به‌طور کلی را مطرح نماید. در چنین حالتی، خواسته خواهان باید تقسیم ترکه باشد و منظور از تقسیم در چنین وضعیتی، تقسیم به جمیع اقسام آن، یعنی تقسیم به افزاز، تقسیم به تعدیل، تقسیم به رد و تقسیم به فروش می‌باشد. چنین طریقی را می‌توان از اطلاق لفظ تقسیم در ماده ۳۰۰ و مواد ۳۱۶ و ۳۱۷ قانون امور حسبی^۱ به‌وضوح ملاحظه کرد. طریق دوم که تنها در خصوص ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتي خاتمه‌یافته امکان‌پذیر است، این است که خواهان فروش چنین ترکه‌ای باید بر اساس قانون افزاز و فروش املاک مشاع مصوب ۱۳۵۷ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۵۸، دعوی فروش ترکه را مطرح نماید. در چنین حالتی، خواسته خواهان باید فروش ترکه باشد. در خصوص طریق دوم که همانا دعوی فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتي خاتمه‌یافته است، ملاحظه می‌گردد که گاهی از مقررات قاعده‌محور دادرسی عدول می‌گردد و احکام استثنائی جایگزین آن می‌شود. در نوشته حاضر، در کنار شناسایی مصادیق عدول از قواعد دادرسی در چنین دعوایی، به بازخورد رویه قضایی نسبت به آنها خواهیم پرداخت؛ چراکه مطالعه حقوق شکلی بدون توجه به رویه قضایی، اصولاً عقیم می‌باشد و برداشت‌های اشتباه موجود در رویه قضایی در این خصوص نیز ناشی از همین عدم‌بذل توجه بوده است.^۲

۱. ماده ۳۰۰ ق.ا.ح.: «در صورت تعدد ورثه هریک از آنها می‌توانند از دادگاه درخواست تقسیم سهم خود را از سهم سایر ورثه بخواهند.» ماده ۳۱۶ ق.ا.ح.: «تقسیم طوری به‌عمل می‌آید که برای هریک از ورثه از هر نوع اموال حصه‌ای معین شود و اگر بعضی از اموال بدون زیان قابل‌قسمت نباشد، ممکن است آن را در سهم بعضی از ورثه قرار داد و برابر بهای آن از سایر اموال در سهم دیگران منظور نمود و اگر تعدیل محتاج به ضمیمه پول به اموال باشد، به ضمیمه آن تعدیل می‌شود.» ماده ۳۱۷ ق.ا.ح.: «در صورتی که مالی اعم از منقول یا غیرمنقول قابل تقسیم و تعدیل نباشد، ممکن است فروخته شده بهای آن تقسیم شود...»

۲. لازم به ذکر است که با دقت نظر در تعاریف یادشده علمای حقوق از مفهوم دعوا، دعوی فروش ترکه یک دعوی تمام‌عیار است؛ چه آنکه می‌توان گفت که در تعاریف ارائه‌شده از دعوا، دو رکن مشترک وجود دارد: رکن اول عبارت است از اینکه دعوا باید از سوی مدعی و خواهان آن مطرح شود که عبارات «اشخاص، مدعی و مدعی حق» بیانگر این مهم است. رکن دوم نیز عبارت است از اینکه دعوی باید طرفی داشته باشد که پیش از طرح دعوی، حق موردادعا را تزییع یا ←

۱- خواسته دعوی، صدور دستور فروش

۱-۱- تبیین نظری

قاعده این است که آنجا که شخص جهت فصل خصومت و حل اختلاف خود با شخص یا اشخاص دیگر به اقامه دعوی روی می‌آورد، از دادگاه تقاضای صدور حکم جهت فصل خصومت و دعوی حادث شده میان او و شخص یا اشخاص دیگر را دارد. در نتیجه این قاعده است که ماده ۲۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی^۳ تصمیم دادگاه راجع به ماهیت دعوی و قاطع آن به‌طور کلی یا جزئی را حکم دانسته است.

با وجود این، در دعوی فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتی خاتمه‌یافته، علی‌رغم اینکه خواهان جهت فصل خصومت و حل اختلاف خود با شخص یا اشخاص دیگر به اقامه دعوی روی می‌آورد، باید از دادگاه تقاضای صدور دستور فروش را داشته باشد. این حکم خاص و خلاف قاعده را می‌توان در ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع که مقرر می‌دارد: «ملکی که به‌موجب تصمیم قطعی غیرقابل افراز تشخیص داده شود با تقاضای هریک از شرکاء به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود» و ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی این قانون که مقرر می‌دارد: «در صورت صدور حکم قطعی بر غیرقابل تقسیم بودن ملک دادگاه شهرستان بر حسب درخواست یک یا چند نفر از شرکاء دستور فروش آن را به دایره اجرای دادگاه خواهد داد...» جستجو کرد؛ زیرا دادگاه در حدود درخواست خواهان مبادرت به اتخاذ تصمیم قضایی می‌کند و زمانی که تصمیم قضایی، صدور دستور فروش باشد، نتیجه می‌شود که خواسته نیز صدور دستور فروش بوده است.^۴

انکار کرده باشد که عبارات «دیگری، انکار یا تجاوز و انکار یا تضییع» بیانگر این مهم است. رکن اول، لزوم طرح دعوی از سوی ذی‌نفع و رکن دوم، ترافی بودن دعوی نام دارد. (جهت ملاحظه تعریف علمای حقوق از دعوی، نک: ناصر کاتوزیان، اعتبار امر قضاوت‌شده در دعوی مدنی (تهران: دادگستر، ۱۳۷۶)، ۱۱۸؛ احمد متین‌دفتری، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی (تهران: مجد، ۱۳۷۸)، جلد اول، ۲۰۹؛ قدرت‌الله واحدی، آیین دادرسی مدنی (تهران: میزان، ۱۳۷۷)، ۲۸۳.)
 ۳. ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م: «چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوی و قاطع آن به‌طور جزئی یا کلی باشد، حکم و در غیر این صورت، قرار نامیده می‌شود.»

