

مفهوم مطالبه مورد شفعه و آثار آن در فقه و حقوق ایران؛ بررسی و تحلیل ماده ۸۱۸ قانون مدنی

اقبال علی میرزائی^۱

چکیده

ذکر واژه «مطالبه» در ماده ۸۱۸ قانون مدنی نویسندگان حقوق را شگفت زده کرده است. مطابق با قسمت اخیر این ماده، مشتری نسبت به تلف و خرابی و عیبی که بعد از اخذ به شفعه و مطالبه حادث شده، مسئولیتی ندارد، مگر اینکه تعدی یا تفریط کرده باشد. در حالی که به موجب ماده ۶۳۱ قانون مدنی چنانچه امین پس از مطالبه مورد امانت از تسلیم آن امتناع کند، مسئول تلف و هر عیب و نقص خواهد بود، هر چند تعدی یا تفریط نکرده باشد. از این رو، همه نویسندگان حقوق مدنی حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی را مخالف با قواعد مطالبه می دانند. با وجود این، باید گفت: در تدوین ماده ۸۱۸ قانون مدنی از ساختار شفعه و اصول حاکم بر آن پیروی شده و به همین دلیل، احکام مربوط به درخواست تسلیم مورد شفعه از قواعد حاکم بر امانات جدا شده است. بر این مبنا، پس از وقوع اخذ به شفعه، خواه مورد شفعه مطالبه شده باشد یا نه، مشتری تنها در صورت تعدی یا تفریط ضامن است. افزون بر این، مسئولیت خریدار نسبت به تلف یا خرابی و عیب مورد شفعه پس از اخذ آن، تابع احکام معامله، از جمله ضمان معاوضی، نیست. هم چنین، پیش از اخذ به شفعه مشتری مالک است و به همین جهت، نسبت به تلف یا خرابی مال مسئولیت ندارد.

واژگان کلیدی: مسئولیت، تلف، اتلاف، خرابی، عیب، تعدی، تفریط

مقدمه

به موجب ماده ۸۱۸ قانون مدنی:

«مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه درید او حادث شده باشد، ضامن

نیست و همچنین است بعد از اخذ به شفعه و مطالبه، در صورتی که تعدی یا تفریط نکرده باشد».

مقررات این ماده از دو بخش تشکیل شده است: مطابق با بخش نخست آن، مشتری نسبت به تلف یا عیب مورد شفعه پیش از اخذ به شفعه هیچ مسئولیتی ندارد. در نوشته های فقهی، نوع ضمان نفی شده و علت آن بسیار بحث شده است. لیکن، در نوشته های حقوق از این موضوع یادی نشده است و تنها برخی نویسندگان (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص ۳۹۹-۴۰۵) گفته اند: نکته ای که از نظرها پنهان مانده این است که اگر خریدار بدون اذن شریک دیگر (شفیع) در ملک مشاع تصرفی کند و خسارتی به بار آورد، طبق قواعد عمومی مسئولیت مدنی در برابر شریک دیگر از این جهت که ملک (سهم) او را از بین برده، ضامن است. اما از این جهت که موضوع حق شفعه را از بین برده است مسئولیتی ندارد (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص ۴۰۱). به دیگر سخن، در بخش نخست ماده ۸۱۸ قانون مدنی حکم تلف جزئی یا کلی سهم مشاع فروخته شده پیش از اخذ به شفعه معین شده است.

^۱. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران. e.alimirzaei@uok.ac.ir

با وجود این، تأیید نظر بالا مستلزم پذیرش تکرار شدن مقررات تصرف در مال مشاع در مبحث اخذ به شفعه است و به همین جهت، برخی احکام و مقررات شفعه از جمله ماده ۸۱۸ قانون مدنی را زاید و بی فایده می گردانند. به ویژه که سخن گفتن از اتلاف مورد شفعه توسط خریدار و عدم مسئولیت او پیش از اخذ به شفعه با اصول و قواعد حاکم بر مال مشاع مخالفت دارد. زیرا، مشتری با وقوع بیع، مالک سهمی از مبیع می شود و تصرف مادی در مال مشترک بدون رضای شریک موجب ضمان است (ماده ۵۸۲ قانون مدنی). در حالی که ماده ۸۱۸ قانون مدنی مسئولیت خریدار را پیش از اخذ به شفعه منتفی دانسته است.

