

پژوهشی در رویکردهای حق شفعه در فقه و حقوق اسلامی

حمزه اسفندیاری بیات^۱، زهرا راسخ^۲

^۱ استادیار دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز هیأت علمی تمام وقت گروه حقوق

^۲ دانشجوی دکترای حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد شیراز

چکیده

حق شفعه که صرفاً یک حق مالی است و اسقاط و انصراف از آن مغایرتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارد بنابر صراحت ماده ی ۸۲۲ قانون مدنی از جانب شفیع قابل اسقاط است. اسقاط این حق می تواند به صورت صریح یا ضمنی باشد در ماده ی مذکور می خوانیم: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود.» در اسقاط صریح، شفیع ممکن است شفاهی یا کتبی اعلام کند که اخذ به شفعه نمی کند یا از اعمال حق خود منصرف شده است و در اسقاط ضمنی، از گفتار و اقدام شفیع که برای هدف و با قصد خاصی صورت می گیرد به طور ضمنی اسقاط حق استنباط می شود مثلاً چنان چه مال موضوع حق شفعه یک قطعه زمین کشاورزی باشد و شفیع از خریدار برای نوع کشت و زراعت سال بعد نظر خواهی کند یا از او همکاری و تامین هزینه های شخم یا برداشت محصول را درخواست نماید یا بخواهد سهم خود را نیز به خریدار بفروشد نشانگر اسقاط ضمنی حق شفعه است. همچنین اگر شفیع با امکان اعمال حق و اخذ به شفعه، سکوت یا از پرداخت ثمن خوداری کند تا مهلت عرفی آن سپری شود به طور ضمنی به معنی اسقاط حق شفعه خواهد بود. اسقاط حق شفعه گرچه از نظر ماهیت حقوقی ایقاع است با این وجود باید شفیع اراده ی خود را چه صریح چه ضمنی اعلام کند اراده باطنی تا زمانی که اعلام نشود آثار حقوقی نخواهد داشت و اعلام آن نیز باید به نحوی باشد که در صورت اختلاف، قابل اثبات باشد.

واژه های کلیدی: شفیع، اخذ به شفعه، خیارات، ایقاع، قاعده لاضرر، بیع قطعی

مقدمه

همانگونه که می دانیم «حق شفعه» و اعمال آن یکی از این موارد مهم و از احکام استثنایی مطرح شده در مباحث حقوق مدنی است. اگر فلسفه اصلی وضع حکم حق شفعه و اعمال آن را جلوگیری از ضرر شریک مشاعی دیگر بدانیم می توان اعمال این حق را (در صورت احراز تمامی شرایط قانونی) در مراحل مختلف زندگی فردی نیز اعمال و اجرا کرد و در این مسیر، توجه به حالت اشاعه در عرصه و بعضی از قسمتهای مشترک اعیانی مزید بر علت خواهد بود و وجود ممر و مجرای مشترک در بین افراد، که در ماده ۸۱۰ قانون مدنی بصراحت آمده است نیز از اهمیت خاصی برخوردار خواهد بود. این نهال هنوز در بین مردم و حتی در رویه قضایی تنومند نشده، و نیاز به تحلیلها و تحقیقهای بیشتری دارد این تحقیق نیز با همین نیت تهیه شده است. در قانون مدنی، اختیارات یکی از مباحث مربوط به عقود است. در ماده ۴۵۶ ق. م نیز «خیار» ویژه‌ی معامله دانسته شده است. در فقه و حقوق موضوعه، کمتر سخنی از امکان بر هم زدن ایقاع به استناد خیار فسخ به میان آمده است. از نظر منطقی نیز وجود بیشتر خیارها با طبیعت ایقاع سازگاری ندارد. پژوهش حاضر به بررسی امکان یا عدم امکان درج خیار شرط در ایقاع با توجه به حقوق موضوعه و نظرات حقوق دانان و فقیهان پرداخته و با رد دلایل صحت شرط خیار در ایقاع، چنین شرطی را باطل دانسته است، هر چند ایقاع را باید صحیح دانست.

«حق شفعه» همان حق شریک دوم است. ماده ۸۰۸ قانون مدنی این حق را اینگونه بیان کرده است:

«هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین ۲ نفر مشترک باشد و یکی از ۲ شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند.»

در واقع، حق شفعه به زبان ساده به این معنی است که هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین ۲ نفر مشترک باشد و یکی از ۲ شریک سهم خود را به شخص دیگری بفروشد، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است، به او بدهد و مالک سهم فروخته شده شود. به طور مثال، شخص الف و شخص ب در مالکیت زمینی شریک هستند و شریک الف قصد فروش سهم خود از زمین مشترک را دارد و با تعیین قیمتی، آن را به شخص ج می فروشد. در این حالت، شخص ب در صورت داشتن شرایطی، می تواند سهم شریک اول را به همان قیمتی که به خریدار فروخته است، بخرد و سهم او را به ملکیت خود درآورد. به این فرد اصطلاحاً «شفیع» گفته می شود.

یکی از موارد حقوقی که در جامعه امروز زیاد استفاده نمی شود و به نوعی مردم از آن بی اطلاع هستند، حق شفعه است. این حقی است که قانونگذار ما طبق شرایطی که گفته شد، در جایی که مالی بین ۲ نفر مشترک باشد و یکی از آنها آن را به غیر واگذار کند، برای دیگری در نظر گرفته است. قاعده شفعه یک امر خلاف اصل است و شاید در ظاهر، کاری غیراصولی به نظر آید، اما قانونگذار ما که در این مورد منحصر شاعر مقدس اسلام است، بنا به مصلحت، این حق را در نظر گرفته است.

در ایران بر خلاف کشورهای سوسیالیستی مالکیت وجود دارد. اسباب مالکیت در ایران در ماده ۱۴۰ قانون مدنی آمده است. یکی از این اسباب (اخذ به شفعه) می باشد و چون جز عقود نمی باشد در بحث جدایی در قانون مدنی به آن اشاره شده است. کلمه شفعه از شفیع به معنای جفت آمده است و در مقابل فرد قرار دارد. از آنجایی که بین ۲ نفر برقرار می شود به آن شفعه گویند. شفیع نیز کسی است که دارای حق شفعه است. ماده ۸۰۸ قانون مدنی هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از ۲ شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آنرا شفیع نامند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸

ص ۱۵۶)

شرایط: مال باید غیر منقول باشد که این کلمه در ماده ۸۰۸ دارای مفهوم مطلق می باشد. (در علم اصول اگر کلمه با ادات جمع مانند هر همه... بیاید عام است اما اگر بدون اینها بیاید مطلق است. اگر دارای قیدی نیز بود مقید می باشد. عام در برابر خاص و مطلق در برابر معلق است) پس در ماده ۸۰۸ کلمه غیر منقول مطلق است و تمام شمول آنرا در بر می گیرد. (غیر منقول ذاتی، غیر منقول تبعی) اما در شامل اموال در حکم غیر منقول نمی شود. مثلاً در گندم هایی که هنوز درو نشده و در حکم غیر منقول هستند حق شفعه نداریم. حق به شفعه خلاف قاعده است زیرا اصل بر این است معامله ای که انجام شد صحیح است. در چنین مواردی که حکمی خلاف قاعده داریم باید به قدر متیقن عمل کرد و به نص صریح قانون مراجعه کرد. ماده ۸۰۹ قانون مدنی: اگر بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود. مال باید قابل تقسیم باشد. و بین دو نفر مشترک باشد. اگر مالی بین ۳ نفر مشترک باشد حق شفعه وجود ندارد. معامله باید بیع باشد. مثلاً در صلح یا هبه و معاوضه حق شفعه نداریم. در آخر توجه نمایید که حق شفعه از حقوق مالی می باشد. (امامی، ۱۳۸۹، ص ۳۱)

سیری در قانون مدنی با تعمق در آن حکایت از ظرافت و دقت نویسندگان آن را در تدوین احکام مدنی دارد. این قانون عصاره اندیشه والای فقها است در عین حال از جریانهای سده های اخیر و تحولات حقوقی بیگانه در امان نمانده است لیکن این را ما عار نمی دانیم بلکه آن را تکامل می نامیم مشروط بر اینکه منطبق با اصول و قواعد حقوقی بومی گردد. با وجود این نفوذ عناوین بیگانه در قانون مدنی را، با همه وسواسی که نویسندگان این قانون و تعصب نسبت به گذشته غنی ایران در زمینه فقه و حقوق داشته اند، نمی توان انکار کرد. تأمل در مواد ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۱۲، ۲۱۳، ۲۴۶، ۴۵۲، ۴۸۳، ۴۹۶، ۴۶۷، ۴۴۴، ۶۲۶، ۶۷۰، ۶۸۲، ۷۳۳، ۸۰۱، ۸۰۳، ۸۱۶، ۸۳۷، ۱۲۱۲ نفوذ این عناوین آمیخته با مسامحه گری مقنن در تدوین مواد قانونی آشکار می شود و همین امر باعث تردید نویسندگان حقوقی و مجریان شده است که الفاظ مبهم و دوپهلوی را بر کدام معنی حمل کنند. این مسامحه کاری عواقب مطلوبی ندارد گاهی اوقات بطلان عقد نتیجه می دهد گاهی صحت. با وجود این در بعضی مواد تعبیری به چشم می خورد که در نگاه اول ممکن است حمل بر تسامح شود ولی با پرده گشائی از حقیقت نشان از ظرافت نویسندگان قانون دارد. یکی از این مواد، ماده ۸۱۶ قانون مدنی است. در این ماده می خوانیم: اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می نماید. (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ص ۱۵۷)

می دانیم که در حقوق ایران اسباب بطلان باید حین تراضی موجود باشند و الا تأثیری در عقد نخواهند داشت یا دست کم موجب انفساخ عقد می شود (مواد ۳۸۷، ۴۵۳، ۴۸۳ ق.م). چنانکه مورد معامله عین معین باشد و هنگام تراضی تلف شده باشد طبق ماده ۳۶۱ ق.م بیع باطل است ولی چنانچه بعد از تراضی باشد دیگر ضمانت اجرای آن بطلان نیست بلکه بیع صحیح و نافذ است فقط در تلف قبل از تسلیم یا خیار مختص مشتری، موجب انفساخ است. همچنین است در مالیت داشتن یا قدرت بر تسلیم. در حالی که در این ماده اعمال حق را موجب بطلان عقد سابق می داند. (کاتوزیان، ۱۳۸۸ ص ۱۶۱) در نظام حقوقی ایران بطلان زمانی به کار می رود که عقد از همان حین توافق باطل باشد یا به تعبیری دقیقتر، این توافق تلاشی باطل برای انعقاد عقد است در این نظام ممکن نیست عقدی صحیح واقع شود و بعد به علتی باطل شود. از طرفی در ماده ۸۱۶ سبب بطلان عقد را اخذ به شفعه دانسته و از عبارت « باطل می نماید » ظهور در عارض شدن بطلان بعد از اعمال حق، بر عقد صحیح است همان که در نظام حقوقی ما پذیرفته نیست و منطبق با نظامهای حقوقی بیگانه است. توضیح اینکه در نظام حقوقی ما بطلان مطلق است و قابل استناد در برابر همه اشخاص، بطلان نسبی عنوانی بیگانه در حقوق ما است. بطلان نسبی یکی از نهادی است که می تواند حکم ماده ۸۱۶ قانون مدنی را توجیه کند منتها با سابقه درخشان فقهی در حقوق ایران، این لباس عاریتی را برانداز خود نمی دانیم و مصمم هستیم این مواد را منطبق با قواعد و اصول حقوقی و فقهی خود تفسیر کنیم تا

هیچ نیازی به تمسک به بیگانگان احساس نشود. نویسندگان حقوقی در شرح این ماده کمتر اشاره به قسمت آخر ماده نموده اند گوئی مؤلفان مغمض ما چنان به این شیوه مقنن خو گرفته اند که توجهی به این مسائل در قانون مدنی ننموده اند و مانند سایر مواد مذکور آن را حمل بر تسامح نموده اند آنچه حقیر از آن بیزار است و این گونه بازی با الفاظ را در خور نویسندگان تحلیل گر نمی داند. به عقیده اکثر حقوق دانان در مورد این ماده هیچ گونه تسامحی صورت نگرفته است بلکه بدون نیاز به عناوین حقوق خارجی، کاملاً منطبق با نظام حقوقی ما است. (امامی، ۱۳۸۹ ص ۳۲)

سوالاتی که در این جا مطرح می شود به شرح ذیل می باشد. چرا حق شفعه قابل واگذاری به دیگری نیست؟ آیا در اعمال حق شفعه می توان تنها نسبت به بخشی از آن اعمال حق نمود؟ اگر شریک فروشنده برای جلوگیری از استفاده دیگر از حق شفعه بیع را برهم زده و اقاله کند آیا حق شفعه همچنان باقی می ماند؟ اگر شریک سهم خود را به چند نفر بفروشد و با این کار تعداد شرکا از دو نفر بیشتر شوند، آیا بازهم برای شریک دیگر حق شفعه وجود خواهد داشت؟ آیا در معامله مال غیر منقول بوسیله صلح و هبه و معاوضه و دیگر اسباب معاملات بجز بیع حق شفعه هست؟

مبانی و سوابق پژوهش

آیتی و منتظری (۱۳۹۵) در پژوهشی با عنوان وضعیت نقل و انتقال حق شفعه در منظر فقه و حقوق مدنی نشان دادند یکی از مباحث مهم حقوق مدنی بحث شفعه است. از دیدگاه قانون مدنی ایران یکی از اسباب چهار گانه مالکیت، اعمال شفعه می باشد که به موجب آن شفیع، مالک سهم شریکش می گردد. بنا به تعریف ماده ۸۰۸ قانون مدنی «هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد، و حصه مبیعه را تملک کند.» بدین ترتیب بحث اخذ به شفعه از موارد مهم فقه و حقوق مدنی است. از آنجایی که شفعه و مانند آن نوعی حق برای دارنده آن محسوب می شود، مبحث چگونگی ماهیت این حق و غیر قابل انتقال بودن آن به غیر، از مطالب جالب توجه می باشد. و اینکه شفعه و حق ناشی از آن ماهیت مالی دارد، تبعاً در بحث اموال قرار می گیرد. لذا آنچه در زمینه اموال مورد گفتگو قرار می گیرد، در اینجا نیز مورد توجه است. در بحث پیش رو به این نتیجه میرسیم که حق شفعه از جمله حقوق مالی است که هم قهراً و هم اختیاراً قابل انتقال به غیر است، ولی در محدوده انتقالات ارادی با نوعی محدودیت روبرو هستیم و آن نیز این است که چون حق شفعه وابسته به اصل ملکیت مال غیر منقول است به صورت تبعی منتقل می شود و می توان آن را به طور مجزا و مستقل به دیگری منتقل نمود و همین مبحث آن را از سایر حقوق مالی جدا می سازد.

یزدانیان (۱۳۹۸) تفاوت آثار شفعه از منظر حقوق اموال و قاعده لاضرر نشان داد عقیده مشهور حقوقدانان این است که شفعه یکی از اسباب تملک است و از این رو آنان با توجه به مخالفت این نهاد حقوقی با اصل آزادی قراردادهای و دیگر قواعد عمومی مانند منع تملک و تملیک قهری، شفعه را خلاف قاعده تلقی می کنند. از این جهت می توان پرسید که در حالی که جای این سوال است که چرا قانون باید به شهروندان ابزاری خلاف قاعده جهت تملک عطا نماید که گاه به زیان دیگران تمام می شود. اعطای حق شفعه، تدبیری است برای جبران ضرر شفیع نه ابزاری برای تملک. از سوی دیگر تفاوتهای عملی و نظری هر یک از این دو دیدگاه بر حقوقدان پوشیده نیست: اگر شفعه ابزاری برای تملک باشد.

صفائی، امیرمحمدی (۱۴۰۱) در پژوهشی با عنوان نظریه تضامن در اجرای حق شفعه وارث خیار نشان داد به تصریح قانون مدنی، شفعه و خیار بعد از فوت من له الحق به ورثه منتقل می شود (مواد ۸۲۳ و ۴۴۵ ق. م) اما در صورتی که وارث متوفی متعدد باشند و بر سر اجرای حق خود توافق ننمایند، به نحوی که برخی خواهان اجرا، برخی خواستار اسقاط حق شفعه یا خیار

باشند، این پرسش مطرح می شود که برای جمع حق وراث صاحب حق شفعه و خیار همچنین رعایت حق من علیه الحق چه باید کرد. ماده ۸۲۴ ق، م، تبعض در اجرای حق شفعه را صریحاً ممنوع کرده است. در مورد اجرای خیار نیز هر چند که قانون مدنی تصریح ندارد، فقها و حقوقدانان برغم اختلاف در توجیه، بر سر این مطلب که تبعض در اجرای خیار روا نیست، اتفاق نظر دارند. در این مقاله نظریه تضامن بستانکاران (تضامن مثبت) نیز به عنوان یک راه برای توجیه عدم اسکان تبعض در اجرای حق شفعه و خیار در فرض تعدد ورثه مطرح شده است.

