

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

حقوق وصیت و ارث

به زبان ساده

(حقوق مدنی ۸ دانشگاهی)

مؤلفان

رضا کریمی منفرد

تحصیل کرده دکتری تخصصی حقوق خصوصی و مدرس دانشگاه

آیدین لطفاله زادگان

دانش آموخته مقطع کارشناسی حقوق قضایی و پژوهشگر حقوق خصوصی

انتشارات چتر دانش

سرشناسه	: کریمی منفرد، رضا، ۱۳۴۹ -
عنوان و نام پدیدآور	: حقوق وصیت و ارث به زبان ساده (حقوق مدنی ۸ دانشگاهی) / مولفان رضا کریمی منفرد، آیدین لطفاله زادگان.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۰۲.
مشخصات ظاهری	: ۲۹۱ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۱۵-۳
وضعیت فهرست نویسی	: فیپا
یادداشت	: کتابنامه.
موضوع	: ارث -- ایران Inheritance and succession -- Iran
	: وصیت و وصیت‌نامه‌ها -- قوانین و مقررات -- ایران
	: Wills -- Law and legislation -- Iran
	: حق شفعه -- ایران Pre-emption -- Iran
	: حقوق مدنی -- ایران Civil rights -- Iran
شناسه افزوده	: لطفاله زادگان، آیدین، ۱۳۶۸ -
رده بندی کنگره	: KMH۷۷۰
رده بندی دیویی	: ۳۴۶/۵۵۰۵۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۹۲۴۰۷۹۴
اطلاعات رکورد کتابشناسی	: فیپا

نام کتاب	: حقوق وصیت و ارث به زبان ساده (حقوق مدنی ۸ دانشگاهی)
ناشر	: چتر دانش
مؤلفان	: رضا کریمی منفرد، آیدین لطفاله زادگان
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۴۰۲
شمارگان	: ۵۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۱۵-۳
قیمت	: ۱۹۵۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منبری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸
تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳
پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com
کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرتطرف‌دارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آن‌ها از یک سو و تناسب آن‌ها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت‌گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی به منصه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش

فهرست

باب اول: شفعه (حق شفعه - اخذ به شفعه)	۹
فصل اول: مفاهیم و مبانی	۱۱
فصل دوم: شرایط ایجاد حق شفعه	۱۶
فصل سوم: شفیع و شرایط اخذ به شفعه	۲۷
فصل چهارم: آثار اخذ به شفعه و رابطه حقوقی شفیع و مشتری	۲۹
فصل پنجم: زوال حق شفعه	۳۸
فصل ششم: دعوی اخذ به شفعه و رویه قضایی	۴۱
باب دوم: وصیت	۴۵
فصل اول: کلیات و مفاهیم	۴۷
فصل دوم: وصیت تملیکی	۵۹
فصل سوم: وصیت عهدی (وصایت)	۹۷
فصل چهارم: طرز تنظیم وصیت نامه	۱۱۱
باب سوم: ارث	۱۲۵
فصل اول: کلیات و مفاهیم	۱۲۷
فصل دوم: موجبات و شرایط ارث	۱۳۲
فصل سوم: موانع ارث	۱۵۳
فصل چهارم: نحوه ارث بری وارثان	۱۷۳
فصل پنجم: حالت های ارث بری وارثان در طبقات سه گانه	۱۷۹
فصل ششم: قواعد خاص ارث	۲۱۵
فصل هفتم: انحصار وراثت	۲۲۳
ضمائم	۲۳۵
اشتباهات قانون مدنی در مبحث ارث	۲۴۰

۲۴۳	تست‌های مدنی ۸
۲۷۸	فهرست منابع و مآخذ
۲۸۱	نمایه قوانین و مواد قانونی

مقدمه

«حسبنا الله ونعم الوكيل والحمد لله رب العالمين»

این کتاب مشتمل بر سه مبحث از مباحث مهم حقوق مدنی یعنی شفعه، وصیت و ارث است مواد قانونی شفعه تحت عنوان "در اخذ به شفعه" از ماده ۸۰۸ لغایت ۸۲۴ و وصیت تحت عنوان "در وصایا" از ماده ۸۲۵ لغایت ۸۶۰ و ارث نیز تحت عنوان "در ارث" از ماده ۸۶۱ لغایت ۹۴۹ در قانون مدنی بیان شده است.

خواننده عزیز پیش از مطالعه کتاب توجه به نکات زیر ضروری است:

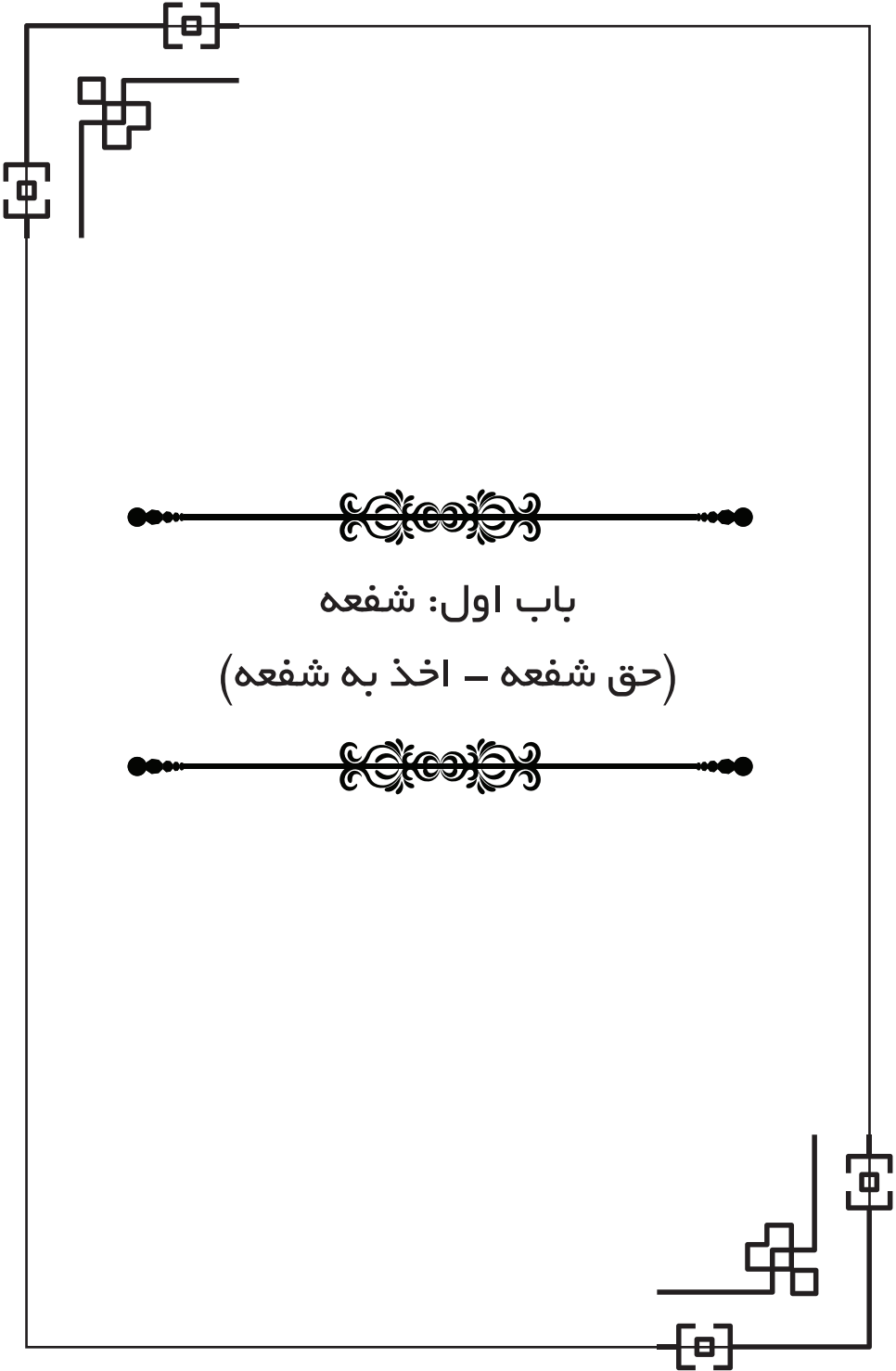
- ۱- در این اثر سعی شده است که جامعیت در کنار اختصار بنشیند و مطالب به نحوی تبویب و ساماندهی شود که نظم منطقی مطالب به آشفتگی و سردرگمی تبدیل نگردد.
- ۲- هدف ما از ذکر نکات کوتاه در ضمن کتاب این بوده است که مطالعه کننده در کمترین زمان ممکن و حتی در اوقات فراغت با مطالعه یک نکته کوتاه پی به حکم و نظر کلیدی و مهم قانونی و حقوقی برده و آن را به خاطر بسپارد.
- ۳- هدف عمده در کتاب حاضر تسهیل یادگیری و آموختن حقوق مدنی همراه با سرعت، جامعیت و دقت است لذا سعی بر آن بوده است که در بررسی و طرح مباحث از نمودار، جدول، دسته‌بندی و شرح مسائل از طریق مثال‌ها و نمونه سوالات آزمون‌های سنوات گذشته استفاده شود بدون آنکه مبحثی از دروس مورد غفلت واقع شده باشد.
- ۴- در این کتاب از منابع متعدد معتبر حقوقی و فقهی استفاده شده و از لابه‌لای متون فقهی و کتب مرتبط نکات مهم استخراج و در این کتاب مورد استفاده قرار گرفته است.
- ۵- برای اثربخشی هر چه بیشتر در ایجاد نظم ذهنی و محک زدن دانسته‌ها، در انتهای کتاب برگزیده‌ای از سوالات آزمون‌های حقوقی گردآوری و پاسخ آن‌ها نیز داده شده است.
- ۶- به حکم اینکه کار بشری خالی از نقص نیست خصوصاً که ابتدای راهی نرفته است. و خامی و کم‌تجربگی بار ما در این سفر بوده این تجربه نیز خالی از عیب و ایراد نیست و امکان دارد لغزش‌هایی هرچند اندک رخ داده باشد لذا دست همه سرورانی که با دلسوزی این عیوب را در جهت اصلاح متذکر گردند صمیمانه می‌فشاریم البته به قول یکی از اساتید

معظم از ترس اشتباه نمی‌توان به گوشه عزلت خزید زیرا علم را پایانی نیست و نمی‌توان آن را در مکان و زمان خاصی محدود نمود و آن را فقط مختص عده‌ای دانست. امید است ما حاصل مشترک این تلاش گسترده و طولانی مولفین که با تکیه بر تحقیقات کتابخانه‌ای و سابقه تدریس چندین ساله احدی از مولفین در دانشگاه‌ها و موسسات آموزش عالی نگاشته شده کتابی باشد که نه تنها به عنوان منبع کاملی برای دانشجویان و داوطلبان آزمون‌های حقوقی در یادگیری حقوق مدنی به کار آید بلکه مورد توجه اساتید دانشگاه‌ها و موسسات حقوقی جهت تدریس حقوق مدنی و نیز سایر کارگزاران حقوقی اعم از وکلا و قضات قرار گیرد تا با نگاه تیزبین خود و ارائه نظرات، ما را در افزایش کیفیت و رفع نواقص این کتاب یاری نمایند.

رضا کریمی منقرو

آیدین لطف‌اله زادگان

Aidyn.lotfi@gmail.com



عن ابى عبدالله (ع) «قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعه بين الشركاء فى الارضين و المساكن»
امام صادق (ع) فرمود: «رسول خدا ﷺ در زمين و مسكن ميان چند شريك به ثبوت شفعه حكم كردند.»
وسائل الشيعه جلد ۲۵ صفحه ۴۰۰

فصل اول: مفاهیم و مبانی

● تعریف حق شفعه و تفاوت آن با اخذ به شفعه

ماده ۸۰۸ قانون مدنی در تعریف حق شفعه^۱ چنین بیان می‌کند: «هر گاه مال غیرمنقول 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 به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند این حق را حق شفعه و صامب آن را شفیع می‌گویند» بنابراین زمانی که دو نفر در مال غیرمنقولی شریک هستند و یکی از شرکا سهم خود را با عقد بیع به شخص ثالث بفروشد برای شریک دیگر حقی ایجاد می‌شود که می‌تواند به خریدار رجوع کرده و با پرداخت ثمن (قیمت) معامله، مال را از او بگیرد و خود مالک آن شود مثلاً فرض کنید رضا و علی در یک زمین شریک هستند و رضا سهم خود را به حسین می‌فروشد سپس می‌گوید من دوست ندارم با حسین شریک باشم (اگر حسین سه دانگ زمین را به مبلغ ۱۰۰ میلیون تومان از رضا خرید باشد) در این صورت علی حق دارد ۱۰۰ میلیون تومان به حسین بدهد تا زمین مال خودش شود و حسین نیز نمی‌تواند مقاومت نموده و بگوید که من پول را نمی‌گیرم و نمی‌خواهم زمین خود را بفروشم. در اینجا، حقی که علی دارد حق شفعه نام دارد و عملی که علی انجام می‌دهد اخذ به شفعه نامیده می‌شود پس اخذ به شفعه همان اعمال یا اجرای حق شفعه است به عبارت دیگر برای اخذ به شفعه، نخست باید حق شفعه‌ای وجود داشته باشد.

