

## شرایط و آثار اخذ به شفعه در فقه و حقوق ایران

ودود برزی<sup>۱</sup>

### چکیده:

مالکیت‌های مشاعی از روابط حقوقی رایج در بین افراد می‌باشد یکی از عواملی که در این رابطه حقوقی و تحقق آثار خاص تاثیرگذار خواهد بود تعداد شرکاست چنانچه این تعداد دو نفر باشد و یکی از شرکا سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد تحت شرایط خاصی برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد می‌گردد و به او شفیع گفته می‌شود یعنی او می‌تواند به خریدار مراجعه کند و ثمنی را که او به شریک پرداخت نموده به خریدار بپردازد و سهم او را تملک کند. این اقدام که از جانب شفیع صورت می‌گیرد و اخذ به شفعه نام دارد بنابراین ماده‌ی ۱۴۰ قانون مدنی از اسباب تملک به شمار می‌رود. برای اخذ به شفعه اولاً شرایطی لازم است تا شفیع بالحاظ شرایط مذکور بتواند اخذ به شفعه کند ثانیاً آثار حقوقی جدیدی بین شفیع، خریدار و فروشنده ایجاد می‌کند که در این مقاله شرایط اخذ به شفعه و آثار آن در روابط آنها از دیدگاه حقوقی و فقهی مورد بررسی، تحلیل و نقد قرار گرفته است و از آنجایی که در مواردی از این شرایط و روابط احکام خاصی در فقه یا حقوق به طور صریح نیامده، سعی شده است با استفاده از دیدگاههای فقها و حقوقدانان و استنباط و الهام از قواعد عمومی در هر مورد راه حل آن ارائه شود. در مواردی هم حکم قانون با ابهام و اجمال همراه بوده، که تلاش شده تا در حد وسع این مقاله ابهام‌ها برطرف و اجمال‌ها تبیین گردد. روش تحقیق و بررسی در این مقاله، کتابخانه‌ای است. بر این اساس به منابع مختلف و معتبر فقهی و حقوقی مراجعه شده و آرای صاحب‌نظران در فقه و حقوق و نیز مواد قانونی مرتبط مورد بررسی قرار گرفته و نتیجه‌گیری شده است. در هر مورد راه‌حلهایی نیز ارائه شده که می‌تواند در رویه‌ی قضایی مورد استفاده قرار گیرد.

**کلید واژه:** حق شفعه، شفیع، اخذ به شفعه، ضمان درک.

۱. دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی و عضو هیات علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد مراغه، گروه حقوق، مراغه، ایران.

**مقدمه:**

یکی از عواملی که در مالکیت‌های شراکتی برای اشخاص مهم و از جهات مختلف در روابط آنها تاثیرگذار است خود شرکا می‌باشند. آنها ممکن است افرادی هم‌رای و هماهنگ باشند یا همیشه در اختلاف و دعوی، اشخاصی اهل مسامحه و گذشت و مصالح یا افرادی خسیس، طمع‌کار و خودرای، این ویژگی‌ها در شراکت آنها بسیار مهم و موثر است بنابراین چه بسا شرکا همیشه در فکر جدایی و رهایی از آن باشند به همین دلیل قانون برای پایان دادن به این شراکت حق شفعه را پیش‌بینی کرده است که چنانچه دو نفر در مال غیرمنقول قابل تقسیم با هم شریک باشند و یکی از دو شریک سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد برای شریک دیگر این حق ایجاد می‌شود که با پرداخت ثمن همان معامله به خریدار، سهم او را تملک نماید. اقدامی که یک جانبه و بدون رضایت خریدار و فروشنده و تنها به خواست شفیع واقع می‌شود تا بر او شریک جدید ناخواسته تحمیل نشود و از این جهت ضرر و خسارتی نبیند. این اقدام که اخذ به شفعه نامیده می‌شود از یک سو تنها با رعایت شرایط خاصی قابل اعمال و اجرا است و از سوی دیگر آثار حقوقی ویژه‌ای ایجاد می‌کند که عملاً در روابط خریدار و فروشنده و نیز رابطه شفیع با هر یک از آنها خود را نشان می‌دهد و موجب طرح دعاوی متعدد در دادگاه‌ها می‌شود از طرفی به نظر می‌رسد مقررات قانون مدنی در موضوع شفعه با شتاب‌زدگی تصویب شده و قانون‌گذار در انتخاب کلمات دقت کافی ننموده و این خود، موجب ابهام و اختلاف شده و ضرورت بررسی و نقد در این خصوص را بیش از پیش افزایش داده است. این مقاله در دو گفتار تنظیم شده است گفتار اول به شرایط اخذ به شفعه و گفتار دوم به آثار آن اختصاص دارد. اخذ به شفعه، مهلت و دادرسی خاصی دارد که خارج از موضوع این مقاله است و خود مجال دیگری می‌طلبد و قصد بررسی آنها در نوشتار حاضر نیست بلکه فقط شرایط آن و وضعیت جدیدی که بین طرف‌های ذی‌ربط در حق شفعه به وجود می‌آید مورد بررسی قرار خواهد گرفت که امیدوارم مفید واقع گردد.

**گفتار اول: شرایط اخذ به شفعه**

اجرای حق شفعه، یعنی پرداخت ثمن و تملک سهم فروخته شده‌ی شریک یا اخذ به شفعه تحت شرایط خاصی امکان‌پذیر است در غیر این صورت اخذ به شفعه محقق نخواهد شد این شرایط به دو دسته تقسیم می‌شود: شرایط عمومی و شرایط اختصاصی.

**مبحث اول: شرایط عمومی**

این شرایط شامل مواردی است که به عنوان قواعد عمومی مثل سایر موارد مشابه باید در اخذ به شفعه هم رعایت شود که عبارتند از:

**۱. اهلیت شفیع:**

در مرحله‌ی اخذ به شفعه، شفیع باید دارای اهلیت کامل یعنی عاقل و بالغ و رشید باشد چون در اخذ به شفعه به عنوان یک عمل حقوقی هم باید قصد انشا باشد هم به دلیل این که جنبه مالی دارد رشد نیز معتبر و لازم است. اما چنانچه

شفیع محجور باشد ولی و قیم از جانب او می‌تواند اخذ به شفعه کند بنابراین داشتن اهلیت استیفا شرط ایجاد حق شفعه نیست اما برای اجرای آن ضرورت دارد. از این نکته معلوم می‌شود که شفیع برای داشتن حق شفعه باید اهلیت تمتع داشته باشد البته معسر یا ورشکسته بودن شفیع مانع ایجاد حق شفعه نیست. معسر می‌تواند به میزان ثمن از دیگری قرض کند اما در مورد ورشکسته باید با رضایت طلب کاران و توسط مدیر تصفیه اخذ به شفعه صورت گیرد. (نجفی، ۱۳۸۵، ص ۲۸۹؛ خویی، ۱۳۸۶، ص ۸۲).