مفهوم حق شفعه

شفعه در لغت به معنی ضمیمه کردن، پیوستن و افزودن آمده است (لغت نامه دهخدا - جلد نهم - واژه شفع) اما حق شفعه در قانون مدنی به طور خاص و صریح تعریف نشده بلکه در ماده ۸۰۸ به شرایط آن اشاره شده است به هر حال با دقت و بررسی قانون و توجه به متون فقهی در تعریف آن می توان گفت: حقی است که به موجب آن اگر از یکی از دو شریک مال غیرمنقول قابل تقسیم حصه ی خود را به دیگری بفروشد شریک دیگر می تواند ثمن سهم فروخته شده ی شریک خود را به خریدار پرداخت و سهم او را تملک کند. (خویی، ص ۷۹ و امامی، ص ۹، جواهر الکلام ص ۳۳۸، ۳۳۹) شریکی که سهم خود را انتقال داده، شریک سابق یا فروشنده، منتقل اله را خریدار و شریک دیگر را که حق شفعه به نفع او ایجاد شده شفیع می نامند. بنابراین دو شریک در یک ملک مالکیت مشاعی دارند و یکی از آن دو سهم خود را در قالب عقد بیع و در قبال ثمن معین واگذار می کند این اقدام شریک سابق مبنای حق شفعه برای شریک دیگر است تا او بتواند ثمن مذکور را به خریدار بدهد و بدون رضایت و اذن آنها سهم شریک جدید را تملک و تصرف نماید تا ملک مزبور یک مالک داشته باشد و از حالت مشاع به مفروز تبدیل شود و اصل وحدت مالک تحقق یابد تا شفیع از ضررهای احتمالی ناشی از وجود شریک جدید در امان ماند و مجبور به تحمل و همراهی با شریک ناخواسته و تحمیلی نباشد. بدیهی است که شفیع ملزم به پرداخت ثمن و تملک سهم فروخته شده نیست بلکه اگر شراکت شریک جدید را به نفع خود ببیند می تواند به این شراکت ادامه دهد و از اعمال حق خویش منصرف شود و خریدار را به عنوان شریک خود بپذیرد و مالکیت مشاعی همچنان تداوم یابد.

اوصاف حق شفعه

شفعه حق است

در عرصه ی اجتماع و در ارتباط با دیگران هر شخص از حقوق اساسی، عمومی و خصوصی برخوردار است حدود و تعداد و تنوع آنها بر حسب نظام های سیاسی و حقوقی متفاوت است. حق در مقابل تکلیف قرار می گیرد و اصولاً قابل انتقال، اسقاط و وراثت است. حق خصوصی ممکن است برای رفع نیازهای مادی باشد در این صورت آن را حق مالی می گویند و اگر موضوع آن اموال و اشیا باشد حق مالی عینی و چنان چه موضوع آن تکلیفی بر عهده شخص باشد حق شخصی می نامند. وقتی موضوع حق خصوصی، اموال و اشیای مادی نیست مثل حق ولایت و حضانت، که قابل تقویم و داد و ستد و وراثت نیست و برای رفع نیازهای عاطفی و انسانی اشخاص پیش بینی شده، حق غیرمالی نام می گیرد. (امامی، همان ص ۱۲۷ و شایگان، ص ۷۲) شفعه که به اراده، و رضایت شفیع وابسته می باشد حق است و شفیع در اعمال آن یا انصراف از آن آزادی عمل دارد و چون موضوع آن عین و هدف از آن دفع ضرر مالی از شفیع است پس حق مالی عینی است و از امتیازات حق عینی مثل، حق تقدم و حق تعقیب برخوردار است. به همین دلیل حق شفیع، مستقل و مستقیم بر سهم فروخته شده اعمال می شود و در این جهت به الزام خریدار در اعمال حق نیازی نیست و با پرداخت ثمن و اعلام اراده ی شفیع تملک حاصل می شود و اگر در اجرای آن به

دخالت دادگاه نیاز باشد حکم صادره از سوی دادگاه وضعیت جدید به وجود نخواهد آورد بلکه به آن چه که شفیع اراده کرده و از قبل تحقق یافته است صحنه گذاشته و بر اعتبار آن تاکید خواهد کرد.

قابل اسقاط است

ویژگی حق این است که اصولاً قابل اسقاط است. (منهاج الصالحین، همان ص ۸۴ و حائری شاه باغ ص ۷۲۱) مگر اینکه همراه با تکلیف و تعهدی بوده یا اسقاط آن به حکم قانون و به دلیل مخالفت با نظم عمومی یا اخلاق حسنه منع شده باشد. مثلاً طبق ماده ی ۱۱۶۸ قانون مدنی نگهداری اطفال برای پدر و مادر هم حق هم تکلیف است بنابراین نه کسی می تواند این حق را از آنان سلب کند نه خود ایشان قادرند که این تکلیف را ساقط نمایند و یا هیچ کس نمی تواند حق آزادی و حریت و حق استفاده از آن و نیز حق تمتع و اجرای تمام یا قسمتی از آن را به طور کلی از خود ساقط کند (مواد ۹۵۹ و ۹۶۰ قانون مدنی) اما حق شفعه که صرفاً یک حق مالی است و اسقاط و انصراف از آن مغایرتی با نظم عمومی و اخلاق حسنه ندارد بنابر صراحت ماده ی ۸۲۲ قانون مدنی از جانب شفیع قابل اسقاط است. اسقاط این حق می تواند به صورت صریح یا ضمنی باشد در ماده ی مذکور می خوانیم: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود.» در اسقاط صریح، شفیع ممکن است شفاهی یا کتبی اعلام کند که اخذ به شفعه نمی کند یا از اعمال حق خود منصرف شده است و در اسقاط ضمنی، از گفتار و اقدام شفیع که برای هدف و با قصد خاصی صورت می گیرد به طور ضمنی اسقاط حق استنباط می شود مثلاً چنان چه مال موضوع حق شفعه یک قطعه زمین کشاورزی باشد و شفیع از خریدار برای نوع کشت و زراعت سال بعد نظر خواهی کند یا از او همکاری و تامین هزینه های شخم یا برداشت محصول را درخواست نماید یا بخواهد سهم خود را نیز به خریدار بفروشد (بروجردی (عبد) ص ۳۲۸) نشانگر اسقاط ضمنی حق شفعه است. همچنین اگر شفیع با امکان اعمال حق و اخذ به شفعه، سکوت یا از پرداخت ثمن خوداری کند تا مهلت عرفی آن سپری شود به طور ضمنی به معنی اسقاط حق شفعه خواهد بود. اسقاط حق شفعه گرچه از نظر ماهیت حقوقی ایقاع است با این وجود باید شفیع اراده ی خود را چه صریح چه ضمنی اعلام کند اراده باطنی تا زمانی که اعلام نشود آثار حقوقی نخواهد داشت و اعلام آن نیز باید به نحوی باشد که در صورت اختلاف، قابل اثبات باشد. (کاتوزیان ص ۱۶۱)

قابل واگذاری به غیر نیست

اصولاً حق مالی را می توان به دیگری واگذار نمود اما حق شفعه به دلیل ویژگی های خاصی که دارد قابل واگذاری نیست این حق به طور استثنایی فقط برای شخص شفیع ایجاد می شود تنها شریکی که در زمان فروش سهم شریک دیگر مالک مشاعی مبیع بوده است از آن بهره مند می شود. آن هم به این دلیل که شریک جدیدی ناخواسته بر شفیع تحمیل نشود او بتواند ضررهای احتمالی ناشی از حضور و شراکت شریک ناخواسته را دفع کند در حالی که هیچ یک از ضررهای احتمالی برای شریک جدیدی که خود با علم و اطلاع و قبول وضعیت موجود به این شراکت وارد می شود مطرح نمی باشد. بنابراین اگر شفیع در همان مهلتی که می تواند اخذ به شفعه کند سهم خود را به فرد دیگری واگذار نماید حق شفعه او با این اقدام ساقط خواهد شد و خریداری که سهم شفیع را خریداری نموده است از بابت معامله قبلی دارای حق شفعه نخواهد بود. بعلاوه این که حق شفعه یک حکم استثنایی است و تفسیر آن به نحوی که قلمرو آن را توسعه دهد منطقی نیست و ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز آن را منحصر به شریک دانسته است. (امامی، همان ص ۳۴)

قابل وراثت است

حق شفعه مانند بسیاری از حقوق فردی بعد از فوت شفیع به وارث منتقل می شود و قانون مدنی در ماده ی ۸۲۳، انتقال حق شفعه به وارثان را به این شرح اعلام می کند: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می شود».

زوال حق شفعه

حق شفعه تحت شرایط خاصی ایجاد می شود و با تحقق شرایط ویژه ای نیز زوال می یابد. اما در هر حال ممکن است این زوال ناشی از اراده و خواست شفیع باشد یا بدون این که مطلوب و دلخواه او باشد این زوال بر او تحمیل شود بنابراین در دو قسمت جداگانه این مبحث را تحلیل و بررسی می کنیم.

زوال ارادی

اگر زوال حقی ارادی باشد به این معنی است که هم حادثه ای که منجر به زوال حق شده هم آثار و تبعات آن به اراده و خواست صاحب حق صورت می گیرد یعنی هر دو مرحله دلخواه و مطلوب اوست در غیر این صورت ارادی تلقی نمی شود. بنابراین در زوال ارادی حق از اسقاط آن توسط شخص شفیع بحث می کنیم از این رو امکان، شکل و زمان اسقاط حق شفعه به اختصار بررسی خواهد شد.

امکان اسقاط حق شفعه

اصولاً حق قابل اسقاط است و این یکی از تفاوت های مهم حق با تکلیف است که به دلخواه اشخاص ساقط نمی شود چون حق هر شخص امتیاز و نفعی برای خود اوست اما تکلیف او امتیازی برای دیگران و به نفع آنهاست. تکالیف ناشی از قوانین امری است و حق در قالب قوانین تکمیلی است و افراد می توانند برخلاف قانون تکمیلی تصمیم بگیرند و اگر در این توافق قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه را رعایت کنند لازم الاجراست.

بنابراین اصل بر امکان اسقاط حق است مگر این که حق همراه با تکلیف و غیرقابل تجزیه و تبعیض باشد مثل مورد ماده ۱۱۶۸ قانون مدنی که اعلام کرده: «نگاهداری اطفال هم حق و هم تکلیف ابوبین است». پس حق اسقاط چنین حقی برای پدر و مادر نیست چون تکلیف است در عین حال امکان سلب این حق از آنان هم وجود ندارد مگر به حکم صریح قانون، مثل مبحث ولایت قهری که در مواد ۱۱۸۰ و بعد قانون مدنی آمده است. حق شفعه نیز مانند سایر حقوق قابل اسقاط است. (جواهر الکلام، همان، ص ۴۲۸، منهاج الصالحین، همان، ص ۸۴) ماده ۸۲۲ قانون مدنی در همین مورد است: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود».

شکل اسقاط حق

اول: صریح

شفیع می تواند حق خود را صریحاً ساقط نماید. اسقاط صریح به این معنی است که شفیع عملی انجام می دهد که مستقیم و صریح به سقوط حق دلالت می کند و هیچ قصد، هدف و معنای دیگری از آن استنباط نمی شود. تصریح به اسقاط می تواند: ۱، کتبی باشد: یعنی شفیع بنویسد و امضاء کند که من حق خود را ساقط نمودم یا من اخذ به شفعه نمی کنم و مواردی مشابه آن. ۲، شفاهی باشد: شفیع به خریدار و فروشنده اظهار نماید که من از حق شفعه صرف نظر می کنم. چنان چه شفیع قادر بر تکلم نباشد اشارات او نیز می تواند موجب سقوط حق گردد.

دوم: ضمنی:

اسقاط ضمنی حق، به این معنی است که شفیع عملی انجام می دهد با قصد و هدف خاصی، که دارای معنی ویژه ای نیز می باشد اما انجام آن به طور ضمنی به اسقاط حق نیز دلالت می کند در واقع اقدام شفیع، فرع بر اسقاط است یعنی چنین استنباط می شود که وقتی شفیع به این عمل مبادرت می نماید قبل از آن حق شفعه را ساقط نموده است. پس اگر بعد از بیع، شفیع به خریدار پیشنهاد نماید که حاضرم سهم خود را به شما به عنوان شریک جدید اجاره دهم یا از خریدار در خصوص نحوه مشارکت و صرف هزینه ها نظر بخواهد یا با او راجع به کشت و زرع در سال آینده در زمین حق شفعه مشاوره کند، هر یک از این اقدامات شفیع خود هدف و معنی خاصی دارد اما تمام آنها وابسته و فرع بر آن است که شفیع ابتدا خریدار را به عنوان شریک جدید بپذیرد بعد با او مشورت یا از او سوال کند و این به طور ضمنی به اسقاط حق شفعه دلالت می کند.

قسمت اخیر ماده ۸۲۲ مذکور با آوردن عبارت: «... اسقاط آن به هر چیزی...». اسقاط حق به هر دو شکل صریح و ضمنی را پذیرفته است. قانون مدنی با تکیه بر اصل رضایی بودن عقود، اعلام اراده در هر شکل و نحو را به رسمیت شناخته است که به عنوان مثال به چند ماده از آن اشاره می کنیم:

- ۱، ماده ۲۴۵: «اسقاط حق حاصل از شرط ممکن است به لفظ باشد یا به فعل، یعنی عملی که دلالت بر اسقاط شرط نماید».
 - ۲، ماده ۲۴۸: «اجازه مالک نسبت به معامله فضولی حاصل می شود به لفظ یا فعلی که دلالت بر امضای عقد نماید». ماده ۲۵۱ هم در رد معامله فضولی همین حکم را دارد.
 - ۳، ماده ۴۴۹: «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حال می شود».
 - ۴، ماده ۴۵۰: «تصرفاتی که نوعا کاشف از رضای معامله باشد امضای فعلی است مثل آن که مشتری که خیار دارد با علم به خیار مبیع را بفروشد یا رهن گذارد».
 - ۵، ماده ۴۵۱: «تصرفاتی که نوعا کاشف از به هم زدن معامله باشد فسخ فعلی است».
- مطلبی که نباید فراموش شود این است که امروزه اصل رضایی بودن نه تنها به نحو مطلق پذیرفته نیست، استثنای بسیار زیادی بر آن وارد شده است که عملا این اصل مثل زمان های گذشته قابل دفاع نیست. حاکمیت دولت ها در حقوق عمومی و دخالت آنها در حقوق خصوصی با هدف حفظ نظم عمومی و برقراری آسایش و امنیت و عدالت، برای خیلی از عقود و ایقاعات تشریفاتی به وجود آورده که صرف اعلام اراده برای تحقق عمل حقوقی و امکان استناد به آن در محاکم و مراجع و موسسات عمومی حتی افراد جامعه کافی به نظر نمی رسد و ما تفضیل این بحث را در بررسی ماهیت اخذ به شفعه آورده ایم و در اینجا به همین مقدار کفایت می کنیم. نکته آخر این که اسقاط حق شفعه به تشریفات خاصی نیاز ندارد و به محض اعلام اراده از جانب شفیع، چه صریح و چه ضمنی حق او ساقط خواهد شد.