۱- شفعه در لغت به معنی تقویت و ضمیمه کردن است و این معنا بی‌شبهات با مفهوم اصطلاحی آن نیست زیرا شفیع هم با منضم کردن سهم فروخته شده به ملک خود سبب تقویت و زیادت ملک خود می‌گردد.

● اوصاف حق شفعه

۱- حق شفعه حق مالی است

حق شفعه حق مالی است زیرا به شفیع حق می‌دهد که مال فروخته شده را تملک کند (وسیله تملک مال است) و از آثار مالی بودن حق شفعه آن است که حق شفعه قابل اسقاط است. نکته- حق شفعه از حقوق مالی و مربوط به مبحث اموال و مالکیت‌ها است اما اخذ به شفعه یا اجرای حق شفعه از مباحث مربوط به اعمال حقوقی و ایقاع است چراکه اراده شفیع سبب تملک حصه فروخته شده می‌شود.

۲- حق شفعه از حقوق عینی است

در تقسیم‌بندی حقوق به حق عینی و حق دینی، حق شفعه جزء حقوق عینی است نه دینی؛ زیرا حقی بر روی مال است نه بر ذمه دیگری لذا شفیع برای اعمال حق لازم نیست علیه خریدار اقامه دعوا کند و الزام او را به انتقال حصه فروخته شده را بخواهد و با اخذ به شفعه مال را تملک می‌کند.

۳- حق شفعه قابل انتقال قهری است (ارث) اما قابل انتقال ارادی (قراردادی) نیست

حق شفعه بعد از فوت شفیع به صورت قهری به ورثه او منتقل می‌شود در این باره ماده ۸۳۳ قانون مدنی مقرر می‌دارد «حق شفعه بعد از فوت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود» ولی به صورت قراردادی قابل انتقال نیست دلیل این امر نیز کاملاً واضح است چون این دو موضوع با هم قابل مقایسه نیست یعنی واگذاری ارادی و انتقال قهری تابع یک حکم واحد نیستند چون به ارث رسیدن حق شفعه، به معنی انتقال به غیر نیست بلکه وراث قائم‌مقام و جانشین مورث خود می‌شوند تا حقوق و تکالیف متوفی بدون مالک نماند و آنان بدون اینکه

۱- دلیل ارث بردن ورثه از حق شفعه عمومات قرآن و روایات است که اشعار می‌دارند هر چه مال متوفی باشد و از او به جای بماند به ورثه می‌رسد و نیز روایت مرسله نبوی (ص) است که نقل شده حضرت رسول (ص) فرمود «ما ترک المیت من حق فهو لوارثه» یعنی هر حقی را که میت از خود به جای گذارد مال وارث اوست اما بعضی از فقها مانند شیخ طوسی قائل به عدم وراثت حق شفعه هستند و ارث نبردن حق شفعه را به اکثر اصحاب نسبت داده و معتقدند موروثی بودن حق شفعه نیاز به دلیل دارد که دلیل خاصی موجود نیست بلکه روایت خاصی بر منع از موروثی بودن آن رسیده است و آن روایتی است که از طلحة بن زید از حضرت علی (ع) نقل شده است که حضرت رسول (ص) فرموده است لا تُورث الشفعه.

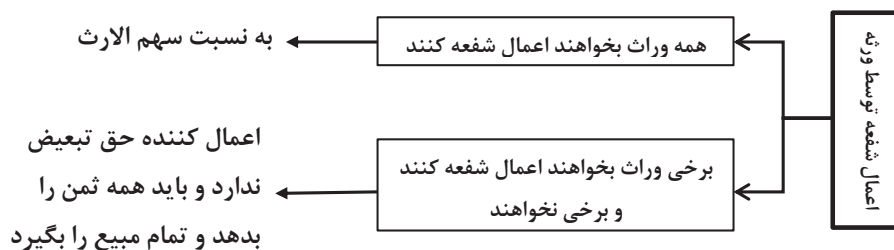
خود، اراده و قصد کنند به حکم قانون در حقوق و تکالیف مالی جانشین مورث خواهند بود در حالی که واگذاری ارادی به غیر یک عمل حقوقی و برخاسته از اراده و تصمیم شفیع است.

نکته ۱- حق شفعه به نسبت سهم الارث به ورثه منتقل می‌شود (طبق نظر فقهاء امامیه حق شفعه به نسبت سهم الارث وراث بین آنها تقسیم می‌شود نه به تعداد نفرات).

نکته ۲- زوجه هم مانند سایر وراث از حق شفعه ارث می‌برد و زوجه هم به نسبت سهم الارث خود یعنی یک چهارم (در صورت نبودن فرزند) یا یک هشتم (در صورت وجود فرزند) در صورت اعمال حق شفعه از مورد شفعه بهره خواهد برد.^۱

نکته ۳- در صورتی که حق شفعه با فوت شفیع، به ورثه او به ارث رسیده باشد و برخی از وراث حق شفعه خود را ساقط کنند وراث دیگر نمی‌توانند فقط نسبت به سهم خود اخذ به شفعه کنند بلکه باید یا کلاً از حق شفعه صرف نظر نمایند یا تمام سهم فروخته شده را تملک کنند بنابراین اگر علی و محمد در زمین ۱۰۰۰ متری با یکدیگر شریک باشند و علی ۴۰۰ متر از زمین خود را بفروشد و دو روز بعد از بیع، محمد فوت کند و از سه نفر ورثه او، دو نفر موافق اخذ به شفعه و یک نفر حق خود را ساقط کند. دو ورثه موافق اخذ به شفعه زمانی می‌توانند اخذ به شفعه نمایند که حق را نسبت به تمام ۴۰۰ متر اعمال نمایند.

نکته ۴- اگر شفیع فوت کند و وارثی نداشته باشد حاکم می‌تواند از حق شفعه استفاده و اخذ به شفعه نماید.



۱- زوجه از ارث بردن عین زمین محروم است ولی آنچه در حق شفعه به زوجه می‌رسد حق تملک است نه عین زمین به عبارت دیگر حق شفعه حق مستقلی است و با تملک عین مال غیرمنقول از طریق ارث تفاوت دارد.

۴- حق شفعه قابل اسقاط است

حق شفعه حقی مالی و عینی است فلذا همچون سایر حقوق مالی قابل اسقاط می‌باشد بر این اساس، شفیع بعد از ایجاد حق شفعه می‌تواند از اجرای حق خود انصراف دهد در این باره ماده ۸۲۲ ق.م. مقرر می‌دارد: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود» خواه لفظ باشد مثل اینکه شفیع پس از بیع، به مشتری بگوید اخذ به شفعه نمی‌کنم، و یا فعل باشد مثل آنکه شفیع پس از اطلاع از بیع شریک، سهم خود را به دیگری بفروشد (زیرا فروش سهم او دلیل بر اسقاط حق شفعه است چون پس از فروش سهم خود، دیگر شریک نیست تا بتواند اخذ به شفعه نماید و حال آنکه اخذ به شفعه مربوط به شریک است).

نکته ۱- در امکان اسقاط حق شفعه بعد از ایجاد آن شک و تردیدی نیست ولی در خصوص اسقاط حق شفعه قبل از بیع و ایجاد حق شفعه میان علمای حقوق اختلاف نظر وجود دارد برخی گفته‌اند حق را قبل از به دست آوردن آن نمی‌توان اسقاط کرد و سقوط حقی که هنوز وجود خارجی پیدا نکرده است غیرعقلانی به نظر می‌رسد و این مسئله اسقاط مالیم یجب است (مرحوم دکتر امامی) اما برخی دیگر معتقدند اسقاط حق شفعه قبل از بیع سهم شریک هم ممکن است زیرا زمینه و مقتضای ایجاد حق شفعه را زائل می‌کند (مرحوم دکتر کاتوزیان).

نکته ۲- رد پیشنهاد فروش سهم شریک توسط شفیع دلالت بر اسقاط ضمنی حق شفعه ندارد مگر اینکه قرائن و اوضاع و احوال خلاف آن دلالت داشته باشد بنابراین اگر علی و جعفر در زمینی شریک باشند و جعفر پیشنهاد خرید سهم خود را به علی بدهد و او قبول نکند و جعفر سهم خود را به دیگری بفروشد باز هم برای علی حق شفعه ایجاد می‌شود.

۵- حق شفعه قابل تبعیض نیست

ماده ۸۱۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «حق شفعه را نمی‌توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود؛ صامب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید» برای مثال، علی و رضا به صورت برابر در یک زمین دو هزار متری شریک می‌باشند. رضا تمام سهم خود را به محمد می‌فروشد در اینجا علی در صورتی

می‌تواند اخذ به شفعه کند که تمام سهم فروخته شده شریک (یعنی تمام هزار متر) را تملک کند و اگر به هر دلیلی بخواهد حق را نسبت به بخشی از سهم فروخته شده اعمال کند، اخذ به شفعه ممکن نیست.

۶- فوریت حق شفعه

در این باره ماده ۸۲۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «حق شفعه فوری است».

نکته ۱- منظور از فوریت در این ماده فوریت عرفی است و تاخیری سبب سقوط حق شفعه می‌شود که در نظر عرف اهمال و تقصیر باشد.

نکته ۲- مهلت عرفی که برای اجرای حق شفعه در نظر گرفته شده است از تاریخ آگاه شدن شریک از وقوع بیع است بنابراین اگر شریک دیگر (فروشنده) سالیان متمادی انتقال حصه خود را پنهان کند هر زمان شریک از وقوع معامله آگاه شود می‌تواند حق شفعه را اعمال کند حتی اگر چندین سال هم گذشته باشد (چون از بی‌خبر و جاهل کسی انتظار اجرای تکلیف ندارد).

نکته ۳- اگر شفیع از وقوع معامله شریک دیگر آگاه باشد ولی مقدار ثمن به نحوی به او اطلاع داده شود که وی بر اساس شرایط اعلامی از بابت مقدار ثمن از اخذ به شفعه صرف نظر نماید اما بعد از مدتی آگاه شود که ثمن و مبلغ آن و کیفیت پرداخت آن به نحوی بوده که او امکان حق به شفعه را در زمان بیع داشته این اشتباه سبب سقوط حق شفعه نیست و او می‌تواند اعمال حق شفعه کند مثل اینکه فکر می‌کرده معامله شریک با ثمنی چون طلا بوده که تهیه کردن آن برای او دشوار است و بعداً معلوم شود که این طور نبوده است

نکته ۴- آگاهی از وجود حق شفعه و فوریت اجرای آن شرط آغاز مهلت عرفی است بنابراین چنانچه تأخیر از روی عذر باشد مانند جهل به وجود حق شفعه، بلایای طبیعی مثل سیل و زلزله، جنگ، بیماری و یا در زندان بودن شفیع به گونه‌ای که قادر به اعمال آن نباشد حق شفعه ساقط نمی‌شود.

⑥ در جهل شفیع به حق شفعه و یا فوریت آن مسئولیت اثبات اطلاع یا جهل بر عهده کیست؟ عده‌ای از حقوقدانان معتقدند جهل به وجود حق شفعه و جهل به فوریت حق شفعه از طرف شفیع بدون ارائه دلیل پذیرفته می‌شود و در صورتی که خریدار مال مشاع

مدعی خلاف آن می‌باشد باید علم شفیع را اثبات کند (مرحوم دکتر امامی) اما در مقابل عده‌ای دیگر از حقوقدانان معتقدند که هر چند اصل عدم آگاهی از وجود حق شفعه و فوری بودن آن است ولی مدعی جهل به قانون باید آن را اثبات کند (مرحوم دکتر کاتوزیان). زیرا اماره آگاهی به قانون بر اصل عدم علم وارد می‌باشد.