اصولاً اشخاص از زمان ولادت تا فوت بنا بر ماده ۹۵۶ قانون مدنی اهلیت تمتع دارند و حتی مطابق ۹۵۷ حمل نیز به شرط زنده متولد شدن از اهلیت تمتع برخوردار است. (صفایی و قاسم زاده، ۱۳۸۱، ص ۱۷۸ به بعد). اما به طور استثنا شخص با وجود داشتن اهلیت استیفا ممکن است در موارد خاصی از اهلیت تمتع یعنی صلاحیت دارا شدن حق بی‌بهره باشد که به عنوان نمونه به کفر ماده ۸۸۱ مکرر یا تبعه خارجی بودن ماده ۹۶۱ قانون مدنی می‌توان اشاره کرد. براین اساس اگر شفیع کافر باشد حق شفعه نسبت به سهم شریک مسلمان ندارد. (خویی، همان، ص ۸۱؛ نجفی، همان، ص ۲۹۴) همچنین اگر شفیع تبعه خارجی باشد و قانون اجازه تملک سهم شریک را به او ندهد حق شفعه نخواهد داشت. (بروجردی (عبد)، ۱۳۸۰، ص ۱۶).

**نکته اول:** چنانچه مالی بین ولی یا قیم با صغیر مشترک باشد و ولی یا قیم سهم خودش یا سهم صغیر را به شخص دیگری بفروشد می‌تواند برحسب مورد برای خود یا صغیر اخذ به شفعه کند.

**نکته دوم:** اگر قیم از جانب صغیر اخذ به شفعه نکند آیا وقتی شفیع کبیر شد می‌تواند با رد عمل قیم شخصاً اخذ به شفعه کند؟ در پاسخ این سؤال نظرات متفاوت مطرح شده است. در فقه حنفی و اکثریت در فقه شافعی به سقوط حق شفعه نظر داده‌اند اما در فقه شیعه اکثریت به بقای حق شفعه اعتقاد دارند. (طوسی، ۱۴۱۵، ص ۴۴۴) اگر ولی مصلحت مولی علیه را رعایت نکرده باشد. (خویی، همان، ص ۸۲) اما حقوق‌دانان بنا بر اصول کلی که قانون مدنی هم بر اساس آنها تدوین شده است سقوط حق شفعه و مسئولیت ولی و قیم در جبران خسارت مولی علیه را قوی‌تر و صحیح‌تر می‌دانند. (امامی، ۱۳۶۴، صص ۲۱-۲۲) به این دلیل که اولاً عمل ولی و قیم در زمان خود صحیح بوده نیازی به تنفیذ نداشته است ثانیاً ولی و قیم امین محسوب می‌شوند پس اصل بر صحت عمل و امانت‌داری آنهاست. ثالثاً چنانچه مولی علیه حق رد اقدام آنها را داشته باشد اعتماد عمومی نسبت به اقدامات ولی و قیم سلب می‌شود و دیگر کسی حاضر به معامله با آنها نمی‌شود. رابعاً این دیدگاه موجب سوءاستفاده شفیع و اضرار به خریدار می‌شود بنابراین به نظر می‌رسد دیدگاه اخیر منطقی‌تر است در عین حال چنانچه ولی یا قیم موجب ضرر مولی علیه شده باشند ملزم به جبران آن خواهند بود.

## ۲. اراده تملک:

اخذ به شفعه به عنوان یکی از اسباب تملک (ماده ۱۴۰ قانون مدنی) که دارای آثار حقوقی است با اراده شفیع واقع می‌شود پس چنانچه شفیع قصد تملک نداشته باشد اخذ به شفعه و به تبع آن مالکیت شفیع نسبت به سهم خریدار محقق نخواهد شد اما فقط وجود اراده کافی نیست براین اساس: اولاً: اراده شفیع باید اعلام شود چون اراده باطنی تا کاشف خارجی

نداشته باشد و به نحوی ظاهر نشود موجد آثار حقوقی نخواهد بود اما باید توجه داشت اعلام اراده تشریفات خاصی ندارد بنابراین ممکن است صریح یا ضمنی باشد ولی در هر حال تحقق اثر حقوقی اعلام اراده منوط به پرداخت ثمن است یعنی در اخذ به شفعه اول پرداخت ثمن دوم تملک صورت می‌گیرد. (خویی، همان، مساله ۳۴۰ و ۳۵۱) برخلاف عقد بیع که به حکم ماده ۳۳۹ قانون مدنی اول مالکیت محقق می‌شود و پرداخت ثمن و تسلیم مبیع می‌تواند در مرحله‌ی بعدی انجام شود.

ثانیاً: سلامت اراده: بنابر قواعد عمومی، آثار حقوقی ناشی از اعلام اراده زمانی به طور کامل محقق می‌شود که اراده سالم و خالی از عیوب یعنی اکراه و اشتباه باشد در غیر این صورت اقدام شفیع در اخذ به شفعه یا اسقاط آن برحسب مورد ممکن است غیرنافذ یا باطل باشد. (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، جلد دوم، ص ۲۵۷ به بعد)

### ۳. بقای حق شفعه:

حق شفیع برای اخذ به شفعه زمانی ممکن است که این حق قبلاً ساقط نشده باشد براین اساس چنانچه شفیع آن را ساقط کرده یا مهلت فوری آن سپری شده باشد امکان اخذ به شفعه نخواهد بود چون اقدام شفیع در اسقاط حق، ایقاع لازمی است که حق رجوع از آن را ندارد به عبارتی دیگر شفیع حقی ندارد که آن را اجرا نماید. مشابه آنچه که در معاملات فضولی گفته می‌شود که تنفیذ عقد فضولی وقتی معتبر است که مسبوق به رد نباشد. (موضوع ماده ۲۵۰ قانون مدنی).

### ۴. بقای موضوع حق:

اگر در فاصله‌ی عقد بیع تا اخذ به شفعه مبیع تلف شود عملاً حق شفعه نیز از بین می‌رود یعنی مالی نیست که موضوع حق شفعه و به تبع آن مورد اخذ به شفعه قرار گیرد. البته حق شفعه در مال غیرمنقول و در اصل در زمین ایجاد می‌شود و اطلاق تلف نسبت به آن صحیح نیست به همین خاطر منظور از تلف در اینجا همان تلف حکمی است یعنی مبیع غیرقابل استفاده شود و مالیت و ارزش آن از بین برود مثلاً زمینی را آب دریا فرا گیرد.

### ۵. معلوم بودن موضوع:

اخذ به شفعه ایقاع مالی و معوض است پس مثل عقود معوض باید موضوع آن برای شفیع معلوم و روشن باشد بنابراین شفیع باید بداند که چه میزان باید ثمن بپردازد و درمقابل چه مقدار مبیع را می‌تواند تملک کند. (خویی، همان، مساله ۳۵۸؛ شهید ثانی، تحریر الروضه، ص ۲۹۷) حکمی که در عقد بیع نیز مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی به آنها تأکید دارد.