بر این مبنای، به نظر می رسد: مقررات ناظر به تخریب بنای مورد شفعه یا تغییر آن توسط مشتری (ماده ۸۱۸ قانون مدنی) و نیز ایجاد مستحدثات پیش از اخذ به شفعه (ماده ۸۱۹ قانون مدنی) منصرف از مورد شفعه مشاع است و در واقع، ناظر به فرضی است که حق شفعه به علت اشتراک در ممر و مجرا ثابت می شود. یعنی، در این موارد مشتری در مال مفروز خود تصرفاتی را انجام می دهد و به همین دلیل، مسئولیتی ندارد. به علاوه، چنان که برخی فقیهان امامیه (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۶۱۸) دریافتند، امکان تصرفات مستقل مشتری در فرض تقسیم مورد شفعه به دستور حاکم که در صورت غیبت شفیع واقع می شود متصور است. به ویژه که حق شفعه برای شریک غایب تا زمان حضور او و اطلاع از وقوع بیع باقی است.

اکنون با معلوم شدن محل بحث، حکم بخش نخست ماده ۸۱۸ قانون مدنی استثنا یا ناقض قواعد مال مشاع به شمار نمی رود و هم چون قسمت دوم ماده ۸۱۸ فوق که ناظر به مسئولیت مشتری پس از اخذ به شفعه است، با اصول حاکم بر حق شفعه هماهنگ است. با وجود این، به زعم برخی نویسندگان (عدل، ۱۳۴۲، ص ۵۱۱-۵۱۰) در تدوین بخش دوم ماده ۸۱۸ یادشده اشتباه رخ داده و ذکر واژه «مطالبه» زاید و لغو است. نیز، به نظر برخی (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۰۳-۳۰۰؛ محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۰۷-۹۸)، حکم قسمت اخیر ماده ۸۱۸ خلاف اصول حاکم بر قانون مدنی تلقی شده است. بدین بیان که مطابق بخش اخیر ماده ۸۱۸ قانون مدنی، مشتری پس از اخذ به شفعه و مطالبه نسبت به عیب و خرابی و تلف مورد شفعه که نزد او حادث شده، ضامن نیست، مگر اینکه تعدی یا تفریط کرده باشد. در حالی که پس از اخذ به شفعه خریدار مالکیت ندارد و باید مورد شفعه را به شفیع تسلیم کند. پس، چنانچه با وجود مطالبه مشتری از تسلیم مورد شفعه امتناع و مسامحه کند، از آن پس در حکم امین نیست بلکه، مانند غاصب با او رفتار می شود و ضمانت اجرای آن، مطابق مواد ۲۷۸ و ۶۳۱ قانون مدنی، مسئولیت مطلق در مورد عیب و خرابی مال غصب شده است. اما، این اثر انقلابی (تبدیل ید امانی به ضمانتی) در ماده ۸۱۸ نیامده است (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۰۲).

همین دیدگاه در سایر نوشته های حقوقی (امامی، ۱۳۸۷: ۶۱/۳-۶۰؛ بروجردی عبده، ۱۳۸۰: ۳۱۴؛ حائری شهابی، ۱۳۸۲، ص ۷۱۶؛ قاسم زاده، ۱۳۹۱، ص ۶۷-۶۵) رایج است و بیشتر حقوق دانان ظاهر ماده ۸۱۸ قانون مدنی، به ویژه واژه مطالبه را نادیده گرفته اند. حتی، در برخی تحقیقات تازه (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص ۴۰۵) پس از طرح بحث و استدلال های مختلف، از اجرای قواعد مطالبه امانات در مورد مسئولیت خریدار دفاع شده است.