۴. این شبهه را نیز باید از ذهن زدود که به‌موجب رأی وحدت رویه شماره ۷۱۹ هیئت عمومی دیوان عالی کشور مورخ ۱۳۹۰/۰۲/۲۰ (جهت ملاحظه رأی وحدت رویه شماره ۷۱۹، نک: سید احمد باختر، مجموعه کامل آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور (تهران: جنگل، ۱۳۹۴)، جلد اول، ۸۱۵ و ۸۱۶) دیگر امکان طرح دعوی فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتی خاتمه‌یافته وجود ندارد و هر ادعایی که هست باید بر اساس طرح دعوی تقسیم ترکه به‌طور کلی مطرح شود. (جهت ملاحظه نظری که این شبهه را تقویت نموده است، نک: حسین قربانیان، آیین رسیدگی به درخواست تقسیم ترکه و مطالبه سهم/ارث (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴)، ۳۲-۲۹؛ زیرا محل نزاع در رأی وحدت رویه موصوف، جایی است که خواهان، دعوی به خواسته تقسیم ترکه مطرح کرده است و بدیهی است که خواسته تقسیم ترکه، همان‌طور که گفتیم، دلالت بر تقسیم ترکه به جمیع اقسام تقسیم، یعنی تقسیم به افراز، تقسیم به تعدیل، تقسیم به رد و تقسیم به فروش دارد و همین دلالت سبب می‌گردد که دعوی تابع ق.ا.ح. باشد؛ نه ق.ا.و.ف.ا.م. آری از این رو است که رأی منتخب هیئت عمومی دیوان عالی کشور جهت صدور رأی وحدت رویه در امان نظر خود می‌آورد که: «... چون تقسیم ترکه ملازمه با افراز ندارد، لذا از شمول قانون افراز و فروش املاک مشاع خارج است...» ←

۱-۲- جستجو در رویه قضایی

چنین حکم خاصی در رویه قضایی نیز مشاهده می‌گردد. به‌عنوان نمونه، به‌موجب دادنامه شماره ۱۰۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۴/۱۱ صادره از شعبه چهل و دوم دادگاه حقوقی تهران^۵، قضیه از این قرار است که چند تن از ورثه دعوایی به خواسته رسیدگی و صدور دستور فروش ترکه غیرمنقول دارای پلاک ثبتی به طرفیت سایر ورثه در دادگاه حقوقی تهران مطرح می‌کنند. پس از ارجاع پرونده به شعبه چهل و دوم، این شعبه با استناد به: «... ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع مجوز فروش ملک مزبور تحت نظارت واحد اجرای احکام مدنی و بر اساس مواد ۱۳۷ و بعد قانون اجرای احکام مدنی ...»^۶ دستور فروش ترکه را صادر می‌کند.

سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که در صورتی که خواسته خواهان، «صدور دستور فروش» نباشد و «صدور حکم به فروش» یا «صدور حکم به دستور فروش» یا مواردی از این قبیل باشد، باید چه تصمیمی گرفت؟

در پاسخ لازم می‌آید که به رویه قضایی گریزی بزنیم؛ جایی که به‌موجب دادنامه شماره ۴۲۵ مورخ ۱۳۹۱/۰۵/۰۴ صادره از شعبه سی و هشتم دادگاه حقوقی تهران^۷، ماجرا از این قرار است که خواهان دعوایی به خواسته صدور حکم مبنی بر دستور فروش ملک مشاع دارای جریان ثبتی خاتمه‌یافته به طرفیت خوانده در دادگاه حقوقی شهرستان تهران مطرح می‌نماید. پس از ارجاع پرونده به شعبه سی و هشتم، این شعبه اعلام می‌کند که: «... خواسته متقاضی مورد اجابت قرار می‌گیرد و حکم به فروش ملک مذکور تقسیم بهای آن بین شرکا به نسبت حصه و به استناد مواد ۱ و ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاعی و ماده ۱۰ آیین‌نامه صادر و اعلام می‌گردد ...». سپس خوانده از حکم صادره تجدیدنظرخواهی می‌کند و شعبه سیزدهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران^۸ پس از ارجاع پرونده به آن با بیان اینکه: «در خصوص تجدیدنظرخواهی ... نسبت به دادنامه ۴۲۵-۱۳۹۱/۰۵/۰۴ صادره از شعبه ۳۸ دادگاه عمومی تهران که بر اساس آن دستور فروش ملک متنازع‌فیه صادر شده است نظر به اینکه دستور فروش از موارد تجدیدنظرخواهی در ماده ۳۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی نمی‌باشد بنابراین قابل تجدیدنظر نبوده و باتوجه به وحدت ملاک تبصره ۳ ماده ۳۳۹ قانون آیین دادرسی مدنی صرف نوشتن قابل اعتراض در زیر رأی دادگاه بدوی نمی‌تواند موجبات تجدیدنظرخواهی دادنامه

گویی شعبه محترم هم‌نظر با ما بر این باور بوده است که زمانی که از تقسیم ترکه نام برده می‌شود، مراد از آن تقسیم ترکه به جمیع اقسام تقسیم و به عبارتی، تقسیم ترکه به‌طور کلی است؛ درحالی که به تقسیم به افراز و فروش موضوع ق.ا.و.ف.ا.م، تقسیم ترکه گفته نمی‌شود؛ بلکه تقسیم ترکه به معنای خاص گفته می‌شود. لذا از این روست که تقسیم ترکه را دارای ملازمه با افراز نمی‌داند.

۵. پژوهشگاه قوه قضائیه، بانک داده آراء، ۳ آبان ۱۳۹۷، www.j.ijri.ir.

۶. دادگاه به‌جای عبارت «دستور فروش» از عبارت «مجوز فروش» استفاده کرده است که به‌نظر می‌رسد که مسامحه در تعبیر بوده است و باتوجه به مستندات قانونی ذکر شده در رأی، موثر در مقام نمی‌باشد.

۷. پژوهشگاه قوه قضائیه، پیشین.

۸. همانجا.

تجدیدنظرخواسته را فراهم نماید بنابراین دادگاه تجدیدنظر با تکلیفی مواجه نمی‌باشد...» پرونده را با صدور قرار رد دادخواست تجدیدنظرخواهی به دادگاه بدوی اعاده می‌کند. همان‌طور که ملاحظه گردید، خواسته خواهان، صدور حکم مبنی بر دستور فروش بود و تصمیم دادگاه بدوی نیز مطابق خواسته خواهان صورت گرفت. چنین تصمیمی از این جهت که خلاف مقرر ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع و ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی آن است، خلاف قانون است؛ چه آنکه بر اساس مقررات پیش‌گفته دادگاه مکلف است دستور فروش صادر کند؛ نه حکم به دستور فروش. دادگاه تجدیدنظر نیز در کمال شگفتی در فرازهای نخستین رأی خود از اظهارنظر دادگاه بدوی به «دستور فروش» یاد می‌کند و با عبور سهل‌انگارانه از این مهم، به عدم‌قابلیت تجدیدنظرخواهی از رأی صادره می‌پردازد؛ درحالی‌که همان‌طور که خواهیم گفت، آنچه قابلیت تجدیدنظرخواهی ندارد، دستور فروش است؛ درحالی‌که در مانحن‌فیه حکم صادر گشته است و قضیه متفاوت خواهد بود.