### ۶. جهت مشروع:

در حقوق ما منظور از جهت هدف نهایی و انگیزه اصلی هر شخص در یک معامله است که یک امر کاملاً شخصی و روانی است و برحسب طرفین در هر معامله می‌تواند متفاوت باشد. اصولاً لزومی به ذکر جهت در اعلام اراده‌ها نیست اما چنانچه در عقد جهت آن تصریح شود و این جهت نامشروع باشد موجب بطلان آن خواهد بود در اخذ به شفعه جهت اعلام نمی‌شود و شفیع هم ملزم به اعلام آن نیست در غیر این صورت اگر جهت اخذ به شفعه از جانب شفیع اظهار گردد و نامشروع هم باشد اخذ به شفعه باطل خواهد بود. اما ممکن است اقدام شفیع به ضرر خریدار باشد وقتی که شفیع قصد دارد

حق خود را بدون سوءاستفاده از آن اجرا کند عمل او صحیح تلقی می‌شود و ادعای جهت نامشروع و در نتیجه بطلان اخذ به شفعه قابل قبول نخواهد بود. (صفایی، ۱۳۸۴، ص ۱۳۸)

### مبحث دوم: شرایط اختصاصی

شامل مواردی است که به طور خاص باید در اخذ به شفعه رعایت شود هرچند منحصر به آن هم نیست اما در هر حال جزء قواعد عمومی محسوب نمی‌شود:

#### ۱) اقدام فوری:

چنانچه شفیع قصد اخذ به شفعه داشته باشد باید در یک مهلت فوری اقدام نماید. هدف اصلی از حق شفعه این است که از ضرر احتمالی ناشی از بقای شراکت و وجود شریک تحمیلی بر شفیع جلوگیری شود و این هدف با دادن یک مهلت فوری قابل تحقق است تا به خریدار نیز از جهت تأخیر در آن ضرری وارد نشود اما فوریت یک مفهوم عرفی است و برحسب اوضاع و احوال ممکن است متفاوت باشد. (امامی، همان، ص ۲۳؛ خویی، همان، مساله ۳۴۷ و ۳۴۸)

#### ۲) منجز بودن:

اصولاً اعمال حقوقی می‌تواند منجز یا معلق باشد مگر مواردی که قانون به طور صریح یا ضمنی به منجز بودن تصریح کرده باشد در اخذ به شفعه هر چند صریحاً معلق بودن آن منع نشده اما از حکم ماده ۸۲۱ در فوری بودن اخذ به شفعه استنباط می‌شود که اخذ به شفعه باید منجز باشد چون معلق بودن با فوریت منافات دارد و تأخیر موجب سقوط حق است. (نجفی، همان، ۲۸۱)

#### ۳) پرداخت ثمن:

شرط دیگری که اخذ به شفعه منوط به آن است پرداخت ثمن توسط شفیع به خریدار است و در این مورد باید چند نکته را یادآوری کرد:

اول: شفیع باید ثمن را نقد و یکجا پرداخت نماید پس نباید تاخیر کند و نمی‌تواند به اقساط بپردازد مگر این که خریدار رضایت دهد.

دوم: چنانچه ثمن موجد باشد آیا شفیع هم می‌تواند به همان صورت پرداخت کند یا باید به نقد بپردازد؟

گفته شده است که در این صورت شفیع هم حق دارد ثمن را در سررسید مقرر پرداخت کند. (خویی، همان، مساله ۳۶۶) اما ظاهر ماده ۸۰۸ قانون مدنی این دیدگاه را نپذیرفته است پس شفیع ثمن را باید به طور کامل در زمان اخذ به شفعه پرداخت کند.

سوم: اگر فروشنده ثمن را به خریدار بخشیده یا ذمه او را ابراء نموده باشد توافق و رابطه حقوقی آن دو شفیع را از پرداخت ثمن معاف نمی‌کند. (همان، مساله؛ نجفی، همان، ص ۳۲۷)

چهارم: ممکن است مبیع معیوب بوده، خریدار بنا بر خیار عیب، از فروشنده ارش گرفته باشد در این صورت شفیع هم می‌تواند به همان مقدار از ثمن کم کند، ماده ۸۲۰ قانون مدنی در این مورد تصریح می‌کند که: هر گاه معلوم شود که مبیع حین البیع معیوب بوده و مشتری ارش گرفته است شفیع در موقع اخذ به شفعه مقدار ارش را از ثمن کسر می‌گذارد و... اما چنانچه مبیع بعد از عقد بیع معیوب یا ناقص شود شفیع نمی‌تواند از ثمن کم کند و باید آن را کامل بپردازد یا از اخذ به شفعه منصرف شود. (همان، ص ۳۷۸؛ خویی، همان، ص ۸۶)

#### ۴) بدون تبعیض:

یعنی شفیع نمی‌تواند با پرداخت قسمتی از ثمن، قسمتی از مبیع را اخذ به شفعه و تملک کند بلکه اگر می‌خواهد اخذ به شفعه کند باید تمام ثمن را بدهد و تمام مبیع را تملک کند (همان - مساله ۳۴۱ - و: شهید ثانی - همان - ص ۲۹۵) و دلیل آن جلوگیری از ضرر خریدار است. ماده ۸۱۵ قانون مدنی در همین مورد چنین می‌گوید: حق شفعه را نمی‌توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف‌نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید. همین حکم نسبت به وراثت شفیع هم در ماده ۸۲۴ آمده است یعنی وراثت نیز نمی‌تواند قسمتی از مبیع را اخذ به شفعه کنند.

حکم بالا ممکن است در چند مورد به طور کامل اجرا نشود و برای شفیع حق تبعیض در مبیع ایجاد شود از جمله این که: اول: اگر شریک سهم مشاع خود را همراه با یک مال منقول بفروشد شفیع در مال منقول حق شفعه ندارد (طوسی، همان، ص ۴۴۵؛ خویی، همان، ص ۸۰) در این صورت فقط نسبت به غیر منقول می‌تواند اخذ به شفعه کند این حق در ماده ۸۱۲ به این شرح پیش‌بینی شده که: «اگر مبیع متعدد بوده و بعضی آن قابل شفعه و بعضی دیگر قابل شفعه نباشد حق شفعه را می‌توان نسبت به بعضی که قابل شفعه است به قدر حصه آن بعضی از ثمن اجرا نمود».

دوم: دو نفر در دو قطعه زمین با هم شریکند و یکی از دو شریک سهم خود را از هر دو قطعه می‌فروشد آیا شفیع حق تجزیه دارد یا این مورد هم مشمول حکم ماده ۸۱۵ فوق خواهد بود؟

نظر اول: ماده ۸۱۵ به طور مطلق به شفیع حق تبعیض و تجزیه نمی‌دهد چه مبیع متعدد چه واحد باشد یعنی در مثال حاضر هم شفیع حق تبعیض ندارد. (امامی، همان، ص ۳۲؛ نجفی، همان، ص ۳۲۵)

نظر دوم: چنانچه مبیع متعدد باشد مثل فروش باغ و خانه یا دو قطعه زمین، باید بین دو مورد تفاوت قابل شد به این صورت که اگر دو مبیع با ثمن متفاوت و جداگانه فروخته شده باشد در واقع دو عقد است بنابراین دو حق شفعه ایجاد شده است پس شفیع هم می‌تواند یک یا هر دو را اخذ به شفعه کند اما چنانچه مبیع با یک ثمن فروخته شده باشد یک عقد و یک حق شفعه محقق شده و در این صورت امکان تبعیض وجود ندارد و حکم این مورد تابع ماده ۸۱۵ مذکور خواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۲۸).