ج، بررسی چند مساله

دیدیم که حق شفعه صریح یا ضمنی قابل اسقاط است. در مواردی که این حق صریحا توسط شفیع ساقط می شود هیچ ابهامی وجود ندارد اما اسقاط ضمنی نیز باید در دلالت خود صریح و روشن باشد تا بتوان از آن، اسقاط حق را استنباط کرد. در عین حال مواردی وجود دارد که دلالت آنها بر سقوط یا بقای حق مبهم و مورد تردید است که به اختصار طرح و بررسی می گردد:

اول: برابر ماده ۶۹۷ قانون مدنی شخص ثالث می تواند از خریدار یا فروشنده نسبت به درک مبیع یا ثمن ضمانت نماید. متن ماده چنین است: «ضمان عهده از مشتری یا بایع نسبت به درک مبیع یا ثمن در صورت مستحق للغير در آمدن آن جایز است». احکام ضمان درک نیز در مواد ۳۹۰ تا ۳۹۳ به طور خاص آمده است. حال سوال این است که چنان چه شفیع، این

ضمانت را بر عهده بگیرد آیا به معنی رضایت بر انجام عقد بیع و به تبع آن اسقاط حق شفعه است؟ یا برعکس، این ضمانت در جهت تسهیل وقوع معامله و ایجاد زمینه ی حق شفعه تلقی می شود؟

پاسخ: نظرها در پاسخ به این مساله متفاوت است اما با احترام به سایر نظرها، باید از دیدگاهی دفاع کرد که بقای حق شفعه را قبول دارند. حقیقت هم این است که ضمان شفیع هیچ ملازمه ای با اسقاط حق ندارد یعنی چنین ضمانتی در دلالت بر اسقاط بسیار متزلزل و ضعیف است و بنابر قاعده استصحاب به بقای حق شفعه باید حکم داد. (شیخ طوسی، همان، ۴۴۷، امامی، همان – جلد سوم، ص ۳۷)

دوم: شفیع در مهلت فوری اخذ به شفعه، سهم خود را بفروشد:

بعد از عقد بیع یعنی واگذاری سهم شریک به خریدار، شفیع برای اجرای حق شفعه مهلت فوری عرفی دارد اما قبل از این که مهلت فوری سپری و حق شفعه ساقط شود. شفیع سهم خود را به دیگری می فروشد در این صورت آیا اقدام شفیع موجب سقوط حق شفعه است یا خیر؟

پاسخ: اصولاً حق شفعه برای جلوگیری از ضررهای تحمیل یک شریک ناخواسته بر شفیع است، این ضرر وقتی قابل تصور و تحقق است که شفیع در شراکت خود باقی باشد بنابراین زمانی که شفیع با فروش و انتقال سهم خود، از این شرکت خارج شده، مبنای ضرری که ممکن بود بر وی تحمیل شود از بین رفته است، وقتی که ضرر منتفی است، حق شفعه نیز که بر مبنای همین ضرر ایجاد شده است به طریق اولی باید منتفی گردد. اما اختلاف نظر است که آیا علم و جهل شفیع در وجود حق شفعه، می تواند در سقوط یا بقای آن موثر شود یعنی چنان چه شفیع از حق شفعه اطلاع نداشته باشد و این عدم آگاهی نیز چه ناشی از جهل به حکم، چه ناشی از جهل به موضوع یعنی وقوع عقد بیع باشد و در همین وضعیت سهم خود را بفروشد آیا این هم موجب سقوط حق است یا فقط شامل موردی است که شفیع با علم به وجود حق، سهم خود را منتقل می کند. با عنایت به این که حق شفعه یک حکمی استثنا بر قواعد عمومی است، از سوی دیگر شریکی که سهم خود را فروخته است دیگر عنوان شفیع بر او اطلاق نمی شود و مبنای ضرری که قانون به آن توجه داشته، دیگر وجود ندارد باید با آنانی همراه شد که انتقال سهم شفیع را در هر حال دلیل بر اسقاط حق شفعه می دانند. (جواهر الکلام، همان، ص ۳۹۸ و ۳۹۹ منهاج الصالحین، همان، ص ۸۵ مساله ۳۵۷ و دکتر امامی، همان، ص ۳۸)

سوم: خودداری از خرید سهم شریک:

یکی از دو شریک قصد دارد سهم خود را بفروشد و حاضر است این سهم را به شریکش واگذار نماید. شریک دیگر از قصد او آگاه می شود اما از خرید سهم او خودداری نموده حتی پیشنهاد او را نیز مبنی بر خرید همان سهم رد می کند. آیا این اقدام شریک معنی اسقاط حق است؟

پاسخ: قبلاً بحث شد که اسقاط ضمنی باید در دلالت خود صریح بوده مبهم و مورد شک و تردید نباشد. از این اقدام شفیع نیز تنها چیزی که می توان استنباط کرد این است که او خرید سهم شریک را نفی می کند و به فروش آن به دیگری رضایت دارد و این امر هیچگاه نمی تواند به معنی اسقاط حق تلقی شود در واقع هیچ ملازمه ای بین اطلاع از فروش و اسقاط حق شفعه وجود ندارد و در عین حال این رضایت هیچ منافاتی با بقای حق شفعه نخواهد داشت مگر این که در کنار رضایت بر فروش گزینه ای دیگر بر قصد شفیع در اسقاط حق باشد. (جواهر الکلام، همان، ص ۴۳۲)

چهارم: تعیین حق فسخ برای شفیع:

یعنی شریک و خریدار در ضمن عقد بیع، برای شفیع در یک مدت معین حق فسخ پیش بینی کنند چون طرفین می توانند علاوه بر خودشان برای شخص ثالث هم شرط خیار قایل شوند به همان نحوی که در ماده ۳۹۹ قانون مدنی آمده است. بنابراین شفیع می تواند در همان مدت معین عقد بیع را فسخ یا با انصراف از شرط خیار آن را تایید کند. حال سوال این است که اعمال خیار و فسخ معامله یا انصراف از آن و در نتیجه تایید و تداوم عقد، چه تاثیری در حق شفعه دارد و آیا به طور ضمنی دلیلی بر اسقاط حق است یا خیر؟

پاسخ: حق شفعه به تبع عقد بیع و فروش سهم شریک ایجاد می شود بنابراین اگر شفیع عقد را فسخ کند زمینه ی اجرای حق را از بین برده است و به طور ضمنی دلیل بر اسقاط حق شفعه است. اما چنان چه بیع را فسخ نکند این اقدام به معنی رضایت شفیع بر فروش تلقی می شود ولی موجب سقوط حق نیست بلکه بقا یا سقوط حق در این مرحله وابسته به اقدام دیگری از جانب شفیع است پس اگر وی در مهلت فوری اخذ به شفعه ننماید به طور ضمنی حق شفعه ساقط می شود و اگر قصد اعمال حق و اخذ به شفعه داشته باشد باید در همان مهلت عرفی فوری ثمن را پرداخت و حق خویش را اجرا کند. (جواهر الکلام، همان، ص ۴۰۷ و: دکتر امامی، همان، ص ۳۷)

پنجم: وکالت شفیع در فروش یا خرید سهم شریک:

ممکن است یکی از دو شریک به شریک خود وکالت دهد که سهم او را به ثالث بفروشد یا ثالث به او وکالت دهد که سهم شریکش را برای او خریداری کند در این صورت آیا قبول وکالت به معنی اسقاط ضمنی حق شفعه نیست؟

پاسخ: قصد شریک در قبول وکالت، رضایت او به پذیرش سمت وکالت و انجام عقد بیع از جانب موکل است بنابراین، چه برای فروش سهم شریک، چه برای خرید سهم او، وکیل شود هیچکدام به معنی اسقاط حق شفعه نیست و چه بسا می خواهد با این اقدام حق شفعه را برای خود تثبیت سازد پس اگر شفیع به عنوان وکیل نسبت به فروش یا خرید سهم شریکش اقدام نماید پس از آن حق دارد که اخذ به شفعه کند یا از آن منصرف شود. (شیخ طوسی، همان ص ۴۴۸ و جواهر، همان، ص ۴۰۸ و ۲۹۵)

د: زمان اسقاط

شفعه به عنوان یک حق مالی قابل اسقاط است اما چه در مورد حق شفعه چه در سایر حقوق قابل اسقاط افراد، این سوال مطرح است که چه زمانی می توان حق را ساقط کرد آیا لزوماً فقط پس از ایجاد یا قبل از ایجاد حق نیز می توان آن را ساقط کرد؟

نظراتی که در این زمینه ارائه شده متفاوت است و هر دو طرفدارانی دارد و علاقمندان می توانند به منابع مرتبط با آن رجوع نمایند. اما با استنباط از مجموع مواد قانونی در خصوص اسقاط حق، به نظر می رسد حقی را می توان ساقط کرد که ایجاد شده یا سبب ایجاد آن موجد باشد. به عنوان مثال در ماده ۴۴۸ قانون مدنی آمده است: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود».

می دانیم که اختیارات از نظر زمان ایجاد به دو دسته تقسیم می شوند:

- ۱، اختیاراتی که همزمان با عقد به وجود می آیند مثل خیار مجلس و عیب و غبن.
- ۲، اختیاراتی که پس از عقد ایجاد می شوند مثل خیار تاخیر ثمن و تخلف از شرط.

ماده فوق به طرفین معامله اجازه می دهد که هر دو دسته از خيارات را ساقط کنند اما طبیعی است که تمام خيارات را در ضمن عقد یا پس از آن می توان ساقط نمود مفهوم مخالف آن این است که قبل از معامله نمی توان از سقوط خيارات بحث کرد. در ماده ۸۲۲ نیز عبارت: حق شفعه قابل اسقاط است، ظهور در وجود آن در زمان اسقاط دارد یا در ماده ۳۳۳ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به اسقاط حق تجدید نظرخواهی، کلمات طرفین دعوا، نشان دهنده این است که ساقط تجدید نظرخواهی فرع بر وجود دعوی است. (منهاج الصالحین، همان، ص ۸۴ و جواهر الکلام، همان، ص ۴۲۷ و ۴۲۸ دکتر امامی، همان، ص ۳۷ کاتوزیان، ص ۲۵۳)

زوال قهری حق شفعه

بر خلاف زوال ارادی، در قهری سقوط حق به دلخواه و مطلوب شفیع نیست هر چند ممکن است مستند به فعل او باشد اما او در واقع نمی خواست که حق ساقط شود ولی این وضعیت بر او تحمیل می گردد و شفیع دیگر نمی تواند اخذ به شفعه کند. این موارد به اختصار بررسی خواهد شد:

تلف مبیع

نخست باید یادآوری کرد که منظور از تلف مبیع چیست؟ چون حق شفعه فقط در اموال غیرمنقول و در اصل در زمین است و پیش از این گفتیم که اگر بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود بنابراین تلف مبیع در حق شفعه با تلف اموال منقول متفاوت است. در اینجا تلف کل به معنی خاص محقق نمی شود چرا که زمین از بین نمی رود. از این رو تلف در مبحث حق شفعه را باید تلف حکمی دانست یعنی موردی که مبیع قابل انتفاع و استفاده نباشد مثل موردی که زمین و ساختمان به زیر آب رود و بهره برداری از آن غیرممکن شود یا تلف جزئی است مانند این که ساختمان در اثر زلزله فرو ریزد و درختان بخشد.

حال که مقنن حق شفعه را منحصر به اموال غیرمنقول دانسته و برخلاف برخی نظریات فقهی در مال منقول شفعه را پیش بینی نکرده است شاید بهتر بود از آوردن تلف که خاص مال منقول است خودداری می نمود در عین حال نسبت دادن اشتباه به قانون گذار نیز بعضاً مطرح شده چندان قابل دفاع نیست. پس شایسته است تلف موضوع ماده ۸۱۸ قانون مدنی را در حکم تلف یا تلف جزئی تعبیر و تحلیل کرد. (دکتر امامی، همان، ص ۵۴)

اما به هر حال تلف در معنی فوق ممکن است قبل یا بعد از اخذ به شفعه و در هر مورد قبل یا بعد از تسلیم مبیع به خریدار باشد

تلف مبیع قبل از اخذ به شفعه:

تلف در این وضع در هر حال موجب عدم اجرای حق شفعه خواهد بود اما چون در حکم عقد بیع تاثیر متفاوت دارد از این رو جداگانه و مختصر بررسی می شود:

قبل از تسلیم مبیع به خریدار:

چنان چه مبیع قبل از اخذ به شفعه و پیش از تسلیم مبیع به خریدار تلف شود بنابر قاعده تلف مبیع قبل از قبض موضوع ماده ۳۸۷ قانون مدنی عقد بیع منفسخ و به تبع آن حق شفعه ساقط می شود چون اخذ به شفعه ایقاع تبعی است یعنی در هر حال تابع عقد بیع خواهد بود پس وقتی به حکم قانون عقد بیع منحل گردد ایقاع تابع آن هم به همین سرنوشت دچار خواهد.

پس از تسلیم مبیع به خریدار:

یعنی زمانی است که مبیع در تصرف خریدار است ولی شفیع هنوز اخذ به شفعه نکرده اما مبیع تلف می شود. این تلف در عقد بیع تاثیری ندارد. عقد به نحو صحیح واقع شده و مبیع به تصرف خریدار درآمده است ولی در هر حال حق شفعه قابل اجرا نیست چون موضوع خود را از دست داده است و در نتیجه و مثل مورد قبل موجب سقوط حق خواهد شد. (منهاج الصالحین، همان، ص ۸۵)

تلف مبیع پس از اخذ به شفعه:

بعد از اخذ به شفعه نیز تلف مبیع ممکن است در دو حالت متفاوت صورت گیرد که جداگانه مورد اشاره قرار می گیرد:

قبل از تسلیم مبیع به خریدار:

در این حالت حکم عقد بیع همان است که در فرض پیشین آمد یعنی عقد منفسخ می شود و ثمن مبیع دوباره به ملکیت خریدار برمی گردد و انفساخ عقد موجب انفساخ حق شفعه نیز خواهد شد پس ثمنی که شفیع به خریدار داده بود باید به وی مسترد شود. باید توجه داشت که حکم انفساخ عقد زمانی است که مبیع بدون تقصیر بایع و در اثر حوادث خارجی تلف شود در غیر این صورت اگر فروشنده مقصر باشد یا خود او مبیع را تلف کند خریدار می تواند بیع را فسخ و علاوه بر ثمن با اثبات تقصیر فروشنده، خسارت هم مطالبه نماید.

پس از تسلیم مبیع به خریدار:

در چنین موردی، هم عقد بیع صحیح و کامل است هم حق شفعه از جانب شفیع اعمال و اجرا شده است بنابراین طرح انفساخ عقد یا سقوط حق موردی ندارد بلکه آن چه تلف شده موضوع تملک شفیع است یعنی مال متعلق به او از بین رفته و کسی که موجب تلف شده است در برابر شفیع مسوول جبران خسارت خواهد بود. (امامی، همان، ص ۵۶)

سوال: اگر جزء مبیع تلف یا ناقص شود آیا شفیع می تواند به همان نسبت از ثمن کم کند؟ فرض این است که خریدار با قیمت مشخص سهم شریک را تملک می کند و در فاصله ی عقد بیع تا اخذ به شفعه در مبیع نقصی حادث می شود حال آیا شفیع می تواند به دلیل این نقص از میزان ثمن کسر کند؟

پاسخ: در اخذ به شفعه، برخلاف عقد بیع، شفیع نمی تواند ارزش بخواهد بلکه با همان وضع موجود یا با پرداخت ثمن مقرر در بیع، اخذ به شفعه کند یا از آن منصرف شود. در واقع با وجود تلف جزء، شفیع وضعیت موجود را بررسی می کند چنان چه اخذ به شفعه به سود او باشد می تواند تمام ثمن را پرداخت و اخذ به شفعه کند.

تلف ثمن

امروزه ثمن در عقد بیع مال کلی و عموماً پول است در عین حال امکان دارد طرفین عقد، عین معینی را به عنوان ثمن تعیین کنند در این صورت چنان چه ثمن معین قبل یا بعد از تسلیم به فروشنده، همچنین قبل یا بعد از اخذ به شفعه تلف شود حکم عقد بیع و اخذ به شفعه چه خواهد شد؟ در اینجا نیز اگر ثمن قبل از تسلیم به فروشنده و قبل از اخذ به شفعه تلف شود مانند تلف مبیع قبل از قبض، عقد بیع منفسخ شده حق شفعه هم زوال می یابد یعنی تلف در چنین حالتی از اسباب سقوط حق شفعه خواهد بود و اگر قبل از پرداخت ثمن و پس از اخذ به شفعه تلف گردد باز عقد بیع منفسخ می شود اما آیا حق نیز زوال می یابد یا خیر نظرات مختلفی مطرح است و به نظر می رسد اخذ به شفعه صحیحاً اعمال شده و سابق یا فروشنده می تواند ثمنی را که شفیع به خریدار داده است از او بگیرد. در صورتی که ثمن معین پس از تسلیم به فروشنده تلف شود عقد بیع صحیح و کامل بوده تاثیری در حق شفعه نخواهد داشت و شفیع در اجرای حق یعنی اخذ به شفعه یا انصراف از آن مختار است.

چون مبيع موجود و در ملکیت خریدار است و ضرر ناشی از وجود شریک جدید نیز برای شفیع محتمل می باشد. بنابراین فقط تلف ثمن معین در زمان قبل از پرداخت و قبل از اخذ به شفعه موجب سقوط و زوال آن خواهد بود. (جواهر الکلام، همان، ص ۴۳۷)

کوتاهی و تاخیر در اخذ به شفعه

مهلت شفیع در اخذ به شفعه طبق ماده ۸۲۱ قانون مدنی فوری است اگر شفیع به عمد و اختیار در این مدت حق خود را اجرا و عملی نکند حق شفعه ساقط می شود و این از موارد زوال ارادی است اما امکان دارد شفیع در مهلت فوری به هر دلیلی در اخذ به شفعه کوتاهی یا با سهل انگاری و بی توجهی در پرداخت ثمن تاخیر می کند و تسلیم و تملیک ثمن به خریدار به امروز و فردا موکول می شود در نتیجه مهلت فوری می گذرد و بدون این که نتیجه این کوتاهی مطلوب و دلخواه شفیع باشد حق شفعه ساقط می شود. یا این که شفیع مالی را که ملک خود می داند - مواد ۳۹۰ و ۳۰۴ - یا مال غیر را - م ۲۴۷ ق. م - در مقام پرداخت ثمن به خریدار تسلیم کند و مالک اموال مذکور اقدام شفیع را تنفیذ نکند شفیع ملزم است از اموال خود به خریدار تملیک نماید اما چنان چه در این زمان مهلت فوری سپری شده باشد نتیجه بی دقتی و تقصیر شفیع، تملیک مال دیگر و جبران خسارت نیست بلکه سقوط حق اوست که در واقع بر شفیع تحمیل می گردد و حق شفعه قهراً زوال می یابد. (همان، ص ۴۲۳ و ۴۳۶) اگر تاخیر در اخذ به شفعه به دلیل معلوم نبودن ثمن یا اعلام نکردن میزان آن از سوی خریدار باشد اولاً این تاخیر موجب سقوط حق نیست ثانیاً شفیع باید از طریق دادگاه دعوی اخذ به شفعه را طرح نموده و ثمن آن را به میزانی که کمتر از بهای پرداخت شده نباشد به حساب دادگستری واریز کند در غیر این صورت سکوت شفیع و تاخیر او موجب سقوط حق خواهد شد همچنین ممکن است فروشنده و خریدار ثمن معامله را بیش از مقدار واقعی اعلام کنند تا شفیع از اخذ به شفعه منصرف شود ولی بعد میزان واقعی آن معلوم گردد تاخیر شفیع در چنین حالتی موجب سقوط حق نخواهد بود. (منهاج الصالحین، همان - ص ۸۳)

ناتوانی در تامین و پرداخت ثمن

از لحظه ای که شریک سابق سهم خود را در قالب عقد بیع به دیگری واگذار می کند حق شفعه برای شفیع ایجاد می شود چه وی قادر بر پرداخت ثمن باشد چه نتواند در مهلت فوری آن را تامین و تسلیم کند اما در هر حال بنابر حکم ماده ۸۰۸ تملک سهم فروخته شده شریک منوط به پرداخت ثمن از جانب شفیع است بنابراین اگر شفیع قدرت تامین و پرداخت ثمن در مهلت لازم را نداشته باشد حق شفعه بر خلاف میل او ساقط می شود. باید توجه داشت که اولاً این مدت قابل تمدید نیست ثانیاً هیچ عذری از شفیع برای توجیه ناتوانی در پرداخت ثمن پذیرفته نمی شود ثالثاً شفیع حق حبس ندارد و نمی تواند پرداخت ثمن را موکول به تسلیم مبيع کند. (جواهر الکلام همان ص ۳۸۲ و ۲۷۹)

اخذ به شفعه

تعریف و ماهیت حقوقی و جایگاه اخذ به شفعه

تعریف و ماهیت حقوقی اخذ به شفعه

اعمال، حوادث و اتفاقاتی که آثار حقوقی به دنبال دارند در دو گروه بزرگ قرار می گیرند:

الف: اعمال حقوقی: عملی ارادی که وقوع و آثار حقوقی آن ناشی از قصد و اراده افراد می باشد که بر حسب تعداد اراده های موثر در آن، به دو دسته تقسیم می شوند:

۱، عقد: که تحقق عمل حقوقی و آثار آن، محصول مشترک توافق دو اراده است یعنی عملی دوجانبه است و تا دو اراده به توافق نرسند و ایجاب و قبولی محقق نشود به وجود نمی آید مثل عقد بیع و اجاره و ودیعه.