با وجود این، مطالعه در منابع فقهی و دقت در احکام و قواعد شفعه ما را به نتیجه مخالف می رساند. از این رو، به موجب فرضیه اصلی این تحقیق، حکم قسمت دوم ماده ۸۱۸ قانون مدنی بر مبنای قواعد و ساختار اخذ به شفعه- به

عنوان ایقاع معوض - استوار است و از قواعد مطالبه امانات تبعیت نمی کند. به منظور اثبات این فرضیه ابتدا لازم است مفهوم مطالبه مورد شفعه در فقه و حقوق مطالعه و روشن شود تا زمینه بحث فراهم آید؛ سپس آثار مطالبه و درخواست مورد شفعه تبیین و مورد تحلیل واقع شود. پژوهش حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با مراجعه به منابع کتابخانه ای انجام شده است.

۱. مفهوم مطالبه مورد شفعه در اصطلاح فقه و حقوق

۱-۱. مطالبه پیش از اخذ به شفعه

در نوشته های فقهی متقدم (ابن زهره، بی تا، ص ۲۳۸-۲۳۷؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۱) هنگام بحث از اعمال حق شفعه، اصطلاح مطالبه یا طلب شفعه به کار رفته است. اما، از زمان شیخ طوسی و پس از آن اصطلاح اخذ به شفعه رایج شده است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳، ص ۱۱۶). برخی از فقها (علامه حلی، بی تا، ج ۲، ص ۳۸۶؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۷۱) با تفکیک بین دو مفهوم یاد شده معتقدند: شفع با مطالبه مورد شفعه، مالک آن نمی شود بلکه، تملک مال شفعه با اخذ آن محقق می شود. به علاوه، در مقام تبیین مفهوم مطالبه گفته شده است: چنانچه شفع اظهار کند که می خواهد شفعه کند این کلام دلالت بر تمایل و رغبت به تملک مورد شفعه دارد. بدیهی است، صرف داشتن رضا و میل به تملک، موجب ایجاد مالکیت نمی شود (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۴۶). به همین جهت، برخی محققان معتقدند: در اصطلاح فقهی مراد از مطالبه مورد شفعه، همان اخذ به شفعه و انشای تملک مورد شفعه است (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۴۶۹). به ویژه که سخن گفتن از مطالبه پیش از اخذ به شفعه، فایده عملی به همراه ندارد.

با وجود این، برخی فقها تلاش کرده اند برای مفهوم مطالبه پیش از اخذ به شفعه، فایده عملی بیابند. از این رو گفته اند: در صورتی که مورد شفعه پس از مطالبه آن تلف یا ناقص شود، مشتری ضامن است. زیرا، با درخواست مورد شفعه استحقاق شفع نسبت به آن ثابت می شود و نقض این حق باعث مسئولیت است (صیمری، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۱۱۲). اما، برخی محققان ایراد کرده اند: استحقاق شفع برای تملک مورد شفعه، مفهومی جز حق شفعه ندارد و حق مزبور به مجرد وقوع بیع میان شریک و مشتری به وجود می آید. از این رو، مطالبه یا درخواست اعمال حق شفعه، چیزی بر حقیقت آن نمی افزاید و صرفاً تأکیدی بر وجود حق مزبور است. به دیگر سخن، پیش از اخذ به شفعه، خواه حق شفعه مطالبه شده باشد یا نه، مبیع ملک مشتری است و او مانند هر مالکی حق همه گونه تصرف در ملک خود دارد و مطابق قاعده، تصرف مالکانه هیچ گاه موجب ضمان نیست (بحرانی، بی تا، ج ۲۰، ص ۳۲۴-۳۲۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۲؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۳۲۴).