اگر شفیع حق تبعیض داشته باشد و یکی از دو مبیع را اخذ به شفعه کند در این صورت خریدار نمی‌تواند نسبت به مبیع دیگر با استناد به خیار تبعض صفقه، بیع را فسخ کند چون اولاً خریدار با اختیار و عمد هر دو مبیع را خریداری کرده است، ثانیاً سبب تبعیض در زمان عقد بیع وجود نداشته است تا از آن استفاده کند. ( امامی، همان، ص ۳۳)

## گفتار دوم: آثار اخذ به شفعه

### مبحث اول: رابطه خریدار و شفیع

با اخذ به شفعه، رابطه‌ی حقوقی جدیدی بین شفیع و خریدار به وجود می‌آید که دارای آثار حقوقی خاصی است، در این گفتار به اختصار به آن می‌پردازیم:

#### ۱- انتقال مالکیت:

##### الف: مالکیت عین مال:

اخذ به شفعه ایقاع تملیکی است که در اثر آن مالکیت سهم خریدار به شفیع منتقل می‌شود این انتقال از زمان اخذ به شفعه است نه از زمان وقوع عقد بیع و در آن اراده‌ی شریک سابق یا خریدار هیچ نقشی ندارد قسمت آخر ماده ۸۰۸ به این نکته اشاره دارد. با تحقق مالکیت شفیع بر سهم خریدار، شفیع نسبت به آن حق عینی اصلی می‌یابد و برای او در مبیع حق تقدم و حق تعقیب به وجود می‌آید یعنی شفیع در استفاده از آن بر هر شخص دیگری مقدم است و می‌تواند مبیع را در اختیار و تصرف هر کسی که باشد مطالبه کند. (برزی، جزوه درس حقوق مدنی (۲) نیمسال اول ۹۱-۹۰).

##### ب: مالکیت منافع:

به تبع انتقال مالکیت عین مال، مالکیت منافع نیز چه متصل چه منفصل به شفیع منتقل می‌گردد اما ممکن است بین عقد بیع و اخذ به شفعه مدتی فاصله باشد در این صورت، سؤال می‌شود که در این فاصله منافع مبیع به چه کسی تعلق دارد؟ مثلاً مال موضوع شراکت باغ بوده و شریک سابق آن را به خریدار فروخته است ولی شفیع چند ماه بعد از عقد بیع مطلع می‌شود و اخذ به شفعه می‌کند. در این مدت، باغ منافع متصل مثل رشد درختان و منافع منفصل مثل میوه‌های چیده شده داشته است هر کدام از این منافع از آن کیست؟

ماده ۸۱۹ قانون مدنی در پاسخ به این سوال اعلام می‌کند که: «نما آتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری در صورتی که متصل باشد مال شفیع است...»

بنابر حکم ماده فوق، در مثال مذکور میوه‌ها از آن خریدار اما ارزش مادی رشد درختان و نیز افزایش قیمت باغ از آن شفیع است. چنین حکمی مخصوصاً وقتی که بین عقد بیع و اخذ به شفعه مدت زیادی فاصله باشد عادلانه و قابل دفاع نیست و کاملاً به ضرر خریدار است و بعید به نظر می‌رسد که قانون نیز اضرار به غیر را اجازه داده باشد.

برخی از بزرگان حکم فوق را قبول و فقط نقل قول کرده‌اند (بروجردی (عبده)، حقوق مدنی، ص ۴۱۴؛ حایری (شاهباغ)، ۱۳۸۲- ص ۷۱۸؛ عدل، ۱۳۷۳، ص ۴۰۱) یا اینکه ضمن بررسی موضوع آن را تایید کرده‌اند. (امامی، همان، ص ۳۰ و ۳۱) اما به نظر می‌رسد حکم ماده ۸۱۹ به شرح فوق قابل پذیرش و منطقی نباشد چون هر چند منافع متصل به تبعیت از عین به مالک جدید می‌رسد و قاعده تبعیت منفعت از عین مورد نظر است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، شماره ۱۴۱۶۹) اما در هر حال تمام این منافع در زمان مالکیت خریدار بر مبیع بوده است. شفیع هر چند با فاصله از عقد بیع همچنان حق شفعه دارد و می‌تواند با اخذ به شفعه مالک مبیع شود اما بنابر قاعده مسلم لاضرر، اجرای حق نباید موجب اضرار به غیر شود و گرنه، عمل شفیع سوء استفاده از حق تعبیر می‌شود.

منافع متصل از عین قابل جدا شدن نیست به همین دلیل به تبعیت از عین به شفیع منتقل می‌شود اما این حکم به آن معنی نیست که شفیع بدون دادن عوض این منافع را مالک شود چنین وضعیتی بنابر قاعده استفاده بدون جهت محکوم است. در واقع شفیع ارزشی معادل ثمن باید پرداخت کند و اما معیار تعیین آن، زمان اجرای حق است نه زمان ایجاد حق چون مبادله ثمن و مبیع و انتقال مالکیت در زمان اخذ به شفعه صورت می‌گیرد. (کاتوزیان، حقوق مدنی، ایقاع، ص ۲۴۸)

از این نکته هم نباید غافل شد که اجرای حکم ۸۱۹ در منافع زمانی به همان صورت قابل اجراست که بنابر ماده ۸۲۱ حق شفعه هم در مهلت فوری عرفی اجرا شده باشد.

## ۲- مسئولیت خریدار

### الف: ضمان درک مبیع:

مطابق ماده ۳۹۰ قانون مدنی در حقوق ایران ضمان درک وقتی است که بعد از عقد بیع معلوم شود که مبیع از آن غیر بوده به نحوی که قابل تنفیذ هم نباشد در این صورت عقد باطل است و فروشنده ضامن است ثمنی را که به ناروا از خریدار گرفته است به او برگرداند. در اخذ به شفعه نیز شفیع ثمن را به خریدار می‌پردازد و سهم او را تملک می‌کند بنابراین خریدار در مقابل شفیع ضامن درک مبیع است اگر معلوم شود مبیع قبلاً به دیگری تعلق داشته و قابل اخذ به شفعه نبوده است خریدار ثمن را باید به شفیع برگرداند در این مورد ماده ۸۱۷ می‌گوید: «در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند مشتری ضامن درک است نه بایع...» (نجفی، همان، ص ۳۱۱).

### ب: عیب و تلف مبیع در زمان تصرف مشتری

#### اول: قبل از اخذ به شفعه:

در این حالت خریدار مالک است، بنابراین نسبت به تلف یا عیب مبیع در مقابل شفیع مسوولیتی ندارد چون شفیع قبل از اخذ به شفعه حقی نسبت به مبیع ندارد بنابراین نمی‌تواند ادعایی هم داشته باشد. قسمت اول ماده ۸۱۸ به همین مطلب اشاره دارد. شفیع نمی‌تواند از بابت عیب ارش بگیرد یا از بابت تلف خسارت بخواهد.



### دوم: بعد از اخذ به شفعه و قبل از مطالبه مبیع:

یعنی شفیع اخذ به شفعه کرده اما هنوز تسلیم مبیع را از خریدار نخواست است در این صورت شفیع مالک مبیع شده، تصرف خریدار هم از مالکانه به امانی تغییر یافته است پس خریدار هر چند مالک نیست اما غاصب هم محسوب نمی‌شود بلکه امین است و طبق قواعد عمومی امین مسوول عیب و تلف نیست مگر تعدی و تفریط کند و صفت امانتداری از او زایل شود. مثل ۴۹۳ در اجاره، ۵۵۶ در مضاربه، ۵۸۴ در شرکت، ۶۱۴ در ودیعه و ۶۴۰ در عاریه، بنابراین در اخذ به شفعه نیز، تا زمانی که شفیع مبیع را مطالبه نکرده است خریدار امین است پس اگر تعدی و تفریط نکرده باشد نسبت به عیب و تلف مبیع مسوولیتی نخواهد داشت. (همان، ص ۳۵۷ و ۳۵۸).