۲، ایقاع: عمل حقوقی ارادی که آثار حقوقی آن با یک اراده تحقق می یابد. به توافق و تراضی نیازی ندارد و یک جانبه است مانند ابراء و طلاق و فسخ. (امیری قائم مقامی، ص ۲۵ به بعد و جعفری لنگرودی ص ۹ به بعد)

ب: وقایع حقوقی: حوادثی که آثار حقوقی آنها بدون نیاز به اراده و توافق اشخاص به حکم قانون واقع می شود هر چند که ممکن است وقوع حادثه با اراده شخص صورت گیرد اما در هر حال آثار آن حکم قانون است. مثلاً حادثه فوت آثار حقوقی مربوط به ترکه و وراثت و قائم مقامی آنان را به دنبال دارد اما هیچ یک از این موارد خواست و اراده خود اشخاص نیست. یا غصب مال غیر هر چند خود عمل ارادی است ولی آثار آن بدون توجه به اراده غاصب، به حکم قانون بر وی تحمیل می شود. در اخذ به شفعه، شفیع اجازه دارد با پرداخت ثمن، سهم فروخته شده شریک به خریدار را بدون نیاز به توافق فروشنده یا خریدار تملک نماید بنابراین، عمل شفیع، اولاً آزادی است یعنی شفیع باید اراده و قصد تملک داشته باشد و گر نه هیچ اثر حقوقی به وجود نمی آید و مالکیت مبیع به او منتقل نمی شود ثانیاً یک عمل کاملاً یک جانبه است شفیع به تنهایی اراده می کند و آن را به اجرا می گذارد.

بنابراین اخذ به شفعه، داخل در ایقاعات است و می توان گفت که اخذ به شفعه ایقاعی است که به موجب آن شفیع، ثمن سهم فروخته شده شریک خود را نقد و فوری به خریدار می پردازد و آن را تملک می نماید. (امامی، همان ص ۳۰ منهاج الصالحین، مساله ۳۴۰)

این اقدام شفیع گرچه ظاهراً به بیع نزدیک است اما عقد بیع نزدیک است اما عقد بیع نیست چون بدون توافق با خریدار بدون نیاز به رضایت او و تنها با اراده خود ثمن را پرداخت کرده مبیع را به مالکیت خود در می آورد. حال که معلوم شد اخذ به شفعه به لحاظ ماهیت حقوقی، جزء ایقاعات محسوب می شود این سوال به ذهن می رسد که این عمل چه نوع ایقاعی است و از آن جایی که در سایر دروس دوره کارشناسی رشته ی حقوق ایقاعات مورد بررسی قرار نمی گیرد در مبحث بعدی اقسام ایقاعات را به اختصار مورد اشاره قرار می دهیم تا جایگاه اخذ به شفعه در بین انواع ایقاعات مشخص شود.

اقسام ایقاع و جایگاه اخذ به شفعه

لازم و جایز

همانند عقود، ایقاعات نیز ممکن است لازم یا جایز باشد

اول: ایقاع لازم: یعنی پس از ایقاع امکان رجوع وجود ندارد و با فوت و محجور شدن شخص هم ایقاع منحل نمی گردد. موارد زیر نمونه های ایقاع لازم است:

الف: تنفیذ یا رد معامله فضولی: اگر مالک معامله فضولی را رد کند دیگر حق رجوع ندارد و نمی تواند دوباره آن را تنفیذ نماید. ماده ۲۵۰ قانون مدنی به این نکته اشاره دارد: «اجازه در صورتی موثر است که مسبوق به رد نباشد والا اثری ندارد». (شهیدی، ص ۱۰۴)

ب: طلاق بائن: به حکم ماده ۱۱۴۴ قانون مدنی در طلاق بائن شوهر حق رجوع ندارد. مگر در طلاق خلع و مبارات که طبق بند سوم ماده ۱۱۴۵ زوجه به عوض رجوع کرده باشد. (محقق داماد ص ۴۲۰)

ج: اقرار: هر چند ایقاع بودن اقرار مورد تردید است اما به عنوان یک عمل حقوقی یک جانبه الزام آور، غیرقابل رجوع است. در ماده ۱۲۷۵ قانون مدنی می خوانیم: «هر کس اقرار به حقی برای غیر کند ملزم به اقرار خود خواهد بود».

ایقاع جایز:

در مواردی قانون امکان رجوع از ایقاع را به رسمیت شناخته و به شخص این اجازه داده شده که از ایقاع رجوع کند از جمله:

الف: اذن در انتفاع در ماده ۱۰۸: مالک از اذنی که داده می تواند رجوع کند مگر این که مانع قانونی باشد.

ب: اذن در حق ارتفاق در ماده ۱۲۰: اگر مالک به همسایه اذن داده که به روی دیوار او سر تیر بگذارد هر وقت بخواهد می تواند رجوع کند مگر حق رجوع را ساقط کرده باشد.

ج: اعراض: تا وقتی مال مورد اعراض توسط دیگری حیات و تملک نشده مالک حق رجوع دارد اخذ به شفعه، یکی از ایقاعات لازم است چون شفیع اگر اخذ به شفعه کند نمی تواند از آن رجوع کند و یا اگر حق شفعه را ساقط نماید حق اخذ به شفعه نخواهد داشت. (لنگرودی، ص ۳۸۸ و ۳۹۴ و ۳۹۸)

منجز و معلق

اول: ایقاع منجز: اگر تحقق آثار ایقاع به امر دیگری منوط و وابسته نباشد، منجز محسوب می شود. گرچه اصل بر منجز بودن ایقاعات است اما امکان دارد ایقاعی به صورت منجز واقع نشود.

دوم: معلق: ایقاع وقتی معلق است که تحقق آثار آن منوط به تحقق امر دیگری باشد. سوالی که راجع به ایقاع معلق مطرح می شود این است که آیا چنین ایقاعی صحیح و قانونی است یا اصلاً ایقاع نمی تواند معلق باشد؟ با توجه به این که در مواردی قانون از ایقاع معلق منع کرده است می توان گفت که اصولاً ایقاع معلق مثل عقد معلق قانونی است مگر این که در خود قانون مورد قبول واقع نشده باشد. چنان که در ماده ۱۱۳۵ قانون مدنی می خوانیم: «طلاق باید منجز باشد و طلاق معلق به شرط باطل است». پس سایر ایقاعات می توانند معلق باشند.

در مورد اخذ به شفعه حکم منع صریحی در قانون نیامده است اما از ماده ۸۲۱ که حق شفعه را فوری دانسته به طور ضمنی بردشت می شود که اخذ به شفعه باید به صورت منجز باشد چون معلق بودن آن منافی با فوریت است.

مستقل و تبعی:

اول: مستقل: گاهی ایقاع بدون وابستگی به وجود یک تعهد یا عقد می تواند محقق و اجرا شود در این صورت به آن ایقاع مستقل گفته می شود. مثلاً اذن به حق انتفاع در ماده ۱۰۸ یا شکار در ماده ۱۷۹ و حیات در ماده ۱۴۶ قانون مدنی ایقاع مستقل به شمار می آیند.

دوم: تبعی: هر وقت انعقاد و نفوذ ایقاع فرع بر وجود یک تعهد یا عقدی باشد تبعی نامیده می شود مثلاً ابراء در ماده ۲۸۹ قانون مدنی فرع بر وجود دین، طلاق در ماده ۱۱۳۳ فرع بر وجود عقد نکاح، خیارات در ۳۹۶ فرع بر وجود عقد صحیح لازم است. تبعی بودن معانی دیگری هم دارد اما در بحث حاضر معنی فوق مدنظر می باشد. (کاتوزیان، همان، ص ۲۶۷ و همان ص ۱۰۰)

اخذ به شفعه به تبع فروش سهم شریک است و تا زمانی که شریک سهم خود را در قالب عقد بیع صحیح منتقل نکند حق شفعه ایجاد نمی شود بر این اساس حق شفعه یک ایقاع تبعی است.

آزاد و الحاقی

اول: آزاد: در ایقاعات، میزان تاثیر اراده به یک اندازه نیست در برخی از آنها شرایط و قلمرو، نحوه و زمان اجرا را خود شخص تعیین می کند در این صورت به آن ایقاع آزاد گفته می شود. در واقع ایقاع با لحاظ آزادی و حاکمیت اراده صورت می پذیرد. مثل ابراء که در آن طلب کار به دلخواه، بدهکار خود را از تمام یا قسمتی از دین بری می سازد.

دوم: الحاقی:

ایقاعاتی هم وجود دارد که آزادی اراده در آن محدود است. در واقع شخص شرایطی را که قبلاً تعیین شده می پذیرد و به آن ملحق می شود که به آن ایقاع الحاقی می گویند. مثلاً تنفیذ معامله فضولی ماده ۲۴۸، یا رد و قبول ترکه ماده ۲۴۲ و ۲۴۹ قانون امور حبسی، طلاق ماده ۱۱۳۳ یا رجوع از آن ماده ۱۱۴۸ و ۱۱۴۹، لعان ماده ۸۸۲ و ۸۸۳ و رجوع زن به فدیة بند سوم ماده ۱۱۴۵ قانون مدنی که شخص آثار و شرایط از پیش ساخته شده را با ایقاع خود می پذیرد.

در اخذ به شفعه، شفیع در عقد بیعی که واقع شده و در تعیین مقدار مبیع و میزان ثمن دخالت و نقشی نداشته اما برای تملک سهم فروخته شده ی شریک باید همان میزان ثمنی را که خریدار پرداخت کرده بپردازد و همان مقدار مبیع را که به خریدار واگذار شده تملک نماید در واقع شفیع توافق آن دو را قبول و تصویب می کند.

موجد حق و مسقط حق

اول: موجد حق: یعنی اثر ایقاع، ایجاد یا انتقال حق می باشد. ایجاد حق ممکن است برای خود ایقاع کننده باشد مثل احیای زمین موات و نیز قبول ترکه وقتی که متوفی بدهی نداشته باشد موجد حق اداره ترکه برای وارث است یا برای غیر باشد مثل وصیت تملیکی به شرطی که وصیت تملیکی ایقاع باشد.

دوم: مسقط حق: و آن وقتی است که ایقاع تعهدی را ساقط کند که اشکال مختلف دارد مثل اسقاط تعهد از غیر مانند ادای دین بدهکار توسط غیرمدیون با قصد تبرع که در ماده ۲۶۷ قانون مدنی آمده، یا اسقاط حق خود مانند ابراء، اعراض و اجازه وارث موصی در وصیت زاید بر ثلث بنابر ماده ۸۴۳، اخذ به شفعه از دو جهت قابل بررسی است: اولاً با اخذ به شفعه مالکیت خریدار بر مبیع ساقط می شود پس از نوع مسقط حق است. ثانیاً اخذ به شفعه موجد حق مالکیت شفیع بر مبیع و حق مالکیت خریدار بر ثمن است بنابراین موجد حق محسوب می شود. (جعفری لنگرودی، همان ص ۳۸۹ و ۳۹۲)

معین و نامعین

اول: معین: ایقاعاتی که نام و احکام آنها در قانون به طور خاص تصریح و بیان شده، معین نامیده می شوند از جمله: ابراء در ماده ۲۸۹، اجازه وارث در وصیت زاید بر ثلث ۸۴۳، فسخ نکاح در ۱۱۲۱ و طلاق در ۱۱۳۳ قانون مدنی.

دوم: نامعین: بر خلاف عقود، در ایقاعات، وجود ایقاع نامعین مورد قبول عام واقع نشده است و برخی آن را انکار کرده اند اما در هر حال در قانون مدنی، مواردی از ایقاعات وجود دارد که نام آنها به طور خاص و احکام آنها به تفصیل نیامده است مثل اذن در انتفاع ماده ۱۰۸ قانون مدنی، ولی از آن جایی که به برخی از احکام آن اشاره شده است، ایقاع شبه معین هم نامیده می شود. (کاتوزیان، ص ۶۷) یا اباحه تصرف که در قانون به آن اشاره نشده یک ایقاع اذنی نامعین است. اخذ به شفعه که احکام و نام آن در قانون مدنی آمده است ایقاع معین می باشد.

تملیکی و عهده

اول: تملیکی: وقتی ایقاع موجب انتقال مالکیت شود آن را تملیکی می نامند. مثلاً حیات مباحات طبق ماده ۱۴۶ و شکار حیوانات با رعایت مقررات موضوع مواد ۱۷۹ تا ۱۸۲ قانون مدنی، ایقاع تملیکی محسوب می شود چون موجب مالکیت حیات کننده است.

دوم: عهده: یعنی ایقاعی که سبب ایجاد تعهد است و امکان دارد تعهدی که ایجاد شده به سود ثالث باشد که در واقع ایقاع کننده خودش را متعهد می کند یا در اثر این ایقاع تعهدی برای غیر ایجاد شود مثل انتخاب وصی توسط موصی. احکام تعهد به سود ثالث به طور خاص و به اجمال در مواد ۱۹۶ و ۲۳۱ و انتخاب وصی در ماده ۸۳۴ قانون مدنی آمده است. هر چند در هر

دو مورد امکان رد آن توسط ذینفع و وصی وجود دارد. اخذ به شفعه در این تقسیم بندی، ایقاع تملیکی محسوب می شود چون شفیع با اجرای این حق سهم خریدار را با پرداخت ثمن تملک می کند.

رضایی و تشریفاتی

اول: رضایی: یعنی تحقق آثار حقوقی اراده شخص، به تشریفات و مراحل دیگری نیاز ندارد بلکه این آثار به محض اعلام اراده محقق می شود. بنابراین آزادی و حاکمیت اراده، همانند عقود در ایقاعات نیز اصل بر رضایی بودن آنهاست. پس همین که در معامله فضولی مالک اراده خود را مبنی بر تنفیذ آن اعلام کند عقد نافذ می شود یا در ابراء به محض اعلام اراده طلب کار، دین بدهکار ساقط و او بری می شود. اعلام اراده می تواند صریح یا ضمنی باشد ممکن است با لفظ یا فعل اعلام گردد به حکم موادی مثل ۴۴۹ و ۲۴۸ قانون مدنی و ۲۴۲ قانون امور حسبی.

دوم: تشریفاتی: یعنی فقط با اعلام اراده، ایقاع واقع نمی شود باید مراحل مثل تشریفات اداری رعایت گردد تا اثر ایقاع تحقق پیدا کند مثال بارز آن طلاق است که بنابر ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی طلاق باید به صیغه طلاق و در حضور لااقل دو نفر مرد عادل که طلاق را بشنوند واقع گردد.

اخذ به شفعه تشریفات خاصی ندارد و شفیع می تواند قصد خود مبنی بر تملک سهم خریدار را صریح یا ضمنی، به فعل یا لفظ یا نوشته اعلام کند اما در عین حال، صرف اعلام اراده موجب تملک نیست بلکه انتقال مالکیت مبیع به شفیع منوط به پرداخت کامل ثمن است (منهاج الصالحین، همان، ص ۸۴، مساله ۳۵۱) که در ماده ۸۰۸ نیز به آن تاکید شده است از این رو اخذ ه شفعه در همین حد یعنی لزوم پرداخت ثمن، به ایقاع تشریفاتی نزدیکتر می شود.

نکته: امروزه قوانین مختلف در جهت حفظ نظم عمومی و حقوق اشخاص ثالث، برای اعمال حقوقی در موارد زیادی تشریفاتی پیش بینی کرده که بدون رعایت آنها عمل حقوقی اعتبار نخواهد داشت لزوم رعایت این تشریفات از جهاتی در ایقاع بیش از عقد احساس می شود به همین دلیل اصل رضایی بودن، به اندازه زمان های گذشته در حال حاضر قابل دفاع نیست. (ماهنامه حقوقی سردفتران و دفتر یاران، شماره ۶۳) بنابراین رجوع از وصیتی که به صورت رسمی تنظیم شده یا فسخ عقد بیعی که با سند رسمی واقع شده لزوماً تشریفات خواهد داشت.

