

The Impact of the Dissolution of a Sale Contract on the Right of Preemption

Hossein Kaviar ^{1*} / Mehdi Ashouri ²

1: Associate Professor, Department of Law, Arak University, Arak, Iran. (Corresponding Author) h-kaviar@araku.ac.ir
2: Assistant Professor, Department of Law, Arak University, Arak, Iran.

Abstract: Preemption (*Shuf'a*) is an institution that serves both as a means of acquiring property and as a mechanism for preventing harm. Among the key issues in the discussion of the right of preemption is its relationship with the dissolution of a sale contract or with the substitution of obligations. Questions arise in this regard: If the sale between a co-owner and a buyer is dissolved as a result of rescission (*faskh*), mutual cancellation (*iqālah*), or automatic termination (*infisākh*), does the right of preemption still apply? If the sold property is returned to the seller through substitution of obligations—whether by altering the subject matter—or through “ownership of what is owed” (*mā fi al-dhimmah*), can the preemptor still exercise this right? Is it possible to combine dissolution of the sale with the exercise of preemption? If not, what is the criterion for prioritizing one over the other?

An examination of the conflict between preemption and the dissolution of a sale reveals the complexity and diversity of jurisprudential and legal opinions in this field. The findings indicate that the priority or the possibility of combining these two rights depends on the specific circumstances of each case and the balance between the rights of the parties to the transaction and the preemptor. In cases of conflict between dissolution and preemption, one may be preferred over the other, or in some situations, both may coexist. The criterion for such preference or coexistence lies in reconciling the rights of the three parties involved—the seller, the buyer, and the preemptor. This reconciliation may require, in certain cases, prioritizing preemption, in others prioritizing dissolution, and in yet others, allowing both preemption and dissolution to operate simultaneously.

Keywords: Right the preemption, rescission by option, rescission, termination, ownership of what is owed, conversion of obligation.

تأثیر انحلال بیع بر حق شفعه

حسین کاویار^۱ / مهدی عاشوری^۲

۱: دانشیار حقوق خصوصی، دانشگاه اراک، اراک، ایران (نویسنده مسئول) h-kaviar@araku.ac.ir

۲: استادیار حقوق خصوصی، دانشگاه اراک، اراک، ایران.

چکیده: اخذ به شفعه نهادی است که هم از اسباب تملک به شمار می‌رود و هم وسیله‌ای است برای دفع ضرر. از جمله مسائل مهم در بحث حق شفعه، رابطه آن با انحلال بیع یا با تبدیل تعهد است. در این باره، مسائلی مطرح می‌شود: اگر بیع بین شریک و خریدار، به سبب فسخ و اقاله و انفساخ منحل شود، آیا حق شفعه جریان دارد یا خیر؟ اگر مبیع از طریق تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع یا از طریق مالکیت مافی‌الذمه به بایع برگردد، آیا شفیع امکان اخذ به شفعه دارد یا خیر؟ آیا انحلال بیع با اخذ به شفعه، جمع‌شدنی است؟ در صورت قابل جمع نبودن، معیار ترجیح یکی بر دیگری چیست؟ بررسی تزامم حق شفعه و انحلال عقد بیع بیانگر پیچیدگی و تنوع دیدگاه‌های فقهی و حقوقی در این حوزه است. نتیجه این مطالعه نشان می‌دهد که ترجیح یا جمع میان این دو حق وابسته به شرایط خاص هر مورد و توازن میان حقوق طرفین معامله و شفیع است. در تعارض انحلال بیع با اخذ به شفعه، حسب مورد یکی بر دیگری مرجح و گاهی جمع‌شدنی است. معیار ترجیح یا قابل جمع بودن نیز جمع بین حقوق سه شخص درگیر در مسئله (بایع، مشتری، شفیع) است. جمع بین حقوق مذکور، گاهی مستلزم ترجیح اخذ به شفعه و گاهی ترجیح انحلال بیع و گاهی مستلزم جمع اخذ به شفعه و انحلال بیع است.

کلیدواژه: اخذ به شفعه، فسخ بالخیار، اقاله، انفساخ، مالکیت مافی‌الذمه، تبدیل تعهد.

مقدمه

اخذ به شفعه به موجب ماده ۱۴۰ قانون مدنی یکی از ایقاعات مملک است که با انشای یک طرفه تملک حصه مبیعه توسط شفیع در برابر تسلیم ثمن به خریدار واقع می‌شود. حق شفعه یا اجرای آن (اخذ به شفعه) نهادی است که هم از اسباب تملک محسوب می‌شود و هم وسیله‌ای است برای دفع ضرر (نک. یزدانیان، ۱۳۹۶، ۳۴۹). به نظر می‌رسد حق شفعه وسیله است نه هدف. یعنی وسیله‌ای است برای دفع ضرر از شریک (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۳۵۰).

اخذ به شفعه ایقاعی تبعی و الحاقی است؛ تبعی است زیرا صحت آن به صحت بیع بین شریک (بایع) و خریدار وابسته است و الحاقی است زیرا «شرایط تملک حصه فروخته شده مانند میزان ثمن از قبل توسط بایع و خریدار تعیین شده و شفیع تنها اراده خود را در پیوستن به وضع موجود اعلام می‌کند» (بیات، ۱۳۹۸، ۵۳۲). ماده ۸۱۳ ق.م.مقرر می‌دارد «در بیع فاسد حق شفعه نیست». زیرا طبق ماده ۳۶۵ ق.م. «بیع فاسد اثری در تملک ندارد» (امامی، ۱۳۹۲، ۴۲/۳).

سوالی که در این پژوهش قصد پاسخ به آن را داریم این است که اگر بیع بین شریک و خریدار به فسخ، اقاله و انفساخ منحل شود آیا حق شفعه جریان دارد یا خیر؟ همچنین اگر مبیع از طریق تبدیل تعهد به اعتبار تبدیل موضوع و یا از طریق مالکیت مافی‌الذمه به بایع برگردد، آیا شفیع امکان اخذ به شفعه دارد یا خیر؟ آیا انحلال بیع با اخذ به شفعه قابل جمع است؟ در صورت قابل جمع نبودن، معیار ترجیح یکی بر دیگری چیست؟ در تعارض انحلال بیع با اخذ به شفعه حسب مورد یکی بر دیگری

مرجح و گاهی قابل جمع است. معیار ترجیح و یا قابل جمع بودن نیز جمع بین حقوق سه شخص در گیر در مسأله (بایع، مشتری، شفیع) می باشد. جمع بین حقوق مذکور گاهی مستلزم ترجیح اخذ به شفعه و گاهی ترجیح انحلال بیع و گاهی مستلزم جمع اخذ به شفعه و انحلال بیع است.

نظر به اینکه با انحلال بیع به واسطه یکی از اسباب فوق، مبیع به ملکیت شریک سابق شفیع بازمی گردد و از آنجا که شرکت با شریک ناخواسته و تحمل شریک جدید و اذیت‌های وی نوعی ضرر است که مبنای اخذ به شفعه نیز رفع همین ضرر است (سبزواری، ۱۴۱۶، ۱۲۷/۱۸)، زمانیکه این مبنا از بین رفت، باید بررسی که آیا حق شفعه نیز از بین می رود، یا خیر؛ شفیع همچنان می تواند اخذ به شفعه کند؟

اهمیت پژوهش حاضر از آنجا نشأت می گیرد که دعوی اخذ به شفعه کمتر در محاکم مطرح می شود و رویه قضایی هنوز مجال آن را نیافته است که درباره پاسخ به سوالات فوق تصمیم قاطع بگیرد (نک. کاتوزیان، ۱۳۹۱، ۲۱۱). با توجه به اینکه طبق ماده ۸۱۰ ق.م و طبق ماده ۲ قانون تملک آپارتمانها حق شفعه با جمع سایر شرایط در آپارتمان نیز قابل اعمال است، پاسخ به سوالات فوق می تواند بسیاری از مشکلاتی که محاکم با آن مواجه می شوند را پاسخگو باشد.

پیشینه تحقیق نشان می دهد که با وجود مباحث فراوان در منابع فقهی و حقوقی پیرامون شفعه، برخی جنبه‌های شفعه به ویژه ارتباط شفعه با انحلال عقد بیع و تبدیل تعهد و مالکیت مافی الذمه به نحو پراکنده بحث شده است که در این پژوهش آن‌ها بررسی می شوند. تنها یک مقاله با عنوان «امکان سنجی اخذ به شفعه در بیع متضمن خیار و تراحم آنها» (میری و همکاران، ۱۴۰۲، ۷۹) به این موضوع پرداخته است. نوآوری مقاله حاضر نسبت به آن این است که پژوهش حاضر به بررسی تراحم کلیه اسباب انحلال بیع بر اخذ به شفعه می پردازد.