۷- اخذ به شفعه ایقاعی تبعی، لازم و معوض است

اخذ به شفعه ایقاع است زیرا جهت تحقق آن فقط اراده و قصد شفیع لازم بوده و رضای خریدار و فروشنده سهم مشاعی در آن شرط نیست همچنین اخذ به شفعه ایقاعی معوض می‌باشد چون شفیع فقط در ازای پرداخت ثمن قراردادی به مشتری، می‌تواند سهم فروخته شده را تملک کند و نیز، اخذ به شفعه ایقاع تبعی است یعنی ایجاد آن منوط به درستی بیع و انتقال مالکیت سهم شریک به خریدار است

فصل دوم: شرایط ایجاد حق شفعه

ماده ۸۰۸ قانون مدنی در تعریف حق شفعه چنین بیان می‌کند: «هر گاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک مصه فود را به قصد بیع به شفص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده به او بدهد و مصه مبیعه را تملک کند این حق را حق شفعه و صامب آن را شفیع می‌گویند» بنابراین برای تحقق حق شفعه وجود شرایط زیر ضروری است:

۱- غیرمنقول بودن مال

مال غیرمنقول چهار نوع است که حق شفعه فقط در دو نوع آن وجود دارد: در غیرمنقول ذاتی (مثل زمین) و غیرمنقول به واسطه عمل انسان البته در غیرمنقول به واسطه عمل انسان زمانی حق شفعه به وجود می‌آید که بنا و درخت با زمین فروخته شود ماده ۸۰۹ قانون مدنی بیان می‌دارد: «هرگاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود» بنابراین اگر دو نفر فقط در ساختمان و درخت شریک باشند و زمین متعلق به آنان نباشد یعنی تنها اعیانی مشاع باشد (و نه عرصه) حق شفعه ایجاد نمی‌شود مثلاً اگر ناصر و حسین در زمین وقفی که اجاره نموده‌اند ساختمانی را به شراکت احداث نمایند و ناصر سهم خود

را از ساختمان به شخص ثالثی بفروشد برای حسین نسبت به سهم (حصه) ای که فروخته شده حق شفعه ایجاد نمی‌شود زیرا ناصر و حسین در زمینی که ساختمان را در آن احداث نموده‌اند مالکیت مشاع نداشته‌اند.

نکته- اموال غیرمنقول حکمی، ذاتا منقول هستند و طبق ماده ۱۷ قانون مدنی فقط از جهت توقیف و صلاحیت دادگاه در حکم مال غیرمنقول محسوب شده‌اند بنابراین شریک مال غیرمنقول حکمی حق شفعه تحصیل نمی‌کند.

۲- مشاع بودن مال غیر منقول

یکی از شرایط ایجاد حق شفعه این است که مال مورد شفعه مشاع باشد و این شراکت نیز در عرصه (زمین) وجود داشته باشد نه در اعیان (مانند بنای احداث شده در زمین یا درخت کاشته شده در آن) لذا اگر دو نفر فقط در اعیان (ساختمان و درخت) شریک باشند و عرصه (زمین) متعلق به آنان نباشد حق شفعه ایجاد نمی‌شود برای مثال اگر علی و حسین در زمین وقفی ساختمانی را به شراکت احداث نمایند و علی سهم خود را از ساختمان به شخص ثالثی بفروشد برای حسین نسبت به سهمی که فروخته شده حق شفعه ایجاد نمی‌شود زیرا علی و حسین در زمینی که ساختمان را در آن احداث نموده‌اند مالکیت مشاع نداشته‌اند اما قانون‌گذار در این زمینه یک استثناء قائل شده و بدون اینکه اشاعه در مالکیت مال غیرمنقول وجود داشته باشد قائل به وجود حق شفعه شده است و آن اینکه در صورتی که دو ملک مفروز در ممر و مجرا مشترک باشند و مالک یکی از آن دو ملک سهم خود را با ممر و مجرا بفروشد دیگری حق شفعه دارد چنانچه قانون مدنی در ماده ۸۱۰ مقرر می‌دارد: «اگر ملک دو نفر در ممر یا مجری مشترک باشد و یکی از آن‌ها ملک خود را با ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه دارد اگرچه در خود ملک مشاعاً شریک نباشند ولی اگر ملک را بدون ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه ندارد» فلذا قانون‌گذار در این ماده با اینکه دو طرف در زمین با هم شریک نیستند فقط به دلیل وجود راه عبور یا مجرای مشترک، به هر یک از دو مالک مجاور حق داده است اگر مالک دیگر، ملک خود را فروخت بتواند با اخذ به شفعه ملک اختصاصی فروخته شده مالک دیگر را تملک کند برای مثال در کوچه‌ای بن بست دو ملک وجود دارد اگر یکی از دو ملک با حق عبور از کوچه مشترک فروخته شود مالک ملک دیگر با

اینکه در ملک با فروشنده شریک نیست اما به دلیل شراکت در ممر و راه عبور حق شفعه دارد. نکته ۱- نمی‌توان حکم ماده ۸۱۰ قانون مدنی را در مورد ایجاد حق شفعه، به دیوار مشترک یا چاه آب مشترک یا سقف مشترک تسری داد زیرا حکم ماده ۸۱۰ استثنایی بوده و اختصاص به ممر (راه عبور) و مجری (راه عبور آب) دارد و نمی‌توان به یاری قیاس آن را به دیوار مشترک یا چاه آب تسری داد و یا صرف اشتراک سقف بین دو ملک را موجب حق شفعه دانست بنابراین هرگاه چاه آبی میان دو مزرعه خصوصی هم جوار مشترک باشد به نحوی که آب هر دو مزرعه از آن چاه تامین گردد با فروش یکی از مالکین به انضمام سهام چاه حق شفعه برای دیگری به وجود نمی‌آید.

نکته ۲- مالکیت مشاع در منفعت برای شریک حق شفعه ایجاد نمی‌کند بنابراین در صورتی که یکی از دو مالک منافع کسبی ملک تجاری حقوق قانونی خود را به غیر انتقال دهد در صورت حصول سایر شرایط امکان اخذ به شفعه وجود ندارد.

☑ حق شفعه در طبقات آپارتمان

وضع مالکیت مالکین متعدد در خانه‌های آپارتمانی از چند صورت خارج نیست:

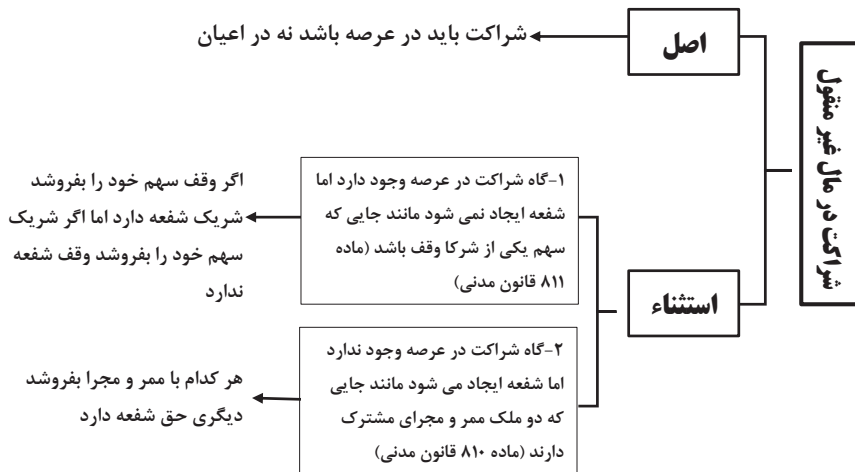
الف- در صورتی که عرصه ساختمان و طبقات آن مجموعاً بین مالکین به نحو مشاع مشترک و مالکین نیز بیش از دو نفر باشند در این حالت چنانچه یکی از شرکا اقدام به فروش سهام خود کند بی‌تردید حق شفعه برای سایرین به وجود نمی‌آید هر چند که در ممر و مجری مشترک باشند زیرا تعداد شرکا بیش از دو نفر از موانع شفعه می‌باشد.

ب- در صورتی که عرصه ساختمان و طبقات آن مجموعاً بین مالکین به نحو مشاع مشترک و تعداد مالکین بیش از دو نفر نباشند در این صورت با فروش سهام یکی از مالکین برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد می‌گردد.

ج- طبقات ساختمان مفروضاً متعلق به دو مالک است ولی در عرصه ساختمان به نحو مشاع مشترک هستند در این صورت با فروش حصه یکی از دو شریک، برای دیگری حق شفعه وجود دارد.

چ- طبقات ساختمان مفروضاً متعلق به دو مالک است اما مالکیت عرصه بین دو نفر مشترک نباشد حق شفعه نخواهد بود.

ح- طبقات ساختمان مفروزاً متعلق به دو ملک ولی زمین بین آن‌ها مشترک نباشد اما راه عبور و یا تاسیسات لوله‌کشی بین دو مالک مشترک باشد در این صورت چنانچه یکی از دو مالک مبادرت به فروش سهم خویش نماید مالک دیگر به موجب ماده ۸۱۰ حق شفعه خواهد داشت.



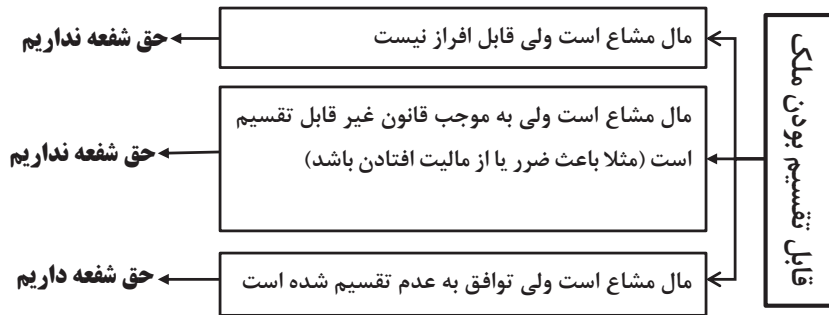
۳- قابل تقسیم بودن مال غیر منقول^۱

یکی دیگر از شروط تحقق حق شفعه قابل تقسیم بودن مال مورد شفعه است که قانون مدنی نیز در ماده ۸۰۸ آن را پذیرفته است و مقصود از قابل تقسیم بودن مال مشاع این است که مال طوری باشد که با تقسیم آن ضرر فاحشی متوجه شرکاء نشده و مال بعد از تقسیم نیز قابل استفاده باشد بنابراین چنانچه مال غیر منقول قابل تقسیم به اجزای مساوی با ارزش و قیمت برابر باشد حق شفعه پدید می‌آید (یعنی اینکه ملک قابل افراز باشد) بنابراین اگر ملک، غیر قابل افراز تشخیص گردد حق شفعه ایجاد نمی‌شود.

۱- اگرچه برخی نویسندگان بیان نموده‌اند که حق شفعه می‌بایست در مال غیر قابل تقسیم ایجاد می‌گردید و نه در مال قابل تقسیم زیرا اولاً در حال حاضر تقسیم ملک و اخذ سند مفروزی موجب افزایش قیمت ملک می‌شود ثانیاً تقسیم ملک دیگر ضرر ناشی از شراکت با شریک ناخواسته از بین می‌رود اما عده دیگری گفته‌اند: شاید وجود این شرط به این دلیل باشد که ملک قابل تقسیم، تقسیم نشود و با اعمال حق شفعه کل ملک تکه تکه نشده و از ارزش آن کاسته نگردد و با اخذ به شفعه ملک شراکتی به استقلال برسد.

نکته ۱- ملکی که جریان ثبتی آن خاتمه یافته مرجع تشخیص قابل افراز بودن یا نبودن اداره ثبت محل وقوع ملک بوده در غیر این صورت دادگاه می‌باشد (جریان ثبتی خاتمه نیافته باشد).

نکته ۲- التزام شرکای مال غیرمنقول به عدم تقسیم و افراز آن موجب غیرقابل تقسیم شدن مال غیرمنقول نمی‌شود به عبارت دیگر اگر مال غیر منقول طبیعتاً قابل افراز باشد ولی شرکاء به صورت الزام آوری متعهد به عدم تقسیم مال شده باشند (ماده ۵۸۹ قانون مدنی) تعهد به عدم تقسیم مانع ثابت شدن حق شفعه نیست.