ایقاع مالی و غیرمالی

این تقسیم به لحاظ موضوع ایقاع صورت گرفته است بنابراین اگر متعلق موضوع ایقاع یک مال باشد به آن ایقاع مالی گفته می شود مثل فسخ یا تنفیذ عقد بیع یا ابراء ذمه بدهکار، اما چنان چه متعلق موضوع ایقاع یک امر غیرمالی باشد مثل طلاق یا بذل مدت، ایقاع غیرمالی نامیده می شود. اخذ به شفعه که موضوع آن تملک سهم خریدار در مقابل پرداخت ثمن است ایقاع مالی است. (لنگرودی - همان - ص ۳۹۶)

آنی و مستمر

آثار برخی از ایقاعات به محض اعلام اراده در یک لحظه واقع می شود مثل حیات و فسخ و رد معامله فضولی، اما در مواردی اثر اراده ایقاع کننده در یک مدت زمان طولانی واقع می شود مثل صید ماهی که مدتی پس از پهن کردن تور ماهیگیری حاصل خواهد شد در صورت اول به آن ایقاع آنی و در صورت دوم ایقاع مستمر گفته خواهد شد. (همان - ص ۳۹۳ و ۳۹۹) و یا ممکن است قصد ایقاع کننده در مدت طولانی به صورت مستمر باقی باشد مثلاً موصی از زمان وصیت تا زمان فوت قصد تملیک موصی به را دارد.

اخذ به شفعه یک ایقاع آنی است چون تملک سهم خریدار به محض اعلام اراده شفیع و پرداخت ثمن تحقق می یابد.

ایقاع عینی

در ایقاعات هم مثل عقود، اگر قبض متعلق موضوع ایقاع از شرایط صحت آن باشد می توان آن را ایقاع عینی نامید. یعنی قبل از قبض، تعهدی ایجاد نمی شود و مالکیتی هم منتقل نمی گردد. در اخذ به شفعه شفیع برای امکان تملک سهم فروخته شده بنابر ماده ۸۰۸ قانون مدنی اول باید ثمن را بپردازد و صرف اعلام اراده و قصد تملک کافی نیست به همین خاطر آن را ایقاع عینی نامیده اند (همان، ص ۳۹۶) اما دیدگاه مخالفی هم وجود دارد که قبض ثمن را از شرایط صحت نمی داند. (کاتوزیان، همان، ص ۲۶۷)

ایقاع معاطاتی

یعنی اعلام اراده بدون اظهار الفاظ خاص صورت می گیرد. مثلاً ماده ۳۳۹ در عقد بیع اعلام کرده که بیع به داد و ستدهم واقع می شود. اخذ به شفعه هم می تواند بدون الفاظ خاص و فقط با پرداخت ثمن تحقق یابد در این صورت به آن ایقاع معاطاتی گفته خواهد شد.

شرایط اخذ به شفعه

اجرای حق شفعه، یعنی پرداخت ثمن و تملک سهم فروخته شده ی شریک یا اخذ به شفعه تحت شرایط خاصی امکان پذیر است در غیر این صورت اخذ به شفعه محقق نخواهد شد این شرایط به دو دسته تقسیم می شود: شرایط عمومی و شرایط اختصاصی.

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:

اهلیت شفیع

در مرحله ی اخذ به شفعه، شفیع باید دارای اهلیت کامل یعنی عاقل و بالغ و رشد 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 چنان چه شفیع محجور باشد ولی و قیم از جانب او می تواند اخذ به شفعه کند بنابراین داشتن اهلیت استیفا شرط ایجاد حق شفعه نیست اما برای اجرای آن ضرورت دارد. از این نکته معلوم می شود که شفیع برای داشتن حق شفعه باید اهلیت تمتع داشته باشد البته معسر یا ورشکسته بودن شفیع مانع ایجاد حق شفعه نیست. معسر می تواند 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. (جواهر، همان، ص ۲۸۹، منهاج الصالحین، همان، ص ۸۲ مساله ۳۳۶) اصولاً اشخاص از زمان ولادت تا فوت بنابر 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 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 بی بهره باشد که به عنوان نمونه به کفر ماده ۸۸۱ مکرر یا تبعه خارجی بودن ماده ۹۶۱ قانون مدنی می توان اشاره کرد بر این اساس اگر شفیع کافر باشد حق شفعه نسبت به سهم شریک مسلمان ندارد (منهاج الصالحین، همان، ص ۸۱، همان، ص ۲۹۴) همچنین اگر شفیع تبعه خارجی باشد و قانون اجازه تملک سهم شریک را به او ندهد حق شفعه نخواهد داشت. (بروجردی (عبده) 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 می تواند بر حسب 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 می تواند با رد عمل قیم شخصا اخذ به شفعه کند؟ در پاسخ این سوال نظرات متفاوت مطرح شده است. در فقه حنفی و اکثریت در فقه شافعی به قوط حق شفعه نظر داده اند اما در فقه شیعه اکثریت به بقای حق شفعه اعتقاد دارند (شیخ طوسی، همان، ص ۴۴۴) اگر ولی مصلحت مولی علیه را رعایت نکرده باشد (منهاج الصالحین، 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 قوی تر و صحیح تر می دانند (امامی همان ص ۲۱ و 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 می شوند 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 می شود و دیگر کسی حاضر به معامله با آنها نمی شود رابعاً این دیدگاه موجب سوء استفاده شفیع و اضرار به خریدار می شود بنابراین به نظر می رسد دیدگاه اخیر منطقی تر است در عین حال چنانچه ولی یا قیم موجب ضرر مولی علیه شده باشند ملزم به جبران آن خواهند بود.

اراده تملک

اخذ به شفعه به عنوان یکی از اسباب تملک (ماده ۱۴۰ قانون مدنی) که دارای آثار حقوقی است با اراده شفیع واقع می شود پس چنانچه چه 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 بر این اساس:

اولاً: اعلام اراده: اراده شفیع باید اعلام شود چون اراده باطنی تا کاشف خارجی نداشته باشد و به نحوی ظاهر نشود موجب 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 می گیرد (منهاج الصالحین همان مساله ۳۴۰ و ۳۵۱) بر خلاف عقد بیع که به حکم ماده ۳۳۹ قانون مدنی اول مالکیت محقق می شود و پرداخت ثمن و تسلیم مبیع می تواند در مرحله ی بعدی انجام شود.

ثانیاً: سلامت اراده: بنا بر قواعد عمومی، آثار حقوقی ناشی از اعلام اراده زمانی به طور کامل محقق می شود 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 بر حسب مورد ممکن است غیرنافذ یا باطل باشد. (امیری قائم مقامی، ص ۲۵۷ به بعد) باید توجه داشت که حکم اکراه در اخذ به شفعه با اکراه در معاملات متفاوت است به این صورت که در معاملات چنانچه چه شخص در اثر اکراه معامله کند غیرنافذ است و پس از اکراه شخص مکره می تواند معامله را تنفیذ یا رد کند در صورت اول معامله نافذ و در صورت دوم باطل می شود. اما در اخذ به شفعه وقتی که شفیع برای اخذ به شفعه مورد اکراه قرار گیرد در واقع او برای این اقدام خود رضایت ندارد. اخذ به شفعه واقع شده در حالی که شفیع راضی به آن نیست.

این اخذ به شفعه که در اثر اکراه بوده غیرنافذ است و نفوذ آن به تنفیذ شفیع نیاز دارد. حال چنانچه چه شفیع پس از رفع اکراه بخواهد آن را تنفیذ کند به دلیل سپری شدن مهلت فوری اخذ به شفعه، اجازه بعدی اعتبار نخواهد داشت به این دلیل باید به بطلان اخذ به شفعه اکراهی نظر داد.

در مورد اخذ به شفعه فضولی هم مشابه این وضعیت مطرح است. بنابراین اگر شخصی به طور فضولی از جانب شفیع اخذ به شفعه کند و شفیع از آن اطلاع نداشته باشد و پس از مدتی از آن باخبر شود تنفیذ بعدی او، زمانی اعتبار خواهد داشت که مهلت فوری سپری نشده باشد. پس اگر هنوز مهلت اخذ به شفعه باقی است شفیع هم می تواند مستقلاً بدون در نظر گرفتن اقدام فضولی، خودش اخذ به شفعه کند یا این که اخذ به شفعه فضولی را تنفیذ کند اثر هر یک از این دو اقدام در انتقال مالکیت عین مال و منافع آن خواهد بود اما اگر مهلت اخذ به شفعه تمام شده باشد تنفیذ بعدی بی اعتبار و اخذ به شفعه فضولی هم باطل خواهد بود.

بقای حق شفعه

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

بقای موضوع حق

اگر فاصله ی عقد بیع تا اخذ به شفعه مبیع تلف شود عملاً حق شفعه نیز از بین می رود 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 می شود 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.

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 در مقابل چه مقدار مبیع را می تواند تملک کند. (منهاج الصالحین مساله ۳۵۸ تحریرالروضه ص ۲۹۷) حکمی که در عقد بیع نیز مواد ۱۹۰ و ۲۱۶ قانون مدنی به آنها تاکید دارد.

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 بر حسب طرفین در هر یک معامله می تواند متفاوت باشد. اصولاً لزومی به ذکر جهت در اعلام اراده ها نیست اما چنان چه در عقد جهت آن تصریح شود و این جهت نامشروع باشد موجب بطلان آن خواهد بود در اخذ به شفعه جهت اعلام نمی شود 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 سوء استفاده از آن اجرا کند عمل او صحیح تلقی می شود و ادعای جهت نامشروع و در نتیجه بطلان اخذ به شفعه قابل قبول نخواهد بود.

آثار اخذ به شفعه

رابطه خریدار و شفیع

با اخذ به شفعه، رابطه ی حقوقی جدیدی بین شفیع و خریدار به وجود می آید که دارای آثار حقوقی خاصی است در این گفتار به اختصار به آن می پردازیم:

انتقال مالکیت

مالکیت عین مال

اخذ به شفعه ایقاع تملیکی است که در اثر آن مالکیت سهم خریدار به شفیع منتقل می شود این انتقال از زمان اخذ به شفعه است نه از زمان وقوع عقد بیع و در آن اراده ی 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 می یابد و برای او در مبیع حق تقدم و حق تعقیب به وجود می آید یعنی شفیع در استفاده از آن بر هر شخص دیگری مقدم است و می تواند مبیع را در اختیار و تصرف هر کسی که باشد مطالبه کند.

مالکیت منافع:

به تبع انتقال مالکیت عین مال، مالکیت منافع نیز چه متصل چه منفصل به شفیع منتقل می گردد اما ممکن است بین عقد بیع و اخذ به شفعه مدتی فاصله باشد در این صورت، سوال می شود 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 می شود و اخذ به شفعه می کند در این مدت، باغ منافع متصل مثل رشد درختان و منافع منفصل مثل میوه های چیده شده داشته است هر کدام از این منافع از آن کیست؟ ماده ۸۱۹ قانون مدنی در پاسخ به این سوال اعلام می کند که: «نما آتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری در صورتی که متصل باشد مال شفیع است...» بنابراین حکم ماده فوق، در مثال مذکور میوه ها از آن خریدار اما ارزش مادی و رشد درختان و نیز افزایش قیمت باغ از آن شفیع است. چنین حکمی مخصوصاً وقتی نیست و کاملاً به ضرر خریدار است و بعید به نظر می رسد که قانون نیز اضرار به غیر را اجازه داده باشد. برخی از بزرگان حکم فوق را قبول و فقط نقل قول کرده اند (بروجردی عبده، ص ۴۱۴ شاهباغ، ص ۷۱۸ و عدل ص ۴۰۱) یا این که ضمن بررسی موضوع آن را تایید کرده اند (امامی همان ص ۳۰ و ۳۱) اما به نظر می رسد حکم ماده ۸۱۹ به شرح فوق قابل پذیرش و منطقی نباشد چون هر چند منافع متصل به تبعیت از عین به مالک جدید می رسد و قاعده تبعیت منفعت از عین مورد نظر است (لنگرودی جلد ۵، شماره ۱۴۱۶۹) اما در هر حال از عقد بیع همچنان حق شفعه دارد و می تواند 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 می شود. منافع متصل از عین قابل جدا شدن نیست به همین دلیل به تبعیت از عین به شفیع منتقل می شود 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 می گیرد (کاتوزیان، 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.

مسئولیت خریدار**ضمان درک مبیع:**

مطابق ماده ۳۹۰ قانون مدنی در حقوق ایران ضمان درک وقتی است که بعد از عقد بیع معلو 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 می پردازد و سهم او را تملک می کند بنابراین خریدار در مقابل شفیع ضامن درک مبیع است اگر معلوم شود مبیع قبلا به دیگری تعلق داشته و قابل اخذ به شفعه نبوده است خریدار ثمن را باید به شفیع برگرداند در این مورد ماده ۸۱۷ می گوید: «در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می کند مشتری ضامن درک است نه بایع...» (جواهر همان ص ۳۱۱)

عیب و تلف مبیع در زمان تصرف مشتری:**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 نمی تواند ادعایی هم داشته باشد قسمت اول ماده ۸۱۸ به همین مطلب اشاره دارد. شفیع نمی تواند از بابت عیب ارش بگیرد یا از بابت تلف خسارت بخواهد.

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 نمی شود 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 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 می باشد 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 می توان از ماده ۲۷۸ قانون مدنی و سایر مواد فوق الذکر کمک گرفت که خریدار تا زمانی که تعدی و تفریط نکرده است مسوول نیست اما همین که از حدود اذن خارج شد و مرتکب زیاده روی 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 اولا توسط حقوقدانان مورد بررسی و ایراد و انتقاد قرار گرفته تا جایی که گفته اند این کلمه زیادی و اشتباه است (مصطفی همان ص ۴۰۱ و ۴۰۰) یا این که ماده را طبق قواعد عمومی تحلیل کرده اند که اگر مطالبه شود و خریدار از تسلیم آن خودداری کند مسوول خواهد بود. (امامی همان ص ۵۵) یا این که مطالبه را از شرایط

تحقق مسوولیت خریدار ندانسته و قواعد عمومی را حاکم بر روابط شفیع و خریدار دانسته اند 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 کرده اند. (کاتوزیان، ایقاع ص ۳۰۰)

بنابراین این خریدار پس از اخذ به شفعه چنان چه در مبیع تعدی و تفریط کند مسووا خواهد بود.

بعد از اخذ به شفعه و بعد از مطالبه

با اخذ به شفعه شفیع مالک مبیع است چنان چه 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 می کند. 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 می شود 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 می توان این حکم را استنباط کرد که در حق شفعه هم قابل اجراست. از جمله: ماده ۶۱۶ قانون مدنی تصریح می کند 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 برائت ذمه ی مدیون رهن در ید مرتهن امانت است لیکن اگر با وجود مطالبه آن رد ننماید ضامن آن خواهد بود اگر چه تقصیر نکرده باشد.»

۲، 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 (منهاج الصالحین - مساله ۳۶۲) و ماده ۸۱۸ نیز هرگز نمی تواند حکمی استثنا بر آن را مقرر کند. پس باید پذیرفت که کلمه مطالبه در این ماده در معنی مترادف با اخذ به شفعه است.

نکته: در ماده ۸۱۸ راجع به نقص مبیع اشاره ی نشده است اما از کلمه خرابی می توان 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 می داند به این دلیل که مبیع در هر حال متعلق حق شفیع قرار گرفته است. (امامی، همان ص ۵۵ جواهر، همان ۳۵۷ و ۳۵۸)

بطلان معاملات بعدی نسبت به مبیع

پس از این که 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 مالکیت ها به وضعیت سابق برگردد در هر یک از این دو مورد موضوعات و حالاتی مطرح می شود که به اختصار مورد بررسی قرار می دهیم:

انتقال مبیع به غیر توسط خریدار

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

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

ب: در این صورت تکلیف معاملات قبلی و بعدی چه می شود 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 (منهاج الصالحین، ص ۸۴ مساله ۲۵۲).