به هر رو، به نظر می‌رسد آنچه که موافق تشریفات دادرسی می‌باشد این است که دعوای فروش در وضعیتی که خواسته آن صدور حکم باشد و نه صدور دستور، برابر قانون مطرح نشده است و مستند به ماده ۲ ق.آ.د.م^۹ باید در این خصوص قرار عدم‌استماع صادر نمود.

۲- گواهی عدم‌افراز

۲-۱- لزوم مراجعه پیشین به مرجع غیرقضایی و ارائه گواهی عدم‌افراز

قاعده این است که آنگاه که شخص حق خویش را موردتضییع یا انکار غیر می‌بیند، می‌تواند مستقیماً به دادگستری مراجعه کرده و با طرح دعوی، در مقام مطالبه حق خویش برآید. این قاعده از اصل صد و پنجاه و نهم ق.ا. که مقرر می‌دارد: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است...» استفاده می‌شود.

با وجود این، چنین قاعده‌ای درخصوص دعوای فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتي خاتمه‌یافته با استثناء مواجه می‌شود و آن استثناء این است که شخص باید ابتدا با طرح دعوای افراز در اداره ثبت اسناد و املاک و پس از اظهارنظر قطعی این مرجع درخصوص غیرقابل‌افراز بودن ترکه^{۱۰}، دعوای فروش را در دادگستری مطرح کند. این استثناء را می‌توان در ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع که مقرر می‌دارد: «ملکی که به‌موجب تصمیم قطعی غیرقابل‌افراز تشخیص داده شود با تقاضای هریک از شرکاء به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود» و ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی این قانون که مقرر می‌دارد: «در صورت صدور حکم قطعی بر غیرقابل‌تقسیم بودن ملک دادگاه شهرستان

۹. ماده ۲ ق.آ.د.م: «هیچ دادگاهی نمی‌تواند به دعوایی رسیدگی کند مگر اینکه شخص یا اشخاص ذی‌نفع یا وکیل یا قائم‌مقام یا نماینده قانونی آنان رسیدگی به دعوی را برابر قانون درخواست نموده باشند.»

۱۰. جهت ملاحظه مفهوم افراز، نک: علی‌اکبر دهخدا، *لغت‌نامه* (تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۷)، جلد دوم، ۳۰۳۸، محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دایرةالمعارف علوم اسلامی (قضایی)* (تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱)، جلد دوم، ۶۵۶.

برحسب درخواست یک یا چند نفر از شرکاء دستور فروش آن را به دایره اجرای دادگاه خواهد داد...» یافت. آری نظر به چنین استثنائی است که برخی از حقوقدان‌ها گفته‌اند که: «... قابل‌افراز نبودن ملک باید پیش از درخواست فروش به‌وسیله تصمیم قطعی واحد ثبتی احراز شود و نمی‌تواند مقدمه درخواست باشد.»^{۱۱} بدیهی است که بر خواهان الزامی وجود ندارد مبنی بر اینکه اظهارنظر قطعی مبنی بر عدم‌قابلیت افراز را ضمیمه دعوا کند؛ چراکه در هر حال این تکلیف دادگاه است که با استعلام از اداره ثبت اسناد و املاک، تصمیم قطعی دال بر عدم‌قابلیت افراز ترکه را احراز کند.

۲-۲- ضمانت اجرای مراجعه ابتدایی به مرجع قضایی

بسیار رخ می‌دهد که خواهان دعوای فروش ترکه پیش از مراجعه به اداره ثبت اسناد و املاک طرح دعوای افراز ترکه نزد این مرجع، مستقیماً به دادگستری مراجعه می‌کند و با طرح دعوای فروش ترکه، در مقام مطالبه حق خویش برمی‌آید. در این حالت، قدر مسلم این است که خواهان ناقض مقررات شکلی گشته است و سؤالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که ضمانت اجرای نقض پیش گفته چه خواهد بود؟

احتمال نخست این است که از آنجاکه دادگاه اظهارنظر راجع به دعوای مطروحه را منوط به اظهارنظر اداره ثبت اسناد و املاک می‌بیند، با صدور قرار اناطه، منتظر اقدام خواهان در خصوص اخذ تصمیم اداره ثبت اسناد و املاک بماند. این احتمال از این جهت تضعیف و رد می‌شود که به موجب ماده ۱۹ ق.آ.د.م.^{۱۲} قرار اناطه تنها در جایی صادر می‌شود که اظهارنظر دادگاه منوط به اظهارنظر دادگاه دیگری باشد؛ درحالی که در مانحن‌فیه اظهارنظر دادگاه منوط به اظهارنظر اداره ثبت اسناد و املاک است.^{۱۳}

احتمال دوم این است که قرار رد درخواست خواهان صادر شود.^{۱۴} چنین رویکردی از این جهت مخدوش است که نخست، چنین قرار در قوانین شکلی و به‌ویژه ق.آ.د.م. فاقد مستند قانونی است. دوم، اقامه دعوای فروش در نظم حقوقی کنونی مستلزم تقدیم دادخواست می‌باشد و از این رو صدور قرار رد درخواست وجهت نخواهد داشت.

احتمال سوم نیز این است که از آنجاکه بنا بر تشریفات خاص مندرج در قانون افراز و فروش املاک مشاع و آیین‌نامه اجرایی آن، خواهان باید پیش از طرح دعوای فروش، با طرح دعوای افراز

۱۱. ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی درس‌هایی از عقود معین (تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵)، جلد اول، ۳۵۱.

۱۲. ماده ۱۹ ق.آ.د.م.: «هرگاه رسیدگی به دعوی منوط به اثبات ادعایی باشد که رسیدگی به آن در صلاحیت دادگاه دیگری است، رسیدگی به دعوی تا اتخاذ تصمیم از مرجع صلاحیتدار متوقف می‌شود. در این مورد، خواهان مکلف است ظرف یک ماه در دادگاه صالح اقامه دعوی کند و رسید آن را به دفتر دادگاه رسیدگی‌کننده تسلیم نماید، در غیر این صورت قرار رد دعوی صادر می‌شود و خواهان می‌تواند پس از اثبات ادعا در دادگاه صالح مجدداً اقامه دعوی نماید.»

۱۳. جهت تأیید این استدلال، نک: علی مهاجری، شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب (تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰)، جلد اول، ۴۲.

۱۴. علی مهاجری، آیین قضاوت مدنی در محاکم ایران (تهران: فکرسازان، ۱۳۹۱)، ۲۰۰.