۴- شرکاء دو نفر باشند

به موجب ماده ۸۰۸ قانون مدنی در صورتی حق شفعه وجود دارد که تعداد شرکا دو نفر باشد بنابراین اگر زمینی بین سه نفر یا بیشتر مشترک باشد و یکی از آن‌ها سهم خود را بفروشد برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد نمی‌شود البته این محدودیت در زمان انعقاد بیع ضروری است (نه قبل از بیع و نه بعد از آن) حتی اگر خود بیع موجب افزایش تعداد شرکا به بیش از دو شریک شود باز هم حق شفعه ثابت است برای مثال اگر علی و رضا در زمینی شریک باشند و رضا سهم خود را به محمد بفروشد چنانچه قبل از اخذ به شفعه علی بمیرد و سه نفر ورثه داشته باشد حق شفعه ساقط نمی‌شود زیرا در زمان ایجاد حق شفعه، زمین دو شریک داشته است بر این اساس با اینکه در زمان اجرای اخذ به شفعه، سه نفر شریک وجود دارد اما وراثت شریک متوفی می‌توانند اخذ به شفعه نمایند چون ملاک در محدود بودن شرکاء به دو نفر در زمان ایجاد حق شفعه است همچنین است اگر چهار نفر شریک باشند و

دو نفر سهم خود را به یکی صلح کنند و شرکا دو نفر بشوند حال یکی سهم خود را بفروشد حق شفعه ایجاد می‌شود.

نکته ۱- اگر یکی از دو شریک سهم خود را در عقد واحد به چند نفر بفروشد شریک دیگر حق شفعه دارد زیرا هر چند با تعداد خریداران تعداد شرکا از دو نفر بیشتر است ولی در زمان عقد شرکا بیش از دو نفر نبودند.

نکته ۲- اگر بین دو شریک، یک شریک بخشی از سهم خود را بفروشد شفیع باید فوراً اخذ به شفعه انجام دهد تا مال از حالت دو شریکی خارج نشود و الا بعداً اگر دوباره شریک بقیه سهمش را بفروشد به علت وجود بیش از دو شریک حق شفعه ایجاد نمی‌شود.

﴿ اگر هر دو شریک یا یکی از آنها شخص حقوقی باشد آیا حق شفعه وجود دارد؟ عده‌ای از اساتید حقوق با توجه به استثنایی بودن حق شفعه برای اشخاص حقوقی چنین حقی را قائل نیستند (دکتر امامی و دکتر محقق داماد)^۱ اما برخی دیگر از حقوقدان معتقدند که تفاوتی بین شخص حقیقی و شخص حقوقی وجود ندارد بنابراین اگر مالکان مال غیرمنقول دو شرکت تجارتي باشند که هر یک ۱۰ شریک دارند چون مالکیت مشاع به شخص حقوقی شرکت‌های تجارتي تعلق دارد و نه شرکای آنها، شرط محدود بودن تعداد شرکای مال مشاع به دو شریک محقق است (مرحوم دکتر کاتوزیان).

۵- انتقال سهم مشترک به وسیله بیع باشد

فقط زمانی که یکی از دو شریک سهم خود را بفروشد (بیع کند)^۲ برای شریک دیگر، حق

۱- دکتر محقق داماد می‌فرماید: مالکیت اشخاص حقوقی چون به گونه‌ای است که قدرت بر معامله در مورد آن وجود دارد با موقوفات متفاوت می‌باشد ولی از جهت تعدد مالکین با موقوفات چندان تفاوتی ندارد البته لازم به تذکر است که شخصیت حقوقی بر دو نوع است یک دسته نظیر شرکت‌هایی که به ثبت می‌رسد و سهامداران مشخصی دارد در اینگونه موارد از آنجا که در واقع صاحبان سهام مالکین حقیقی هستند (هر چند که اختیار نقل و انتقال را برابر اساسنامه ب شخص یا اشخاص دیگر داده باشند) لذا می‌توان گفت که بالاترید به علت تعدد و تکرار از مورد شفعه خارج است ولی در مواردی که سهامداران مشخصی ندارد مانند املاک و اموالی که به نام دولت و یا موسساتی مثل دانشگاه تهران، مجلس شورا و مانند آن ثبت می‌شود، موضوع مانند حالت اول چندان روشن نیست و به نظر می‌رسد که در حالت دوم مطلب همان است که در بحث موقوفات گفته شد و هر نظری که در مورد وقف اتخاذ گردد عیناً در این دسته از شخصیت‌های حقوقی نیز جاری است و تفاوتی احساس نمی‌شود.

۲- دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی معتقدند بیع در صدر اسلام معنای وسیعی داشته که بیع کنونی تنها شعبه‌ای از آن بوده و بعدها در مفهوم آن دگرگونی ایجاد شده مثلاً مالکیه اجاره را هم نوعی بیع دانسته‌اند بنابراین بیع مورد

شفعه به وجود می‌آید لذا اگر یکی از شرکا سهم خود را با هر معامله دیگری غیر از بیع به دیگری منتقل کند حق شفعه ایجاد نمی‌شود اعم از آنکه سهم خود را هبه یا صلح یا معاوضه یا وصیت کند یا آنکه آن را مهریه زن خود قرار دهد بنابراین حق شفعه از احکام اختصاصی بیع است. نکته ۱- اگر سهم مشاعی به عنوان ثمن یک معامله دیگر قرار داده شود حق شفعه ایجاد نمی‌شود مثلاً علی و رضا در یک باغ شریک هستند و رضا اقدام به خرید یک تراکتور می‌نماید و به عنوان ثمن آن تراکتور، سه دانگ باغ را قرار می‌دهد در اینجا علی حق شفعه ندارد چون سهم مشاعی مبیع قرار نگرفته است.

نکته ۲- در موردی که شریک ملک مشاع، قولنامه‌ای برای فروش سهم خود از ملک تنظیم کند چون قولنامه عقدی عهدی است و فقط وعده فروش می‌باشد و اعمال حق شفعه فرع بر وقوع بیع (انتقال مالکیت) است لذا شریک دیگر حق شفعه ندارد.

۱) حق شفعه در بیع فاسد چگونه است؟

بیع فاسد اثری در تملک ندارد یعنی زمانی که عقد بیع به هر دلیلی باطل است (مثلاً به جهت محجور بودن یکی از طرفین یا معلوم و معین نبودن مورد معامله) عقد هیچ‌گونه اثری ندارد یعنی مالکیت مبیع به مشتری منتقل نمی‌گردد و چون تملیکی واقع نمی‌شود و ضرری برای شریک دیگر بابت تحمل شریک ناخوانده ایجاد نمی‌کند حق شفعه به وجود نمی‌آید در این باره ماده ۸۱۳ ق. م. مقرر می‌دارد: «در بیع فاسد حق شفعه نیست» برای مثال شش دانگ زمینی بین الف و ب به صورت مشاع می‌باشد، ب مجنون است و ی راساً به موجب مبیعه‌نامه‌ای حصه خود را می‌فروشد چون این بیع باطل می‌باشد و در عمل، انتقال حق مالکیت به خریدار صورت نمی‌گیرد حق شفعه نیز ایجاد نمی‌شود.

۱) حق شفعه در بیع خیاری چگونه است؟

همانطور که در مواد ۳۶۳ و ۳۵۹ قانون مدنی آمده است در بیع خیاری و بیعی که خیار فسخ در آن پیش‌بینی شده است انتقال حق مالکیت از تاریخ انعقاد بیع صورت می‌گیرد (نه از زمان انقضای خیار) بنابراین، در این نوع بیع چون تملیک صورت می‌گیرد حق شفعه نیز

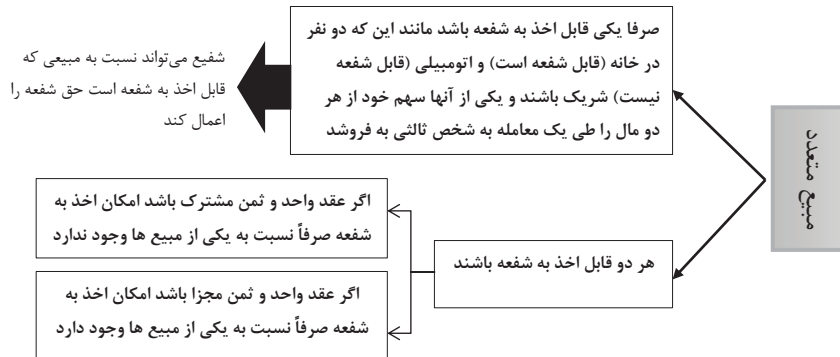
نظر شفعه هرگونه عقد معاوضی است (الفارق جلد ۳ صفحه ۱۷۱) البته این دیدگاه با توجه به نص قانون مدنی مورد پذیرش نیست چون قانون‌گذار در مقام بیان بوده است.

برای شفعه به وجود می‌آید در این باره ماده ۸۱۴ قانون مدنی بیان می‌دارد: «**خیاری بودن بیع مانع از افض به شفعه نیست**».

نکته ۱- درست است که خیاری بودن بیع مانع اخذ به شفعه نیست ولی باید به یک نکته اساسی توجه شود و آن اینکه بر اساس ماده ۳۴ قانون ثبت معاملات با حق استرداد اثر تملیکی ندارند و جزء معاملات وثیقه‌ای هستند که از مصادیق معاملات با حق استرداد بیع شرط است. بیع شرط به عقد بیعی گفته می‌شود که در آن خیار شرط به سود فروشنده وارد ثمن درج شده است در نتیجه اگر یکی از شرکای مال غیرمنقول قابل تقسیم سهم مشاع خود را با بیع شرط به شخص ثالثی بفروشد عقد بیع سبب انتقال مالکیت سهم مشاع به خریدار نمی‌شود و خریدار فقط حق وثیقه نسبت به سهم این شریک تحصیل خواهد کرد، با لحاظ مقررات قانون ثبت اگر بیع خیاری از نوع بیع شرط نسبت به سهم مشاع یکی از دو شریک مال غیرمنقول قابل تقسیم منعقد گردد شریک دیگر حق شفعه ندارد.

نکته ۲- در موردی که شریک ملک مشاع، قولنامه‌ای برای فروش سهم خود از ملک تنظیم کند (عقد عهدی مبنی بر تعهد به فروش) تا زمانی که اقدام به بیع نشده است شریک دیگر حق شفعه ندارد.

نکته ۳- عبارت "قصد بیع" در ماده ۸۰۸ قانون مدنی نشان می‌دهد آنچه که سبب ایجاد حق شفعه می‌شود قصد حقیقی طرفین به انعقاد بیع است نه اسم و عنوانی که برای عقد انتخاب می‌شود بنابراین اگر قصد واقعی طرفین بر بیع باشد ولی آنان برای جلوگیری از پیدایش حق شفعه نام و عنوان عقد را مثلاً صلح یا معاوضه انتخاب کنند در صورت اثبات قصد مزبور (که بسیار کار دشواری می‌باشد) شریک دیگر حق شفعه دارد. اما اگر برای فرار از مقررات شفعه معامله خود را حقیقتاً به صورت صلح منعقد نماید در اینجا حق شفعه ایجاد نمی‌گردد.



۶- شریک تمام سهم خود را انتقال بدهد

طبق ظاهر قانون هر گاه یکی از دو شریک قسمتی از حصه خود را به شخص ثالثی بفروشد شریک دیگر حق شفعه نخواهد داشت زیرا در ماده ۸۰۸ قانون مدنی آمده است: «... یکی از دو شریک حصه خود را به عقد بیع به شخص ثالثی منتقل کند...» کلمه حصه ظهور در تمام حصه دارد در نتیجه اگر قسمتی از حصه مورد بیع قرار گیرد حق شفعه وجود نخواهد داشت اما برخی حقوقدانان انتقال قسمتی از حصه را مانع حق شفعه نمی دانند (مرحوم دکتر کاتوزیان) و در این مورد شریک باید به نسبت حصه مبیعه فوراً اخذ به شفعه نماید و الا اگر حق شفعه او به دلایلی ساقط گردد برای فروش بقیه سهام چون تعداد شرکا بیش از دو نفر شده است حق شفعه وجود ندارد.

۷- سهم مشترک مبیع قرار بگیرد

از ماده ۸۰۸ قانون مدنی می فهمیم که در تحقق حق شفعه صرف انتقال سهم مشاع به وسیله بیع کافی نیست بلکه برای ایجاد حق شفعه باید یکی از شرکا سهم مشاع خود را با عنوان مبیع از طریق عقد بیع منتقل کند بنابراین اگر سهم مشاع یکی از شرکا با عنوان ثمن موضوع بیع قرار بگیرد و انتقال پیدا کند حق شفعه برای شریک دیگر ایجاد نخواهد شد مثلاً اگر علی و محمد در زمینی با هم شریک باشند و سپس محمد اتومبیلی از شخص ثالثی بخرد و ثمن آن را سهم مشاعی خود از زمین قرار دهد در این صورت برای علی حق شفعه ایجاد نمی شود چون سهم مشاع مبیع قرار نگرفته و ثمن قرار گرفته است.