البته این در صورتی است که خریدار تمام سهم خود را به یک نفر فروخته باد و معاملات بعدی هم به همین شکل واقع شده باشد اما چنان چه خریدار قسمتی از سهم خود را به یک نفر و سپس قسمت دیگری را به فرد دیگری فروخته باشد یا این که 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 شفعه ی 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 می گردد اما معاملات بعدی که موضوع خود را از دست داده است باطل خواهند شد در ماده ۸۱۶ قانون 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 می نماید». ظاهر ماده مبهم است گویا تمام معاملات باطل می شود 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 می کند 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 می کند همینطور اگر خریدار مبیع را هبه یا وقف کند یا مهر زوجه قرار دهد و شفیع اخذ به شفعه کند اقدام خریدار باطل و بی اثر خواهد شد. (امامی - همان - ص ۳۹ و ۴۰)

پاسخ سوال ج:

در متن ماده ۸۱۶ عنوان شده که معاملات بعدی باطل می شود در حالی که معاملات مذکور در زمان خود صحیح بوده بنابراین اراده شفیع نمی تواند 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 بی اثر می شود و اگر اخذ به شفعه منصرف شود در واقع معامله را تنفیذ می کند اما معامله مشتری نسبت به مبیع را نمی توان با عقد فضولی قیاس کرد چون معامله موضوع ماده ۸۱۶ در زمان وقوع صحیح بوده در حالی که معامله فضولی از آغاز غیرنافذ است. (جزوه مدنی ۳، مولف - دانشگاه آزاد واحد مراغه) بنابراین بطلان در ماده ۱۳۱ قانون تجارت (اسکینی ص ۱۶۰) و صحیح تر این که چنین معامله ای را در مقابل شفیع غیرقابل استناد دانست هم چنان که در ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیت های مالی پذیرفته شده است. (کاتوزیان - همان - ص ۲۸۹)

امکان اقاله بیع

عقد بیع بین خریدار و شریک سابق واقعه شده آیا این دو قبل از اخذ به شفعه می توانند 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 می شود بنابراین حتی پس از اقاله هم شفیع می تواند اخذ به شفعه کند از این نظر اقاله هم تابع حکم ماده ۸۱۶ مذکور خواهد بود و در مقابل شفیع غیرقابل استناد می باشد. از

طرفی بنابر اصل نسبی بودن آثار قراردادهای طرفین عقد بیع نمی توانند با اقاله ی آن حق شفعه را ساقط کنند (برزی، ۱۳۸۹ ص ۹) و نیز اگر خریدار قبل از اخذ به شفعه بیع را برای مدتی به غیر اجاره دهد یا برای دیگری در آن حق انتفاع ایجاد کند چنان چه شفیع اخذ شفعه کند اجاره یا حق انتفاع برای مدت پس از اخذ به شفعه غیرنافذ خواهد بود یعنی در این صورت معلوم می شود 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.

تصرفات مادی خریدار در مبیع

ممکن است خریدار پس از عقد بیع و قبل از اخذ به شفعه در مبیع تصرفاتی کند مثلاً بنایی احداث کند یا درختی بکارد در این صورت تکلیف خریدار چیست و برای شفیع چه تاثیری دارد و آیا می توانند 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 می کند که: «... مشتری می تواند بنائی را کرده یا درختی را که کاشته قلع کند». اما آیا خریدار می تواند بقای آنها را به شفیع تحمیل کند و اجرت بخواهد و آیا شفیع می تواند 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 می باشد. 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 نمی تواند بنا و درخت را باقی گذارد و به شفیع تحمیل کند و از بابت آن اجرت مطالبه کند اما شفیع هم نمی تواند مانع تخریب و قلع شده خریدار را به قبول دریافت اجرت مجبور سازد در عین حال در این مورد می توانند توافق و مصالحه کنند و رویه قضایی نیز باید به این سو هدایت شود تا از تخریب و قلع اموال که اصولاً نتیجه ای جز 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 منطق روابط اجتماعی است. در همین جهت ماده ۳ قانون مسوولیت مدنی در حکمی منطقی و قابل تحسین اعلام می کند 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 می تواند نقش موثرتری ایفا کند و نحوه ی 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 گودی ها را پر و صاف نماید و سپس به شفیع تحویل دهد یا این که چنین وظیفه ای ندارد؟

در این قضیه بین صاحب نظران فقهی و حقوقی اتفاق نظر وجود ندارد و دیدگاه ها 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 می رسد لزومی به تستطیح و پاکسازی زمین ندارد و بنابر ماده ۲۷۸ موضوع تعهد را در همان وضعیتی که حین تسلیم دارد به شفیع تحویل می دهد اما اگر خریدار بنا و درخت را قلع کند

باید محل آن را پاکسازی کرده سپس به شفیع تحویل دهد. (جواهر - همان - ص ۳۶۵ به بعد - دکتر امامی - همان - ص ۴۹ به بعد - دکتر کاتوزیان - همان - ص ۲۹۶ به بعد) راه حلی که در قانون مدنی مصر پیش بینی شده منطقی تر به نظر می رسد. طبق ماده ۹۴۶ همین قانون اگر بنای ساخته شده یا درخت کاشته شده قبل از اخذ به شفعه باشد شفیع باید هزینه های انجام شده از جانب خریدار را بپردازد. (نوری - قانون مدنی مصر - ص ۲۸۸)

خسارت ناشی از اخذ به شفعه

خریدار برای انجام معامله با شریک سابق ممکن است مخارج و هزینه هایی را متحمل شده باشد مثلاً پرداخت هزینه کارشناس ارزیابی ملک و مخارج رفت و آمد و اجرت واسطه و غیره، در این صورت شفیع نسبت به هزینه های فوق هیچگونه مسوولیتی نخواهد داشت بنابراین خریدار علاوه بر ثمن مبیع، از بابت این هزینه ها نمی تواند از شفیع خسارت بگیرد (مهناج الصالحین - همان - مساله ۳۴۴ ص ۸۳) اما آیا خریدار می تواند این خسارت را از فروشنده مطالبه کند یا خیر در مبحث رابطه خریدار و فروشنده بررسی خواهد شد.

آیین دادرسی اخذ به شفعه

مقدمات دادرسی

دادگاه ها در معنی عام، در مواجهه با دعاوی و شکایت هایی که به آنها ارجاع داده می شود ملزمند مجموعه ای از مقررات و اصول تشریفات خاصی را رعایت کنند که اصطلاحاً آیین دادرسی نامیده می شود. موضع دعوی اگر مدنی باشد تابع آیین دادرسی مدنی، اگر کیفری باشد تابع آیین دادرسی کیفری و چنان چه اداری باشد تابع آیین دادرسی اداری خواهد بود. دعوی اخذ به شفعه از امور مالی و داخل در امور مدنی و بنابر این مطابق آیین دادرسی مدنی خواهد بود. پس در طرح دعوی اخذ به شفعه، تقدیم دادخواست، تعیین طرف های دعوی، ارائه مدارک و اسناد، حضور در جلسات، استناد به ادله اثبات و ابلاغ و اخطارها و رعایت مهلت ها و نیز امکان تجدیدنظر باید قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ مورد توجه قرار گیرد.

دادگاه صالح

در دعاوی مدنی صلاحیت دادگاه بر اساس موضوع آن تعیین می شود بر این اساس و در هر موردی که موضوع دعوی، منقول محسوب شود دادگاه محل اقامت خوانده، و اگر موضوع دعوی، غیر منقول باشد دادگاه محل وقوع همان مال غیر منقول صالح به رسیدگی خواهد بود این دو حکم جداگانه در مواد ۱۱ و ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است در عین حال در مواردی به عنوان حکم خاص، عوامل دیگری در تعیین دادگاه صالح دخالت داده شده است از جمله حکم ماده ۱۷ قانون مدنی در اموال غیر منقول حکمی، که مطابق آن حیوانات و ابزار و ادوات کشاورزی که توسط مالک به زمین زراعی اختصاص داده شده از نظر توقیف آیین دادرسی مدنی در موارد خاصی دادگاه محل انعقاد عقد یا محل انجام تعهد نیز صلاحیت رسیدگی خواهد داشت هر چند دعوی راجع به اموال غیر منقول باشد همچنین در دعاوی بین زوجین، زوجه می تواند طبق ماده ۱۲ قانون حمایت خانواده در دادگاه محل سکونت خود نیز دعوی طرح کند در دعوی اخذ به شفعه که موضوع آن مال غیر منقول است دادگاه محل وقوع مال موضوع اخذ به شفعه صالح به رسیدگی می باشد. این دعوی از دعاوی عینی، مالی و غیر منقول می باشد. (شمس، همان - ص ۳۳۴ به بعد)

خواهان و خوانده

در اخذ به شفعه اصولاً خواهان خود شفیع است که برای اجرای حق، دعوی طرح می کند و در واقع می خواهد با استفاده از قدرت مقامات عمومی حق خود را اجرا و عملی کند. در عین حال ممکن است در موضوعات خاصی از حق شفعه خریدار به عنوان خواهان دعوی طرح کند مثلاً ادعا کند که حق شفعه ساقط شده یا این که مدارکی ارائه کند مبنی بر این که شفیع حق خود را ساقط کرده است. چنان چه شفیع خواهان باشد و بخواهد مبیع را تملک کند بی شک خوانده اصلی این دعوی خریدار خواهد بود چون تملک از مال او صورت می گیرد اما ایجاد حق شفعه منوط به وجود شراکت و فروش سهم مشاعی شریک دیگر است بنابراین شفیع علاوه بر خریدار باید علیه شریک سابق نیز دعوی اقامه کند تا بتواند شراکت سابق و بیع سهم شریک قبلی را در دادگاه ثابت کند پس هم خریدار هم فروشنده هر دو ذینفع محسوب می شود و اظهارات هر دو در این پرونده موثر و قابل استماع است. ممکن است قبل از اقدام شفیع به اخذ به شفعه، خریدار سهم خود را به شخص دیگری فروخته باشد در این صورت خریدار مذکور هم جزء خوانندگان دعوی خواهد بود چون اظهارات او نیز در این پرونده و نتیجه نهایی آن تاثیر خواهد داشت. اگر مبیع در تصرف فردی غیر از خریدار باشد برای امکان الزام وی به تسلیم مبیع، شفیع باید علیه متصرف نیز دعوی اقامه نماید.

خواسته ی خواهان

شفیع ممکن است خواسته های متفاوت داشته باشد در این صورت بر حسب مورد شرایط و تشریفات خاص را باید رعایت کند پس شفیع می تواند اخذ به شفعه را از طریق دادگاه اعمال نماید یا پس از اخذ به شفعه برای الزام متصرف به تسلیم مبیع به دادگاه رجوع کند. بنابراین:

اخذ به شفعه:

در زمان اخذ به شفعه شاید شفیع به خریدار دسترسی نداشته باشد یا این که خریدار از دریافت ثمن خودداری کند و یا در خصوص وقوع عقد بیع یا بقای حق شفعه اختلاف باشد پس چنان چه نسبت به امکان اجرای حق شفعه و تملک مبیع بین شفیع و خریدار توافقی حاصل نشود شفیع به ناچار برای اخذ به شفعه باید از طریق دادگاه اقدام نماید در این وضعیت شفیع دو نکته را باید رعایت کند:

اول: حق شفعه فوری است پس شفیع در طرح دعوی خود نباید تاخیر و کوتاهی کند در غیر این صورت با سپری شدن مهلت فوری که ماده ۸۲۱ قانون مدنی به آن تصریح دارد حق شفعه ساقط خواهد شد. البته سقوط حق باید برای دادگاه محرز و مسلم باشد و لازمه ی آن رسیدگی و ورود در ماهیت دعوی از جانب دادگاه است.

دوم: شرط دیگری که شفیع باید در این نوع طرح دعوی رعایت کند تامین و پرداخت ثمن است و چون خریدار در دسترس نیست یا حاضر به قبول و دریافت ثمن نشده است شفیع باید ثمن را در حساب سپرده دادگستری تودیع نماید تا با تحقق اخذ به شفعه به خریدار پرداخت شود.

الزام به تسلیم مبیع:

این وضعیت زمانی است که شفیع قبلاً با رعایت شرایط لازم صحیحاً اخذ به شفعه کرده و مبیع را مالک شده است بنابراین نسبت به آن حق عینی پیدا کرده ممکن است هر یک از فروشنده و خریدار یا خریدار معامله ی بعدی و حتی شخص دیگری باشد که هر یک بر حسب مورد ملزم است مبیع را به شفیع تحویل دهد ولی چنان چه از تسلیم آن خودداری نمایند شفیع به عنوان مالک می تواند از دادگاه الزام متصرف به تسلیم مبیع را درخواست کند. برابر قانون مدنی مصر اخذ به شفعه باید از

طریق دادگاه باشد. ثمن هم تا سی روز و قبل از طرح دعوی باید به صندوق دادگاه محل وقوع مال سپرده شود (ماده ۹۴۲) (نوری، قانون مدنی مصر، ص ۲۸۷)

مستندات دعوی

شفیع در این دعوی مدعی است. ادعای او این است که اولاً مال غیرمنقولی را به طور مشاعی با دیگری مالک بوده ثانیاً شریکش سهم خود را در قالب بیع به دیگری منتقل کرده است بنابراین برای اثبات این دو ادعا باید مدارک و مستندات خود را به دادگاه ارائه دهد یعنی اسنادی باشد که بتواند مالکیت مشاعی بین شفیع و شریک او را ثابت کند و دلایلی بیاورد که وقوع بیع بین شریک و خریدار را به اثبات رساند.

چنان چه شفیع قبلاً اخذ به شفعه کرده و ثمن را به خریدار پرداخت کرده باشد باید دلایل این پرداخت را نیز در اختیار دادگاه قرار دهد.

ادله اثبات دعوی در قانون مدنی از ماده ۱۲۵۷ تا ۱۳۳۵ و در آیین دادرسی مدنی از ماده ۱۹۴ تا ۲۸۹ به تفصیل آمده که بررسی آنها از موضوع این بحث خارج است علاقمندان به کتاب های مربوط به ادله اثبات می توانند مراجعه نمایند.

مراحل دادرسی

شفیع در دادگاه محل وقوع مال غیر منقول دعوی مدنی طرح می کند گفته شد که این دعوی به لحاظ موضوع آن از دعاوی غیر منقول، عینی و مالی است. دادگاه پس از رسیدگی به این دعوی و بررسی شرایط ایجاد حق شفعه، بقا یا زوال آن، رعایت شرایط اخذ به شفعه، اظهارات طرف های دعوی و ادله ای که از جانب آنان ارائه شده، نسبت به صدور رای اقدام می کند. رای دادگاه از لحاظ امکان تجدیدنظر و فرجام خواهی تابع آیین دادرسی مدنی است.

مطابق ماده ۳۳۴ آیین دادرسی مدنی مرجع تجدیدنظر آرای دادگاههای حقوقی در هر یک از حوزه های قضایی، دادگاه تجدید نظر مرکز همان استان می باشد. طرفین دعوی یا وکلا و نماینده آنها بنابر ماده ۳۳۵ همان قانون حق درخواست تجدیدنظر دارند مگر این که طبق ماده ۳۳۳ طرفین دعوی با توافق کتبی حق تجدید نظرخواهی خود را ساقط کرده باشند. بر اساس ماده ۳۳۱ همین قانون در دعاوی مالی که خواسته یا ارزش آن از سه میلیون ریال بیشتر باشد می توان از رای دادگاه بدوی تجدید نظر و رسیدگی مجدد را درخواست کرد. مهلت این اقدام نیز در ماده ۳۳۶ قانون مذکور برای اشخاص مقیم ایران ۲۰ روز و برای اشخاص مقیم خارج از کشور دو ماه از تاریخ ابلاغ یا انقضای مدت وخواهی است.

همچنین آرای دادگاههای بدوی که به علت عدم درخواست تجدید نظر قطعی یافته قابل فرجام خواهی نیست مگر در موارد خاصی که ماده ۳۶۷ قانون اخیر به آنها اشاره کرده است از جمله حکمی که خواسته ی آن بیش از مبلغ بیست میلیون ریال باشد. در غیر این صورت امکان فرجام خواهی از آن وجود نخواهد داشت چون برابر ماده ۳۶۸، آرای دادگاههای تجدیدنظر غیر از چند مورد خاص اصولاً قابل فرجام خواهی نیست.

مسائل حقوقی اعمال حق شفعه

همانگونه که گفته شد، اعمال حق شفعه از احکام استثنایی است، چراکه براساس « اصل تسلیط » و احترام به مالکیت، نمی توان هیچ ملکی را نمی توان از تصرف و مالکیت اشخاص خارج کرد مگر اینکه موافقت و رضایت مالک قبلاً اخذ شده باشد. ولی قانونگذار برای جلوگیری و دفع ضرر از شریک المال و به تبعیت از اصل اساسی: « لَأَنَّ حِلَّ كَمَةِ تَشْرِيعِ حَقِّ الشُّفْعَةِ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الشَّرِيكِ » (به نقل از: الاشباه و النظائر، سیوطی - ص ۱۴۵) این حق را لباس قانونی پوشانده تا نگذارد فرد غریبه و غیرهمسان و ناآشنا جایگزین شریک قبلی شود که چه بسا با او هماهنگ و همنوا نباشد. البته تبعیت از فلسفه اصلی همین امر

واستفاده از قاعده لاضرر و لاضرار در تاریخ حقوق ایران، بخصوص در حقوق تجارت بنحوی دارای سوابق می باشد که از اطاله کلام خودداری می شود. (خمینی، ۱۳۵۵، ص ۳۱۸)

شرایط اخذ به شفعه در واحدهای آپارتمانی

منصرف از استدلالهای انجام شده فوق، با توجه به شرایط اعمال حق اخذ به شفعه، که در ضمن ماده ۸۰۸ ق. م. قسمتی از این شرایط بیان شده است (از قبیل غیر منقول بودن مال، بودن دو شریک، انتقال با عقد بیع، قابل تقسیم بودن مال غیر منقول و غیره)، هیچ دلیل بازدارنده و مستدلی در عدم تسری این شرایط در آپارتمانها وجود ندارد و یا حداقل تاکنون ارائه نشده بلکه عکس آن صحیح است. بدیهی است که احراز شرایط اعمال این حق گاهی نیاز به دقت و موشکافی بیشتر دارد که در جای خود به آن موارد خواهیم پرداخت که از جمله آنهاست احراز قابل تقسیم بودن آپارتمانها و یا اختلاف احتمالی در قیمت پرداختی و...