۱- تاثیر اقاله بیع بر حق شفعه

در صورتیکه بیع واقع شده بین بایع و خریدار مبنی بر فروش حصه مشاع ملک، با تراضی اقاله شود، و ملک به جای نخستین خود (یعنی به مالکیت بایع) باز گردد، آیا شفیع می تواند اخذ به شفعه کند یا چون مبنای اخذ به شفعه از بین رفته است امکان اعمال این حق را از دست داده است؟ در پاسخ به این سوال دو فرض جداگانه قابل بررسی است:

۱-۱- اقاله بیع بعد از اخذ به شفعه

در این فرض شفیع ابتدا اخذ به شفعه کرده است و بعد از اخذ به شفعه، بیع واقع شده بین بایع و خریدار، اقاله می شود. در این فرض حق شفیع که با بیع بین شریکش و خریدار به وجود آمده بود، ابتدا به درستی اجرا شد و در صورت شک در بقا یا عدم حق شفعه شریک باید به استناد اصل عملیه استصحاب، حکم به بقای حق شفیع داد. «اثر اقاله مانند سایر قراردادها نسبی و محدود به طرفین اقاله است و در برابر ثالث (شفیع) اثر ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۱). در صورت اخذ به شفعه شفیع ثمن قراردادی را به خریدار می دهد و مبیع را تملک می کند.

تلف عوضین مانع اقاله نیست. در صحت اقاله واقع شده بین شریک (بایع) و خریدار تفاوتی در انواع تلف واقعی یا حکمی

نیست. بنابراین هر گاه مشتری بعد از بیع اول مبیع را به ثالث منتقل کرده باشد این امر مانع اقاله نیست. صاحب جواهر می گوید: «اگر متعاملین، معامله را اقاله کنند، هر یک از طرفین، عوضی که داده است، به او مسترد می شود؛ زیرا عقدی که موجب نقل عوضین شده، منحل شده است. در این صورت، اگر عوض مورد معامله، نزد طرف مقابل، و مطابق آنچه در عقد آمده وجود داشته باشد، می تواند آن را پس بگیرد. اما اگر مثلاً عوض از بین رفته باشد، ضامن مثل آن خواهد بود اگر عوض، مثلی باشد و اگر مثلی نباشد، ضامن قیمت آن به قیمت روز تلف است؛ همان طور که جمعی از فقها در موارد مشابه بیان کرده اند؛ زیرا ضامن، تا زمانی که عین (مال) وجود دارد، به آن تعلق می گیرد. ولی اگر عین تلف شود، ضامن به قیمت آن در روز تلف شدن تعلق می گیرد. ممکن است گفته شود که قیمت باید در روز قبض (تحویل گرفتن عوض) ملاک باشد؛ زیرا ضامن از همان روز شروع می شود. اما ضعف این قول روشن است؛ همان طور که ضعف این قول که بگوئیم قیمت در بالاترین روز بین روز قبض تا روز تلف یا فسخ ملاک باشد، روشن است» (نجفی، بی تا، ۳۵۷/۲۴). پس در این فرض شفیع بعد از اعلام اراده تملک حصه مشاع از مبیع باید ثمن المسمای قرارداد بیع بین بایع و مشتری را به مشتری بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. بعد از اقاله بایع باید ثمنی را که مشتری داده است به وی مسترد کند و چون مبیع موجود نیست (تلف حکمی) و زمین نیز مال قیمی است، مشتری باید قیمت زمین به روز تلف (یعنی روز اخذ به شفعه) را به بایع پردازد که این قیمت با ثمن قراردادی می تواند متفاوت نیز باشد. برخی معتقدند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۳۸/۵) که قیمت یوم الاقاله باید پرداخت شود. به نظر ما در صورتیکه بهای زمین از زمان اخذ به شفعه تا اقاله تغییر کرده باشد، بهای یوم الاقاله باید به بایع بازگردانده شود؛ چنانکه اگر عین نیز موجود بود، عین با وضعیت زمان اقاله باید به بایع مسترد می شد.

اگر شفیع حق شفعه خود را اسقاط کند، به واسطه اقاله، شفعه دیگری به وجود نمی آید زیرا اقاله بیع نیست (نک. محمدی، ۱۳۷۷، ۲۴۰). اقاله، انحلال معامله است و خودش معامله جدید محسوب نمی شود (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۸۸).

۱-۲-۱- اقاله بیع پیش از اخذ به شفعه

اگر قبل از اینکه شفیع حق خود را اعمال کند، خریدار و فروشنده با هم بیع را اقاله کنند، آیا حق شفعه برقرار است یا به دلیل انحلال بیع، شفعه ساقط می شود؟ در پاسخ به این سوال بین فقها و حقوقدانان اختلاف نظرانی به شرح زیر وجود دارد:

۱-۲-۱- بقای حق شفعه

قول مشهور فقهای امامیه این است که در تعارض اقاله و حق شفعه، حق شفعه مقدم است اعم از اینکه اقاله قبل از اخذ به شفعه صورت گرفته و یا بعد از آن صورت گیرد. چون حق شفعه به محض انعقاد عقد ایجاد می گردد و اقاله اثر قهقرایی ندارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۰۷/۴؛ نجفی، بی تا، ۳۴۷/۳۷).

طیفی معتقدند که اگر پیش از آگاهی شریک به حق شفعه خود اقاله انجام گیرد، اقاله حق شفعه را ساقط نمی کند (علامه حلی، ۱۴۲۱، ۵۷۶/۴)؛ زیرا «حق شفیع مقدم بر حق بایع بوده است به جهت آنکه حق شفعه با خرید و فروش (پیش از اقاله) به وجود آمده است. در این صورت شفیع می تواند اقاله را فسخ کند و از خریدار اخذ به شفعه کند و ضامن درک نیز بر عهده خریدار برمی گردد. این فسخ اقاله (که به وسیله شریک انجام گرفته) همچنانکه قاعده همه فسخهاست اقاله را از زمان فسخ از بین می برد

و آن را از اول (اول بیع) باطل نمی‌کند. بدین جهت نمای مفصل مبیع در زمان بین اقاله و فسخ آن، از آن بایع است و نمای مفصل ثمن از آن خریدار» (محمدی، ۱۳۷۷، ۲۴۱). صاحب جواهر گوید: «حق شفعه با اقاله بین خریدار و فروشنده از بین نمی‌رود. همان‌طور که شیخ طوسی و دیگر فقهای بزرگ مانند ابن براج، ابن حمزه، ابن ادریس، شهید اول و ثانی، و محقق کرکی و بسیاری دیگر نیز به آن تصریح کرده‌اند. زیرا حق شفعه با عقد فروش ایجاد می‌شود. بنابراین، خریدار و فروشنده نمی‌توانند با اقاله، حق شفعه را از بین ببرند» (نجفی، بی تا، ۳۴۷/۳۷). صاحب جواهر معتقد است که با اخذ به شفعه اقاله از روز اول اقاله باطل می‌شود (پیشین). شهرت این دیدگاه در فقه چنان است که می‌توان مفاد آن را به عنوان فتوای معتبر مندرج در اصل ۱۶۷ قانون اساسی تلقی کرد (نک. کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۲). یکی از حقوقدانان با توجه به ماده ۸۱۶ ق.م.معتقد است نه تنها کلمه معامله در این ماده اعم از اقاله است بلکه اقاله از زمان اعلام آن عقد را منحل می‌کند و اثر قهقرایی نسبت به ماقبل خود ندارد و شفیع به اعتبار حق عینی که قبل از اقاله در اثر بیع سهم مشاع به دست آورده اخذ به شفعه می‌کند لذا با اخذ به شفعه اقاله بلاثر می‌شود (امامی، ۱۳۹۲، ۵۴/۳).

۲-۲-۱- بقای حق شفعه و غیرقابل استناد بودن اقاله در برابر شفیع

یکی از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۲) با گرایش به نظر مشهور معتقد است که اخذ به شفعه باقی است و اقاله در برابر شفیع غیرقابل استناد. به عبارت دیگر اقاله در رابطه بین طرفین اقاله نافذ است، اما این اقاله در رابطه با شفیع موثر نیست و شفیع می‌تواند بدون اعتنا به مفاد اقاله، مبیع را از خریدار تملک کند. در این صورت رابطه بین بایع و مشتری در خصوص اقاله مذکور تابع مطالبی است که در بند ۱-۱ این مقاله بیان شد.

۳-۲-۱- سقوط حق شفعه در اثر اقاله سابق

آیت‌الله حکیم می‌گوید: «نظر مشهور این است که حق شفعه با اقاله از بین نمی‌رود و شفیع می‌تواند از این حق استفاده کند، اما این مسئله خالی از اشکال نیست». امام خمینی نیز در مورد ساقط شدن حق شفعه با اقاله می‌گوید: «این نظر دلیلی قوی دارد» (نک. انصاری، ۱۴۱۵، ۳۱۷/۴).