در اداره ثبت اسناد و املاک، تصمیم قطعی مبنی بر عدم قابلیت افراز ترکه را دریافت کند، عدم چنین اقدامی برابر با قانون نبوده است و بر اساس ماده ۲ ق.آ.د.م. قرار عدم استماع دعوی صادر می‌گردد.^{۱۵} به نظر می‌رسد احتمال اخیر موجّه و منطقی باشد. در تأیید این احتمال در دادنامه شماره ۴۴۷ مورخ ۱۳۹۳/۰۵/۱۱ صادره از شعبه صد و هشتاد و نهم دادگاه حقوقی شهرستان تهران^{۱۶}، چنین می‌خوانیم که قضیه از این قرار بوده است که یک تن از ورثه متوفی دعوی به خواسته صدور دستور فروش ترکه غیرمنقول دارای پلاک ثبتی به طرفیت سایر ورثه در دادگاه حقوقی شهرستان تهران مطرح می‌کند. پرونده به شعبه صد و هشتاد و نهم ارجاع می‌گردد و این شعبه «... نظر به اینکه به موجب قانون افراز و فروش املاک مشاع صدور دستور فروش منوط به این است که ملک توسط تصمیم واحد ثبتی غیرقابل فروش اعلام شده و چون خواهان به اداره ثبت مراجعه نکرده و واحد ثبتی در خصوص عدم قابل^{۱۷} افراز اظهار نظر نکرده دادگاه دعوی اقامه شده را به کیفیت مطروحه قابل استماع ندانسته و مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی صادر و اعلام می‌نماید ...»^{۱۸} بر این اساس باید گفت که تکلیف دادگاه در مواجهه با دعوی فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتی خاتمه یافته، آنگاه که خواهان، تصمیم قطعی مبنی بر عدم قابلیت افراز ترکه را تحصیل نکرده است، صدور قرار عدم استماع دعوی می‌باشد.

۳- تصمیم دادگاه، دستور فروش

۳-۱- تبیین نظری

قاعده این است که آنگاه که دادگاه در مقام فصل خصومت، وارد ماهیت دعوی می‌شود و تصمیمی مبنی بر قطع دعوی به طور جزئی یا کلی اتخاذ می‌کند، چنین تصمیمی در قالب حکم می‌باشد. این قاعده را می‌توان از ماده ۲۹۹ ق.آ.د.م. که مقرر می‌دارد: «چنانچه رأی دادگاه راجع به ماهیت دعوی و قاطع آن به طور جزئی یا کلی باشد، حکم، و در غیر این صورت قرار نامیده می‌شود.» به آسانی دریافت. با وجود این، آنگاه که دعوی فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتی خاتمه یافته مطرح باشد، از این قاعده عدول می‌گردد و دادگاه علی‌رغم اینکه وارد ماهیت دعوی می‌شود و اختلاف طرفین بر سر فروش و عدم فروش ترکه را فصل و قطع می‌کند، تصمیم خود را با صدور دستور فروش اتخاذ می‌کند. این حکم استثنائی را می‌توان با ملاحظه ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع که مقرر می‌دارد: «ملکی که به موجب تصمیم قطعی غیرقابل افراز تشخیص داده شود با تقاضای

۱۵. جهت تأیید این استدلال، نک: پیشین، ۴۲.

۱۶. پژوهشگاه قوه قضائیه، پیشین، ۴ آبان ۱۳۹۷.

۱۷. به نظر می‌رسد اشتباه نگارشی است و به جای واژه «قابلیت» نوشته شده است.

۱۸. ملاحظه می‌گردد که دادگاه علی‌رغم استناد به ماده ۲ ق.آ.د.م. قرار ردّ دعوی صادر کرده است. چنین رویکردی

به جهت اینکه در رویه قضایی شایع بوده و از نظر آثار تفاوتی با صدور قرار عدم استماع دعوی نداشته، با اندک مسامحه‌ای قابل پذیرش است.

هریک از شرکاء به دستور دادگاه شهرستان فروخته می‌شود» و ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی این قانون مقرر می‌دارد: «در صورت صدور حکم قطعی بر غیرقابل تقسیم بودن ملک دادگاه شهرستان بر حسب درخواست یک یا چند نفر از شرکاء دستور فروش آن را به دایره اجرای دادگاه خواهد داد...» به وضوح دریافت.

در خصوص مبنای چنین تشریفات خاصی می‌توان دلایلی به شرح ذیل آورد: نخست اینکه قانونگذار با وضع چنین تشریفات خاصی قصد داشته است که به جهت اینکه ترکه موضوع دعوی دارای جریان ثبتی خاتمه‌یافته است، میان اشخاصی که به عملیات ثبت احترام گذاشته‌اند و دیگرانی که به آن اعتنایی نداشته‌اند، تفاوت قرار دهد و این امتیاز را به دسته نخست بدهد که بتوانند با دریافت دستور از مقام قضایی، از تشریفات عام پریچ‌وخم صدور حکم و آثار و پیامدهای آن از جمله امکان اعتراض به آن از طرق عادی و فوق‌العاده و طولانی شدن روند دادرسی گذر کنند و زودتر تکلیف ترکه را تعیین کنند؛ دوم اینکه رسیدگی به دعوای فروش، مسبوق به طرح دعوای افراز در اداره ثبت اسناد و املاک می‌باشد و چنین سابقه‌ای که خود مستلزم طی تشریفات خاصی می‌باشد، به دادگاه این جواز را می‌دهد که به جای صدور حکم، مبادرت به صدور دستور کند.

۳-۲- جستجو در رویه قضایی

رویه قضایی در خصوص چنین حکم خاصی هنوز به باور قطعی و مسلم نرسیده است؛ به گونه‌ای که برخی از دادگاه‌ها حکم به فروش ترکه صادر می‌کنند و برخی دیگر دستور فروش ترکه را صادر می‌کنند. به عنوان نمونه، به موجب دادنامه شماره ۰۰۸۰۷ مورخ ۱۳۹۱/۰۸/۲۲ صادره از شعبه هشتم و ششم دادگاه حقوقی تهران^{۱۹}، قضیه از این قرار است که خواهان پس از مراجعه به اداره ثبت اسناد و املاک و تحصیل تصمیم این اداره مبنی بر غیرقابل افراز بودن ملک موضوع دعوی، دعوایی به خواسته صدور دستور فروش یک دستگاه آپارتمان دارای پلاک ثبتی به طرفیت خواندگان در دادگاه حقوقی شهرستان تهران مطرح می‌نماید. پس از ارجاع پرونده به شعبه هشتم و ششم، این شعبه با بیان اینکه: «... باتوجه به اعتقاد این دادگاه مطابق رویه قضایی پاره‌ای از محاکم به حکم فروش، نه دستور فروش، و مستنداً به مدلول ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع و لحاظ مواد ۷، ۸، ۹ و ۱۰ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور و ... حکم بر فروش آپارتمان مورد ترافع منطبق بر مقررات قانون اجرای احکام مدنی و تقسیم وجه حاصل از فروش پس از کسر هزینه عملیات اجرایی بین مالکین صادر ...» حکم به فروش صادر می‌کند. متعاقب تجدیدنظرخواهی خواندگان، پرونده به شعبه هشتم دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع می‌گردد و این شعبه به موجب دادنامه شماره ۰۱۵۰۱۸۰۲۲۰۹۷۰۹۱ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۴^{۲۰} اتخاذ تصمیم دادگاه بدوی در قالب حکم را بر نمی‌تابد و این‌گونه امعان نظر می‌نماید که: «... نظر به اینکه مطابق نص صریح ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع، و مطابق

۱۹. پژوهشگاه قوه قضائیه، پیشین، ۹ آبان ۱۳۹۷.