شاید ایراد شود که: حق شفعه فقط مربوط به زمین و باغ و در نهایت ساختمانهای سنتی می باشد و تسری این امر استثنایی به واحدهای آپارتمانی موردی ندارد! می گوییم: هر چند در فقه شیعه (برخلاف فقه اهل سنت که ذیلاً خواهد آمد) همسایگی و اتصال دو ملک زمینه ایجاد حق شفعه را فراهم نمی آورد، بلکه اشاعه و شرکت شرط ضروری آن است، ولی در هر صورت با توجه به استدلالهای انجام شده در بالا بنظر عده کثیری از استادان حقوق، آپارتمان های ساخته شده در زمین مشاع با شرایط مذکور قبلی، از زمینه های شایع اعمال حق شفعه می باشد، زیرا در عین حال که هر واحد آپارتمانی معمولاً ملک اختصاصی هریک از مالکان بوده و با تنظیم صورتمجلس تفکیکی (سند رسمی جداگانه ای برای هر واحد صادر می شود ولی همه مجتمع های آپارتمانی براساس ماده ۲ قانون تملک آپارتمانها و ماده ۴ آیین نامه اجرایی در قسمتهایی نیز مشترک اند که از جمله آنهاست: راه عبور و لوله های آب، زمین زیر بنا، تأسیسات قسمتهای مشترک از قبیل چاه آب و غیره، اسکلت ساختمان، پله و راهرو ها، بام آپارتمانها و غیره. (همان منبع، ص ۴۱)

حالات و مصادیق اعمال حق شفعه در واحدهای آپارتمانی:

با فرض وجود شرایط عمومی اعمال حق شفعه در واحدهای آپارتمانی چند حالت را می توان تصور کرد:

الف، اگر عرصه ساختمان و طبقات آن مجموعاً بین مالکین بنحو مشاع مشترک باشد و مالکین نیز بیش از دو نفر باشند و یکی از شرکا مبادرت به فروش سهم و طبقه خود نماید، بی تردید حق شفعه برای سایر مالکین ایجاد نخواهد شد. (هر چند که در ممر و مجری مشترک باشند) بر عکس مورد اخیر، در صورتیکه تعداد مالکین دو نفر باشند، و یکی از شرکا سهم خودش را به بیع قطعی انتقال دهد، برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد خواهد شد.

ب- در صورتیکه طبقات ساختمان مفروضاً متعلق به دو مالک باشد ولی مالکیت عرصه بنحو مشاع و مشترک باشد، در صورت فروش حصه یکی از دو شریک، برای دیگری حق شفعه خواهد بود. (هر چند که در ممر و مجرا مشترک نباشند).

ج- اگر در عرصه اشتراک مالکیت نباشد و مثلاً مالکیت عرصه متعلق به مالک یکی از طبقات باشد و یا بعلت وقف یا خالصه بودن و یا علل دیگر متعلق به هیچکدام از مالکین نباشد و ممر و مجری نیز به گونه مستقلی برای هر طبقه پیش بینی و اجرا شده باشد، با فروش یکی از طبقات حق شفعه ای ایجاد نخواهد شد. (طالبین به مقالات استاد سیدمصطفی محقق داماد در فصلنامه حق، دفترهای سوم و چهارم مراجعه فرمایند).

د- هر کدام یا یکی از دو شریک آپارتمانی دو واحد آپارتمانی بنام خود داشته باشد، ولی یکی از دو شریک مذکور واحدی از آپارتمان خود را بعنوان بخشی از حصه به بیع قطعی به دیگری منتقل کند نیز حق شفعه جاری است؛ زیرا هر چند که حق اخذ به شفعه از احکام استثنایی بوده و نباید به مواردی که دارای شبهه هستند تعمیم داده شود، ولی باید قبول کنیم که تعبیر:

«حصه خود» در ماده ۸۰۸ قانون مدنی حکم را شامل تمام یا قسمتی از حصه خواهد کرد، زیرا هدف از اعمال حق شفعه که همانا جلوگیری از ایجاد ضرر شریک است در اینجا نیز تسری دارد و فروش بخشی از حصه شریک نیز شخص سومی را در مالکیت دخیل نموده و حق اعمال شفعه را عملاً از شرکا سلب خواهد کرد و این حالت به شریک دیگر ضرر میرساند، لذا برای دفع ضرر مذکور اعمال این حق فوق ضروری میشود؛ ولی اگر شفیع نسبت به بخش فروخته شده اعمال حق شفعه ننماید، با تبدیل تعداد شرکا از دو نفر به سه نفر، بطور طبیعی شرایط اعمال حق شفعه نیز منتفی خواهد شد. (عرب باغی. ص ۱۷۸)

منابع فقهی و قانونی اعمال حق شفعه در آپارتمان نشینی

اخذ به شفعه در فقه شیعه:

در کافی و تهذیب از حضرت رسول (ص) روایت کرده اند که به حق شفعه در میان شرکاء در اراضی و مسکن ها به استناد: «لاضرر و لا ضرر» حکم فرموده و نیز در صحیح ابن حازم روایت شده که از آن حضرت سؤال کرده اند از محوطه ای که در آن خانه ها واقع است و راه خانه ها یکی است؛ پس اگر بعضی از صاحبخانه ها خانه خود را به کسی فروخت، آیا از برای شریکان در راه او حق شفعه است یا نه؟ که حضرت جواب فرمودند: اگر خانه را فروخت و راه خود از راهروی ایشان بجای دیگر برگرداند، پس برای شرکای راه، شفعه نیست و اگر راهرو را با خانه خود فروخت پس از برای شریکهای او حق شفعه است. مضمون این روایات که آینه ای از فقه شیعه است، در مواد ۸۰۸ تا ۸۲۴ ق. م خود را نشان داده و لباس قانونی پوشیده است.

اخذ به شفعه در فقه اهل سنت:

اعمال حق شفعه در حوزه ای وسیع تر در فقه و حقوق اهل سنت بروز یافته است؛ یعنی علاوه بر شمول اعمال حق شفعه به اموال غیر منقول و شراکت دو نفر در آن اموال و حداقل اشتراک در ممر و مجری، مورد دیگری نیز علاوه بر موارد فوق برای اعمال حق شفعه قائلند و آن در مورد همسایه دیوار بدیوار می باشد، بطوریکه در ماده ۱۰۰۸ المجله چنین آمده است: «الثالث ان يكون جاراً ملاصقاً للعقار البیع» یعنی سومین مورد شفعه، همسایه دیوار بدیوار ملک فروخته شده است و بر همین اساس در ماده ۱۰۱۱ المجله مقرر گردیده: «اذ كان العلو من البناء ملك واحد والسفل ملك غيره عدّ احدهما الآخر جاراً ملاصقاً» یعنی، هرگاه طبقه فوقانی، ملک یک فرد باشد و طبقه تحتانی ملک فرد دیگری، هر کدام همسایه دیوار به دیوار دیگری محسوب خواهند شد. مفهوم مخالف این عبارت این است که در اینگونه همسایگی نیز (با عنایت به ماده ۱۰۰۸ المجله که قبلاً ذکر شد) حق شفعه می تواند در طبقات آپارتمانی بطریق اولی اجرا و اعمال گردد. بطوریکه شارحین المجله مانند طحطاوی گفته اند: «اگر راه عبور طبقات بالا و پائین یکی باشد شفعه به سبب شرکت ثابت است و آلا به سبب جوار.» فقهای عامه و اهل سنت، با توجه به مبانی فقهی خود، مسئله ساختمانهای بیش از دو طبقه را نیز مطرح نموده و گفته اند: هرگاه ساختمانی سه طبقه باشد و هر طبقه ملک یک نفر بوده و طبقات راه واحدی داشته باشند، یعنی به گونه ای که هر سه طبقه به یک راه باز شود، چنانچه مالک طبقه وسط مبادرت به فروش ملک خود نماید برای مالکین طبقه بالا و پائین، هردو حق شفعه ثابت می گردد و هرگاه مالک طبقه پائین یا مالک طبقه سوم ملک خود را بفروشد، مالک طبقه وسطی در اخذ به شفعه اولویت خواهد داشت. همانگونه که ملاحظه شد این بینش وسیع در فقه اهل سنت با ضرورت فعلی اعمال حق شفعه در معاملات آپارتمانی، که مورد تأکید این مقاله نیز می باشد، کاملاً همخوانی دارد.

منبع قانونی:

همانگونه که گفته شد، در ایران علاوه بر منابع معتبر فقهی، منبع قانونی نیز برای اعمال حق شفعه در معاملات واحدهای آپارتمانی مواد ۸۰۸ تا ۸۲۴ قانون مدنی می باشد که شرح آن بیان گردید لذا از اطالۀ کلام پرهیز می کنیم.

اخذ به شفعه در رویه قضایی:

دعوی اخذ به شفعه بلحاظ ماهیت آن کمتر در دادگاهها مطرح شده است، بطوریکه رویه قضایی هنوز فرصت کافی نیافته تا درباره آیین دادرسی و صلاحیت دادگاه و احکام مورد تردید در قانون مدنی تصمیم قاطع بگیرد، از طرف دیگر اختلاف فتاوی در فقه اعم از شیعه و غیرشیعه نیز به ابهام و پیچیدگی اینگونه دعوی افزوده است. در نتیجه بر عهده دست اندرکاران حقوقی و قضایی و وکالتی است که در این مورد بیشتر تلاش و کنکاش و مجاهدت نمایند و ما در این مقاله به نوبه و سهم خود تلاش می کنیم که با بضاعت اندک نکاتی را یادآور شویم. (دهخدا، جلد ۹ ص ۲۱۰)

نحوه اعمال حق شفعه و مراحل عملی و اجرایی آن**ادعای جهل به شفعه و یا جهل به فوریت اعمال آن**

در ماده ۸۲۱ قانون مدنی آمده است: «حق شفعه فوری است.» هرچند در این ماده ذکری از زمان اطلاع شفیع بر وقوع بیع نشده و در واقع قانون در این مورد ساکت است، ولی باید گفت اگر ادعای جهل به حکم شفعه و یا ادعای جهل به فوریت آن از ناحیه شخص بی سواد و ناوارد به موازین حقوقی بعنوان «شفیع» باشد ممکن است قابل توجیه باشد، (هرچند ملاک قانونی برای مراجع محترم قضایی نخواهد بود)، ولی شخصی که آشنا به موازین قضایی و عالم به مسائل فقهی است اصل، اطلاع او به حکم وفوریت اعمال آن است پس در مورد اخیر نیز بطور قطع این ادعا پذیرفته نخواهد شد. معمولاً در شهرهای کوچک، رفت و آمدهای مدیران بنگاههای املاک، که در محل شناخته شده هستند و آوردن مشتری که چه بسا به کرات نیز باشد، قابل لمس و مشاهده می باشد. ولی در محیطهای پرجمعیت و شهرهای شلوغ و مثلاً در پایتخت، که حتی خانواده های همجوار آپارتمانی تقریباً ارتباط و اطلاعی از همدیگر ندارند، بخصوص با کتمان ماجرا توسط خریدار و فروشنده، شفیع از وقوع معامله مطلع نخواهد شد. مخصوصاً اگر موضوع توسط خریدار و فروشنده کتمان گردد. (جزوه درسی اخذ به شفعه، کاشانی ص ۴۸)

اگر بعضی بگویند که با افزایش سرسام آور قیمت اموال غیر منقول و واحدهای آپارتمان چه بسا شفیع باوجود اطلاع از وقوع معامله و با وجود علم بر ضرورت فوریت اعمال حق شفعه، ممکن است تعمداً در اعمال این حق مسامحه کند و بعد از گذشت مدتی و گران شدن «حصه مبیع» بخواهد اخذ به شفعه کند! در جواب باید گفت که این ادعایی است که در هر صورت ممکن است توسط خود خریدار و یا فروشنده نیز عنوان شود. اگر اصل بر این واقع شود که حق شفعه ایجاد شده است، مدعی عدم توجه به فوریت شفعه و ادعای تسامح باید دلیل بیاورد و ثابت کند که شفیع با علم به پیدایش حق اعمال شفعه وفوریت آن مسامحه و کوتاهی کرده است که همانگونه که در بالا گفتیم به همه این موارد دادگاه رسیدگی خواهد کرد. اصولاً بهتر است بعد از آگاهی از وقوع بیع توسط شفیع و اطلاع از مقدار و مبلغ ثمن، پیش از گذشتن مهلت متعارف (فوریت عرفی) با انشاء تملک شفیع، ثمن در اختیار خریدار قرار گیرد و یا به حاکم سپرده شود. (مگر اینکه شفیع بعداً ادعای خود را دائر بر عدم علم از وقوع عقدبیع و فوریت اعمال حق اخذ به شفعه اثبات نماید). (امامی، جلد ۳، ص ۲۱۹)

قیمتی که شفیع باید بپردازد.

می دانیم که اعمال حق اخذ به شفعه یک عمل ایقاعی بوده و صرفاً با اراده شفیع قابل اعمال و حصه مبیع به تملک شفیع در می آید و بر همین اساس، قسمت اخیر ماده ۸۰۸ قانون مدنی می گوید: «... شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیع را تملک کند...».

با عنایت به صراحت ماده فوق، قیمتی که شفیع باید بپردازد آن قیمتی است که مشتری با فروشنده حصه مشاعی توافق و پرداخت نموده است. (۲۰) حال می‌گوییم ممکن است فروشنده و خریدار واحدهای آپارتمانی (ویا زمین) ثمن مورد معامله را بطور صوری، (هم در قولنامه و هم در سند رسمی تنظیمی و یا یکی از آنها) بسیار زیاده‌تر از حدمعمول و معقول قرار دهند و یا علیرغم صحت مبلغ ثمن مندرج در متن قولنامه، در ضمن سند تنظیمی میزان ثمن را به انگیزه فرار از مالیات، بسیار کمتر از میزان توافقی اعلام و درج نمایند. در اینصورت این سؤال پیش می‌آید که قیمتی که شفیع باید بپردازد کدام است؟

به اجمال باید گفت که در زمان حدوث اختلاف، قیمت مورد معامله همان است که قاضی دادگاه احراز کرده باشد. بنا براین هیچکدام از موارد ذکر شده اعم از مبلغ قید شده در قولنامه و یا سند رسمی ابتدا به ساکن ملاک اعتبار نخواهد بود، البته این امر در صورتی است که قیمت مندرج در سند رسمی یا عادی مورد قبول شفیع نباشد که در این صورت باید درضمن تقاضای تحویل و تسلیم حصه مبیعه، به موضوع فوق نیز تصریح گردد تا دادگاه نیز ملزم به تعیین و تکلیف در این مورد شود. در صورت قید مبلغ غیرقابل قبول در سند رسمی نیز، بطلان این قسمت از سند رسمی از دادگاه (بدلیل جعل معنوی در قید ثمن غیرواقعی) تقاضا خواهد شد، وگرنه دادگاه رأساً نمی‌تواند قیمت مندرج در سند رسمی را نپذیرد؛ زیرا متن ماده ۷۰ اصلاحی قانون ثبت صراحت دارد بر اینکه: «سندی که مطابق قوانین به ثبت رسیده رسمی است و تمام محتویات و امضاهای مندرجه در آن معتبر خواهد بود، مگر اینکه مجعولیت آن ثابت شود. پس انکار مندرجات اسناد رسمی مسموع نخواهد بود؛ لذا در صورت تقاضای شفیع و ارائه دلایل کافی، دادگاه با بررسی‌های دقیق و در صورت لزوم با ارجاع به کارشناسی قیمت زمان معامله را تعیین نموده و آن قسمت از سند رسمی تنظیمی که مربوط به قیمت مورد معامله بین فروشنده و خریدار بوده است باطل خواهد کرد. (نصیری، ۱۳۸۹ ص ۱۱۹)

طرفین دعوی در اعمال و اثبات وجود حق شفعه

بهتر است که در صورت عدم امکان پرداخت ثمن به فروشنده، ثمن به صندوق دادگاه واریز و موضوع طی اظهارنامه رسمی با اشاره به اعمال حق اخذ به شفعه و اشاره به قبض تودیعی، به هر کدام از خریدار و فروشنده، یا هردو (حسب مورد) اعلام و ابلاغ گردد. اینکه فروشنده نیز الزاماً باید یکی دیگر از خواندگان و از طرفین دعوی باشد، برای این است که اولاً، «فروش ملک به او نسبت داده می‌شود و او را ضامن دَرک مبیع و عیوب پنهانی در برابر خریدار می‌سازد و در صورتیکه مبیع را به خریدار تسلیم نکرده باشد، اکنون باید به شفیع تحویل دهد.» (۲۱) ثانیاً برای اثبات حقانیت شفیع در پیدایش و اعمال حق اخذ به شفعه لزوماً هر دو طرف خریدار و فروشنده مورد خطاب قرار خواهد گرفت تا بعداً ادعای اسقاط حق و یا انصراف از اعمال آن توسط خریدار و فروشنده قابل طرح نباشد.