قول غیرمشهور فقهای امامیه، زوال حق شفعه به موجب اقاله بیع است؛ زیرا اقاله انحلال عقد است که در اثر آن مبیع به بایع منتقل می‌شود و ضرری که مبنای حق شفعه است از بین می‌رود. هیچ ضرری شفیع را تهدید نمی‌کند. همه چیز به جای خود بازگشته است و در موقع اخذ به شفعه مشتری مالک مبیع نیست تا شفیع بتواند با دادن ثمن المثل آن را تملک کند و صرف وجود منشأ حق شفعه قبل از اقاله موجب بطلان اقاله نمی‌گردد (امامی، ۱۳۹۲، ۵۴/۳؛ صفایی و شعبانی، ۱۳۹۷، ۳۶۶). به علاوه «دلایل اثبات حق شفعه نشان می‌دهد که این حق زمانی ایجاد می‌شود که شخص دیگری شریک در ملک شود، در حالی که در اینجا با اقاله قرارداد، چنین مشارکتی ایجاد نشده است. بنابراین، با از بین رفتن موضوع حق شفعه، خود حق نیز از بین می‌رود» (مغنیه، ۱۳۷۹، ۱۳۵/۴). یکی از حقوقدانان معتقد است حتی اگر بایع پس از بیع و قبل از اخذ به شفعه توسط شفیع، مبیع از راه مشتری بازخرید کند، چون ضرر منتفی است لذا شفیع حق شفعه ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۳۵۰).

در حقوق ما نیز استناد به ماده ۸۱۶ ق.م. برای ابطال اقاله محل اشکال است؛ زیرا اقاله از انواع «معاملات» مصطلح محسوب

نمی‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۸۶). به عبارت دیگر اقاله گرچه یک عقد است اما از عقود مصطلح محسوب نمی‌شود. در اثر عقد ماهیت حقوقی جدیدی ایجاد می‌شود درحالی‌که طرفین با اقاله اثر آن ماهیت حقوقی را نسبت به آینده قطع می‌کنند. بنابراین اثر عقد، انشاء است و اثر اقاله، انعدام. به علاوه قانون مدنی در ماده ۲۶۴ اقاله را از اسباب سقوط تعهدات محسوب کرده است.

با التفات به قسمت اخیر ماده ۴۷۸ ق.م که مقرر می‌دارد با انتفای عیب و ضرر ناشی از آن، خیار هم منتفی است، می‌توان پذیرفت که اخذ به شفعه آن جایی است که مشتری مالکیتش استمرار داشته باشد. با فرض اقاله، موضوع اخذ به شفعه از بین می‌رود (نک. محقق داماد، ۱۳۸۴، ۹۰).

با توجه به استدلال‌ات فوق در رابطه با حق شفعه مسوق به اقاله، دیدگاه سوم (سقوط حق شفعه در اثر اقاله سابق بر اخذ به شفعه) مورد تأیید نگارندگان مقاله است. بنابراین در یک جمع‌بندی می‌توان گفت اگر اخذ به شفعه قبل از اقاله انجام شود محلی برای اقاله باقی نخواهد ماند و چنانچه اقاله قبل از اخذ به شفعه انجام شود محلی برای اخذ به شفعه نمی‌ماند (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۸۹).

۲- تاثیر انفساخ بیع بر شفعه

موجبات انفساخ بیع عبارت است از تلف میبع قبل از قبض و اندراج شرط فاسخ. اگر بیع به یکی از موجبات مذکور منفسخ شود، آیا شفیع حق شفعه دارد یا خیر؟ برای پاسخ به این سوال دو فرض را باید از همدیگر جدا بررسی کرد:

۲-۱- انفساخ بیع بعد از اخذ به شفعه و قبل از تسلیم میبع به شفیع

فرض کنید دو نفر شریک یک ملک هستند. یکی از آن‌ها سهم خود را به ثالثی می‌فروشد. قبل از اینکه ملک به خریدار تحویل داده شود، شریک دیگر از بیع مطلع می‌شود و اخذ به شفعه می‌کند. آن گاه میبع یا ثمن معین قبل از قبض به خریدار تلف شود.^۱ در این صورت بیع به حکم قانون (ماده ۳۸۷ ق.م) منفسخ می‌شود. سوال این است که انفساخ بیع، چه تأثیری روی حق شفعه‌ای که شریک اعمال کرده است، می‌گذارد؟

در این فرض شفیع با اخذ به شفعه مالک حصه فروخته شده می‌شود و لیکن قبل از تسلیم میبع به خریدار، حادثه‌ای خارجی آن را تلف می‌کند. این واقعه باعث انفساخ بیع و شفعه می‌شود (امامی، ۱۳۹۲، ۷۳/۳). «در این فرض اخذ به شفعه صحیح است. منتها چون خریدار نمی‌تواند میبع را به شفیع تسلیم کند، و ثمنی را که به بایع داده است پس می‌گیرد، حق گرفتن ثمن [از شفیع] و نگاهداری آن را ندارد. تلف میبع در این حالت مانند این است که در رابطه بین خریدار و شفیع نیز یکی از دو عوض پیش از تسلیم تلف شده باشد. پس تلف موضوع تملک شفیع پیش از تسلیم سبب انفساخ شفعه می‌شود و ملکیت ثمن به او باز می‌گردد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳۶). به عبارت دیگر، «در این فرض بایع باید ثمن را به مشتری و مشتری ثمن المثل را که از شفیع

۱. تلف کل زمین کمتر اتفاق می‌افتد. ولیکن فرض محالی نیست مانند زیر آب رفتن زمین یا نابودی زمین در اثر سیل و زلزله و آتش فشان (نک. کاتوزیان، ۱۴۰۲،

۳۰۲). ولیکن تلف ثمن معین فرض شایع‌تری است (نک. کاتوزیان، ۱۴۰۲، ۳۱۸). همچنین ممکن است منظور از تلف، خارج شدن ملک از حیز انتفاع باشد (امامی،

۱۳۹۲، ۷۱/۳). البته اگر موضوع حق شفعه آپارتمان باشد نه زمین در این صورت مصداق عملی می‌یابد چون تلف آپارتمان متصور است.

دریافت کرده است، باید به او مسترد دارد» (امامی، ۱۳۹۲، ۷۳/۳).

به عنوان مثال «الف» و «ب» در زمینی ساحلی شراکت دارند. «ب» سهم مشاع خود را به مبلغ یک میلیارد تومان به «ج» می‌فروشد ولی زمین به خریدار تسلیم نمی‌شود. «الف» بلافاصله از بیع مطلع شده و اخذ به شفعه می‌کند و با پرداخت ثمن المسمی (یعنی یک میلیارد تومان) زمین را از «ج» تملک می‌کند. بعد از اخذ به شفعه زمین برای همیشه به زیر آب دریا می‌رود. در این حالت بیع منفسخ شده و با بیع (ب) باید ثمن را به خریدار (ج) مسترد کند. از سوی دیگر خریدار (ج) نیز در برابر شفیع (الف) باید ثمن المثل به وی بدهد.

«همچنین این نظر را نباید از نظر دور داشت که تلف مبیع در این حالت مانند این است که در رابطه خریدار و شفیع نیز یکی از دو عوض پیش از تسلیم تلف شده باشد. پس تلف موضوع تملک شفیع پیش از تسلیم سبب انفساخ شفعه می‌شود و ملکیت ثمن به او باز می‌گردد» (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳۶).

۲-۲- انفساخ بیع پیش از اخذ به شفعه

اگر مبیع قبل از اینکه به خریدار تحویل داده شود و قبل از اینکه شریک حق شفعه خود را اعمال کند، تلف شود، عقد بیع منفسخ شده و موضوعی برای اعمال حق شفعه باقی نمی‌ماند. یکی از شرایط تحقق حق شفعه، وجود عقد بیع معتبر است. با انفساخ عقد، این شرط از بین می‌رود. «بنا بر عقیده فقهای امامیه تلف مورد شفعه قبل از اخذ موجب سقوط حق شفعه است؛ زیرا مورد شفعه موجود نیست و با فقدان مورد حکم جاری نمی‌شود و مشتری نیز ضامن آن نخواهد بود؛ زیرا تلف در ملک او به عمل آمده است» (امامی، ۱۳۹۲، ۷۱/۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۳۵).

۳- تاثیر فسخ بیع بر شفعه

اگر بیع صورت گرفته، قابلیت فسخ بالخیار را داشته باشد، سوالی که مطرح می‌شود این است که در صورت تراحم بین فسخ و اخذ به شفعه کدام ارجحیت دارد؟ آیا اخذ به شفعه تاثیری بر حق فسخ ذوالخیار دارد و آیا فسخ بیع مانعی برای اخذ به شفعه است؟ آیا ملاک تقدم فسخ بر اخذ به شفعه و یا بالعکس، تقدم زمانی اعمال یکی قبل از دیگری است؟ و معیار ارجحیت یکی از این دو حق بر دیگری چیست؟ برای پاسخ به این سؤالات، فروض ذیل قابل بررسی است:

۳-۱- فسخ بیع بعد از اخذ به شفعه

در خصوص فسخ بیع به اختیارات می‌توان اختیارات را به دو دسته تقسیم نمود:

دسته اول، اختیارات اصلی که به جعل شرعی در قرارداد وجود دارند مانند خیار مجلس، غبن، تدلیس، تأخیر ثمن و عیب. وجود این اختیارات مانع از تصرف غیرذی‌الخیار در مبیع نیست. دسته دوم، اختیارات مجعول به شرط (یا اختیارات قراردادی) مانند خیار شرط (نک ماده ۵۰۰ ق.م) و خیار اشتراط. (انصاری، ۱۴۱۵: ۱۵۰/۶) در این دسته از اختیارات، شیخ انصاری معتقد است: «ظاهر از اشتراط این اختیارات، اراده بر ابقاء ملک است، تا هنگام فسخ آن را مسترد کند. حکمت این اختیارات ابقاء سلطنت ذوی‌الخیار

بر استرداد عین است». به خاطر همین حکمت است که تصرفات ناقل و متلف، باطل است. با این استدلال شیخ و حکمتی که اشاره فرمود، رأی وحدت رویه شماره ۸۱۰ قابل توجیه است (نک. کاویار، ۱۴۰۳).