۲۰. همانجا.

خواسته خواهان به شرح دادخواست تقدیمی، دادگاه نخستین موظف به صدور دستور فروش بوده است، خارج از خواسته رأی داده است. اجتهاد مقابل نص، صحیح نیست. بنابراین دادگاه حکم صادره را دستور تلقی و ...»

همان طور که ملاحظه گردید، دادگاه بدوی به صورت بی نام و نشان به رویه دادگاهها مبنی بر صدور حکم بر فروش تمسک می جوید؛ در حالی که مستندات خود را به موادی از قانون افراز و فروش املاک مشاع و آیین نامه اجرایی آن ارجاع می دهد که حکایت از لزوم صدور دستور فروش دارد. دادگاه تجدیدنظر به درستی متوجه این برداشت خلاف قانون آشکار دادگاه بدوی می گردد و با اجتهاد در مقابل نص دانستن آن، حکم صادره را به دستور تغییر می دهد.

جالب تر آنکه در پرونده ای دیگر، به موجب دادنامه شماره ۹۲۰۵۷۶ مورخ ۱۳۹۲/۰۵/۲۹ صادره از شعبه چهل و هفتم دادگاه حقوقی تهران^{۲۱}، ماجرا از این قرار است که خواهان دعوی را به خواسته فروش یک باب منزل مسکونی دارای پلاک ثبتی به طرفیت خواندگان در دادگاه حقوقی تهران مطرح می کند. پس از ارجاع پرونده به شعبه چهل و هفتم، این شعبه با این استدلال که: «... نظر به اینکه فوت مورث اصحاب دعوی و وراثت آنها حسب دلایل موجود در پرونده نسبت به مرحوم یادشده محرز و مسلم است عنایت به اینکه خواندگان از دعوی مطروحه دفاعی به عمل نیاوردند و اغلب اصحاب دعوی نیز با فروش ملک مشاعی راضی می باشند و لذا دادگاه دعوی خواهان را معمول بر صحت تلقی و مستنداً به ماده ۵۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۳۱۷ قانون امور حسبی حکم به فروش یک باب منزل مسکونی به شماره پلاک ... و تقسیم وجوه آن بین ورثه صادر و ...» حکم به فروش ترکه صادر می کند. پس از تجدیدنظرخواهی احدی از خواندگان، پرونده به شعبه چهل و چهارم دادگاه تجدیدنظر استان تهران ارجاع می گردد و این شعبه به موجب دادنامه قطعی شماره ۱۵۰۱۰۸۰۲۲۰۹۹۷۰۹۱۰ مورخ ۱۳۹۱/۱۲/۱۴^{۲۲}، با ذکر این عبارت کلیشه ای که: «تجدیدنظرخواهی ... نسبت به دادنامه شماره ۹۲۰۵۷۶ ... که بر اساس آن حکم به فروش یک باب منزل مسکونی به شماره ثبتی ... و تقسیم وجوه آن بین ورثه صادر و اعلام شده است، وارد و موجه نمی باشد زیرا دادنامه تجدیدنظرخواسته وفق مقررات و بر اساس محتویات پرونده صادر شده و از ناحیه تجدیدنظرخواه علل و جهات موثری که موجبات نقض و از هم گسیختن دادنامه تجدیدنظرخواسته را فراهم نماید، ابراز و اقامه نشده است بر این اساس تجدیدنظرخواهی خارج از شقوق مندرج در ماده ۳۴۸ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی تشخیص به استناد ذیل ماده ۳۵۸ همان قانون با رد تجدیدنظرخواهی دادنامه تجدیدنظرخواسته تأیید می شود، رأی صادره قطعی است.» رأی دادگاه بدوی را عیناً تأیید می کند.

همان طور که ملاحظه گردید، دادگاه بدوی فارغ از این نتایج علمی که مستند قانونی دعوی فروش، قانون افراز و فروش املاک مشاع و آیین نامه اجرایی آن می باشد، رأی خود را به ق.ا.ج.

۲۱. همان، ۱۵ آبان ۱۳۹۷.

۲۲. همانجا.

که راجع به دعوی تقسیم ترکه به‌طور کلی است، مستند ساخته است؛ در نتیجه به‌جای صدور دستور فروش، حکم به فروش ترکه صادر کرده است.^{۲۳} دادگاه تجدیدنظر نیز بدون توجه به تفاوت‌های موجود، رأی صادره را در کمال شگفتی، عیناً تأیید نموده است.

۴- آثار دستور فروش

۴-۱- عدم شمول قاعده فراغ دادرسی و اعتبار امر قضاوت‌شده

نخستین اثر صدور دستور فروش به‌مثابه مصداق عدول از قواعد دادرسی در دعوی فروش این است که دستور فروش، مشمول قاعده فراغ دادرسی و اعتبار امر قضاوت‌شده نمی‌گردد.^{۲۴} دستور فروش از این جهت مشمول قاعده فراغ دادرسی قرار نمی‌گیرد که به‌موجب ماده ۸ ق.آ.د.م. که مقرر می‌دارد: «هیچ مقام رسمی یا سازمان یا اداره دولتی نمی‌تواند حکم دادگاه را تغییر دهد و یا از اجرای آن جلوگیری کند مگر دادگاهی که حکم صادر نموده و یا مراجع بالاتر، آن هم در مواردی که قانون معین نموده باشد» قاعده فراغ شامل حکم می‌گردد یا بر اساس آنچه که برخی حقوقدانان گفته‌اند، شامل حکم و قرار قاطع دعوی می‌گردد؛^{۲۵} در حالی که در خصوص دعوی فروش، دستور صادر می‌گردد. از جهتی نیز مشمول قاعده اعتبار امر قضاوت‌شده قرار نمی‌گیرد که بر اساس بند ۶ ماده ۸۴ ق.آ.د.م. که مقرر می‌دارد: «دعوی طرح‌شده بین همان اشخاص یا اشخاصی که اصحاب دعوی قائم‌مقام آنان هستند، رسیدگی شده نسبت به آن حکم قطعی صادر شده باشد» قاعده یادشده تنها در مورد احکام جاری می‌گردد؛ در حالی که در خصوص دعوی فروش، دستور صادر می‌گردد.