نکته- در فرضی که شریک، دو مال مشترک قابل اخذ به شفعه را با هم بفروشد اگر آنچه واقع شده دو بیع در کنار هم باشد یعنی ضمن یک مبیعه‌نامه، طرفین دو بیع جداگانه را قصد کرده باشند و برای هریک، ثمن جداگانه تعیین نموده باشند شفیع می‌تواند نسبت به یکی از دو ملک اخذ به شفعه نماید اما اگر ضمن یک عقد بیع دو ملک با یک ثمن فروخته شود امکان تبعیض وجود ندارد و اخذ به شفعه باید نسبت به هر دو ملک انجام گردد.

۸- پرداخت ثمن از سوی شفیع به خریدار

بنابراین شفیع باید در هنگام استفاده از این حق قدرت بر تأدیه ثمن داشته باشد تا موجب ضرر مشتری نشود و در غیر این صورت اگر حق شفعه به شریک معسر داده شود موجب ضرر مشتری می‌شود (در قانون مدنی ماده ای که صراحت در شرط قدرت تأدیه ثمن در حق اخذ به شفعه داشته باشد وجود ندارد ولی با توجه به ذیل ماده ۸۰۸ که می‌گوید: «...شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند» و همچنین فوری بودن این امر که در ماده ۸۲۱ قانون مدنی به آن تصریح شده است محقق می‌گردد که هرگاه شریک نتواند ثمن را بپردازد و یا اهمال و ماطله در تأدیه آن نماید حق اخذ به شفعه او ساقط می‌گردد).
نکته ۱- تملک حصه مبیعه توسط شفیع منوط به پرداخت ثمن می‌باشد و در اخذ به شفعه حق حبس وجود ندارد که شفیع پرداخت ثمن را موکول به تسلیم مبیع نماید.

نکته ۲- ثمنی که شفیع پرداخت می‌کند همان ثمن قراردادی است (اصل) مگر اینکه خریدار حصه مشاعی به عنوان ثمن، پول نداده باشد (مثلاً اگر ثمن عین معین بوده است) که در این حالت شفیع باید بهاء آن را برای اخذ به شفعه بپردازد. بنابراین اگر مشتری به عنوان ثمن، تراکتوری را به بایع داده باشد شفیع باید قیمت تراکتور را پرداخت کند.

نکته ۳- در مورد فوق‌الذکر شفیع باید قیمت زمان اخذ به شفعه را بدهد نه زمان بیع را چون در تاریخ اخذ به شفعه مبادله ثمن و حصه فروخته شده صورت می‌گیرد.

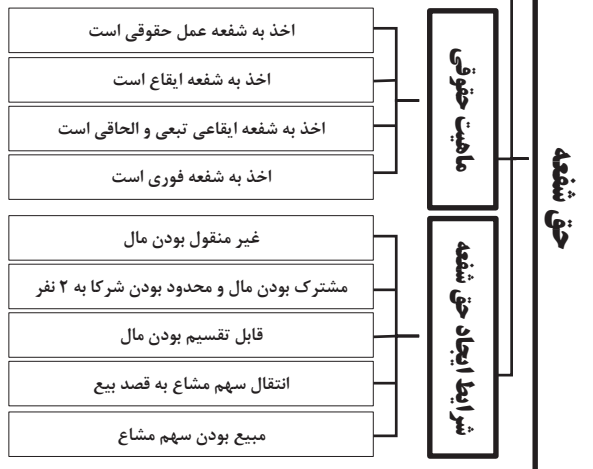
نکته ۴- اگر شفیع برای اخذ به شفعه پول متعلق به غیر را بدون اذن مالک، از باب اخذ به شفعه به مشتری بدهد اخذ به شفعه غیرنافذ خواهد بود و اگر مالک پول، اقدام شفیع را تنفیذ کند اخذ به شفعه صحیح خواهد بود و اگر رد کند اخذ به شفعه باطل می‌گردد و به علت انقضای فوریت امکان اخذ به شفعه مجدد نیز وجود ندارد.

۹- لزوم مالکیت شفیع قبل از بیع و استمرار آن تا هنگام اخذ به شفعه

شرط دیگر اعمال حق شفعه، همان طور که از ماده ۸۰۸ قانون مدنی به وضوح استنباط می‌شود، این است که هنگام انجام بیع شریک، مالکیت شفیع (شریک دیگر) باید محقق باشد تا حق شفعه برای او به وجود آید و در غیر این صورت مثلاً چنانچه پس از انجام معامله شریک، شفیع مالک گردد برای وی حق شفعه نیست یا شفיעی که هنگام بیع مالک بوده و قبل از اخذ به شفعه مبادرت به فروش حصه خود کند حق شفعه ندارد زیرا دیگر مالک نمی‌باشد.

نکته- شفיעی که بعد از بیع چه با علم به حق شفعه چه با جهل به آن اقدام به انتقال سهم خود به غیر می‌نماید دیگر حق شفعه ندارد زیرا دیگر مالک نمی‌باشد و از طرفی خریدار شفیع هم چون علم به وجود شریک جدید داشته حق شفعه ندارد. اما خریدار سهم از شفیع چنانچه خریدار سهم شریک (خریدار اولی) مبادرت به فروش مجدد سهم خود نماید حق شفعه در این معامله پیدا می‌نماید.

حق شفعه حقی است که به یکی از دو شریک ملک قابل تقسیم داده می‌شود تا بتواند در برابر پرداخت قیمتی که خریدار حصه شریک سابق به او داده است آن را تملک کند



فصل سوم: شفیع و شرایط اخذ به شفعه

● اهلیت شفیع

هر چند با تحقق بیع و انتقال سهم فروخته شده برای شفیع حق شفعه ایجاد می‌شود و ایجاد این حق نیاز به وجود اهلیت ندارد اما در موقع اجرای حق و اخذ به شفعه و پرداخت ثمن تأدیه شده از سوی مشتری و تملک حصه مبیعه، شفیع باید دارای اهلیت قانونی برای استیفای حقوق خود باشد و در غیر این صورت چنانچه شفیع صغیر یا سفیه یا مجنون و فاقد اهلیت باشد نمی‌تواند مستقیماً به استیفای حق شفعه خود اقدام کند و لذا در اینگونه موارد علی‌القاعده ولی قهری یا دیگر نمایندگان قانونی باید به نمایندگی از او و با رعایت غبطه‌اش حق او را اعمال کنند.

نکته ۱- هرگاه ولی یا وصی از روی مسامحه و سهل‌انگاری و یا عدم توجه، به نفع محجور اخذ به شفعه نکند، محجور می‌تواند پس از رسیدن به کمال شخصا اقدام کند هر چند این امر پس از سال‌ها اتفاق بیفتد و این تأخیر موجب سقوط حق شفعه نمی‌گردد؛ زیرا از مصادیق تأخیر با عذر موجه است و همانگونه که قبلاً گفته شد، چنین تأخیری موجب سقوط حق شفعه نیست و عذر محجورین موجه و حق آنان محفوظ خواهد ماند و آنان پس از رسیدن به کمال می‌توانند شخصا اخذ به شفعه کنند حتی در صورتی که ولی در جایی که اخذ به شفعه به صلاح محجور بوده بر خلاف منافع صغیر رسماً از اخذ به شفعه اعلام انصراف کرده باشد باز هم محجور پس از آن که واجد شرایط شود می‌تواند اخذ به شفعه کند.

۱) در حالتی که ولی با صلاحیت خودش اخذ به شفعه را به صلاح محجور نداند و اقدام نکند آیا محجور پس از رسیدن به کمال حق اخذ به شفعه خواهد داشت یا خیر؟ پاسخ قطعاً منفی است و تنها در صورتی که اخذ به شفعه به مصلحت و غبطه محجورین بوده و ولی آن را ترک کرده باشد، آنان می‌توانند پس از رسیدن به کمال آن را مطالبه کنند چون اولاً قانون، اجازه تصرف در اموال محجور را به ولی و وصی داده یعنی آنان را قائم‌مقام قانونی محجور دانسته و تشخیص غبطه مصلحت و مفسده را نیز بر عهده آن‌ها نهاده است بنابراین قانون‌گذار تصمیم ولی را به جای مولی علیه قانونی و معتبر شناخته ثانیاً اگر حق شفعه برای محجورین باقی باشد، مستلزم ضرر برای مشتری است در حالی که به موجب قاعده لاضرر و علت جعل شفعه، مجوزی برای بقای حق و توجه ضرر به مشتری

وجود ندارد بنابراین نمی‌توان گفت که خریدار باید تا رفع حجر معطل بماند و انتظار بکشد زیرا این امر موجب ضرر او است.

نکته ۲- هرگاه مالی بین ولی و مولی علیه مشترک باشد و ولی سهم مولی علیه را به شخص ثالثی بفروشد آیا خود می‌تواند به نفع خویش اخذ به شفعه کند یا خیر؟ (محل اختلاف است)^۱ اما هرگاه مالی بین ولی و مولی علیه مشترک باشد و ولی سهم خودش را به شخص ثالثی بفروشد در صورت وجود صرفه و غبطه محجور، ولی می‌تواند به نفع او اخذ به شفعه کند.

نکته ۳- هرگاه مالی بین دو صغیر مشترک باشد و ولی آن‌ها یک نفر باشد، چنانچه سهم یکی از آنان را بفروشد می‌تواند به نفع دیگری اخذ به شفعه کند زیرا چه بسا فروش به نفع یکی باشد و اخذ به شفعه به مصلحت دیگری

● وجود قصد و رضا

تمام موارد و ارکان که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی برای صحت عقود و معاملات در نظر گرفته شده است برای ایقاعات نیز جاری است یکی از این شرایط وجود قصد و رضا است و لذا اگر شفیع (ایقاع کننده) قصد انشا نداشته باشد باید آن را باطل و بلا اثر دانست مثل اینکه ایقاع (اخذ به شفعه) به صورت شوخی یا در حالت خواب و مستی و بیهوشی واقع گردد به علت آنکه شخص (شفیع) قصد انجام آن عمل (اخذ به شفعه) را ندارد ایقاعی محقق نمی‌شود. نکته- قانون مدنی راجع به وضعیت حقوقی ایقاعات فضولی و اکراهی حکمی را بیان نکرده است و اساتید حقوق نیز در این باره اختلاف نظر دارند برخی ایقاعات فضولی و اکراهی را همواره باطل می‌دانند^۲ و برخی دیگر ایقاعات فضولی و اکراهی را همانند عقود

۱- در این مسأله بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد برخی معتقد است که ولی می‌تواند به نفع خودش اخذ به شفعه کند اعم از این که پدر باشد یا جد و یا وصی اما عده ای دیگر میان حالتی که ولی، پدر یا جد باشد و ولی وصی، تفصیل قائل شده‌اند به این ترتیب که اگر ولی، پدر یا جد باشد، اخذ به شفعه را بلا مانع می‌دانند اما اگر وصی باشد اعتقاد به سقوط حق شفعه دارند و در توجیه این نظر گفته‌اند که چون وصی بیگانه است، در مظان اتهام قرار دارد، بر خلاف پدر و جد که در مورد ایشان این اتهام وارد نیست.

۲- دکتر مهدی شهیدی در کتاب سقوط تعهدات معتقدند که حکم عدم نفوذ به علت فقدان رضا حکمی استثنایی است که قانون برای عقود مقرر کرده و نمی‌توان آن را به ایقاعات سرایت داد.

که فضولی یا اکراهی هستند از حیث وضعیت حقوقی غیر نافذ دانسته‌اند^۱ مگر در مواردی که قانون صراحتاً بر بطلان آن‌ها حکم کرده یا با توجه به ویژگی‌های ایقاع مورد نظر حکم عدم نفوذ نسبت به آن قابل اعمال نباشد اما به طور کلی باید گفت که ایقاعاتی که باید به طور فوری انشاء شوند مانند اخذ به شفعه، فسخ نکاح، خیار عیب و... در صورت فضولی یا اکراهی بودن باطل محسوب می‌گردند.

● مسلمان بودن شفیع

یکی از شرایط اعمال حق شفعه که در برخی کتب فقهی آمده ولی در قانون مدنی ذکر نشده است مسلمان بودن شفیع است لذا مشهور فقیهان امامیه معتقدند چنانچه مشتری مسلمان باشد و شفیع غیرمسلمان برای او حق شفعه نیست ولی اگر شفیع و مشتری هر دو غیرمسلمان باشند و یا شفیع مسلمان و مشتری کافر باشد حق شفعه وجود دارد فقیهان معاصر نیز رأی به عدم ایجاد حق شفعه برای کافر در برابر مسلمان داده‌اند^۲ و عمل دادگاه‌ها به دلیل سکوت قانون مدنی نیز باید به همین منوال باشد. بنابراین چنانچه شفیع و بایع هر دو کافر باشند و مشتری مسلمان، حق شفعه وجود ندارد ولی اگر بایع و مشتری کافر و شفیع مسلمان باشد حق شفعه ثابت است. (و مستند اصلی آن نیز قاعده فقهی نفی سبیل است.)