اما این حکم که مطابق قواعد عمومی است در ماده ۸۱۸ به این صورت نیامده است بلکه برای تحقق مسوولیت خریدار عنصر مطالبه نیز اضافه شده است و نحوه تنظیم این ماده ظاهری مبهم و فریبنده دارد و گویا خریدار بعد از اخذ به شفعه و قبل از مطالبه مسوول تعدی و تفریط خود نیست یا اینکه بعد از مطالبه هم فقط در صورت تعدی و تفریط مسئول است اما نباید فریب ظاهر ماده را خورد و عنصر مطالبه را نیز از شرایط تحقق مسوولیت خریدار با وجود تعدی و تفریط او دانست بلکه باید بر این باور بود که خریدار بعد از اخذ به شفعه و مطالبه مسوول تعدی و تفریط خود می‌باشد اما مفهوم مخالف آن که با قواعد کلی حاکم بر قانون مدنی تعارض دارد، هیچ اعتباری ندارد. بنابراین خریدار اگر قبل از مطالبه هم تعدی و تفریط کند مسوول است. برای رفع ابهام از ماده ۸۱۸ که ناشی از عدم دقت و قاطعیت قانون‌گذار در تدوین و تنظیم نامناسب متن ماده است می‌توان از ماده ۲۷۸ قانون مدنی و سایر مواد فوق‌الذکر کمک گرفت که خریدار تا زمانی که تعدی و تفریط نکرده است مسوول نیست اما همین که از حدود اذن خارج شد و مرتکب زیاده‌روی یا کوتاهی گردید مسوول عیب و تلف است حتی اگر شفیع مبیع را از او مطالبه نکرده باشد.

البته وجود کلمه مطالبه در ماده ۸۱۸ اولاً توسط حقوق‌دانان مورد بررسی و ایراد و انتقاد قرار گرفته تا جایی که گفته‌اند این کلمه زیادی و اشتباه است، (عدل، همان، صص ۴۰۱ - ۴۰۰) یا اینکه ماده را طبق قواعد عمومی تحلیل کرده‌اند که اگر مطالبه شود و خریدار از تسلیم آن خودداری کند مسوول خواهد بود. (امامی، همان، ص ۵۵) یا اینکه مطالبه را از شرایط تحقق مسوولیت خریدار ندانسته و قواعد عمومی را حاکم بر روابط شفیع و خریدار دانسته‌اند. ثانیاً در فقه نیز کلمه مطالبه بیشتر در همان معنی اخذ به شفعه به کار رفته در عین حال، معنی آن را با شک و تردید تحلیل کرده‌اند. (کاتوزیان، ایقاع، ص ۳۰۰) بنابراین خریدار پس از اخذ به شفعه چنانچه در مبیع تعدی و تفریط کند مسوول خواهد بود.

### سوم: بعد از اخذ به شفعه و بعد از مطالبه:

با اخذ به شفعه شفیع مالک مبیع است چنانچه آن را از خریدار مطالبه کند دو حالت ممکن است مطرح گردد:

- ۱- خریدار بدون تاخیر و امتناع آن را به شفیع تسلیم کند، در این صورت مسوولیتی متوجه خریدار نیست مفهوم مخالف مواد متعددی از قانون مدنی مثل ۳۱۰ و ۶۱۶ همین حالت را بیان می‌کند.
- ۲- خریدار از تسلیم مبیع خودداری یا تاخیر

کند بنابر اصول کلی، از تاریخ مطالبه و امتناع خریدار، ید امانی او به ید ضمانی تبدیل می‌شود و خریدار تحت هر شرایطی به طور مطلق نسبت به هر گونه عیب و تلف مبیع مسوول خواهد بود. هر چند این حکم بدیهی و کلی در ماده ۸۱۸ صریحاً نیامده است متن ماده هم با این حکم مخالفتی ندارد و از منطوق صریح سایر مواد قانون مدنی می‌توان این حکم را استنباط کرد که در حق شفعه هم قابل اجراست. از جمله: ماده ۶۱۶ قانون مدنی تصریح می‌کند که: «هر گاه رد مال ودیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند از تاریخ امتناع احکام امین به او مترتب نشده و ضامن تلف و هر نقص یا عیبی است که در مال ودیعه حادث شود اگر چه آن عیب یا نقص مستند به فعل او نباشد». همچنین ماده ۷۹۰ قانون مدنی در عقد رهن مقرر داشته که: «بعد از براءت ذمه‌ی مدیون رهن در دید مرتهن امانت است لیکن اگر با وجود مطالبه آن را رد ننماید ضامن آن خواهد بود اگر چه تقصیر نکرده باشد.»

بر این اساس اگر معنی مطالبه در همان مفهوم خاص خود یعنی درخواست تسلیم مال به مالک باشد عدم تسلیم آن به مالک موجب مسوولیت مطلق متصرف مال خواهد بود. (خویی، همان، مساله ۳۶۲) و ماده ۸۱۸ نیز هرگز نمی‌تواند حکمی استثنا بر آن را مقرر کند. مگر اینکه پذیرفته شود که کلمه مطالبه در این ماده در معنی مترادف با اخذ به شفعه است.

نکته: در ماده ۸۱۸ راجع به نقص مبیع اشاره‌ی نشده است اما از کلمه خرابی می‌توان استنباط کرد که تابع احکام عیب است که اگر قبل از اخذ به شفعه باشد خریدار مسوولیت ندارد هر چند که نظر مخالفی هم در فقه هست که خریدار را مسوول می‌داند به این دلیل که مبیع در هر حال متعلق حق شفیع قرار گرفته است. (امامی، همان، ص ۵۵، نجفی، همان، ۳۵۷ و ۳۵۸).

### ۳- بطلان معاملات بعدی نسبت به مبیع:

پس از اینکه شریک سهم خود را به خریدار فروخت و حق شفعه برای شفیع محقق شد ممکن است خریدار نیز مبیع را به دیگری واگذار کند مثلاً بفروشد هبه یا وقف کند و همچنین امکان دارد خریدار و شریک سابق بخواهند عقد بیع را اقاله کنند و مالکیت‌ها به وضعیت سابق برگردد. در هر یک از این دو مورد موضوعات و حالاتی مطرح می‌شود که به اختصار مورد بررسی قرار می‌دهیم:

#### اول: انتقال مبیع به غیر توسط خریدار:

در این حالت پس از تحقق حق شفعه و قبل از اینکه شفیع از معامله مطلع شود و به اخذ به شفعه اقدام کند خریدار سهم خود را به شخص دیگری می‌فروشد و او نیز با دیگری معامله می‌کند به نحوی که ممکن است نسبت به مبیع چند بار معامله صورت گیرد، بنابراین به چند سوال باید پاسخ داده شود:

الف: آیا شفیع می‌تواند هر یک از معاملات را برای اخذ به شفعه انتخاب کند؟

ب: در این صورت تکلیف معاملات قبلی و بعدی چه می‌شود و هر کدام چه حکمی دارد؟

ج: منظور از بطلان این معاملات در ماده ۸۱۶ چیست آیا بطلان مطلق یا نسبی است؟

#### پاسخ سوال الف:

شفیع این اختیار را دارد که هر کدام از معاملات را بخواهد انتخاب و اخذ به شفعه کند. (خویی - همان - ص ۸۴)

البته این در صورتی است که خریدار تمام سهم خود را به یک نفر فروخته باشد و معاملات بعدی هم به همین شکل واقع شده باشد اما چنانچه خریدار قسمتی از سهم خود را به یک نفر و سپس قسمت دیگری را به فرد دیگری فروخته باشد یا اینکه سهم خود را به چند نفر فروخته و آنها نیز به شخص یا اشخاص دیگری واگذار نموده باشند شفیع باید به نحوی انتخاب و اقدام کند که در هر حال تعداد شرکا بیش از دو نفر نشده باشد در غیر این صورت به دلیل افزایش تعداد شرکا در زمان اخذ به شفعه، حق شفعی شفیع ساقط خواهد شد.