به همین ترتیب تراحم خیاراتی که در بیع املاک ممکن است به وجود آید با حق شفعه را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

۳-۱-۱- خیارات مجعول به شرط در بیع و تأثیر آنها بر اخذ به شفعه سابق

خیارات مجعول به شرط در بیع املاک عبارتند از: خیار شرط و خیار اشتراط. البته بیع شرط نیز از اقسام بیع الخیار است که دارای احکام خاصی در قانون ثبت شده است. با این حال تأثیر اخذ به شفعه در بیع شرط نیز مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱-۱-۱- خیار شرط

به موجب ماده ۸۱۴ ق.م. «خیاری بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست». شیخ انصاری در تعریف بیع خیاری می‌گوید: «و آن این است که کسی چیزی را بفروشد و شرط کند که برای خود یا مشتری یا اجنبی (ثالث) حق خیار (یعنی حق فسخ معامله) قرار دهد، به این صورت که با انشای فسخ در مدت معینی بایع بتواند قیمت را پس دهد و کالای فروخته شده را باز پس بگیرد» (انصاری، ۱۴۱۵، ۱۲۷/۵). تعریف مذکور در ماده ۱۸۸ و ۳۹۹ ق.م نیز منعکس شده است. بیع خیاری به موجب قانون مدنی (ماده ۳۶۴) مملک است، اما تملیکی متزلزل. در خصوص اینکه آیا در بیع خیاری حق شفعه وجود دارد یا خیر، قانون مدنی در ماده ۸۱۴ ضمن پذیرش همزمان خیار و حق شفعه، درباره آثار تداخل این دو حق، به ویژه سرنوشت حق خیار در صورت اعمال حق شفعه در مدت اعتبار آن، ابهام دارد.

سؤال این است که اگر در عقدی خیار شرط وجود داشته باشد، آیا وجود خیار مانع تملیک حین العقد است یا خیر؟

اینکه آیا حصول ملک با خود عقد است یا با انقضاء خیار، محل نزاع سه دیدگاه شده است:

الف- به نظر مشهور، خود عقد مملک است (نک. ماده ۳۶۳ و ۳۶۴ ق.م) منتها این تملیک، تملیکی غیرلازم است و با انقضاء خیار لازم می‌شود.

ب- گروهی دیگر (ابن سعید، ۱۴۰۵، ۲۴۸) معتقدند که اصل ملکیت متوقف بر انقضاء خیار است.

پ- عده‌ای دیگر (ابن سعید، ۱۴۰۵، ۲۴۸) قائل به تفصیل شدند: بدین بیان که اگر خیار مختص مشتری باشد، ملکیت حین العقد به مشتری منتقل می‌گردد. اما اگر خیار مختص بایع باشد یا مشترک بین متبایعین، تصرفات مشتری در مبیع نافذ نیست تا زمانی که خیار منقضی گردد. شیخ انصاری (۱۴۱۵، ۱۴۷/۶) بعد از بیان این دیدگاه معتقد است این نظر با «کشف» سازگار است، یعنی انقضاء خیار کاشف از این است که مشتری از اول عقد مالک شده بود. اما اگر خیار مختص مشتری باشد، به نفس عقد ملکیت برای مشتری ایجاد می‌شود. شیخ طوسی (۱۳۸۷، ۱۲۳/۳) در باب شفعه معتقد به همین رأی است. شیخ چنین می‌گوید: «اگر یکی از دو شریک حصه‌اش را به ثالث به شرط خیار بفروشد، چنانچه خیار برای بایع حصه یا مشترک بین بایع و مشتری باشد، شفیع حق شفعه ندارد؛ زیرا حق شفعه فقط زمانی ثابت می‌شود که ملک به مشتری منتقل شده باشد (و هنوز که خیار منقضی نشده، ملک منتقل به مشتری نشده) و اگر خیار مختص مشتری باشد حق شفعه برای شفیع ثابت است؛ زیرا به نفس العقد مشتری

ابن براج (۱۴۰۶، ۴۵۵/۱) گوید: «اگر کسی بخشی از زمین مشترک (شقص) را با شرط فسخ خیار بفروشد و حق فسخ یا به فروشنده تعلق داشته باشد یا به هر دو طرف، شفیع (شریک دیگر) حق شفعه ندارد. زیرا حق شفعه زمانی ایجاد می‌شود که مالکیت به خریدار منتقل شده باشد». شیخ طوسی (۱۴۰۷، ۴۴۵/۳) نیز از طرفداران این دیدگاه است. طرفداران این نظر معتقدند که حق فسخ (خیار) در واقع نوعی شرط تعلیقی در قرارداد است که انتقال مالکیت را موکول به عدم اعمال این حق می‌کند. بنابراین تا زمانی که حق فسخ اعمال نشده باشد، مالکیت به طور کامل به خریدار منتقل نشده و در نتیجه، حق شفعه برای شریک دیگر قابل اعمال نیست. این نظر منطبق بر هر دو دیدگاه توقف ملکیت بر انقضاء خیار و حصول ملکیت متزلزل تا انقضاء خیار در بیع خیاری است. بنابراین از دید این گروه اگر اخذ به شفعه مقدم بر فسخ بیع صورت گیرد فسخ لاحق بیع موجب بطلان اخذ به شفعه می‌شود. زیرا اگر خیار شرط از آن بایع باشد منظور او استرداد عین مبیع است که با اخذ به شفعه منافات دارد (امامی، ۱۳۹۲، ۵۹/۳) همانطور که در بند قبل هم بیان شد برخی با اعتقاد به مراعی بودن اثر اخذ به شفعه، اعم از اینکه خیار برای بایع باشد یا برای مشتری، فائلند که اعمال فسخ لاحق، اخذ به شفعه سابق را باطل می‌کند. زیرا اثر اخذ، مراعی و مشروط بر عدم اعمال خیار فسخ است (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۵۶).

نظر مخالفی نیز در فقه مطرح است که آیا شفیع می‌تواند بلافاصله پس از عقد بیع (حتی اگر خریدار حق فسخ داشته باشد) حق شفعه خود را اعمال کند یا اینکه باید منتظر بماند تا مدت خیار بگذرد و مالکیت به طور کامل به خریدار منتقل شود؟ به اعتقاد علامه حلی، شهید ثانی و محقق کرکی، به مجرد عقد بیع (بدون نیاز به انقضای مدت خیار) حق شفعه را می‌توان اعمال کرد. دلیل آن‌ها این است که با عقد بیع، مالکیت منتقل می‌شود و این نظر با عموم ادله مربوط به شفعه مطابقت بیشتری دارد. در واقع، به جز فاضل در کتاب الإرشاد که نظر مخالفی دارد، در این مسئله اختلافی وجود ندارد. حتی می‌توان گفت که با توجه به عموم ادله مربوط به شفعه، حق شفعه با فروش سهم توسط شریک ایجاد می‌شود، حتی اگر نخواهیم بگوییم مالکیت به طور کامل به خریدار منتقل شده است. شاید آمادگی خریدار برای گرفتن مالکیت برای ایجاد حق شفعه کافی باشد (نک. نجفی، بی تا، ۳۲۱/۳۷).

بنابراین اختلاف فقها در این مسئله ریشه در تعیین زمان انتقال مالکیت در بیع خیاری دارد. از آنجایی که تحقق حق شفعه منوط به انتقال مالکیت به خریدار است، اختلاف در زمان انتقال مالکیت به اختلاف در تحقق حق شفعه منجر شده است. اختلاف مذکور صرفاً در خصوص بیع خیاری صادق است که ذوالخیار آن بایع یا متبایعین باشند. در مقابل، در بیع شرطی که ذوالخیار آن مشتری باشد، انتقال مالکیت از حین عقد قطعی بوده و مورد اختلاف نیست.

در حقوق ما ماده ۸۱۴ ق.م که خیار بیع را مانع از اعمال حق شفعه نمی‌داند دلالت بر صحت اخذ به شفعه سابق بر فسخ دارد. لذا فسخ بایع، لاحق بر اخذ به شفعه نباید موجب بطلان اخذ به شفعه باشد. از سوی دیگر فسخ لاحق مذکور برای بایع بی فایده هم نیست؛ زیرا اگرچه اخذ به شفعه در حکم تلف مبیع است و بایع با فسخ بیع نمی‌تواند عین مبیع را مسترد کند اما با توجه به قیمی بودن موضوع شفعه که غیرمنقول قیمی است می‌تواند قیمت یوم الفسخ را از مشتری بگیرد. بنابراین جمع بین حق شفیع و بایع نظر اخیر را موجه می‌نماید.