۴-۲- عدم امکان اعتراض از طرق عادی و فوق‌العاده

۴-۲-۱- تبیین نظری

اثر دوم این است که امکان اعتراض از طرق عادی و فوق‌العاده که در ق.آ.د.م. مقرر گشته است، به دستور فروش وجود ندارد؛ چه آنکه طرق اعتراض مذکور ناظر به فرضی است که در دعوی حکم یا قرار قاطع صادر شده باشد؛ در حالی که در دعوی فروش هیچ‌یک از این دو صادر نمی‌گردد و دستور صادر می‌شود.

۲۳. به‌علاوه اینکه دادگاه بدوی در حکم خود به ماده ۵۱۹ ق.آ.د.م. که ناظر بر خسارات دادرسی است، استناد کرده است؛ در حالی که در حکم خود در خصوص محکومیت خوانده به خسارات دادرسی صحبتی به میان نیاورده است. به هر رو، به‌نظر می‌رسد باتوجه به اینکه صدور دستور فروش در چنین دعوایی استثنائی و خاص می‌باشد، باید به‌قدر متیقن که همانا صدور دستور فروش است، بسنده کرد و از این‌رو نمی‌توان جواز صدور دستور به پرداخت خسارات دادرسی را به دادگاه داد. از این‌رو خواهان جهت مطالبه خسارات مذکور به ناچار باید با طرح دعوی جداگانه و طی تشریفات عام به حقوق خود نائل آید.

۲۴. علی عباس حیاتی، *آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی* (تهران: میزان، ۱۳۹۲)، ۵۰۰.

۲۵. عبدالله شمس، *دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی* (تهران: دراک، ۱۳۸۵)، جلد دوم، ۲۲۳.

۴-۲-۲- جستجو در رویه قضایی

درخصوص امکان سنجی اعتراض عادی به دستور فروش در رویه قضایی به دادنامه شماره ۱۰۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۴/۱۱ صادره از شعبه چهل و دوم دادگاه حقوقی تهران^{۲۶} دست یافته‌ایم؛ پرونده‌ای که در آن، قضیه از این قرار است که چند تن از ورثه، دعوایی به خواسته رسیدگی و صدور دستور فروش ترکه غیرمنقول دارای پلاک ثبتی به طرفیت سایر ورثه در دادگاه حقوقی تهران مطرح می‌کنند. پس از ارجاع پرونده به شعبه چهل و دوم، این شعبه با استناد به: «... ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع مجوز فروش ملک مزبور تحت نظارت واحد اجرای احکام مدنی و بر اساس مواد ۱۳۷ و بعد قانون اجرای احکام مدنی صادر و اعلام می‌گردد...» دستور فروش صادر می‌کند و در انتها با اعلام اینکه: «... این رأی ظرف مدت بیست روز پس از ابلاغ، قابل اعتراض نزد محاکم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد...» دستور فروش صادره را رأی تلقی می‌کند و آن را قابل تجدیدنظرخواهی می‌داند. پس از تجدیدنظرخواهی از دستور صادره، پرونده به شعبه سی و سوم دادگاه تجدیدنظر استان تهران^{۲۷} ارجاع می‌گردد و این شعبه اظهار نظر می‌کند که: «... باتوجه به محتویات و مندرجات پرونده خصوصاً مفاد ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع و آیین‌نامه آن مبنی بر قطعی بودن دستور فروش علی‌هذا دادگاه به استناد ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی، قرار رد درخواست تجدیدنظرخواهی را صادر و اعلام می‌نماید...»

همان‌طور که ملاحظه گردید، دادگاه بدوی دستور را با تلقی نادرست، در شمار آراء می‌آورد و آن را قابل تجدیدنظر اعلام می‌کند؛ درحالی که دادگاه تجدیدنظر به درستی با نظر به اینکه متعلق شکایات مندرج در ق.آ.د.م، رأی می‌باشد؛ نه دستور، تجدیدنظرخواهی را فاقد وجاهت قانونی می‌داند و آن را رد می‌کند.

درخصوص امکان سنجی اعتراض فوق‌العاده به دستور فروش در رویه قضایی به دادنامه شماره ۵۱۲/۸۷ صادره از شعبه سیزدهم دادگاه حقوقی تهران^{۲۸} دست یافته‌ایم؛ پرونده‌ای که به موجب آن، ماجرا از این قرار است که شخصی نسبت به دستور فروش ملک موروثی صادره از شعبه سیزدهم دادگاه حقوقی تهران به موجب دادنامه شماره ۵۱۲/۰۳۲۷۳۰۰۵۱۲ مورخ ۱۳۸۷/۰۹/۱۱ در دادگاه حقوقی شهرستان تهران اعتراض ثالث اصلی می‌نماید. پرونده به شعبه سیزدهم که دستور مورد اعتراض ثالث را صادر کرده است، ارجاع می‌گردد و این شعبه به موجب دادنامه شماره ۵۱۲/۸۷ با این استدلال که معترض ثالث وارث وارثی می‌باشد که در دعوای فروش ترکه غیرمنقول به‌عنوان خواننده حضور داشته است و از آنجاکه مورث وی در دعوای فروش حضور داشته است، بر اساس ماده ۴۱۷ ق.آ.د.م^{۲۹} با اعلام اینکه معترض ثالث: «... درحقیقت جزء خوانندگان دعوی محسوب می‌گردد

۲۶. پژوهشگاه قوه قضائیه، پیشین، ۲۲ آبان ۱۳۹۷.

۲۷. همانجا.

۲۸. همان، ۲۴ آبان ۱۳۹۷.

۲۹. ماده ۴۱۷ ق.آ.د.م: «اگر درخصوص دعوایی، رأیی صادر شود که به حقوق شخص ثالث خللی وارد آورد و آن شخص یا نماینده او در دادرسی که منتهی به رأی شده است به‌عنوان اصحاب دعوی دخالت نداشته باشد، می‌تواند»

اقامه دعوی به‌عنوان اعتراض ثالث وجاهت قانونی نداشته و دادخواست به‌نحو صحیح تنظیم نگردیده است... قرار عدم‌استماع دعوی مطروحه را صادر می‌کند. پس از تجدیدنظرخواهی از قرار صادره، پرونده به شعبه بیست و نهم دادگاه تجدیدنظر استان تهران^{۳۰} ارجاع می‌گردد و این شعبه با اعلام اینکه: «... ماده ۴۱۷ قانون آیین دادرسی مدنی اشعار می‌دارد اگر درخصوص دعوایی، رأیی صادر شود که به حقوق ثالث خللی وارد آورد و از طرفی رأی را در مواد ۲۹۵ الی ۲۹۹ همان قانون تعریف کرده ... درحالی که موضوع ماده ۴ قانون افراز و فروش املاک مشاع مصوب سال ۱۳۵۷/۰۸/۲۲ دستور فروش می‌باشد که طی دادنامه شماره ۵۱۲/۸۷ آمده است دستور فروش نه حکم است و نه قرار بلکه به‌طوری که از نامش پیداست یک دستور اداری است فلذا مشمول ماده ۴۱۷ قانون مزبور متصرف از مانحن‌فیه می‌باشد...»^{۳۱} قرار عدم‌استماع صادره را با استدلال متفاوت از دادگاه بدوی مآلاً تأیید می‌کند.