ممکن است گفته شود: با درخواست حق شفعه، مشتری از نیت و تصمیم شفع باخبر می شود و چه بسا به قصد از بین بردن حق شفع، بخواهد مورد شفعه را تلف یا معیوب کند. پس، به منظور حفظ حق شفع می توان برای مطالبه اثر حقوقی شناخت تا مشتری را از تعدی و تفریط باز دارد. لیکن، در پاسخ می توان گفت: همان گونه که مشهور فقها (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۰۹-۱۰۸؛ نجفی، ۱۴۳۲، ج ۲۳، ص ۳۳۸) پذیرفته است، اخذ به شفعه عمل حقوقی تشریفاتی نیست. بنابراین، شفع در مقام اعمال حق خود می تواند بی درنگ اخذ به شفعه کند. در این صورت، مبیع به

مالکیت او در می آید و از این پس، هر گونه تعدی یا اتلاف مورد شفعه موجب مسئولیت مشتری خواهد شد. در نتیجه، بحث از مطالبه پیش از اخذ به شفعه فایده عملی ندارد و به همین دلیل، این مفهوم وارد قانون مدنی نشده است.

۲-۱. مطالبه به معنای اخذ به شفعه

در برخی نوشته های فقهی دو اصطلاح مطالبه و اخذ به شفعه معادل با یکدیگر به کار رفته است (نجفی، ۱۴۳۲، ج ۳۷، ص ۳۳۸). اما، در برخی نوشته ها تنها از مطالبه یا طلب شفعه یاد شده است (طباطبایی حائری، ۱۴۰۹، ص ۱۴۶؛ محقق سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۵۴۸-۵۴۷) و برخی فقها، فقط اصطلاح اخذ به شفعه را به کار گرفته اند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ص ۳۲۸). نویسندگان قانون مدنی نیز این اصطلاح را ترجیح داده اند و در ماده های ۸۱۴، ۸۱۶، ۸۱۷، ۸۱۹، ۸۲۰ قانون مزبور آورده اند.

مفهوم اخذ به شفعه، به عنوان ایقاع معوض، در نوشته های فقه و حقوق کم و بیش شناخته شده است. با وجود این، تحقق اخذ به شفعه، در عمل مراحل و مقدماتی دارد. بحث ها از اینجا آغاز می شود و یکی از فایده های آن، در مورد آثار اخذ به شفعه و تصرف مشتری نسبت به مورد شفعه به چشم می آید. به موجب ماده ۸۲۱ قانون مدنی و مطابق با نظر مشهور فقها حق شفعه فوری است. پس، اخذ به شفعه باید بی درنگ واقع شود (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۷۸۱-۷۸۲؛ شیخ طوسی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۱۰۹-۱۰۸) و چنانچه بدون عذر موجه اقدامی نکند یا به جهت ناتوانی از پرداخت ثمن، اخذ به شفعه را به تأخیر اندازد، حق او از بین می رود (حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۲؛ اصفهانی، ۱۳۸۰، ص ۳۸۵). به این ترتیب، در مقام اخذ به شفعه، انجام دو اقدام از طرف شفیع لازم است: انشای اخذ به شفعه و پرداخت ثمن معامله.

با وجود این، در مورد اثر پرداخت ثمن در مقام اخذ به شفعه، بین فقها اختلاف است: به نظر گروهی از آنان (حلی، ۱۴۰۵، ص ۳۰۱؛ فیض کاشانی، بی تا، ج ۳، ص ۷۷؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۶۷) لزوم پرداخت ثمن از شرایط ایجاد حق شفعه است و در صورتی که شریک توان پرداخت نداشته باشد، اساساً حق شفعه ندارد. گروهی دیگر (حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۵۶) معتقدند: ناتوانی از پرداخت ثمن موجب سقوط حق شفعه می شود و به نظر دسته سوم، انتقال مالکیت مورد شفعه هنگام قبض کردن آن پس از دادن ثمن محقق می شود. بر این مبنا، چنانچه شفیع نتواند ثمن را در فوریت پرداخت کند، مورد شفعه در مالکیت مشتری باقی می ماند، نه اینکه با انشای شفعه به شفیع منتقل شود و بعد به ملک مشتری بازگردد (خویی، بی تا، ص ۷۷). از این رو، برخی نویسندگان، اخذ به شفعه را ایقاع عینی می دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۴۱۰). یعنی، وقوع تملک به موجب اخذ به شفعه منوط به دادن ثمن است و صرف اظهار قصد و رضای شفیع موجب تملک نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۶۳). برخی هم در این باره استدلال کرده اند: مطابق با ماده ۸۰۸ قانون مدنی: «... شریک ... حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند». بنابراین، نویسندگان قانون مدنی از میان عقاید رایج در فقه، نظری را برگزیده اند که تملک مورد شفعه را منوط به دادن ثمن می کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۲۴۵-۲۴۴). به دیگر سخن، مطابق با ظاهر ماده ۸۰۸ قانون مدنی، تملک مورد شفعه پیش از تسلیم ثمن محقق نمی شود.