برخی خیارات مانند خیار تأخیر ثمن، خیار تفلیس و خیار رویت و تخلف وصف با شرایطی بعد از عقد به وجود می‌آیند. مثلاً خیار تأخیر ثمن حین العقد ایجاد نمی‌شود بلکه بعد از انقضای سه روز از تاریخ بیع به وجود می‌آید (ماده ۴۰۲ ق.م). یا خیار تفلیس بعد از صدور حکم ورشکستگی خریدار بعد از انعقاد بیع (ماده ۳۸۰ ق.م) و نیز خیار رویت و تخلف وصف بعد از رویت مبیع لاحق بر عقد و تخلف وصف ایجاد می‌شود (ماده ۴۱۰ ق.م).

فرض مسأله جایی است که اخذ به شفعه قبل از اعمال خیار صورت گرفته است. در این صورت، نه تنها اخذ به شفعه زودتر از فسخ صورت گرفته بلکه حق شفعه، مقدم بر حق فسخ نیز به وجود آمده است و حق مؤخر نمی‌تواند حق مقدم را بلااثر سازد (امامی، ۱۳۹۲، ۵۵/۳) و لذا شفیع می‌تواند با اخذ به شفعه ملک را تملک کند^۱، البته اخذ به شفعه مانعی برای اعمال حق فسخ ذوالخیار نیست. منتها باید توجه داشت که از بین سه خیار مذکور در فوق خیار تأخیر ثمن فقط مختص بایع است. خیار تفلیس علاوه بر اینکه طبق ماده ۳۸۰ ق.م برای بایع است در صورتی که مبیع کلی فی الذمه باشد و بایع به دلیل اعسار و یا ورشکستگی توانایی تسلیم مبیع را از دست بدهد مشتری نیز با وحدت ملاک از ماده مذکور حق فسخ بیع را دارا می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ۱۴۷/۱) لیکن در مورد حق شفعه که موضوع آن باید مال غیر منقول معین باشد نه کلی فی الذمه خیار تفلیس در آن فقط برای بایع متصور است. در خیار رویت و تخلف وصف نیز طبق مواد ۴۱۰ و ۴۱۱ ق.م این خیار حسب مورد می‌تواند برای بایع و یا خریدار به وجود آید. اگر خیار مذکور برای مشتری باشد در موضوع بحث ما مشتری از فسخ بیع طرفی نمی‌بندد. زیرا با فسخ بیع، ثمن قراردادی را از بایع خواهد گرفت؛ درحالیکه پیش از فسخ بیع از سوی مشتری، شفیع با اعمال حق شفعه همان ثمن قراردادی را به او داده است. بنابراین فایده و نفعی برای مشتری از فسخ بیع متصور نیست؛ زیرا تحصیل حاصل است. اما بعد از اعمال حق شفعه، فسخ بیع از سوی بایع واجد نفع عقلایی است. چون اخذ به شفعه در حکم تلف مبیع در رابطه بین بایع و مشتری است و در صورت فسخ بیع، مشتری موظف است بدل مبیع را به بایع بدهد و چون مبیع در مورد بحث مال غیر منقول و قیمی است مشتری باید قیمت حین الفسخ را بدهد. در این صورت بایع می‌تواند با دریافت قیمت مبیع حین الفسخ، مال دیگری مشابه مبیعی تهیه کند که شریکش با اخذ به شفعه تملک کرده است.

مؤلف تذکره الفقهاء در بحث خیار تفلیس گوید: «اگر کسی سهمی از ملک مشاع را خریداری کند و سپس به دلیل ناتوانی در پرداخت قیمت، ورشکسته شود و فروشنده بخواهد سهم فروخته شده را پس بگیرد و در عین حال شریک دیگر (شفیع) نیز ادعای حق شفعه کند، اقوی این است که حق شفعه مقدم شمرده شود. یعنی از شفیع قیمت سهم را بگیریم و به فروشنده بدهیم؛ زیرا حق شفعه از طریق عقد بیع ایجاد شده است و حق فروشنده برای استرداد مبیع به دلیل ورشکستگی خریدار ایجاد شده است. از آنجایی که عقد بیع زودتر از ورشکستگی رخ داده است، حق ناشی از عقد (یعنی حق شفعه) اولویت دارد. همچنین، اگر حق شفعه را نپذیریم، به طور کامل حق شریک را از بین برده‌ایم، در حالی که اگر حق شفعه را مقدم بدانیم، حق فروشنده از بین نمی‌رود، بلکه به دریافت وجه منتقل می‌شود. این نظر نیز مورد تأیید شافعی است» (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۲۲۵/۱۲). اما برخی نظر مخالف دارند. به این توضیح که اگر مشتری حصه مشاع غیر منقول، پیش از دادن ثمن به بایع مفلس گردد بایع در رجوع به مبیع احق از غرماء مشتری و از شفیع است. حق بایع از تراضی در بیع نشأت می‌گیرد ولی حق شفیع فرع بر ختم عقد

۱. چون در خیار تأخیر ثمن، شرط است که مبیع به مشتری تسلیم نشده باشد، شفیع ملک را از بایع متصرف، تملک می‌کند.

بیع است پس حق وی مؤخر از حق بایع است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ۳۴۷). در واقع چون ایشان طبق تئوری موازنه پس از تسلیم عوضین، بیع را خاتمه یافته می‌داند لذا حق شفیع را بعد از تسلیم عوضین دانسته است.

۳-۱-۲-۲- سبب فسخ، حین البیع موجود است

۳-۱-۲-۱- خیار عیب

اگر هنگام بیع، زمین موضوع شفعه معیب باشد، برای متضرر (خریدار) خیار عیب به مجرد انعقاد عقد ایجاد می‌شود. حق شفعه نیز مانند خیار عیب با انعقاد بیع ایجاد می‌شود (عاملی، ۱۴۱۹، ۶۰۴/۱۸). پس این دو حق همزمان با انعقاد بیع به وجود می‌آیند. از سوی دیگر خیار عیب ممکن است ناشی از عیب مبیع و برای مشتری باشد و یا ناشی از عیب ثمن و برای بایع به وجود آید. حال اگر شفیع زودتر از ذوالخیار اخذ به شفعه کند یا در فرض نادری هر دو همزمان اعمال حق کنند حکم مسأله چیست؟ در این خصوص سه نظر وجود دارد: نخست، تقدم حق شفعه بر حق خیار عیب مطلقاً، دوم، تقدم حق خیار عیب بر حق شفعه مطلقاً و سوم، هر کدام که زودتر اعمال شوند بر دیگری مرجح است (امامی، ۱۳۹۲، ۵۷/۳).

در خصوص نظر اول «در این حالت، حق شفعه مقدم است. یعنی اگر خریدار بخواهد معامله را به دلیل عیب فسخ کند، شفیع می‌تواند از این فسخ جلوگیری کند و ملک را به قیمت خرید از خریدار تملک کند. دلیل این تقدم، عموم ادله‌ای است که حق شفعه را تأیید می‌کنند. این ادله به اندازه‌ای قوی هستند که می‌توانند ادله‌ای را که به ظاهر با حق شفعه منافات دارند، از بین ببرند. زیرا با این کار، هر دو حق حفظ می‌شود» (عاملی، ۱۴۱۹، ۶۰۴/۱۸). به عبارت دیگر همانطور که قبلاً توضیح داده شد هدف خریدار از فسخ بیع، به دست آوردن ثمن معامله است که در اثر اخذ به شفعه از طرف شفیع به او داده می‌شود (امامی، ۱۳۹۲، ۵۷/۳). بنابراین دیگر چه نیازی به فسخ دارد؟ اگر مشتری نخواهد بیع را فسخ کند و فقط خواهان ارش از بایع باشد مطالبه ارش از بایع منافاتی با اخذ به شفعه شفیع ندارد.

اما اگر ذوالخیار، بایع باشد با اخذ به شفعه سابق، اگر چه بایع نمی‌تواند با فسخ بیع مبیع را به دست آورد اما می‌تواند با اخذ ارش از مشتری ضرر خود را جبران نماید. درحالی‌که اگر حق خیار ذوالخیار را مرجح بدانیم حق شفیع تضییع می‌گردد (امامی، ۱۳۹۲، ۵۸/۳).

شیخ طوسی در مبسوط (۱۳۸۷، ۱۳۹/۳) گوید: «اگر کسی بخشی از یک مال مشترک را بخرد و بعد متوجه عیبی در آن شود، حق فسخ معامله و رد دارد. اما شفیع می‌تواند مانع از فسخ معامله توسط خریدار شود؛ زیرا حق شفعه نسبت به حق فسخ مقدم است؛ چرا که حق شفعه با بیع ایجاد می‌شود، اما حق فسخ با اطلاع از عیب به وجود می‌آید. بنابراین، حق اولی، حق ارجح است. اگر شفیع از فسخ معامله توسط خریدار بی‌خبر باشد و خریدار معامله را فسخ کند، شفیع می‌تواند این فسخ را لغو کند و معامله را به حالت اول برگرداند؛ زیرا خریدار با فسخ معامله، در حقیقت حق شفعه را از بین برده است.»