همان‌طور که ملاحظه گردید، دادگاه بدوی بدون توجه به اینکه بر اساس ماده ۴۱۷ ق.آ.د.م. اعتراض ثالث تنها نسبت به رأی صورت می‌گیرد و در دعوی فروش، دستور صادر می‌شود و از این‌رو دستور صادره قابل اعتراض ثالث نیست، دعوی اعتراض ثالث را به‌جهت اینکه معترض ثالث قائم‌مقام و وارث خوانده دعوی فروش بوده است، رد می‌کند. با وجود این، دادگاه تجدیدنظر به‌خوبی متوجه این مهم می‌گردد و از آنجا که دستور فروش را قابل اعتراض ثالث نمی‌داند، دعوی را به این جهت رد می‌کند.

به هر رو، علی‌رغم اینکه به‌نظر می‌رسد بر اساس آنچه که گفته شد، امکان شکایت از دستور فروش از طرق عادی و فوق‌العاده مندرج در ق.آ.د.م. وجود ندارد، نمی‌توان قائل به این بود که امکان اعتراض به دستور فروش از هیچ طریقی وجود ندارد؛ زیرا همان‌طور که گفته شد، هدف قانونگذار از وضع تشریفات خاص دعوی فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتی خاتمه‌یافته، حذف تشریفات عام پریچ‌وخم ق.آ.د.م. و از باب امتنان بوده است؛ نه از باب امکان‌سوزی اعتراض به دستور فروش. از این‌رو این تفکر که اساساً امکان اعتراض به دستور فروش وجود ندارد، نتیجه‌ای جز نقض غرض قانونگذار را در پی نخواهد داشت. به‌نظر می‌رسد در نظم حقوقی کنونی بتوان از آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۷۸/۰۲/۱۹ وام گرفت. آیین‌نامه‌ای که در آن، درخصوص دعوی تخلیه فوری، احکامی مشابه احکام دعوی فروش وضع شده است.

تشابه نخست اینکه بر اساس ماده ۴ این آیین‌نامه^{۳۲}، دستور تخلیه صادر می‌شود؛ همچنان که بر اساس ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی قانون افراز و فروش املاک مشاع نیز دستور فروش صادر می‌شود.

نسبت به رأی اعتراض نماید.»

۳۰. پژوهشگاه قوه قضائیه، پیشین، ۲۴ آبان ۱۳۹۷.

۳۱. به‌نظر می‌رسد که به‌علت اشتباه نگارشی، به‌جای «شمول»، «مشمول» و به‌جای «منصرف»، «متصرف» نوشته شده است.

۳۲. ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی ق.ر.م.م.م.: «رئیس حوزه قضایی یا دادگاه مرجوع‌الیه با احراز مالکیت یا ذی‌نفع بودن موجر

حسب مورد مبادرت به صدور دستور تخلیه خواهد نمود.»

تشابه دوم اینکه بر اساس ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر^{۳۳} اجرای دستور تخلیه نیاز به صدور اجرائیه ندارد؛ همچنان که بر اساس ماده ۹ آیین‌نامه اجرایی قانون افراز و فروش املاک مشاع اجرای دستور فروش بدون نیاز به صدور اجرائیه توسط مدیر اجرا صورت می‌پذیرد. تشابه سوم اینکه در دعوای تخلیه فوری نیز قانونگذار از باب امتنان به موجر و حفاظت از وی از گرفتار شدن در پیچ‌وخم تشریفات عام ق.آ.د.م. اقدام به وضع آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر نموده است؛ همچنان که همان‌طور که گفته شد، در دعوای فروش نیز این چنین بوده است و ... آری چنین تشابهاتی کفایت می‌کند تا جهت برون‌رفت از بلا تکلیفی از چگونگی اعتراض به دستور فروش، از مقررات آیین‌نامه اجرایی قانون روابط موجر و مستأجر. وحدت ملاک گرفت. از این رو باید پذیرفت همان‌طور که بر اساس ماده ۱۷ آیین‌نامه اجرایی پیش‌گفته^{۳۴}، مستأجر به‌عنوان متضرر احتمالی از اجرای دستور تخلیه فوری می‌تواند جهت اعتراض به دستور تخلیه فوری، دعوایی در دادگاه محل وقوع عین مستأجره مطرح کند، شخص یا اشخاصی که به دستور فروش اعتراض دارند نیز می‌توانند جهت اعتراض به آن، دعوایی در دادگاه محل وقوع ترکه مطرح کنند.^{۳۵} بدیهی است که خواسته چنین دعوایی باید صدور حکم بر بطلان یا ابطال دستور فروش باشد. لازم به ذکر است که با وحدت ملاک از ماده ۱۷ آیین‌نامه پیش‌گفته، طرح دعوای بطلان یا ابطال دستور فروش مانع از اجرای دستور فروش نمی‌باشد؛ مگر اینکه خواهان دلیلی قوی در خصوص بطلان دستور فروش دادگاه اقامه کند که در این صورت دادگاه پس از اخذ تأمین متناسب، قرار توقف عملیات اجرایی دستور فروش را صادر می‌کند.

۴-۳- حضوری بودن

اثر سوم نیز این است که دستور فروش همیشه حضوری است و امکان اینکه متصف به وصف غیابی گردد، وجود ندارد. این مهم از عنوان مبحث سوم از فصل یازدهم از باب سوم از ق.آ.د.م. استنباط می‌گردد.^{۳۶}

نتیجه‌گیری

دادرسی دعوای فروش ترکه گاهی مطابق با قاعده نبوده و با استثنائاتی مواجه است. از این رو:

۳۳. ماده ۶ آیین‌نامه اجرایی ق.ر.م.و.م.: «اجرای دستور تخلیه صادره توسط مقام قضایی نیاز به صدور اجرائیه ندارد ...»
 ۳۴. ماده ۱۷ آیین‌نامه اجرایی ق.ر.م.و.م.: «در صورتی که دستور تخلیه مورد اجاره صادر شود و مستأجر نسبت به اصالت قرارداد مستند دستور، شکایتی داشته و یا مدعی تمدید قرارداد اجاره باشد، شکایت خود را به دادگاه عمومی محل وقوع ملک تقدیم می‌نماید. اعلام شکایت مانع اجرای دستور تخلیه نمی‌باشد، مگر اینکه دادگاه رسیدگی‌کننده شکایت مستأجر را مدلل بداند. در این صورت پس از اخذ تأمین متناسب با ضرر و زیان احتمالی موجر، قرار توقیف عملیات اجرایی تخلیه را صادر خواهد نمود.»