#### پاسخ سوال ب:

اگر شفیع یکی از معاملات بعدی را انتخاب کند در واقع معاملات قبل از آن مورد تایید شفیع محسوب شده صحیح تلقی می‌گردد اما معاملات بعدی که موضوع خود را از دست داده است باطل خواهند شد در ماده ۸۱۶ قانونی مدنی این حکم چنین مقرر شده است: «اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد باطل می‌نماید». ظاهر ماده مبهم است گویا تمام معاملات باطل می‌شود اما باید توجه کرد که در متن ماده منظور از عقد بیع اولین عقد نیست بلکه منظور عقدی است که شفیع برای اخذ به شفعه انتخاب می‌کند بر این اساس منظور عقدی است که هم قبل از اخذ به شفعه هم بعد از عقدی که شفیع انتخاب کرده است باشد پس معاملات قبل از عقد مذکور صحیح است و در واقع شفیع آنها را تایید و قبول می‌کند (همان، مساله ۳۵۳) همین‌طور اگر خریدار مبیع را هبه یا وقف کند یا مهر زوجه قرار دهد و شفیع اخذ به شفعه کند اقدام خریدار باطل و بی‌اثر خواهد شد. (امامی، همان، صص ۳۹-۴۰).

#### پاسخ سوال ج:

در متن ماده ۸۱۶ عنوان شده که معاملات بعدی باطل می‌شود در حالی که معاملات مذکور در زمان خود صحیح بوده بنابراین اراده شفیع نمی‌تواند موجود حقوقی صحیح را باطل یعنی معدوم نماید عقد از اول یا صحیح یا غیرنافذ و یا باطل است به همین خاطر در توجیه آن گفته شده که عقد بیع مراعی به اجازه شفیع یا سقوط حق اوست یعنی اگر شفیع اخذ به شفعه کند مثل رد معامله فضولی، عقد بیع بی‌اثر می‌شود و اگر از اخذ به شفعه منصرف شود در واقع معامله را تنفیذ می‌کند. (همان) اما معامله مشتری نسبت به مبیع را نمی‌توان با عقد فضولی قیاس کرد چون معامله موضوع ماده ۸۱۶ در زمان وقوع صحیح بوده در حالیکه معامله فضولی از آغاز غیرنافذ است. (برزی، جزوه درس حقوق مدنی ۳ نیمسال اول ۹۲-۹۱) بنابراین بطلان در ماده فوق مطلق نیست و می‌توان آن را معامله قابل ابطال مثل معامله موضوع ماده ۱۳۱ قانون تجارت (اسکینی، ۱۳۷۷، ص ۱۶۰) و صحیح‌تر این که چنین معامله‌ای را در مقابل شفیع غیرقابل استناد دانست همچنانکه در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی پذیرفته شده است. (کاتوزیان، همان، ص ۲۸۹).

**دوم : امکان اقاله بیع:**

عقد بیع بین خریدار و شریک سابق واقع شده آیا این دو قبل از اخذ شفعه می‌توانند آن را اقاله کنند و عملاً حق شفعه را از بین ببرند؟

در ماده ۸۱۶ به اقاله اشاره نشده اما معامله در معنی عام شامل اقاله هم می‌شود بنابراین حتی پس از اقاله هم شفیع می‌تواند اخذ به شفعه کند از این نظر اقاله هم تابع حکم ماده ۸۱۶ مذکور خواهد بود و در مقابل شفیع غیرقابل استناد می‌باشد. از طرفی بنابر اصل نسبی بودن آثار قراردادها، طرفین عقد بیع نمی‌توانند با اقاله‌ی آن حق شفعه را ساقط کنند (برزی، ۱۳۸۶، ص ۹) و نیز اگر خریدار قبل از اخذ به شفعه مبیع را برای مدتی به غیر اجاره دهد یا برای دیگری در آن حق انتفاع ایجاد کند چنانچه شفیع اخذ به شفعه کند اجاره یا حق انتفاع برای مدت پس از اخذ به شفعه غیرنافذ خواهد بود یعنی در این صورت معلوم می‌شود که خریدار برای بعد از اخذ به شفعه مالک نبوده است مشابه آن چه که در ماده ۴۹۷ در مبحث عقد اجاره و ماده ۵۰۰ و ۴۶۰ در مبیع شرطی در قانون مدنی آمده است.

**۴- تصرفات مادی خریدار در بیع:**

ممکن است خریدار پس از عقد بیع و قبل از اخذ به شفعه در مبیع تصرفاتی کند مثلاً بنایی احداث کند یا درختی بکارد و در این صورت تکلیف خریدار چیست و برای شفیع چه تاثیری دارد و آیا می‌تواند تخریب و قلع یا بقای آن را بخواهند یا از بابت آن خسارت و اجرتی مطالبه کنند.

قسمت آخر ماده ۸۱۹ قانون مدنی در حکمی نه چندان قابل دفاع اعلام می‌کند که: «... مشتری می‌تواند بنائی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند». اما آیا خریدار می‌تواند بقای آنها را به شفیع تحمیل کند و اجرت بخواهد و آیا شفیع می‌تواند از تخریب آنها جلوگیری کند و یا خریدار را ملزم به قلع آنها نماید. پاسخ اینها در ماده ۸۱۹ نیامده است و از این جهت سکوت قانون‌گذار و بلا تکلیف گذاشتن موارد فوق قابل انتقاد و ایراد می‌باشد. در کتب فقهی و حقوقی نیز نظرات متفاوت ابراز شده است اما در مجموع باید توجه داشت که:

اولاً: آن چه ساخته یا کاشته شده در زمان مالکیت خریدار تحقق یافته پس به خریدار تعلق دارد در این مرحله خریدار غاصب نبوده پس تابع احکام غصب و ماده ۳۱۴ قانون مدنی نیست که کار خریدار بدون اجرت باشد. خریدار مالک بنای احداث شده و درخت کاشته شده در فاصله عقد بیع و اخذ به شفعه است بر این اساس قسمت آخر ماده ۸۱۹ به او اجازه داد که آن را تخریب و قلع کند و این اقدام موجب مسوولیت او در مقابل شفیع نیست.

ثانیاً: خریدار نمی‌تواند بنا و درخت را باقی گذارد و به شفیع تحمیل کند و از بابت آن اجرت مطالبه کند اما شفیع هم نمی‌تواند مانع تخریب و قلع شده خریدار را به قبول دریافت اجرت مجبور سازد در عین حال در این مورد می‌تواند توافق و مصالحه کنند و رویه قضایی نیز باید به این سو هدایت شود تا از تخریب و قلع اموال که اصولاً نتیجه‌ای جر خسارت و ضرر ندارد جلوگیری گردد. وقتی که امکان جبران خسارت با بقای بنا و درخت و دادن اجرت وجود دارد چه لزومی به تخریب بنا

و کندن درخت دارد که کاری دور از عقل سلیم و منطبق روابط اجتماعی است. در همین جهت ماده ۳ قانون مسوولیت مدنی در حکمی منطقی و قابل تحسین اعلام می‌کند که: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد...». بنابراین در چنین مواردی دادگاه می‌تواند نقش موثرتری ایفا کند و نحوه جبران خسارت را با روشی غیر از تخریب و قلع تعیین نماید.