شهید ثانی نیز معتقد است: «اگر معامله به دلیل وجود عیب در مال فسخ شود، باز هم حق شفعه از بین نمی‌رود. دلیل این امر آن است که حق شفعه از زمانی که عقد اولیه منعقد شده است، به وجود آمده و با وجود عیب، این حق از بین نمی‌رود. علاوه بر این، اگر شفعه را مقدم بر حق فسخ بدانیم، حق شفعه همچنان برقرار خواهد بود». وی برای حفظ حق شفعه به سه دلیل استناد می‌کند:

نخست. عموم ادله شفعه: ادله‌ای که حق شفعه را اثبات می‌کنند، بسیار گسترده هستند و شامل همه انواع معاملات می‌شوند، مگر اینکه دلیلی بر استثنا وجود داشته باشد.

دوم. استصحاب حال: از آنجایی که حق شفعه از زمان عقد اولیه به وجود آمده است، تا زمانی که دلیلی بر از بین رفتن آن وجود نداشته باشد، این حق همچنان برقرار است.

سوم. جمع بین حقوق: حفظ حق شفعه در این موارد باعث می‌شود که حق هر دو طرف (شفیع و خریدار یا فروشنده) رعایت شود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴/۴۰۸).

در تأیید نظر شهید ثانی می‌توان دلیل چهارمی هم افزود و آن اینکه ترجیح حق شفعه بر حق فسخ مطابق با قاعده لاضرر نیز می‌باشد. زیرا ترجیح حق فسخ بر حق شفعه به ضرر شفیع است درحالیکه ترجیح شفعه بر فسخ به ضرر هیچیک از شفیع و ذوالخیار نیست.

در خصوص نظر دوم برخی گفته‌اند که سبب خیار عیب که وجود عیب است قبل از عقد موجود می‌باشد در حالیکه سبب حق شفعه عقد است. لذا به دلیل تقدم زمانی وجود سبب خیار عیب بر وجود سبب حق شفعه، حق خیار مطلقاً بر حق شفعه مقدم است. اما در رد این نظر چنین گفته شده است که اگرچه عیب قبل از عقد موجود است اما سبب خیار عیب فقط وجود عیب نیست زیرا قبل از عقد خیار به وجود نمی‌آید بلکه حق خیار با تحقق عقد به وجود می‌آید همچنانکه حق شفعه نیز با تحقق عقد به وجود می‌آید بنابراین از این جهت ترجیحی بر یکدیگر ندارند و مساوی‌اند (امامی، ۱۳۹۲، ۳/۵۷). صاحب جواهر الکلام معتقد است «حق شفعه بر حق ردّ به عیب ترجیحی ندارد. مگر آنکه گفته شود: حق ردّ به عیب تنها زمانی ثابت می‌شود که عیب معلوم شود، در حالی که حق شفعه با اتمام عقد ثابت می‌شود» (نجفی، بی تا، ۳۷/۳۵۱).

اما ممکن است به این نظر ایراد شود که علم به عیب شرط تحقق خیار نیست، بلکه این حق از همان ابتدای عقد ثابت می‌شود. اما شخص نمی‌تواند از این حق استفاده کند مگر اینکه به وجود عیب پی ببرد. از این رو، برخی گفته‌اند که این دو حق همزمان و مساوی هستند، اما حق شفعه بر حق خریدار مقدم است؛ زیرا خریدار ثمن را از شفیع دریافت می‌کند و به او ضرری نمی‌رسد. صاحب وسیله النجاه نیز معتقد بر ارجحیت خیار بر شفعه است و چنین گوید: «ساقط شدن حق شفعه با فسخ معامله توسط طرفین یا استرداد مال به فروشنده به دلیل عیب یا موارد دیگر، دلیلی قوی دارد» (اصفهانی، ۱۳۹۳، ۲/۷۹؛ همچنین نک. صافی، ۱۴۱۶، ۱/۳۴۸). برخی حقوقدانان نیز معتقدند که حق خیار مطلقاً مقدم بر حق شفعه است (صفایی و شعبانی، ۱۳۹۷، ۳۶۴).

با توجه به نظرات سه گانه فوق می‌توان نظر چهارمی را نیز با تفصیل بین موردی که ذوالخیار، بایع باشد و یا مشتری ذکر نمود. بدین توضیح که اگر ذوالخیار، مشتری باشد حق شفعه بر حق فسخ مرجح است؛ زیرا جمع حق شفیع و ذوالخیار می‌شود. به عبارت دیگر اگر ذوالخیار، مشتری باشد با اخذ به شفعه شفیع، مشتری به حق خود (ثمن قراردادی) می‌رسد و ضرری متوجه او نمی‌شود مضافاً بر اینکه تملک قهری شفیع در حکم انتقال مبیع به غیر است و در این صورت به استناد بند ۱ ماده ۴۲۹ ق.م. مشتری فقط می‌تواند از بایع ارش بگیرد. اما اگر ذوالخیار، بایع باشد نمی‌توان گفت که صرف اخذ ارش ضرر او را جبران می‌کند. بنابراین می‌توان قائل به حق فسخ او نیز مانند آنچه که در مورد خیارات سابق بیان کردیم شد. منتها چون اخذ به شفعه سابق بر فسخ به منزله تلف حکمی مبیع در رابطه بین بایع و مشتری است لذا در صورت فسخ از سوی بایع وی فقط می‌تواند

بدل مبیع (قیمت یوم الفسخ) را از مشتری بخواهد (چون مبیع مال قیمی بوده است).
اگر خریدار بعد از آنکه شفیع از حق شفعه خود استفاده کرد، از وجود عیب در مال آگاه شود، می تواند ارش را از بایع مطالبه کند و باید آن را به شفیع پرداخت کند (نک. جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۳۵۳). اما اگر شفیع از وجود عیب آگاه شود و خریدار از آن بی خبر باشد، شفیع نمی تواند از فروشنده ارش مطالبه کند، ولی می تواند در صورتی که فسخ معامله امکان پذیر نباشد، ارش را از خریدار مطالبه کند (روحانی، ۱۴۳۵، ۱۳۶/۲)؛ زیرا ارش جزئی از ثمن است^۱
اگر خریدار همان مبیع معیب را گرفته و ارش را نخواست باشد شفیع می تواند با دادن تمام ثمن اخذ به شفعه کند یا از شفعه درگذرد.

۳-۱-۲-۲-۲- سایر خيارات و اخذ به شفعه سابق

در مورد سایر خيارات به جز خيار عیب و خيار شرط در فقه بحث مستوفایی صورت نگرفته است. نظرات فقها در این مورد به چند دسته تقسیم می شوند:

نظر اول- قول مشهور فقهای امامیه بر این است که حق فسخ معامله (به جز خيار عیب)، بر حق شفعه مقدم است. به این معنی که اگر بیع به دلیل استفاده از یکی از خيارات قانونی فسخ شود، حق شفعه از بین می رود. حتی اگر شفیع قبلاً از حق شفعه استفاده کرده باشد، در صورت فسخ معامله، استفاده از حق شفعه او نیز بی اعتبار خواهد شد (نک. صافی، ۱۴۱۶، ۳۴۸/۱؛ اصفهانی، ۱۳۹۳، ۷۹/۲؛ خویی، ۱۴۱۰، ۷۹/۲؛ روحانی، ۱۴۳۵، ۱۳۵/۲).

نظر دوم- گروهی دیگر معتقدند که شفعه بر حق فسخ مقدم است. شهید ثانی گوید: «معامله ای که بعد از آن قابل فسخ باشد مثلاً به دلیل تدلیس، حق شفعه را ساقط نمی کند؛ زیرا فسخ در این حالت بعد از عقد اصلی ایجاد شده و حق شفعه نیز با عقد اصلی به وجود آمده است، بنابراین حق شفعه مقدم است» (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۰۷/۴).

نظر سوم- باید بین خيار مشتری و خيار بایع فرق گذاشت. یعنی در خيار بایع خيار بر اخذ به شفعه مقدم است و در خيار مشتری اخذ به شفعه بر خيار مقدم است. چون در خيار بایع اگر اخذ به شفعه را بر خيار مرجح بدانیم ضرر بایع ناشی از غبن و تدلیس و غیره جبران نمی شود و باقی می ماند. اما در خيار مشتری ضرر مشتری با اخذ به شفعه و دادن ثمن قراردادی به او جبران می شود

۱. در خصوص ماهیت ارش و نحوه محاسبه و پرداخت آن، دو دیدگاه اصلی وجود دارد:

دیدگاه اول: ر اساس این دیدگاه، ارش بخشی جدایی ناپذیر از بها یا قیمت کالا محسوب می شود. به عبارت دیگر، بخشی از پولی که خریدار پرداخت می کند، در مقابل این قرار می گیرد که کالا سالم و بدون عیب باشد. بنابراین، اگر کالا معیوب باشد، خریدار حق دارد آن بخش از بها که به عنوان ارش در نظر گرفته شده است را از فروشنده پس بگیرد. در این دیدگاه، ارش به نوعی بخشی از بها است که در مقابل صفت سالم بودن کالا قرار دارد (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۷۴/۳).