در مقابل، برخی دیگر از فقها (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۷۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۴۷)، وقوع تملک را به مجرد انشای اخذ به شفعه محقق دانسته و تسلیم ثمن را مقدمه برای قبض مورد شفعه می دانند، نه شرط تملک آن. بر این اساس، در صورت رضایت مشتری، شفیع می تواند بدون پرداخت ثمن، اخذ به شفعه کند. لیکن، در مقام مبادله و تسلیم ثمن و مورد شفعه، حق مشتری مقدم است و به همین جهت، شفیع باید ابتدا ثمن را تسلیم کند (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۲۷). مگر اینکه مشتری رضایت دهد که ثمن بر ذمه شفیع باقی بماند (شهید اول، ۱۴۱۲، ص ۱۴۸).

بر این مبنا، حصول مالکیت مورد شفعه فرع بر پرداخت ثمن نیست. لیکن، شفیع پیش از پرداخت ثمن، حق درخواست تسلیم مبیع را ندارد. برخی محققان در تبیین علت و مبنای حق تقدم مشتری معتقدند: از آنجا که اخذ به شفعه معاوضه فوری است و بدون رضای مشتری واقع می شود، برای جبران این الزام ناخواسته، به او حق داده شده است ابتدا ثمن را بگیرد تا با ضرر احتمالی ناشی از تأخیر آن رو به رو نشود (بحرانی، بی تا، ج ۲۰، ص ۳۱۹-۳۱۸). به علاوه، روایات ناظر به شفعه مبنی بر استحقاق شفیع نسبت به مورد شفعه در مقابل ثمن^۱ بیش از این دلالت ندارد که اخذ به شفعه رایگان نبوده و تملک مورد شفعه در برابر عوض (ثمن معامله) واقع می شود. لیکن، دلیل شرعی وجود ندارد که تملک مورد شفعه منوط به دادن ثمن باشد. به ویژه که مطابق با اصول حاکم بر معاوضه، نقل و انتقال مالکیت، متوقف بر قبض عوض یا معوض نیست (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۵۳۶). نویسندگان قانون مدنی به این اصول و قواعد پایبند مانده اند و در هیچ ماده ای به صراحت، قبض ثمن را شرط صحت اخذ به شفعه قرار نداده اند.

در نتیجه، اخذ به شفعه تنها به اراده شفیع واقع می شود و بر اثر آن مبیع به مالکیت شفیع در می آید. لیکن، برای حفظ حق مشتری، ثمن بایع باید فوری پرداخت شود و چنانچه ثمن در فوریت پرداخت نشود، اخذ به شفعه بی اثر می شود. بر این مبنا، مالکیت شفیع را پس از اخذ به شفعه و پیش از تسلیم ثمن، متزلزل است (شوشتری، بی تا، ص ۲۰۸). یعنی، در صورتی که شفیع ثمن را فوری نپردازد و یا در فرضی که برای پرداخت ثمن مهلت گرفته است، آن را سر وعده پرداخت نکند، مشتری می تواند شفعه را فسخ کند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۴۶۸) و به تعبیری، در صورت عدم پرداخت ثمن، اخذ به شفعه خود به خود منفسخ می شود.

بر این مبنا، در فاصله زمانی بین اخذ به شفعه و انفساخ آن، مالکیت مورد شفعه متعلق به شفیع است و به همین جهت، تصرف مشتری نسبت به آن تصرف در مال غیر محسوب می شود و ممنوع است. از این رو، به حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی، پس از وقوع اخذ به شفعه، مشتری نباید نسبت به مورد شفعه تعدی یا تفریط کند. به دیگر سخن، سرآغاز مسئولیت مشتری نسبت به مورد شفعه، زمان انتقال مالکیت آن است نه درخواست تسلیم مورد شفعه.