ثالثاً: اگر خریدار بنا را تخریب و درختان را قلع کند آیا ملزم است که زمین را مسطح و گودی‌ها را پر و صاف نماید و سپس به شفیع تحویل دهد یا اینکه چنین وظیفه‌ای ندارد؟

در این قضیه بین صاحب‌نظران فقهی و حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد و دیدگاه‌ها متفاوت است. اما بنابر قواعد کلی باید پذیرفت که مالک بنا و درخت خریدار است از طرفی هم پس از اخذ به شفعه، مبیع به شفیع منتقل شده است بنابراین هر یک حق تصرف در ملک خود را دارد اگر شفیع خریدار را به تخریب و قلع بنا و درخت مجبور کند باید در قبال سود ناشی از آزاد شدن ملک خود به خریدار اجرت دهد، در این صورت به نظر می‌رسد لزومی به تسطیح و پاکسازی زمین ندارد و بنابر ماده ۲۷۸ موضوع تعهد را در همان وضعیتی که حین تسلیم دارد به شفیع تحویل می‌دهد اما اگر خریدار بنا و درخت را قلع کند باید محل آن را پاکسازی کرده سپس به شفیع تسلیم کند. (نجفی، همان، ص ۳۶۵؛ امامی، همان، ص ۴۹؛ کاتوزیان، همان، ص ۲۹۶).

#### ۵- خسارت ناشی از اخذ به شفعه:

خریدار برای انجام معامله با شریک سابق ممکن است مخارج و هزینه‌هایی را متحمل شده باشد مثلاً پرداخت هزینه کارشناس ارزیابی ملک و مخارج رفت‌وآمد و اجرت واسطه و غیره، در این صورت شفیع نسبت به هزینه‌های فوق هیچ‌گونه مسوولیتی نخواهد داشت، بنابراین خریدار علاوه بر ثمن مبیع، از بابت این هزینه‌ها نمی‌تواند از شفیع خسارت بگیرد. (خویی، همان، ص ۸۳) اما آیا خریدار می‌تواند این خسارت را از فروشنده مطالبه کند یا خیر در مبحث رابطه خریدار و فروشنده بررسی خواهد شد.

#### مبحث دوم: رابطه خریدار و شریک سابق یا فروشنده

بین شریک سابق و خریدار یک عقد بیع واقع شده پس رابطه آن دو تابع احکام بیع خواهد بود و هر یک حقوق و تکالیف خاصی خواهد داشت که باید اجرا و رعایت کنند. آثار عقد و الزامات اساسی فروشنده و خریدار در ماده ۳۶۲ قانون مدنی به این شرح آمده است:

#### ۱- انتفال مالکیت:

اگر عقد بیع، منجز و صحیح باشد به محض وقوع عقد، اصولاً مالکیت‌ها منتقل می‌شود به شرط این که مبیع و ثمن، عین معین باشد. در عقد بیعی که موجد حق شفعه است مبیع، مال غیرمنقول و در نتیجه عین معین است، بنابراین حتی اگر

برای تسلیم آن موعدی خاص تعیین کرده باشند مالکیت از زمان عقد بیع منتقل می‌شود و پس از آن نسبت به مبیع فقط خریدار صلاحیت تصمیم‌گیری و هرگونه تصرف را خواهد داشت، به همین خاطر نیز شفیع مبیع را از خریدار اخذ به شفعه می‌کند. وجود خیارها نیز به حکم ماده ۳۶۳ و ۳۶۴ قانون مدنی مانع انتقال مالکیت نخواهد بود.

#### ۲- تسلیم مبیع:

فروشنده ملزم است مبیع را در همان وضعیتی که زمان عقد داشته، به خریدار تسلیم کند اگر برای تسلیم موعد خاصی تعیین نشده باشد بنابر ماده ۳۴۴ قانون مدنی زمان آن حال محسوب می‌شود و در صورت عدم تسلیم از جانب فروشنده، خریدار می‌تواند مطابق قواعد عمومی قراردادها الزام وی به تسلیم مبیع را درخواست کند. این حکم به طور خاص در ماده ۳۷۶ آمده است.

#### ۳- پرداخت ثمن:

خریدار نیز باید ثمن را به همان مقدار و در همان زمانی که بین طرفین مقرر شده است به فروشنده بپردازد. ممکن است پرداخت آن نقد یا موجل یا به اقساط مشخص باشد. (شهید اول، ۱۳۷۴، ص ۱۱۰) در هر حال توافق طرفین نسبت به زمان پرداخت ثمن بنابر اصل نسبی بودن آثار قراردادها، محدود به رابطه‌ی خریدار و فروشنده است و نسبت به شفیع بی‌تاثیر است، بنابراین شفیع نمی‌تواند با استناد به موجل بودن ثمن، از خریدار برای پرداخت آن مهلت بخواهد. (برزی، همان، ص ۹) اگر مبیع معیوب باشد خریدار علاوه بر حق فسخ می‌تواند بابت عیب ارش بخواهد و به همان مقدار از ثمن کسر نماید.

#### ۴- ضمان درک مبیع:

به حکم ماده ۳۶۲ و ۳۹۰ و به طور خاص بنابر قسمت دوم ماده ۸۲۰ فروشنده در مقابل خریدار ضامن درک مبیع است یعنی چنانچه پس از عقد بیع، معلوم شود که مبیع از آن غیر بوده، در نتیجه عقد باطل شود فروشنده ملزم خواهد بود ثمنی را که به ناروا از خریدار گرفته بود به او برگرداند با اعلام بطلان عقد، طبیعی است که حق شفعه هم ایجاد نخواهد شد.

#### ۵- اثر اقاله عقد:

اصولاً عقود با توافق طرفین قابل اقاله است بنابراین غیر از عقود خاصی که به حکم قانون امکان اقاله‌ی آنها نیست مثل عقد وقف ماده ۶۱ و مثل عقد ضمان با استنباط از ماده ۷۰۱ و نکاح به حکم ماده ۱۱۲۰ قانونی مدنی (البته نظر مخالفی هم هست که در وقف خاص و ضمان و حواله را صحیح می‌داند مراجعه فرمایید: جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ص ۲۴۲؛ همان، ۱۳۸۸، ص ۵۱۲ و بعد) در سایر عقود از جمله بیع طرفین می‌توانند با توافق هم آن را اقاله و منحل کنند. (شهید اول، همان، ص ۱۱۳) اما این اقاله موجب سقوط حق شفعه شفیع نیست و همان‌طور که در صفحات قبلی بررسی شد اثر اقاله محدود به رابطه‌ی خریدار و فروشنده است (نجفی، همان، ص ۳۴۷) و در مقابل شفیع قابل استناد نیست.