نحوه طرح دعوی اعمال حق شفعه

می‌دانیم که شفعه حقی است عینی یا در حکم آن و به شفیع اختیار تملک مستقیم حصه فروخته شده در بیع را می‌دهد؛ به عبارت دیگر حصه مورد اختلاف، در اثر انشای تملک شفیع و پرداخت ثمن به خریدار، به شفیع منتقل می‌شود، بدون اینکه نیازی به بررسی و حکم دادگاه باشد. البته در صورت حدوث اختلاف، (مثلاً در قیمت مورد معامله و یا در ادعای اینکه شفیع حق خود را بنحوی از انحاء ساقط نموده و از اعمال حق خود صرف نظر کرده است)، شفیع ناچار است با تنظیم دادخواست تقاضا کند که دادگاه درستی و نفوذ تملک شفیع را احراز کند. یعنی شفیع چون مدعی است پس بناچار از دادگاه اخبار بر وقوع تملک را بدلیل اعمال حق اخذ به شفعه خواهد خواست و رأی دادگاه نیز در این موارد جنبه اعلامی خواهد داشت و مضمون رأی باید شبیه به این باشد که: «چون شفیع با جمع شدن شرایط قانونی حق شفعه داشته است، تملک مبیع در برابر ثمن

معهود بین خریدار و فروشنده به درستی انجام پذیرفته است. « پس خواسته نباید تحت عناوینی مانند: خلع ید و یا انتقال حصه مبیعه و غیره باشد، در غیر اینصورت دادگاه قرار عدم استماع دعوی صادر خواهد کرد، چون ید فروشنده یا خریدار من غیر حق و غاصبانه نبوده است. بنابراین شفیع می تواند با تسلیم دادخواست ازدادگاه تقاضا کند که با احراز صحت و درستی اعمال حق شفعه تملک قانونی شفیع را قطعی دانسته و در نتیجه درخواست کند که حکم بر تحویل حصه مبیعه صادر گردد؛ در صورت ادعای صوری بودن قیمت مندرج در قولنامه و یا حتی سند رسمی، همانگونه که قبلاً گفته شد می تواند این مورد را نیز جزء عناوین خواسته ذکر کند. چون بدلیل مدعی بودن بار ارائه دلایل ادعا (از قبیل وقوع عقد بیع و قیمت معامله و تاریخ بیع مورد معامله و...) نیز با اوست. لذا شفیع مؤلف است مدارک مالکیت و اشاعه آن با سهم فروخته شده و سند و دلیل بیع و مدارک اقدام به اخذ به شفعه را (از قبیل اظهارنامه، و پرداخت ثمن و قبوض تودیع به خریدار یا مدارک واریزی مبلغ ثمن در حساب قانونی) و اعلام اراده خود برای اعمال حق اخذ به شفعه پیوست دادخواست به دادگاه ارائه دهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، عقود معین، جلد ۳)

نتیجه گیری

حق شفعه بدین معنی است یک مال غیرمنقول و قابل تقسیمی مالکیت آن بین ۲ نفر به صورت شراکتی می باشد و یکی از این ۲ نفر سهم خود را به صورت بیع به شخص ثالثی واگذار می نماید در این حالت برای شریک دیگر حقی به نام حق شفعه به وجود می آید و صاحب آن حق که شریک دیگر است را شفیع می گویند. در این حالت شریک می تواند مبلغی را که شخص ثالث به شریک خود داده است به او بدهد و حق و سهم او را تملک نماید این حقی است که قانونگذار ما طبق شرایطی که در بالاگفته شد درجایی که مالی بین ۲ نفر شریک بود و یکی از آنها آن را به غیر واگذار کرد برای دیگری در نظر گرفته است. قاعده شفعه یک امر خلاف اصل است و شاید در ظاهر امری غیراصولی به نظر آید اما قانونگذار ما که در این مورد منحصراً شارع مقدس اسلام می باشد بنابه مصلحت این امر را در نظر گرفته است. نکاتی که در ایجاد این حق باید به آن توجه کرد این است که زمانی این حق برای شریک دیگر ایجاد می گردد که شریک دوم سهم و یا حقه خود را از طریق بیع به نفر سومی انتقال دهد اگر این انتقال وجابه جایی به وسیله همه و یا صلح و یا معارضه و یا قرار دادن مهر باشد باعث ایجاد حق شفعه نمی گردد و سهم شاعی که فروخته می شد باید بیع معامله باشد نه شخص معامله و این موضوع راه فراری است برای اینکه بتوان حق شفعه بوجود آمده برای شریک را از بین برد و در خیلی مواقع طرفین برای اینکه حق به وجود آمده برای شفیع را به نوعی ساقط نمایند معامله انجام شده را به صورت یکی از موارد ذکر شده در بالاتبیین می نمایند که شفیع نتواند با استناد به آن از حق خود استفاده نماید و آیا اینکه حق شفعه ویژه املاک است و فقط ارسال غیرمنقول ایجاد می شود و اموال منقول از این قاعده خارج می باشند و در مواردی که یک مال غیرمنقول تبعی که متعلق به ملک باشد اگر به فرض همین اتصال فروخته شود تابع ملک و موضوع شفعه است در زمانی که این حق برای شفیع به وجود آمد ایشان با پرداخت مبلغ حقه فروخته شده به خریدار آن را تملک می نماید و هرگاه شفیع بخواهد از نظر قانونی اقدام نماید طبق رای های صادر شده در دیوان عالی کشور و رویه قضائی باید دعوای خود را به طرفیت خریدار و شریک با هم اقدام نماید تا از نظر حقوقی قابل استماع باشد. اعمال این حق، که می تواند از مسائل مستحدثه و جدید تلقی گردد، در حالات و شرایط خاص و استثنایی بوده و صرفاً برای دفع ضرر و راحتی زندگی انسانها (و نه سودجویی و تجارت) وضع شده و در تاریخ حقوقی کشور ما نیز (حداقل در مورد اموال غیرمنقول، یعنی زمین، باغ و خانه سنتی) سابقه اعمال دارد. پر واضح است که شمول و اجرای این حق در واحدهای آپارتمانی نیز به تبعیت از

همین فلسفه اصل دفع ضرر و از روی ضرورت بوده و بدون تردید در تحکیم حسن روابط همسایگی تأثیر خواهد داشت. در هر حال با داشتن اموال غیرمنقول و آپارتمانهای موضوع شمول عنوان تحقیق، آثار و عوارض آن نیز با زمینه سازی فرهنگی و اجتماعی باید پذیرفته گردد. البته عدم اطلاع کافی مردم در این مورد اعمال این حق را منتفی نمی کند و عذری در عدم پذیرش و باروری و اجرای قانون نخواهد بود.

روشن است که وجود اینگونه حقوق در قانون مدنی جهت حفظ وامنیت قراردادهای اجتماعی و ارتقاء آسایش و رفاه اجتماعی و احترام به مالکیت خصوصی است ضمن اینکه در بعضی موارد هم ممکن است وجود چنین حقوقی در ظاهر لازم و ضروری به نظر نیاید حق شفعه و اعمال آن در عقد بیع و در موردی که مبیع بصورت مشاعی است موجب از بین بردن ضرر بقا بر شرکت می شود طوریکه اگر چنین حقی وجود نداشت و از طرف شریک اعمال نمی شود چه بسا اختلافات زیادی با شریک جدید به بار می آورد. مسلماً املاکی بصورت مشاعی اداره می شوند تا از آنها استفاده می شوند به لحاظ ذات شرکت لاجرم یا می بایستی تفکیک شوند و یا اینکه یکی از شریک حصه خود را واگذار نماید که در بسیاری از موارد همین مسئله واگذاری با مشکلاتی مواجه می گردد در بسیاری از موارد هم بیم سمک دماء در املاک مشاعی وجود دارد که شرع مقدس اسلام همانگونه که در تمامی ابعاد زندگی فردی و اجتماعی اشخاص برنامه های مختلفی را تدوین کرده است در این مورد هم تدابیری را اندیشیده است که اهتمام به اعمال این تدابیر هم فرد و هم اجتماع را از بسیاری مشکلات می رهاند.

ساختار هر عمل حقوقی اقتضا دارد که از عارض نمودن اوضاعی بر این اعمال که خلاف ارکان و ساختار آن می باشد بر حذر باشیم. همانطور که گذشت درج شرط ضمن ایقاع و نیز فسخ آن خلاف ماهیت این عمل حقوقی و نیز مخالف قانون و اصول حقوقی است و ما نیز ناگزیر این اعمال را بی اثر و فاسد بدانیم. پذیرش عقیده ایقاع مشروط به لحاظ ناسازگاری با ماهیت این عمل و ایرادها و خدشه های غیر قابل توجیه، بین ما و منطق حقوقی فاصله می اندازد پس نتیجه میگیریم برخلاف نظریه برخی از علمای حقوق ابراء مشروط نیز باطل است. تمامی ایقاعات نمی توانند مشمول این عقیده شوند چنانچه حیات مباحات یا احیاء اراضی موات ایقاع است منتها مشروط ساختن آن با موضوع عمل سازگاری ندارد به همین جهت از شمول استدلالهای ما خارج است.

منابع

۱. احمدی طباطبایی، جواد۱۳۷۷ وصایا و شفعه: ترجمه دو کتاب از (مسالك الافهام) شهید ثانی و (شرايع الاسلام) محقق حلی.
۲. الهدایه، المغینانی، ج ۷ ص ۴۰۶ - المغنی ابن قدامه، ج ۵ ص ۲۵۹
۳. اردبیلی، دکتر محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۸۷
۴. اسکینی، دکتر ربیعا، حقوق تجارت، جلد دوم، سمت، تهران، ۱۳۷۷
۵. امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد چهارم، کتابفروشی اسلامی، تهران، ۱۳۸۸
۶. امامی، دکتر سید، - حقوق مدنی، جلد سوم، کتابفروشی اسلامی، تهران، ۱۳۶۴
۷. امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، جلد ۳، انتشارات اسلامی، چاپ پانزدهم، سال ۷۹.
۸. امیری قائم مقامی، دکتر عبدالمجید، حقوق تعهدات، جلد دوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۸
۹. امینی و آیتی، تحریرالروضة فی شرح المم، جلد ۲، انتشارات سمت و موسسه فرهنگی حله، چاپ نهم، سال ۸۵.
۱۰. انصاری، مرتضی، مکاسب، ج ۵، ص ۲۱۵، مؤسسه ی باقری، اول، ۱۴۲۰
۱۱. برزی، ودود، تشریفات در قراردادها و بی نظمی در نظم حقوقی، ماهنامه حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران، تهران، شماره ۶۳
۱۲. برزی، ودود، جزوه درسی حقوق مدنی ۲ و ۸، دانشگاه آزاد مراغه و بناب، سال ۱۳۹۲
۱۳. برزی، ودود، نسبی بودن آثار قراردادها، انتشارات آثار اندیشه، تهران، ۱۳۸۶
۱۴. برمکی، شمس الدین محمد (شهید اول)، الدروس الشرعیة، مؤسسه نشر اسلامی، قم، اول، ۱۴۱۲
۱۵. بروجرودی (عبده)، محمد، حقوق مدنی، انتشارات گنج دانش، تهران
۱۶. جزوه درسی اخذ به شفعه، دکتر کاشانی انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، تاثیر اراده در حقوق مدنی، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۲
۱۸. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، حقوق اموال، گنج دانش، تهران، ۱۳۶۸
۱۹. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دانشنامه حقوقی، جلد اول، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۶
۲۰. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، گنج دانش، تهران، ۱۳۵۷
۲۱. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی، جلد اول و پنجم، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۸
۲۲. جواهر الکلام، ج ۱۷، ص ۲۸۳، شیخ محمدحسن، ج ۵، ص ۲۵۹، المختار ج ۵ ص ۱۵۵، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۲۶۱.
۲۳. حایری (شاه باغ)، سید علی، شرح قانون مدنی، جلد دوم، گنج دانش، تهران، ۱۳۸۲
۲۴. حجت الاسلام عرب باغی، سید حسین آقا، اساس الاسلام، چاپ ۴.
۲۵. حلی، ابوالقاسم جعفر بن حسن بن یحیی بن سعید، تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۵۵۸، مکتبه الرضویه، سوق بین الحرمین.
۲۶. خوندی، دکتر محمود، آیین دادرسی کیفری، جلد چهارم، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۴
۲۷. خویی، آیت الله سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، جلد سوم، نشر مدرسه امام باقر، قم، ۱۳۸۶
۲۸. دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، دوره چهارده جلدی، جلد نهم، دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۲
۲۹. دهخدا، علی اکبر، لغتنامه دهخدا، جلد ۹، انتشارات موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران ف چاپ دوم، سال ۷۷.

۳۰. ذهنی تهرانی، سید محمد جواد، المباحث الفقهیه فی شرح الروضه البیّه، جلد ۱۵، انتشارات وجدانی، چاپ سوم، سال ۷۵
۳۱. ره‌پیک، خرسندی حسین ۱۳۸۶ دوره مقدماتی حقوق مدنی: درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث، صفحه ۱۲۰
۳۲. شایگان، دکتر سید علی، حقوق مدنی، انتشارات طه، قزوین - ۱۳۷۵
۳۳. شرح المجله، سلیم بن رستم، ص ۵۶۵ - الهدیه مرغینانی، ج ۷ ص ۴۰۶ - سبل السلام صنعانی، ج ۳ ص ۶۳
۳۴. شمس، دکتر عبدالله، ادله اثبات دعوا، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۹
۳۵. شمس، دکتر عبدالله، آیین دادرسی مدنی، جلد نخست، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۳
۳۶. شهیدی، دکتر مهدی، حقوق مدنی، تعهدات، انتشارات مجد، تهران، ۱۳۸۰
۳۷. شیخ الطائفه، تهذیب طبع قدیم، جلد ۲، ص ۱۶۲
۳۸. صدرزاده افشار، سید محسن، ادله اثبات دعوی در حقوق ایران، نشر دانشگاهی تهران، ۱۳۶۹
۳۹. صفایی، دکتر سید حسین، دکتر قاسم زاده، اشخاص و محجورین، سمت - تهران، ۱۳۸۱
۴۰. صفایی، دکتر سید حسین، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۴
۴۱. طاهری، دکتر محمد علی، مسعود انصاری، دانشنامه حقوق خصوصی، جلد اول، محراب، تهران، ۱۳۸۴
۴۲. طباطبایی دکتر جواد، اخذ به شفعه در حقوق مدنی و فقه اسلام، چ اول، سال ۱۳۴۴.
۴۳. طوسی، شیخ محمد بن حسن، کتاب الخلاف، جلد سوم، نشر اسلامی، قم، قمری
۴۴. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، ج ۳، ص ۴۳۶، مؤسسه نشر اسلامی، قم، اول، ۱۴۱۷ (به نقل از مثبتین به ارث گذاشته شدن حق شفعه).
۴۵. عاملی جبعی، زین الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، ج ۴، ص ۴۱۲، انتشارات داوری، قم، اول
- نائینی، محمد حسین، منیة الطالب، ج ۳، ص ۲۹۸، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ برمکی، شمس الدین محمد (شهید اول)، الدروس الشرعیة، ج ۳، ص ۳۷۴، مؤسسه نشر اسلامی، قم، اول، ۱۴۱۲ هـ
۴۶. عاملی جبعی، زین الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، انتشارات داوری، قم، اول، ۱۴۱۰
۴۷. عاملی شامی (شهید ثانی)، زین الدین، تحریر الروضه، امینی و آیتی، سمت تهران، ۱۳۷۸
۴۸. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، به کوشش بندرچی، نشر بحر العلوم، قزوین،
۴۹. کاتوزیان، مرحوم دکتر ناصر، اثبات و دلیل اثبات، جلد دوم، نشر میزان، تهران، ۱۳۸۵
۵۰. کاتوزیان، مرحوم دکتر ناصر، حقوق مدنی، ایقاع، نشر دادگستر، تهران، ۱۳۷۷
۵۱. کاتوزیان، مرحوم دکتر ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۳
۵۲. کاتوزیان، مرحوم دکتر ناصر، مقدم هعلم حقوق، جلد دوم، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۷
۵۳. کاتوزیان، دکتر ناصر، ایقاع، قرائت و تمرین و شماره ۲۰۳
۵۴. کاتوزیان، دکتر ناصر، عقود معین، جلد ۳
۵۵. کاتوزیان، دکتر ناصر، عقود معین، جلد ۳، قرائت و تمرین
۵۶. کاتوزیان، دکتر ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، حاشیه ۳ ماده ۸۲۱
۵۷. کاتوزیان، دکتر ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، حاشیه یم، ماده ۸۱۹
۵۸. کاتوزیان، دکتر ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، انتشارات میزان، چاپ یازدهم، سال ۸۴

۵۹. کامیار محمد رضا (کارکن)، چ اول، سال ۱۳۷۵، نشر حقوقدان.
۶۰. کاتوزیان، دکتر ناصر، ایقاع، شماره ۱۳۲
۶۱. کاتوزیان، دکتر ناصر، کانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، حاشیه یک، ماده ۸۱۹
۶۲. کاتوزیان دکتر، ناصر، حقوق مدنی «ایقاع» دکتر کاتوزیان، نشر یلدا، چ اول، ۱۳۷۰.
۶۳. کاتوزیان، ناصر ۱۳۸۴ اخذ بشفعه در حقوق مدنی ایران و فقه اسلام، نشر میزان.
۶۴. محقق داماد، دکتر سید مصطفی، قواعد فقه ۳، منتشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۷۷
۶۵. محقق داماد سید مصطفی فصلنامه حق - دفتر چهارم، ص ۸۲ از سری مقالات.
۶۶. نجفی، شیخ محمد حسن، جواهرالکلام، جلد ۳۷، دارالکتاب الاسلامیه، تهران.
۶۷. نصیری، دکتر محمد ۱۳۸۱، حقوق بین الملل خصوصی انتشارات میزان.
۶۸. نوری، محمد علی، قانون مدنی مصر، گنج دانش، تهران، ۱۳۹۲