۳-۱. مطالبه مورد شفعه پس از اخذ آن

چنان که پیش تر اشاره شد، سخن از مطالبه مورد شفعه، به معنای درخواست تسلیم آن پس از اخذ به شفعه، نزد فقها چندان رایج نیست. تنها در نوشته های برخی فقهای معاصر از آن یاد شده است (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۱؛

^۱ قال (ع): «الشفعة فی البیوع اذا کان شریکاً فهو احق بها من غیره بالثمن؛ حق شفعه در بیع جاری است و شریک برای تملک مبیع با پرداخت ثمن بر دیگران اولویت دارد» (حر عاملی، بی تا، ج ۲۵، ص ۳۹۵).

صافی گلپایگانی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۳۴۸). با وجود این، آرای این دسته از فقها با حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی مطابقت ندارد. از این رو، باید گفت: نویسندگان قانون مدنی با آوردن واژه مطالبه در این ماده دست به ابداع زده اند. اما، نویسندگان حقوق مدنی نسبت به این نوآوری اعتنایی نکرده اند. برخی نویسندگان (امامی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۶۱؛ حائری شهاباغ، ۱۳۸۲، ص ۷۱۷؛ بروجردی عبده؛ ۱۳۸۰، ص ۳۱۴) واژه «مطالبه» را در ماده ۸۱۸ قانون مدنی نادیده گرفته اند و برخی هم (عدل، ۱۳۴۲، ص ۵۱۱-۵۱۰) این واژه را زاید و ناشی از اشتباه در قانونگذاری دانسته و برای رفع این اشتباه تلاش کرده اند. از این رو، گفته شده است: اگر شفیع اخذ به شفعه کند و تسلیم مورد شفعه را خواستار شود، تا زمانی که مشتری آن را تسلیم نکرده مانند غاصب ضامن هر نقص و خرابی است. هر چند تعدی یا تفریط نکرده باشد و یا وقوع عیب و تلف مستند به او نباشد. بنابراین، حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی که عدم ضمان مشتری را پس از مطالبه مورد شفعه مقید به صورت عدم تعدی یا تفریط کرده است، با قاعده عمومی که امین را پس از درخواست امانت و امتناع از تسلیم آن در حکم غاصب قرار می دهد، سازگاری ندارد و به همین جهت باید اصلاح شود. در مقام اصلاح ماده مزبور شایسته است واژه مطالبه پیش از عبارت اخذ به شفعه قرار گیرد (عدل، ۱۳۴۲، ص ۵۱۱-۵۱۰).

با وجود این، نظر اصلاحی که پیشنهاد شده نه تنها مسأله را حل نمی کند بلکه، دشواری می آفریند: چنان که گذشت، درخواست مورد شفعه پیش از اخذ به شفعه چرا تأکید بر وجود حق شفعه تأثیری ندارد. بیگمان، تا زمانی که اخذ به شفعه انشاء نشده است، مال در ملک مشتری باقی است. بنابراین، چگونه میتوان از تعدی یا تفریط مالک یا مسئولیت او نسبت به ملک خود سخن گفت؟

از این رو، برخی نویسندگان احتمال داده اند: واژه مطالبه در بند دوم ماده ۸۱۸ قانون مدنی به معنای مطلع ساختن خریدار از وقوع اخذ به شفعه است و از تاریخ آگاهی تملک مورد شفعه و الزام به تسلیم آن ایجاد می شود. هر چند، حضور خریدار از شرایط وقوع عمل حقوقی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۲۷۱-۲۷۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۵۱۰).