۳۵. جهت ملاحظه نظری که طرح دعوای ابطال حکم یا قرار را مسموع نمی‌داند، نک: محمدجعفر جعفری لنگرودی، *دانشنامه حقوقی* (تهران: ابن‌سینا، ۱۳۴۸)، جلد دوم، ۲۲۹ و ۲۳۶.

۳۶. جهت تأیید این نظر، نک: شمس، پیشین، ۲۳۳.

نخست، قاعده این است که آنجا که شخص جهت فصل خصومت و حل اختلاف خود با شخص یا اشخاص دیگر به اقامه دعوی روی می‌آورد، از دادگاه تقاضای صدور حکم جهت فصل خصومت و دعوی حادث شده میان او و شخص یا اشخاص دیگر را دارد. با وجود این در دعوی فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتی خاتمه‌یافته، علی‌رغم اینکه خواهان جهت فصل خصومت و حل اختلاف خود با شخص یا اشخاص دیگر به اقامه دعوی روی می‌آورد، باید از دادگاه تقاضای صدور دستور فروش را داشته باشد؛

دوم، آنگاه که شخص حق خویش را موردتضییع یا انکار غیر می‌بیند، می‌تواند مستقیماً به دادگستری مراجعه کرده و با طرح دعوی، در مقام مطالبه حق خویش برآید. با وجود این چنین قاعده‌ای درخصوص دعوی فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتی خاتمه‌یافته با استثناء مواجه می‌شود و آن استثناء این است که شخص باید ابتدا با طرح دعوی افراز در اداره ثبت اسناد و املاک و پس از اظهارنظر قطعی این مرجع درخصوص غیرقابل افراز بودن ترکه، دعوی فروش را در دادگستری مطرح کند. بدیهی است که طرح دعوی فروش بدون توجه به چنین تشریفات خاصی با قرار عدم‌استماع مواجه می‌گردد؛

سوم، قاعده این است که آنگاه که دادگاه در مقام فصل خصومت، وارد ماهیت دعوی می‌شود و تصمیمی مبنی بر قطع دعوی به‌طور جزئی یا کلی اتخاذ می‌کند، چنین تصمیمی در قالب حکم می‌باشد. با وجود این، آنگاه که دعوی فروش ترکه غیرمنقول دارای جریان ثبتی خاتمه‌یافته مطرح باشد، از این قاعده عدول می‌گردد و دادگاه علی‌رغم اینکه وارد ماهیت دعوی می‌شود و اختلاف طرفین بر سر فروش و عدم‌فروش ترکه را فصل و قطع می‌کند، تصمیم خود را با صدور دستور فروش اتخاذ می‌کند.

چهارم، صدور دستور به‌جای حکم، آثاری به این شرح دارد که نخست اینکه دستور فروش مشمول قاعده فراغ دادرسی و اعتبار امر قضاوت‌شده نمی‌گردد؛ دوم اینکه علی‌رغم اینکه امکان اعتراض از طرق عادی و فوق‌العاده که در ق.آ.د.م. مقرر گشته است، به دستور فروش وجود ندارد، اشخاص ذی‌نفع می‌توانند دعوی ابطال دستور فروش را در دادگاه محل وقوع ترکه مطرح کنند؛ سوم نیز اینکه دستور فروش همیشه حضوری است و امکان اینکه متّصف به وصف غیابی گردد، وجود ندارد.

فهرست منابع

- باختر، سید احمد. مجموعه کامل آرای وحدت رویه دیوان عالی کشور. جلد اول. چاپ هشتم. تهران: جنگل، ۱۳۹۴.
- پژوهشگاه قوه قضائیه. بانک داده آراء. ۱۵ آبان ۱۳۹۷. www.j.ijri.ir.
- پژوهشگاه قوه قضائیه. بانک داده آراء. ۲۲ آبان ۱۳۹۷. www.j.ijri.ir.
- پژوهشگاه قوه قضائیه. بانک داده آراء. ۲۴ آبان ۱۳۹۷. www.j.ijri.ir.
- پژوهشگاه قوه قضائیه. بانک داده آراء. ۳ آبان ۱۳۹۷. www.j.ijri.ir.
- پژوهشگاه قوه قضائیه. بانک داده آراء. ۴ آبان ۱۳۹۷. www.j.ijri.ir.
- پژوهشگاه قوه قضائیه. بانک داده آراء. ۹ آبان ۱۳۹۷. www.j.ijri.ir.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. دانشنامه حقوقی. جلد دوم. چاپ دوم. تهران: ابن سینا، ۱۳۴۸.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. دایرةالمعارف علوم اسلامی (قضایی). جلد دوم. چاپ سوم. تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
- حیاتی، علی عباس. آیین دادرسی مدنی در نظم حقوقی کنونی. چاپ چهارم. تهران: میزان، ۱۳۹۲.
- دهخدا، علی اکبر. لغت نامه. جلد دوم. چاپ دوم. تهران: دانشگاه تهران، ۱۳۷۷.
- شمس، عبدالله. دوره پیشرفته آیین دادرسی مدنی. جلد دوم. چاپ دوازدهم. تهران: دراک، ۱۳۸۵.
- قربانیان، حسین. آیین رسیدگی به درخواست تقسیم ترکه و مطالبه سهم الارث. چاپ سوم. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۴.
- کاتوزیان، ناصر. اعتبار امر قضاوت شده در دعوای مدنی. چاپ پنجم. تهران: دادگستر، ۱۳۷۶.
- کاتوزیان، ناصر. دوره مقدماتی حقوق مدنی درس هایی از عقود معین. جلد اول. چاپ بیست و چهارم. تهران: گنج دانش، ۱۳۹۵.
- متین دفتری، احمد. آیین دادرسی مدنی و بازرگانی. جلد اول. چاپ اول. تهران: مجد، ۱۳۷۸.
- مهاجری، علی. آیین قضاوت مدنی در محاکم ایران. چاپ ششم. تهران: فکرسازان، ۱۳۹۱.
- مهاجری، علی. شرح قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه های عمومی و انقلاب. جلد اول. چاپ اول. تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۰.
- واحدی، قدرت الله. آیین دادرسی مدنی. جلد اول. چاپ اول. تهران: میزان، ۱۳۷۷.