فصل چهارم: آثار اخذ به شفعه و رابطه حقوقی شفیع و مشتری

● تاثیر اعمال حق شفعه در معاملات مشتری

بسیار اتفاق می‌افتد که پس از وقوع بیع، نسبت به حصه مشترک مال غیرمنقول، شفیع تا مدتی از آن بی‌اطلاع است و در این فاصله حصه مبیعه موضوع معاملات متعدد دیگر قرار می‌گیرد سؤال این است که در این وضعیت، پس از اطلاع شفیع و اعمال اخذ به شفعه از ناحیه او، معاملات متعددی که قبل از اخذ به شفعه به طور صحیح در مورد حصه مبیعه

۱- مرحوم دکتر کاتوزیان

۲- تحریر الوسیله ج ۲، ص ۵۵۷؛ وسیله النجاه ج ۲، ص ۴۲ و منهاج الصالحین ج ۲، ص ۸۲

واقع شده از نظر حقوقی چه وضعیتی پیدا می‌کند؟^۱ قانون مدنی در ماده ۸۱۶ به صورت کلی مقرر داشته «اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد باطل می‌نماید» معاملاتی که مشتری در مورد حصه مبیعه ممکن است انجام بدهد بر دو نوع است:

الف- معاملاتی که شفعه در آن‌ها جریان دارد مثل بیع

ب- معاملاتی که شفعه در آن‌ها جریان ندارد مثل وقف، هبه، صلح و...

نکته ۱- ماده فوق به این معنی نیست که لزوماً معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه باید ابطال شود بلکه معاملات انجام شده به عنوان اقدام فضولی مشتری محسوب می‌شود و حکم معاملات فضولی را خواهد داشت بنابراین چنانچه شفیع معامله انجام شده توسط مشتری را تنفیذ کند آن معامله نافذ و معتبر است ولی اگر شفیع معامله را تنفیذ نکند آن معامله فاقد اثر حقوقی خواهد بود.

نکته ۲- آنچه در ماده مذکور بیان شده است مربوط به معاملات مشتری در فاصله زمانی انعقاد عقد بیع تا اخذ به شفعه بود و بدیهی است چنانچه پس از اخذ به شفعه توسط شفیع و مطالبه حصه مبیعه توسط وی، مشتری قبل از تسلیم آن اقدام به معامله ای نسبت به مورد شفعه کند تصرف در حقوق شفیع یا معامله به مال غیر محسوب می‌شود و اصولاً چون رضای شفیع را نخواهد داشت باطل است و جز با تنفیذ شفیع قابل اجرا نیست.

الف- معاملاتی که شفعه در آن‌ها جریان دارد: (توسط مشتری)

اگر معاملات انجام شده بر روی حصه مبیعه، همگی بیع باشد ولو آنکه معاملات متعددی صورت گرفته باشد، شفیع همانند آنچه در تعاقب ایادی جاری است به هر کدام از خریداران که مایل است می‌تواند مراجعه کند مثلاً اگر سه معامله انجام شده باشد شفیع می‌تواند به هر کدام از سه خریدار رجوع و اخذ به شفعه کند و همان مبلغی را که مشتری به فروشنده داده بپردازد لذا اگر شفیع به خریدار اول مراجعه کند و او مثلاً ۱,۰۰۰ تومان به عنوان ثمن پرداخته باشد شفیع با پرداخت همان مبلغ، حصه مبیعه را تملک می‌کند حال اگر مشتری

۱- جهت مطالعه بیشتر رجوع نمایید به مقاله تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه نوشته آقایان سید مصطفی محقق داماد- سید محمد مهدی قبولی درافشان- علی ساعتچی، آموزه‌های فقه مدنی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱۱ بهار- تابستان ۱۳۹۴

دوم با پرداخت ۲,۰۰۰ و سومی با پرداخت ۳,۰۰۰ تومان معامله کرده باشند به ترتیب سومی برای اخذ ثمن پرداختی به دومی و دومی به اولی مراجعه می‌کند ولی اگر شفیع به دومی مراجعه کند معامله اول را تنفیذ و معامله بعدی را ابطال کرده است در این مورد شفیع با پرداخت دو هزار تومان (ثمنی که مشتری دوم پرداخته) حصه مبیعه را اخذ به شفعه می‌کند و خریدار بعدی هم به فروشنده دوم مراجعه و پولش را دریافت می‌کند و اگر شفیع مستقیماً به آخرین مشتری مراجعه کند به این معنا است که دو معامله قبلی را تنفیذ و معامله سوم را باطل کرده و لذا مبلغ پرداختی آخرین مشتری را تأدیه می‌کند و حصه مبیعه را پس می‌گیرد.

ب- معاملات که شفعه در آن‌ها جریان ندارد: (توسط مشتری)

اگر معاملات انجام شده توسط خریدار از نوع معاملاتی که شفعه در آن‌ها جریان ندارد باشد شفیع با اعمال حق شفعه نسبت به معامله اول عملاً معامله بعدی را منحل می‌کند مثل اینکه اگر مشتری سهم مشاع خریداری شده را برای اخذ تسهیلات بانکی در رهن بانک قرار داده با اعمال حق شفعه رهن سهم مزبور منحل می‌شود و مال آزاد می‌گردد و حتی اگر خریدار سهم خود را وقف هم کرده باشد بعد از اخذ به شفعه وقف منحل می‌شود.

● اثر اقاله بر اخذ به شفعه

اقاله بیع^۱ توسط بایع و مشتری بعد از اخذ به شفعه در حق شفیع اثری ندارد زیرا مال به ملکیت شفیع در آمده است (و گویی مال تلف حکمی شده است لذا مشتری باید به بایع بدل بدهد) اما هرگاه بعد از انجام بیع و قبل از اخذ به شفعه، مشتری و بایع معامله را اقاله کنند در اینکه اقاله حق شفعه را از شفیع ساقط می‌کند یا خیر محل اختلاف است برخی معتقدند که چون مبنای حق شفعه ضرر است و اقاله سبب می‌شود که این ضرر منتفی شود فلذا حق شفعه زائل می‌گردد اما نظر مشهور بر این است که اقاله، حق شفعه شفیع را ساقط نمی‌کند زیرا اقاله ناظر به آینده است و به حق شفعه که قبل از اقاله و هم زمان با بیع ایجاد شده

۱- چنانچه طرفین پس از انجام معامله قصد بر هم زدن آن را داشته باشند و با توافق معامله را بر هم زنند، در اصطلاح به این عمل اقاله یا تفاسخ می‌گویند ماده ۲۸۳ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌دارد «بعد از معامله طرفین می‌توانند به تراضی (رضایت دو طرفه) آن را اقاله یا تفاسخ کنند» فرض کنید شخصی مغازه خود را به دیگری بفروشد ولی پس از چند روز مذاکره با خریدار و جلب رضایت او، هر دو توافق کنند که معامله را بر هم بزنند. به این توافق برای برهم زدن معامله که به صورت دو طرفه است اقاله یا تفاسخ می‌گویند

خللی وارد نمی‌کند.

نکته- به نظر دکتر کاتوزیان مؤثر نشدن اقاله به معنی عدم قابلیت استناد (نه بطلان) در برابر شفیع است زیرا در رابطه با بیع و مشتری اقاله نافذ است اما این اقاله در برابر شفیع قابل استناد نیست و او می‌تواند با پرداخت ثمن قراردادی، مبیع را از خریدار تملک نماید.

● **خيارات و اخذ به شفعه**

هرگاه قبل از اخذ به شفعه، بیع با یکی از خيارات فسخ شود دو حالت قابل تصور است
۱- هرگاه بیع با خياری فسخ شود که این خيار همزمان با عقد ایجاد شده باشد (مانند خيار مجلس، تدلیس، غبن، تخلف از شرط صفت، خيار شرط متصل) حق شفعه هم از بین می‌رود زیرا این خيار مقدم بر حق شفعه است

۲- هرگاه بیع با خياری فسخ شود که این خيار بعد از عقد ایجاد شده باشد (مانند خيار تاخیر ثمن، خيار تخلف از شرط فعل، خيار شرط منفصل از عقد) حق شفعه از بین نمی‌رود چون حق شفعه همزمان با عقد به وجود می‌آید و در اینجا خيار بعد از عقد به وجود آمده است پس فسخ با خيار بعد از عقد در مقابل شفیع قابل استناد نیست و حق شفعه به قوت خود باقی می‌ماند.

● **ضمان عیب و تلف مورد شفعه**

ماده ۸۱۸ قانون مدنی: «مشتری نسبت به عیب و فرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه، در ید او حادث شده باشد ضامن نیست و همچنین است بعد از اخذ به شفعه و مطالبه در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد».

۱- **عیب و خرابی و تلف در ید مشتری قبل از اخذ به شفعه حادث شده باشد**

هرگاه قبل از اخذ به شفعه در حالی که مبیع در ید مشتری است در آن خرابی یا تلفی حاصل شود مشتری ضامن نیست اعم از آنکه به سبب قهری باشد یا با تقصیر مشتری صورت بگیرد زیرا مشتری مالک می‌باشد در این حالت شفیع دو راه بیشتر ندارد یا می‌تواند از اخذ به شفعه منصرف شود و یا آنکه به همان وضع موجود با پرداخت تمامی ثمن اخذ به شفعه نماید (و در این صورت نمی‌تواند مدعی ارش گردد) چون در حالت فوق مبیع به ملکیت مشتری انتقال یافته و لذا هرگونه تصرفات برای وی مجاز بوده است و معیوب یا تلف شدن مبیع در ید مشتری مثل این است که

در ید فروشنده چنین شده باشد (ممکن است این ایراد گرفته شود که هر چند مشتری در ملک خویش تصرف کرده، لیکن حصه مبیعه مورد تعلق حق شفیع بوده است و لذا مشتری در ملکی تصرف نموده که متعلق به حق دیگری بوده و از این جهت ضامن است این نظر مخدوش است زیرا قبل از مطالبه و مواخذة شفیع حقی که از ناحیه شفعه بر مال تعلق گرفته صرفاً حق مواخذة و مطالبه است نه حق ملکیت و چنین حقی مانع تصرفات مشتری در مال مورد شفعه نمی‌گردد). نکته - در صورتی که عقد بیع قابل تجزیه باشد و یکی از اجزاء موضوع تلف شود اعمال شفعه نسبت به آنچه باقی مانده ممکن است.

۲- عیب و خرابی و تلف در ید مشتری بعد از اخذ به شفعه حادث شده باشد

هرگاه عیب و خرابی و تلف بعد از اخذ به شفعه ایجاد گردد دو حالت متصور است:

الف- شفیع علاوه بر اخذ به شفعه، تسلیم حصه را نیز مطالبه نموده باشد و مشتری تعللی در تسلیم نکرده است.

هرگاه شفیع اخذ به شفعه و مطالبه تسلیم حصه مبیعه را نموده و مشتری هم عازم بر تسلیم بوده و هیچ‌گونه تعللی در تسلیم نکرده باشد در این حالت اگر مبیع معیوب یا خراب و یا تلف شود در حالی که مشتری تعدی یا تفریط در آن نکرده باشد (مثلاً به سبب قهری چنین اتفاقی افتاده باشد) مشتری ضامن نخواهد بود و الا در صورت تعدی و تفریط مشتری ضامن است.

ب- شفیع علاوه بر اخذ، تسلیم حصه را نیز مطالبه نموده باشد ولی خریدار تسلیم نکرده باشد

اگر مشتری بعد از اخذ و مطالبه شفیع، از تسلیم حصه مبیعه خودداری کند غاصب است و لذا موجب ضمان خواهد بود (حکم این صورت را قانون مدنی با مفهوم مخالف ذیل ماده ۸۱۸ می‌رساند).