#### مبحث سوم: رابطه شفیع و شریک سابق

هر چند شفیع مبیع را که در مالکیت خریدار است تملک می‌کند و ظاهراً هیچ رابطه‌ی حقوقی بین شفیع و شریک سابق یا همان فروشنده وجود ندارد اما در موضوع نهاد حق شفعه و اجرای آن، این دو با یکدیگر بی‌ارتباط هم نیستند به همین دلیل به چند مورد باید توجه کرد و مورد بررسی قرار داد:

#### ۱- تسلیم مبیع:

شریک سابق به عنوان فروشنده بنابر قواعد حاکم بر عقد بیع ملزم است مبیع را به خریدار تسلیم کند اما ممکن است شفیع اخذ به شفعه کند در حالیکه مبیع هنوز به خریدار تسلیم نشده است در این صورت هر چند شفیع ثمن را به خریدار پرداخت می‌کند اما به موجب قسمت آخر ماده ۸۱۷ شفیع برای تسلیم مبیع نمی‌تواند به خریدار رجوع کند بلکه به عنوان مالک و بنابراین که نسبت به مبیع حق عینی دارد و این حق موجب حق تعقیب و حق تقدم برای مالک است به فروشنده یا هر کسی که مبیع در تصرف او باشد رجوع کرده مبیع را مطالبه کند چنانچه فروشنده یا هر متصرف دیگری از تسلیم آن خودداری کند، بنابر قواعد عمومی در حکم غاصب بوده نسبت به هر گونه عیب و نقص و تلفی مسوول خواهد بود هر چند مستند به فعل او نباشد. (مستفاد از موادی مثل: ۶۳۱ و ۳۱۰ و ۲۷۸ قانون مدنی).

#### ۲- امکان اقاله یا فسخ بیع:

فسخ و اقاله یک عمل حقوقی تبعی است یعنی برای تحقق هر دو لازم است عقد صحیح لازمی قبلاً منعقد شده باشد از طرفی اثر هر دو جنبه منفی دارد برخلاف عقد که جنبه اثباتی دارد. (جعفری لنگرودی، همان) اما سوالی که به نظر می‌رسد این است که آیا شفیع می‌تواند عقد بیعی را که بین شریک سابق و خریدار واقع شده فسخ کند یا اینکه با توافق با فروشنده آن را اقاله کنند. پاسخ این سوال تابع حکم واحدی نیست بنابراین جداگانه باید تحلیل شود:

##### اول: امکان اقاله:

اقالهی هر عقد فقط با توافق طرفین همان عقد امکان دارد و شفیع جزء طرفین عقد نیست پس برای این دو چنین امکانی وجود ندارد و توافق آنها برای بازگشت به وضعیت قبل از عقد اقاله نیست بلکه خود عقد دیگری است. (نجفی، همان، ص ۳۸۵).

##### دوم: امکان فسخ بیع:

یعنی آیا شفیع می‌تواند بیع را فسخ کند، مثلاً با اثبات عیب مبیع یا غبن فاحش عقد را یک جانبه منحل نماید. فسخ هم مانند اقاله اصولاً از حقوق طرفین عقد است اما به طور استثنا طرفین عقد می‌توانند در یک مدت معین برای شخص ثالث حق فسخ پیش‌بینی کنند در این صورت: الف: این شخص در مدتی که تعیین شده حق فسخ عقد را خواهد داشت. ب: این حق

فسخ مختص همین ثالث است و با فوت او به وراثت وی منتقل نمی‌شود. بنابراین اگر شریک سابق و خریدار در ضمن عقد بیع برای شفعه به عنوان ثالث حق فسخ پیش‌بینی کنند شفعه در همان مدت تعیین شده حق فسخ بیع را خواهد داشت. (مواد ۳۹۹ و ۴۴۷ قانون مدنی) در غیر این صورت شفعه حق فسخ عقد بیع را نخواهد داشت.

### نتیجه‌گیری:

در قانون مدنی از مواد ۸۰۸ تا ۸۲۴ به موضوع حق شفعه اختصاص دارد. برای امکان اخذ به شفعه یعنی تملک سهم فروخته شده شریک، شرایط خاصی لازم است که در این مواد به طور پراکنده به برخی از آنها اشاره شده است و در مورد



سایر شرایط سعی شده است که با استنباط از قواعد عمومی و اندیشه‌های فقهی و حقوقی آنها را مورد تحلیل، بررسی و نقد قرار دهیم. پس از اقدام شفیع در اخذ به شفعه، آثار جدیدی در روابط حقوقی طرف‌های زیربط به وجود می‌آید که در این زمینه آنچه در قانون مدنی آمده ناقص و نارساست به نحوی که در مواردی هیچ حکم خاصی مشاهده نمی‌شود یا اینکه حکمی مبهم و مجمل وارد شده که نه تنها راه‌گشا و چاره‌ساز نیست موجب برداشت‌های متفاوت و متناقض نیز می‌گردد که در هر قسمت تلاش کردیم حکم هر مورد استخراج و ضمن ابهام‌زدایی و تجزیه و تحلیل دیدگاه‌های صاحب‌نظران فقهی و حقوقی، اجمال و سکوت قانون تا حدودی جبران شود.

براین اساس، پیشنهاد می‌شود مجلس محترم شورای اسلامی با استفاده از اندیشه‌های متفکران فقهی و حقوقی در مقررات موضوع حق شفعه بازنگری اساسی اما منطقی و روزآمد صورت دهد تا در عمل از برداشت‌های متناقض و احیاناً ناعادلانه جلوگیری گردد و نظام حقوقی از نظم و انسجام خاص بهره‌مند شود، تا آن زمان رویه قضایی با سود جستن از آراء صاحب‌نظران فقه و حقوق باید در مسیر رسیدن به عدالت و رعایت هر چه بیشتر اخلاق و انصاف، گام بردارد و در این راه، استدلال منطقی، تحقیق و پژوهش، اساس آرای صادره از محاکم باشد.

## منابع و مأخذ:

- ۱- اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، جلد دوم، تهران، سمت، ۱۳۷۷
- ۲- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، جلد سوم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۶۴
- ۳- امیری قائم مقامی، عبدالحمید، حقوق تعهدات، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۸
- ۴- برزی، ودود، نسبی بودن آثار قراردادها، تهران، آثار اندیشه، ۱۳۸۶
- ۵- بروجردی (عبده) محمد، حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۰
- ۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، تهران، مشعل آزاد، ۱۳۵۷
- ۷- جعفری لنگرودی محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد پنجم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۸
- ۸- حائری شهاباغ، سید، شرح قانون مدنی، جلد دوم، تهران، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۲
- ۹- حلّی (علامه)، حسن بن یوسف، تبصره المتعلمین، تهران، انتشارات دارالفکر، ۱۳۷۱
- ۱۰- حلّی (محقق اول)، نجم الدین، مختصرالنافع، قم، باقر العلوم، ۱۳۷۳
- ۱۱- خمینی، روح الله، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، ۱۳۶۹
- ۱۲- خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد سوم، قم، مدرسه امام باقر، ۱۳۸۶
- ۱۳- صفایی، سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴
- ۱۴- صفایی، قاسم زاده، سید حسین و سید مرتضی، اشخاص و محجورین، تهران، سمت، ۱۳۸۱
- ۱۵- طوسی، شیخ جعفر محمدبن الحسن، کتاب الخلاف، جلد سوم، قم، نشر اسلامی، ۱۴۱۵
- ۱۶- عاملی الشامی، زین الدین (شهید ثانی)، تحریر الروضه فی شرح اللمعه، تهران، سمت، ۱۳۷۸
- ۱۷- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش محمدرضا بندرچی، قزوین، بحرالعلوم، ۱۳۷۳
- ۱۸- کاتوزیان، ناصر، ایقاع، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، شفعه، وصیت و ارث، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۸
- ۲۰- مکی عاملی، ابوعبداله (شهید اول)، اللمعه الدمشقیه، قم، دارالفکر، ۱۳۷۴
- ۲۱- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۸۵