دیدگاه دوم: طبق این دیدگاه، با پرداخت کامل بها، مالکیت مبیع به طور کامل به خریدار منتقل می شود و خریدار حق مالکیت مطلق بر کالا دارد. در این حالت، اگر کالا معیوب باشد، خریدار نمی تواند بخشی از بها را پس بگیرد، بلکه حق دارد به دلیل وجود عیب در کالا، از فروشنده غرامت مطالبه کند. در این دیدگاه، ارش به عنوان یک غرامت تلقی می شود که خریدار به دلیل خسارتی که به او وارد شده است، از فروشنده مطالبه می کند (نجفی، بی تا، ۲۹۴/۲۳).

به نظر ما ارش آن بخشی از قیمت است که نسبت آن به کل قیمت، برابر با نسبت تفاوت قیمت بین کالای سالم و معیوب است. به این ترتیب، برای محاسبه ارش، باید قیمت کالای سالم و معیوب را تعیین کرده و سپس نسبت تفاوت این دو قیمت را به کل قیمت پیدا کرد. سپس، همان نسبتی که از تفاوت قیمت به دست آمد، از کل قیمت کسر می شود

(امامی، ۱۳۹۲، ۵۸/۳).

بنظر ما در فرض جمع حقیق (شفعه و سایر خیارات) شفعه بر خیار مقدم است. زیرا اگر شفیع اخذ به شفعه کند، خریدار نیز به حق خود (یعنی ثمنی که با فسخ می‌توانست از بایع بگیرد) می‌رسد. از طرفی از شفیع نیز دفع ضرر می‌شود. لذا اعمال حق شفعه می‌تواند به بطلان حق خیار مشتری منجر شود. به این معنا که اگر مشتری حق فسخ معامله را داشته باشد، این حق تا زمانی که شفیع از حق شفعه خود استفاده نکرده است، برقرار خواهد بود. اما با اعمال حق شفعه توسط شفیع، حق خیار مشتری زایل می‌شود. زیرا هدف اصلی مشتری از اعمال حق خیار، استرداد ثمن و مبیع است؛ حال آنکه با اعمال حق شفعه توسط شفیع، این هدف محقق شده و مشتری به ثمن خود می‌رسد. لذا وجود حق خیار برای مشتری در چنین شرایطی، فاقد هرگونه اثر حقوقی خواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۰، ۴۰۲/۴).

در بررسی نظرات فوق نظر سوم با اصول حقوقی و عدالت و قاعده لاضرر سازگارتر است.

۳-۲- فسخ بیع پیش از اخذ به شفعه

آنچه تا به حال گفته شد مربوط به مواردی است که حق شفعه همزمان با حق فسخ و یا مقدم بر آن ایجاد شده ولی هنوز فسخ صورت نگرفته است که در اینصورت قائل به ترجیح حق شفعه می‌باشیم. اما اگر قبل از اینکه شفیع متوجه بیع سهم مشاع شریکش شود، بیع بین شریک و خریدار فسخ شود اعم از اینکه حق شفعه همزمان با خیار فسخ و یا مقدم بر آن ایجاد شده باشد حکم مسأله چیست؟

مبنای اصلی حق شفعه، جبران ضرری است که به دلیل فروش ملک مشاع به ثالث، به شریک وارد می‌شود. لذا اگر قرارداد فروش پیش از اخذ به شفعه فسخ شود، این ضرر از بین می‌رود؛ زیرا ملک به حالت اولیه خود برمی‌گردد و گویی هیچ فروشی انجام نشده است (عاملی، ۱۴۱۹، ۶۰۴/۱۸). بنابراین، حق شفعه نیز که برای جبران این ضرر ایجاد شده بود، دیگر محلی از اعراب ندارد. این قاعده حقوقی چه در مورد خیارات قراردادی و چه خیارات شرعی و بدون توجه به زمان ایجاد خیار (همزمان با عقد یا منفصل از آن)، صادق است (نک. صفایی و شعبانی، ۱۳۹۷، ۳۶۵). این تعبیر با طبیعت شفعه که چهره استثنایی دارد و باید محدود به موارد یقینی شود سازگارتر به نظر می‌رسد (کاتوزیان، ۱۴۰۲، ۲۳۸). دکتر جعفری لنگرودی نیز در ذکر عناصر حق شفعه در واقع شرط بقای حق شفعه را چنین می‌داند که بیع در زمان مطالبه شفیع (زمان علم شفیع به بیع حصه) به یکی از علل انحلال مانند تلف مبیع قبل از قبض، فسخ به خیار و یا اقاله منحل نشده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۳۴۵ و ۳۵۰).

۴- تاثیر مالکیت مافی الذمه بر شفعه

مالکیت مافی الذمه عبارت است از مالکیت شخص نسبت به دین موجود در ذمه خویش. به این ترتیب در مالکیت مافی الذمه دو عنوان دائن و مدیون نسبت به یک دین در شخص واحد جمع می‌شود و سبب می‌شود که ذمه مدیون نسبت به دین آزاد شود (شهیدی، ۱۳۸۵، ۱۹۲).

به عنوان مثال (الف) و (ب) در زمینی مشاعاً شریک‌اند. (ب) سهام خود از زمین را به پدرش (ج) به مبلغ ده میلیارد ریال

می‌فروشد. متعاقب این قرارداد (ج) فوت می‌کند و (ب) به عنوان تنها وارث پدرش مالک زمین می‌شود.^۱ منشأ مالکیت مافی - الذمه (فوت) فقط ممکن است پیش از اخذ به شفعه رخ دهد:

در صورتیکه قبل از اخذ به شفعه توسط شریک، (ج) فوت کند و (ب) مالک حصه فروخته شده به پدرش (از طریق ارث) شود، مبنای اصلی اخذ به شفعه از بین می‌رود. زیرا ملک به حالت اولیه خود برمی‌گردد و گویی هیچ فروشی بین پسر و پدر انجام نشده است. بنابراین، حق شفعه نیز که برای جبران این ضرر ایجاد شده بود، دیگر محلی از اعراب ندارد. بنابراین در صورتی که قبل از اعمال حق شفعه، تغییری در وضعیت حقوقی حصه مبیعه ایجاد شود که موجب زوال ضرر ناشی از بیع گردد (مانند انتقال مال به ارث به فروشنده)، حق شفعه نیز زایل می‌شود.

۵- تأثیر تبدیل تعهد بر شفعه

به موجب ماده ۲۹۲ ق.م.هنگامی که طرفین توافق کنند که به جای تعهد اصلی تعهد جدیدی با موضوع جدید به وجود آید، تبدیل تعهد به وسیله تغییر موضوع تعهد واقع می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۵، ۱۴۸). فرض کنید (الف) و (ب) مالک مشترک زمینی هستند. (ب) سهم خود را به (ج) می‌فروشد، اما بعداً آن‌ها تصمیم می‌گیرند که به جای انتقال زمین، (ب) باغ خود را به (ج) بدهد. این تغییر در موضوع تعهد، نمونه‌ای از تبدیل تعهد است. اکنون این سوال مطرح می‌شود این تبدیل تعهد به حق شفعه خللی وارد می‌کند یا خیر؟

۵-۱- تبدیل تعهد بعد از اخذ به شفعه

هرگاه بعد از اخذ به شفعه، خریدار و بایع بخواهند در مورد تعهد به تسلیم مبیع اقدام به تبدیل تعهد کنند چون با اخذ به شفعه، شفیع ملک را از خریدار تملک کرده و به دلیل فقدان موضوع برای تبدیل تعهد، امکان تبدیل تعهد بین بایع و خریدار وجود ندارد.

۵-۲- تبدیل تعهد قبل از اخذ به شفعه

در صورتیکه قبل از اخذ به شفعه، بایع حصه خود از زمین فروخته شده را از طریق تبدیل تعهد به باغ تبدیل کند و مجدداً با شفیع در زمین شریک شود، شاید به استناد ماده ۸۱۶ ق.م.گفته شود که اخذ به شفعه معاملات سابق بر اخذ به شفعه را باطل می‌کند و بنابراین تبدیل تعهد بین بایع و خریدار قابل ابطال توسط شفیع است.^۲ اما این دیدگاه به نظر ما صحیح نیست؛ زیرا با تبدیل تعهد بین بایع و خریدار مبنای اصلی اخذ به شفعه از بین می‌رود؛ زیرا ملک به حالت اولیه خود بازگشته است.

نتیجه

۱. منشأ مالکیت مافی الذمه ممکن است ارادی باشد. وصیت می‌تواند منجر به اتحاد ذمه و در نتیجه، سقوط دین شود. در مثال مذکور در متن، اگر موصی زمین را به پسرش وصیت کند، پس از فوت موصی، دین موصی له از طریق مالکیت مافی الذمه ساقط خواهد شد.

۲. تبدیل تعهد منشأ قراردادی دارد.