۳- تلف، نقص و عیب مبیع توسط مشتری بعد از اخذ به شفعه و قبل از مطالبه حصه توسط شفیع

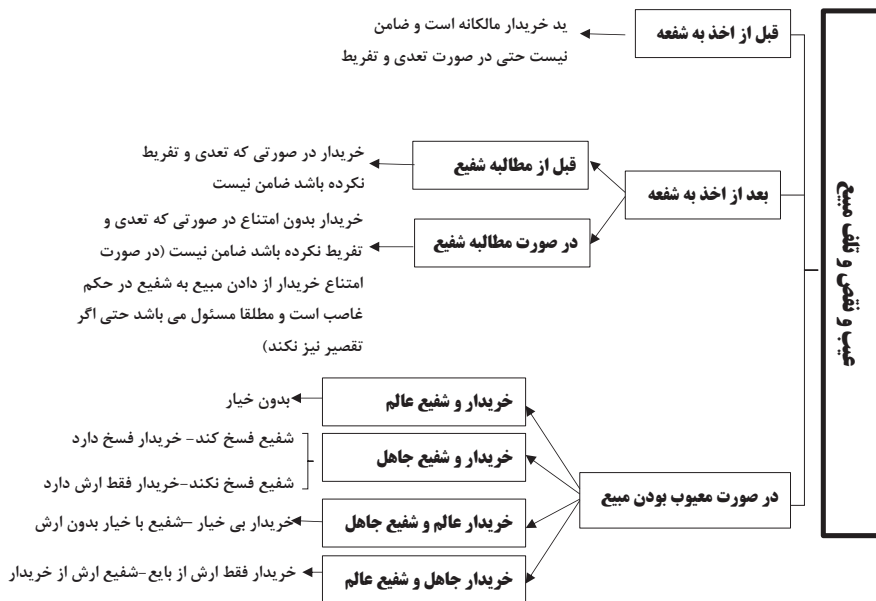
قانون مدنی محور ضمان مشتری را بعد از اخذ به شفعه و مطالبه قرار داده و حکم آن را در دو صورت (با تعدی و تفریط و بدون آن) بیان داشته است حال این مسئله مطرح می‌گردد

که بعد از اخذ به شفعه و قبل از مطالبه ضمان مشتری به چه صورتی است؟ چون با اخذ به شفعه ید مالکانه مشتری تبدیل به ید امانی می‌گردد لذا چنانچه تلف بدون تعدی و تفریط حاصل شده باشد مشتری ضامن نخواهد بود و چنانچه با تعدی و تفریط حاصل شده باشد مشتری ضامن است است (برخی معتقدند که باتوجه به ماده ۸۱۸ تنها پس از اخذ و مطالبه آن هم در صورت تعدی و تفریط مشتری ضامن است یعنی بدون اجتماع هر سه عنصر (اخذ، مطالبه، تعدی و تفریط) به هیچ وجه مشتری ضامن نخواهد بود بنابراین بعد از اخذ به شفعه و قبل از مطالبه نیز همانند قبل از اخذ به شفعه مشتری ضامنی نخواهد داشت هر چند که تعدی و تفریط هم کرده باشد).

نکته- فرض قابل تصور دیگر در ارتباط با عیب مبیع که در ماده ۸۱۸ قانون مدنی ذکر نشده است این است که در زمان بیع مبیع معیوب باشد و بعد از اخذ به شفعه عیب آن معلوم شود که در این صورت باید صورتهای مختلف را از هم تفکیک کرد:

- ۱- اگر شفیع و خریدار هر دو از عیب موجود آگاه باشند هیچ کدام خیار عیب ندارند.
- ۲- اگر خریدار آگاه به عیب باشد یا خیار عیب را ساقط کند و شفیع به عیب جاهل باشد خریدار خیار عیب ندارد و نمی‌تواند بیع را فسخ یا از فروشنده ارش مطالبه کند ولی شفیع می‌تواند اخذ به شفعه را فسخ کند (اگر شفیع به اسقاط خیار عیب توسط خریدار در زمان اخذ به شفعه آگاه باشد نمی‌تواند اخذ به شفعه را فسخ کند).
- ۳- اگر شفیع از عیب آگاه و خریدار به آن جاهل باشد شفیع نمی‌تواند اخذ به شفعه را فسخ کند ولی خریدار خیار عیب دارد ولی چون با اخذ به شفعه مالکیت مبیع به شفیع انتقال پیدا می‌کند خریدار نمی‌تواند به استناد خیار عیب فسخ کند و حق او به مطالبه ارش محدود است (خریدار از فروشنده ارش بگیرد باید آن را به شفیع تأدیه کند طبق ماده ۸۲۰ قانون مدنی هر وقت معلوم شود که مبیع حین‌البیع معیوب بوده و مشتری ارش گرفته است شفیع در موقع اخذ به شفعه مقدار ارش را از ثمن کسر می‌گذارد. در این ماده تفاوتی بین علم و جهل شفیع نسبت به وجود عیب قائل نشده است)
- ۴- اگر خریدار و شفیع هر دو به وجود عیب جاهل باشند هر دو خیار عیب دارند منتهی از حیث نحوه اعمال خیار توسط خریدار و شفیع باید چهار صورت را از هم تفکیک کرد: اول- خریدار و شفیع هر دو فسخ را اختیار کنند در این حالت مالکیت مبیع به خریدار برمی‌گردد

و او بیع را فسخ می‌کند سپس ثمن را به شفیع برگردانده و فروشنده هم ثمن را به خریدار تأدیه می‌کند دوم- خریدار و شفیع هر دو مطالبه ارش را اختیار کنند سوم- شفیع اخذ به شفعه رجوع کند و خریدار مطالبه ارش را انتخاب کند چهارم- شفیع ارش مطالبه کند و خریدار بخواهد بیع را فسخ کند در این حالت فسخ بیع از جانب خریدار ممکن نیست چون مالکیت به دیگری انتقال یافته است و ناچار طبق ماده ۴۲۹ قانون مدنی باید ارش مطالبه کند و حق فسخ ندارد.



● ضمان درک مبیع در اخذ به شفعه

اگر مبیع مستحق‌الغیر درآید بیع و اخذ به شفعه هر دو غیر نافذ هستند چنانچه بیع توسط مالک تنفیذ شود اخذ به شفعه نافذ می‌شود و اگر مالک بیع را رد کند بیع و به تبع آن اخذ به شفعه باطل می‌شود و شفیع بابت ثمن باید به مشتری رجوع نماید قانون مدنی در ماده ۸۱۷ مقرر داشته: «در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند مشتری (منظور خریدار سهم فضولی است) ضامن درک است نه بایع (منظور بایع فضولی است) لکن اگر در

موقع افذ به شفعه مورد شفعه هنوز به تصرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع به مشتری نخواهد داشت».

نکته ۱- مشتری می‌تواند برای دریافت ثمن خود به بایع فضولی مراجعه کند و در صورت جهل به وجود فساد، غرامات وارده را نیز مطالبه نمایند (موضوع ماده ۳۹۱ قانون مدنی) مضافاً در حق رجوع مشتری به بایع فضولی نسبت به مستحق‌الغیر درآمدن مبیع پرداخت ثمن به شفیع شرط نیست بنابراین هرچند هنوز مشتری ثمن پرداختی شفیع را برنگردانده باشد اما حق دارد با رجوع به بایع نسبت به استرداد ثمن و مطالبه خسارت اقدام کند.

نکته ۲- گرچه قسمت دوم ماده ۸۱۷ قانون مدنی ظاهراً بر این حکم دلالت دارد که اگر مبیع به مشتری تسلیم نشده باشد ضامن درک مبیع نیست ولی نباید به این ظاهر اعتماد کرد و منظور قسمت دوم ماده ۸۱۷ قانون مدنی در مقام بیان حکم موضوعی، متفاوت از چیزی است که به موجب بند نخستین ماده مورد حکم قرار گرفته است چون بخش نخستین ماده فوق‌ناظر به ضمان درک است در حالی که در قسمت دوم قانون گذار به تعهد تسلیم مبیع نظر دارد نه ضمان درک. بر اساس حکم بخش دوم ماده اگر مبیع هنوز به خریدار (مشتری) تسلیم نشده باشد و اخذ به شفعه صورت بگیرد شفیع نمی‌تواند تسلیم مبیع را از خریدار بخواهد چون خریدار چیزی در تصرف ندارد لذا شفیع باید تسلیم مبیع را از فروشنده (شریک دیگر) بخواهد.

نکته ۳- اگر شفیع پس از پرداخت ثمن به خریدار (مشتری) به فروشنده (شریک دیگر) مراجعه کند و عین را از او تحویل بگیرد ضمان درک حصه مبیعه بر عهده مشتری است به عبارت دیگر ضمان درک به هر حال به عهده مشتری است خواه حصه را قبض کرده باشد و شفیع از وی تحویل بگیرد و خواه قبض نکرده و شفیع پس از پرداخت ثمن به وی، حصه را از بایع تحویل گرفته باشد.

● مالکیت نمائات مورد شفعه

در این باره ماده ۸۱۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «نمائاتی که قبل از افذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می‌تواند بنایی که کرده یا درختی که کاشته را قلع کند»

ماده فوق مشتمل بر سه موضوع است.

- نمائاتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری است.

منظور از نمائات منفصل تولیدات و عواید ملک است مانند میوه درختان، سکنای خانه و... که به موجب قسمت اینگونه تولیدات قبل از اخذ به شفعه مال مشتری است و دلیل آن هم روشن است زیرا تا قبل از اخذ به شفعه، مال در ملک مشتری است و لذا نمائات حاصله هم مال اوست و لذا مثلاً شفیع نمی‌تواند مدتی را که مشتری قبل از اخذ به شفعه در منزل مشاعی سکونت داشته است محاسبه نموده و از این بابت وجهی از مشتری مطالبه نماید.

نکته ۱- منفصل به این معنی نیست که حتماً نما قبلاً جدا و منفک شده باشد بلکه امکان انفصال کافی است و لذا میوه جات تولید شده هم هرچند که به درخت باقی و هنوز آن را نچیده باشند مال مشتری می‌باشد.

نکته ۲- در موردی که تردید در متصل یا منفصل بودن نماند است اصل بر منفصل بودن و عدم انتقال آن به شفیع و بقاء در ملک خریدار است.

- نمائاتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که متصل باشد مال شفیع است.

نماء متصل (مانند نمو درختان در باغ مشاعی یا مثل اینکه مشتری در زمین مورد شفعه اقدام به حفر چاه آب کرده باشد) متعلق به شفیع خواهد بود یعنی هرگاه سهم مشاعی از باغی فروخته شود و پس از چندی که درختان آن بزرگ شده شفیع از معامله آگاه و مبادرت به اخذ به شفعه نماید در این صورت باغ به همان وضعیت موجود به ملکیت شفیع در می‌آید.

نکته- عدم تعلق نمائات به مشتری به این معنی نیست که اقدامات و هزینه‌های وی در مال مورد شفعه نادیده گرفته شود بلکه وی می‌تواند در مورد نمائات متصله با شفیع به توافق برسد و هزینه‌های خود را وصول کند ولی به هر حال در صورت جهل مشتری بر وجود حق شفعه وی می‌تواند برای مطالبه غرامات وارده به فروشنده مراجعه نماید.

- هرگاه مشتری قبل از اعمال حق شفعه توسط شفیع مبادرت به احداث بنا و یا غرس درخت نموده باشد پس از اخذ به شفعه این حق برای او وجود دارد که بنا یا درخت را قلع کند

نکته ۱- اگر خریدار بنا یا درختی در مبیع ایجاد نموده باشد مجبور نیست با وجود درخواست شفیع بنا و درخت را در مبیع باقی بگذارد و شفیع نیز نمی‌تواند خریدار را به فروش بنا و درخت الزام نماید یا مانع قلع آن‌ها گردد. در صورتی که توافق گردد بنا یا درخت باقی بماند و شفیع از مال خریدار استفاده‌ای ببرد باید عوض آن را بدهد.

نکته ۲- ذکر قلع بنا یا درخت علی‌القاعده به عنوان مثال در ماده ۸۱۹ قانون مدنی آمده است و الا نمائات متصله منحصر به این دو مورد نیست مثل اینکه مشتری اقدام به حفر چاه یا ساختن استخر ذخیره آب و یا شیب‌بندی زمین و عملیات دیگری کند که قابل جداسازی از ملک نباشد.

نکته ۳- باید توجه داشت که اینگونه اضافات، با نمائات متصله که توابع عرفی مبیع است و مورد تعلق شفعه قرار می‌گیرد تفاوت دارد زیرا در آنگونه موارد حصه مبیعه نمو کرده است ولی در اینجا حصه مبیعه همان زمین است و بنا و درخت جزئی هستند که توسط مشتری به حصه مبیعه افزوده شده‌اند و واضح است که شفعه تنها به حصه مبیعه تعلق می‌یابد.

نکته ۴- در اینکه هرگاه در اثر قلع بنا و یا امثال آن‌ها خرابی و نقصی در حصه مبیعه ایجاد گردد آیا مشتری مکلف به ترمیم و جبران آن می‌باشد یا خیر محل اختلاف فقها است.

فصل پنجم: زوال حق شفعه

● تلف کامل مبیع

تلف مبیع به طور کلی قبل از اخذ به شفعه موجب سقوط آن است زیرا شفعه برای بازگرداندن سهم فروخته شده شریک است تا از ضررهای ناشی از شرکت راحت شود و با تلف مورد شفعه عملاً شرکت منحل شده و دیگر ضرری بر آن یا تقسیم آن مترتب نخواهد بود به علاوه که اخذ به شفعه برای بازگرداندن مورد شفعه از ملک مشتری به ملک شفیع است و در صورت تلف، موضوعی برای حق و مالکیت و بازگرداندن وجود ندارد.

نکته ۱- اگر بخشی از مبیع به تلف سماوی تلف شود و بخشی دیگر باقی بماند حق شفعه ساقط نمی‌شود و شفیع می‌تواند نسبت به باقیمانده از مورد شفعه، با تمام مثل‌الثلث اخذ به شفعه نماید؛ یعنی تلف بعضی از مورد شفعه سبب نمی‌شود که شفیع به همان نسبت

از ثمن کسر کند، بلکه یا باید با تمام مثل الثمن اخذ به شفعه نماید و یا از آن صرف نظر کند. نکته ۲- همان گونه که تلف مبیع قبل از قبض موجب انفساخ بیع می شود تلف ثمن عین معین قبل از قبض نیز موجب انفساخ و بطلان بیع خواهد بود و وقتی که اصل معامله منفسخ گردید قهراً حق شفعه‌ای هم که متفرع بر این بیع بوده است منتفی خواهد شد.

● اسقاط حق شفعه توسط شفیع

حق شفعه حقی مالی و عینی است لذا همچون سایر حقوق مالی قابل اسقاط می باشد بر این اساس، شفیع بعد از ایجاد حق شفعه می تواند از اجرای حق خود انصراف دهد در این باره ماده ۸۲۲ ق. م. مقرر می دارد: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر پیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود» این اسقاط ممکن است با لفظ صورت گیرد و شفیع انصراف خود را شفاهی اعلام کند (مانند آنکه شفیع پس از بیع به مشتری بگوید اخذ به شفعه نمی کنم) یا به واسطه فعل شفیع باشد به گونه ای که عمل او منصرف به اسقاط این حق باشد (مانند اینکه شفیع پس از اطلاع بر بیع شریک خود سه‌م‌ش را به دیگری انتقال دهد که با این انتقال، حق اخذ به شفعه اش خود به خود ساقط می شود) نکته ۱- با استناد به نظر دکترین و رویه مقرر در نظم کنونی رد پیشنهاد فروش، تبریک به خریدار، تشویق به معامله قبولی در وکالت در بیع از سوی شفیع، چه از جانب فروشنده چه از جانب خریدار وکیل شود، رویت سند فروش شریک، ضامن درک شدن (ضمان عهده) به معنای اسقاط ضمنی حق شفعه نیست مگر اینکه قرائن و اوضاع و احوال خلاف آن دلالت داشته باشد چرا که احتمال دارد این اقدامات زمینه سازی برای ایجاد حق شفعه باشد بنابراین اگر الف و ب در زمینی شریک باشند و ب پیشنهاد خرید سهم خود را به الف بدهد و او نپذیرد و ب حصه خود را به دیگری بفروشد برای الف حق شفعه ایجاد می شود و یا اگر یکی از دو شریک، حصه خود را بفروشد و در مبیعه نامه شرط خیار کند و صاحب حق خیار را شریک دیگر خود قرار دهد در صورتی که شریک در مدت خیار شرط معامله را فسخ نماید این امر موجب اسقاط حق شفعه نمی شود.

نکته ۲- در امکان اسقاط حق شفعه بعد از ایجاد آن شک و تردیدی نیست ولی در خصوص اسقاط حق شفعه قبل از بیع و ایجاد حق شفعه میان علمای حقوق اختلاف نظر وجود دارد

برخی گفته‌اند حق را قبل از به دست آوردن آن نمی‌توان اسقاط کرد و سقوط حقی که هنوز وجود خارجی پیدا نکرده است نامعقول به نظر می‌رسد و این مسئله اسقاط مالم یجب است (مرحوم دکتر امامی) اما برخی دیگر معتقدند اسقاط حق شفعه قبل از بیع سهم شریک هم ممکن است زیرا زمینه و مقتضای ایجاد حق شفعه را زائل می‌کند (مرحوم دکتر کاتوزیان)

● تاخیر در استفاده از حق شفعه و انقضاء فوریت آن

طبق ماده ۸۲۱ ق.م: «افذ به شفعه فوری است» در این صورت اگر شفیع پس از علم به معامله و علم به آنچه که برای اخذ به شفعه لازم است و داشتن قدرت بر آن، اهمال نماید حق مزبور ساقط می‌شود و دیگر نمی‌تواند سهم مشترک را تملک نماید.

نکته- در صورتی که شفیع جاهل به اصل حق شفعه یا جاهل به فوریت آن بوده و یا قدرت بر اخذ به شفعه نداشته است مثل اینکه در بازداشتگاه به سر می‌برده و به او اجازه خروج یا مکاتبه و یا گرفتن وکیل را نمی‌دادند در این صورت‌ها عذرش موجه بوده و اهمال صادق نیست لذا حق شفعه او نیز ساقط نمی‌شود.

● پرداخت ثمن متعلق به غیر (چه با علم چه با جهل)

اگر پس از فروش سهم مشاع از ناحیه شریک و تسلیم ثمن از ناحیه مشتری، معلوم شود که ثمن متعلق به مشتری نبوده بلکه ملک دیگری بوده است و صاحب ثمن معامله را امضا نکرده و رد کند در این صورت، عقد بیع باطل و قهراً حق شفعه شفیع نیز باطل خواهد شد. مثلاً اگر شفیع در زمان اخذ به شفعه، پول متعلق به غیر را که نزد او امانت استبدون اذن مالک از باب اخذ به شفعه به مشتری بپردازد.

● انفساخ بیع موجب سقوط حق شفعه است.

اگر اصل عقد بیع منفسخ گردد (بعضی از فقها حکم کرده‌اند انفساخ قهری غیر از فسخ و به هم زدن معامله به‌خاطر عیب در ثمن و یا مثن و یا به‌خاطر اقاله است) در اینجا حق شفعه شفیع با انفساخ معامله ساقط می‌شود زیرا اصل معامله به هم خورده و مبیع از ملکیت مشتری قهراً خارج شده و به ملکیت بایع در آمده است و دیگر دلیلی ندارد که شفیع با اعمال حق شفعه مال را به ملکیت مشتری برگرداند و از ملک مشتری به تملک خود در آورد.

● مصالحه شفیع با مشتری نسبت به حق شفعه موجب سقوط آن است.

چون حق شفعه از جمله حقوق مالی است مصالحه نسبت به آن صحیح است بنابراین، اگر شفیع در مقابل اخذ وجهی و یا حتی بدون عوض حق شفعه خود را با مشتری مصالحه کند حق شفعه ساقط می‌شود و همچنین اگر با مشتری مصالحه کند که از حق شفعه خود استفاده نکند و یا تعهد نماید که آن را بعدا اسقاط نماید (البته اگر شفیع با اینکه تعهد به اسقاط کرده از تعهد خود تخلف کند و اخذ به شفعه نماید اخذ به شفعه او صحیح خواهد بود اما باید خسارت عهد شکنی را بدهد).

فصل ششم: دعوای اخذ به شفعه و رویه قضایی

● صلاحیت محاکم در رسیدگی به دعوای اخذ به شفعه

خواهان باید بداند کدام مرجع قضایی صلاحیت رسیدگی به دعوای اعمال حق شفعه دارد تا دعوای خود را به آن مرجع تقدیم نماید برای شناسایی مرجع قضایی صالح ابتدا باید به بررسی موضوع صلاحیت پردازیم.

- صلاحیت ذاتی

مطابق ماده ۱۰ قانون آیین دادرسی مدنی رسیدگی به دعوای اخذ شفعه نیز همانند سایر دعوای حقوقی در صلاحیت محاکم عمومی است مگر اینکه مقنن خود مرجع اختصاصی برای رسیدگی به این دعوای تعیین کرده باشد و لذا خواهان باید دعوای خود را در یکی از محاکم عمومی حقوقی دادگستری طرح نماید.

- صلاحیت محلی

در این خصوص با توجه به مواد ۱۱ و ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول صالح به رسیدگی است چرا که مطابق ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی به دعوای مربوط به مال غیرمنقول در جایی که مال غیرمنقول در حوزه آن واقع است رسیدگی می‌شود اگرچه خوانده در آن حوزه مقیم نباشد.

● نحوه طرح دعوی اعمال حق شفعه

– مالی یا غیرمالی بودن دعوا

دعوی اعمال حق شفعه یک دعوی مالی محسوب می‌شود البته چون موضوع دعوا مربوط به مال غیرمنقول مشاعی است هزینه‌های دادرسی آن مطابق ارزش منطقه‌ای ملک محاسبه و پرداخت خواهد شد.

انواع دعوی از حیث مالی یا غیر مالی بودن		
اصناف	تعریف	اقسام دعوا
مصادیق		
الزام به تنظیم سند رسمی، مهریه، مطالبه خسارت، اخذ به شفعه و...	اثر مستقیم مالی دارد و هدف مستقیم از اقامه آن دستیابی به مال است	دعوی مالی
اثبات نکاح، طلاق، نسب، اصلاح شناسنامه، ورشکستگی و...	اثر مستقیم مالی ندارد اعم از آنکه اساساً اثر مالی نداشته باشد یا آنکه اثر مالی آن غیرمستقیم باشد	دعوی غیرمالی ذاتی
دعوی افزایش یا فروش مال مشاع، دعوی سه‌گانه تصرف و...	اثر مستقیم مالی دارد و ذاتاً مالی است اما قانون‌گذار بنا به مصالحی آن را غیرمالی فرض کرده است	دعوی غیرمالی اعتباری

– خواننده و خواهان

شفیع باید دعوی اخذ به شفعه را به طرفیت شریک و خریدار با هم اقامه نماید اگر شفیع یکی از آن‌ها را خواننده دعوا قرار دهد دادگاه مبادرت به صدور قرار عدم استماع دعوا می‌نماید.

– خواسته دعوا

خواسته دعوا عبارت است از تقاضای صدور حکم مبنی بر وقوع اخذ به شفعه با پرداخت ثمن معامله

– مستندات دعوا

مستندات دعوی اخذ به شفعه را می‌توان در ادله مالکیت شفیع، اشاعه در سهم فروخته شده، سند بیع، دلیل اخذ به شفعه و ارجاع تاریخ بیع به دادگاه خلاصه کرد از پیوست‌های مهم دیگر دادخواست باید از دلیل پرداخت یا ایداع ثمن نام برد (مطابق رویه قضایی حاضر شفیع ثمن را به صندوق دادگاه می‌سپارد و قبض ایداع را همراه با اظهارنامه رسمی مربوط به اخذ شفعه برای ابلاغ به خریدار می‌فرستد) بنابراین به طور کلی مستندات رایج شفیع در اعمال حق شفعه در رویه قضایی فعلی به شرح ذیل است:

- ۱- سند مالکیت که دلیل مالکیت بر حصه باقی مانده است.
 - ۲- اثبات شراکت با بایع با سند مالکیت و معاینه محلی
 - ۳- اثبات وقوع بیع و انتقال حصه مشاع با استناد به سند بیع حصه شریک
 - ۴- اثبات ادله موجود حق شفعه
 - ۵- اثبات وقوع بیع، تاریخ وقوع و تاریخ اخذ
 - ۶- ارائه مدارک اخذ به شفعه
 - ۷- ادله پرداخت ثمن به خریدار که از طریق تأدیه به صندوق دادگستری اثبات می‌شود.
- نکته- در دعوی اعمال اخذ به شفعه اگر خواهان گواهی اداره ثبت اسناد و املاک محل (تصمیم واحد ثبتی) دائر بر قابل تقسیم و افراز بودن ملک موضوع خواسته را ارائه و ابراز نکرده باشد دعوی وی قابل استماع نیست.

– طریقه تقدیم دعوا

مطابق ماده ۴۸ قانون آیین دادرسی مدنی رسیدگی به دعوی اخذ شفعه مستلزم تقدیم دادخواست است و باید تمامی تشریفات مندرج در قانون آیین دادرسی مدنی در مورد این دعوا رعایت شود.

نکته- رأی دادگاه در دعوی اخذ به شفعه اعلامی می‌باشد نه تاسیسی یعنی اثر آن از روز اعلام اخذ به شفعه از طرف شفیع می‌باشد نه از تاریخ صدور حکم دادگاه