بررسی دقیق مباحث فقهی و حقوقی در خصوص تراحم حق شفعه و انحلال عقد بیع نشان از پیچیدگی و ظرافت این مساله دارد. با توجه به تنوع نظریات موجود، نمی توان حکم کلی و قطعی در این زمینه صادر کرد. با این حال، با توجه به مبانی حقوقی و فقهی، می توان گفت که در مواردی که این دو حق با یکدیگر تعارض پیدا می کنند، ترجیح یکی بر دیگری یا جمع آن ها به شرایط خاص هر مورد و توازنی که بین حقوق سه طرف برقرار می شود، بستگی دارد. در برخی موارد، حفظ حق شفعه و در برخی دیگر، انحلال عقد، اولویت خواهد یافت و در مواردی نیز اخذ به شفعه و انحلال بیع جمع می شوند. موارد سه گانه مذکور را می توان به شرح زیر به صورت دسته بندی شده بیان کرد:

الف- مواردی که حق شفعه مقدم بر انحلال بیع و یا مقدم بر سقوط تعهد به تسلیم میب است:

- ۱- اگر اخذ به شفعه قبل از اقاله انجام شود محلی برای اقاله باقی نخواهد ماند.
 - ۲- با انفساخ بیع بعد از اخذ به شفعه و قبل از تسلیم میب به شفیع، اگر چه اخذ به شفعه باطل نیست ولی چون خریدار نمی تواند میب را به شفیع تسلیم کند، حق گرفتن ثمن از شفیع و نگاهداری آن را ندارد. تلف میب در این حالت مانند این است که در رابطه بین خریدار و شفیع نیز یکی از دو عوض پیش از تسلیم تلف شده باشد. پس تلف موضوع تملک شفیع پیش از تسلیم سبب انفساخ شفعه می شود و ملکیت ثمن به او باز می گردد. در این فرض بایع باید ثمن را به مشتری و مشتری ثمن المثل را که از شفیع دریافت کرده است، باید به او مسترد دارد.
 - ۳- در اختیارات اعم از اینکه سبب خیار حین عقد موجود باشد (خیار شرط، خیار عیب، خیار تدلیس، خیار غبن) و یا بعد از عقد به وجود آید (خیار تأخیر ثمن، خیار تغلیس و خیار رویت و تخلف وصف) اگر مشروط له، مشتری باشد و اخذ به شفعه قبل از فسخ صورت گرفته باشد چون مشتری با اخذ به شفعه، ثمن قراردادی را از شفیع دریافت داشته است و نفع عقلایی در فسخ بیع ندارد لذا حق فسخ بیع را ندارد.
 - ۴- هر گاه بعد از اخذ به شفعه، خریدار و بایع بخواهند در مورد تعهد به تسلیم میب اقدام به تبدیل تعهد کنند به دلیل فقدان موضوع برای تبدیل تعهد، امکان تبدیل تعهد بین بایع و خریدار وجود ندارد.
- ب- مواردی که انحلال بیع و یا سقوط تعهد به تسلیم میب مقدم بر اخذ به شفعه است:
- ۱- اگر اقاله قبل از اخذ به شفعه انجام شود محلی برای اخذ به شفعه نمی ماند.
 - ۲- با انفساخ بیع پیش از اخذ به شفعه موضوعی برای اعمال حق شفعه باقی نمی ماند.
 - ۳- اگر بیع پیش از اخذ به شفعه فسخ شود، با بازگشت ملک به حالت قبل از بیع ضرر شفیع از بین می رود و گویی هیچ فروشی انجام نشده است. این قاعده حقوقی چه در مورد اختیارات قراردادی و چه اختیارات شرعی و بدون توجه به زمان ایجاد خیار (همزمان با عقد یا منفصل از آن)، صادق است.
 - ۴- در مورد مالکیت مافی الذمه بایع در اثر فوت خریدار که فقط پیش از اخذ به شفعه امکان وقوع دارد به دلیل بازگشت ملک به حالت قبل از بیع، ضرر شفیع از بین می رود و گویی هیچ فروشی انجام نشده است. لذا حق شفعه ساقط می شود.
 - ۵- در صورتیکه قبل از اخذ به شفعه، بایع و مشتری تعهد به تسلیم میب را تبدیل تعهد کنند به دلیل بازگشت ملک به

حالت قبل از بیع مبنای حق شفعه از بین می‌رود.

ج- مواردی که اخذ به شفعه با انحلال بیع قابل جمع است:

در خیار اعم از اینکه سبب خیار حین عقد موجود باشد (خیار شرط، خیار عیب، خیار تدلیس، خیار غبن) و یا بعد از عقد به وجود آید (خیار تأخیر ثمن، خیار تفلیس و خیار رویت و تخلف وصف) اگر مشروط له، بایع باشد و اخذ به شفعه قبل از فسخ صورت گرفته باشد اخذ به شفعه با اعمال خیار فسخ قابل جمع است. زیرا بعد از اعمال حق شفعه، فسخ بیع از سوی بایع واجد نفع عقلایی است. زیرا بایع می‌تواند با فسخ بیع بدل مبیع (قیمت یوم الفسخ) را از مشتری بگیرد.

منابع

- ۱- ابن براج. (۱۴۰۶). **المهذب**، ج ۱، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۲- ابن سعید حلّی. (۱۴۰۵). **الجامع للشرائع**، قم: موسسه سیدالشهدا.
- ۳- اصفهانی، ابوالحسن. (۱۳۹۳). **وسیله النجاه (کلیایگانی)**، ج ۲، قم: مهر استوار.
- ۴- امامی، حسن. (۱۳۹۲). **حقوق مدنی**، ج ۳، تهران: اسلامیة.
- ۵- انصاری، محمدعلی. (۱۴۱۵). **الموسوعه الفقهیة المیسره**، ج ۴، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- ۶- انصاری، مرتضی. (۱۴۱۵). **مکاسب**، ج ۵ و ۶، قم: کنگره.
- ۷- بیات، فرهاد. (۱۳۹۸). **شرح جامع قانون مدنی**، تهران: چاپ ارشد.
- ۸- جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۷). **المدونه**، تهران: گنج دانش.
- ۹- خویی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰). **منهاج الصالحین**، ج ۲، قم: مدینه العلم.
- ۱۰- روحانی، محمدصادق. (۱۴۳۵). **منهاج الصالحین**، ج ۲، بیروت: دار بلال.
- ۱۱- سبزواری، عبدالعلی. (۱۴۱۶). **مهذب الاحکام**، ج ۱۸، قم: موسسه المنار.
- ۱۲- شهید ثانی. (۱۴۱۰). **الروضه البهیة فی شرح اللمعه**، ج ۳ و ۴، قم: مکتبه الداوری.
- ۱۳- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۵). **سقوط تعهدات**، تهران: مجد.
- ۱۴- شهیدی، مهدی. (۱۳۸۸). **تشکیل قراردادها و تعهدات**، تهران: مجد.
- ۱۵- شیخ طوسی. (۱۳۸۷). **المبسوط**، ج ۳، تهران: مکتبه المرتضویة.
- ۱۶- شیخ طوسی. (۱۴۰۷). **الخلاف**، ج ۳، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۱۷- صافی، لطف‌الله. (۱۴۱۶). **هدایه العباد**، ج ۱، قم: دارالقرآن.
- ۱۸- صفایی، حسین، شعبانی، هادی. (۱۳۹۷). **وصیت، ارث، شفعه**، تهران: انتشار.
- ۱۹- عاملی، محمدجواد. (۱۴۱۹). **مفتاح الکرامه**، ج ۱۸، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- ۲۰- علامه حلّی. (۱۴۱۴). **تذکره الفقهاء**، ج ۱۲، قم: موسسه آل‌البیت لاحیاء التراث.
- ۲۱- علامه حلّی. (۱۴۲۱). **تحریر الاحکام**، ج ۴، قم: موسسه الامام صادق.
- ۲۲- فیاض، محمداسحاق. (بی‌تا). **منهاج الصالحین**، ج ۲، قم: مکتبه آیت‌الله فیاض.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۱). **دوره عقود معین: معاملات معوض - عقود تملیکی**، ج ۱، تهران: انتشار.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۴). **درس‌هایی از شفعه وصیت و ارث**، تهران: میزان.

- ۲۵- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۳ و ۵، تهران: انتشار.
- ۲۶- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۱). **نقد رویه قضایی**، تهران: جنگل.
- ۲۷- کاتوزیان، ناصر. (۱۴۰۲). **ایقاع**، تهران: میزان.
- ۲۸- کاویار، حسین. (۱۴۰۳). **شرط نتیجه منفی**، نشریه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۱۶(۳۷)، ۱۰۵-۱۴۰.
- ۲۹- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۸۴). **اخذ به شفعه**، تهران: نشر علوم اسلامی.
- ۳۰- میری، مهدی و همکاران. (۱۴۰۲). **امکان سنجی اخذ به شفعه در بیع متضمن خیار و تزاحم آنها**، مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوقی، ۱۷(۴۸)، ۷۹-۱۰۴.
- ۳۱- محمدی، ابوالحسن. (۱۳۷۷). **وصایا و شفعه**، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.
- ۳۲- مغنیه، محمدجواد. (۱۳۷۹). **فقه الامام جعفر الصادق**، ج ۴، قم: انصاریان.
- ۳۳- نجفی، محمدحسن. (بی تا). **جواهر الکلام**، ج ۲۳ و ۲۴ و ۳۷، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- ۳۴- یزدانیان، علیرضا. (۱۳۹۶). **مطالعات تطبیقی در حقوق تعهدات**، ج ۱، تهران: میزان.
- ۳۵- یکن، زهدی. (۱۹۴۵). **الشفعه**، بیروت: مکتبه صادر.