با وجود این، چنان که گذشت، مالکیت شفیع در زمان انشای شفعه محقق می شود و فرع بر اطلاع مشتری از وقوع شفعه نیست. بر این مبنا، اگرچه پیش از اطلاع خریدار از وقوع شفعه سخن از الزام او به تسلیم مورد شفعه معنایی ندارد اما، مطابق با قواعد شفعه، الزام مشتری به تسلیم پس از اطلاع او نیز، بدون پرداخت ثمن، ممکن نیست. به دیگر سخن، شفیع پس از انشای اخذ به شفعه تا زمانی که ثمن را نپرداخته است، استحقاق درخواست تسلیم مورد شفعه را ندارد. در نتیجه، اطلاع از وقوع شفعه به خودی خود الزام برای مشتری نسبت به تسلیم مورد شفعه به وجود نمی آورد.

۲. تأثیر اخذ به شفعه و مطالبه مورد شفعه بر مسئولیت مشتری

۲-۱. ضمان تلف، خرابی و عیب مورد شفعه پیش از اخذ آن

چنان که در بیشتر نوشته های فقهی (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۷۲؛ وحید خراسانی، بی تا، ص ۹۱؛ سبزواری، بی تا، ج ۱۸، ص ۱۵۰؛ سیستانی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۰۴) آمده است، در صورتی که مورد شفعه تلف شود و چیزی از آن باقی نماند، حق شفعه به علت از بین رفتن موضوع آن منتفی می شود. زیرا، حق عینی در صورت زوال عین، به تبع آن، از بین می رود. بر این مبنا، در ماده ۸۱۸ قانون مدنی مقرر شده است: «مشتری نسبت به تلفی که قبل از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد ضامن نیست ...». خواه تلف ناشی از حادثه خارجی باشد یا به فعل خریدار واقع

شود(کاتوزیان: ۱۳۹۰، ص ۳۰۳). زیرا، تلف از مال مشتری واقع شده و هیچ کس ضامن تلف مال خود نیست(امامی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۶۰). به دیگر سخن، چنانچه تلف مورد شفعه بر اثر حوادث قهری باشد، مشتری تفریط نکرده است تا ضامن باشد و اگر خودش آن را تلف کند، مال خود را از بین برده است و در هر صورت ضمان منتفی است (شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۱۶).

با وجود این، درباره اصل ضمان و نوع مسئولیت مشتری در فرض خرابی مورد شفعه در میان فقیهان امامیه بحث و اختلاف است. به نظر برخی فقیهان(شهید اول، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۶۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۵۴-۲۵۳)، در صورتی که در بنای مورد شفعه خرابی به هم رسد؛ خواه مشتری به منظور بازسازی خانه را خراب کند و یا بنا بر اثر زلزله آوار شود، شفیع مخیر است بین اینکه حصه میبوه را به همان صورت شفعه کند یا اینکه از حق خود صرف نظر کند و اخذ به شفعه را ترک نماید. پس، چنانچه بخواهد شفعه کند، باید تمام ثمن را پردازد و عرصه را به همراه آنچه موجود است از قبیل مصالح بنایی و اسباب و ادوات موجود^۱ تملک نماید^۲.

اما، به نظر برخی فقها(شیخ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۲۶؛ محقق حلی، ۱۴۱۰، ص ۲۵۰) در صورتی که خرابی و عیب مورد شفعه به علت حوادث قهری و عوامل خارجی از جمله فعل ثالث باشد، مشتری ضمان ندارد و بر این مبنا، شفیع در صورت اخذ به شفعه باید تمام ثمن را پردازد^۳. زیرا، کاستن از ثمن در برابر عیب و نقصی که مشتری سبب آن نشده موجب ضرر و ظلم در حق او می شود. در حالی که اصولاً هیچ ضرری با ضرر جبران نمی شود. لیکن، اگر خرابی و عیب بر اثر عمل مشتری باشد، مانند اینکه درختان یا اعیانی دیگر را از بین ببرد و یا بنا را خراب کند، ضمان و مسئولیت دارد و منظور از ضمان مشتری نسبت به عیب و خرابی مورد شفعه پیش از اخذ به شفعه، کاستن از ثمن و به تعبیری عدم استحقاق تمام ثمن است(فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۳) و در مقابل، مراد از عدم مسئولیت مشتری، حق دریافت ثمن معامله به طور کامل است(محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۱۹؛ محقق سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۵۴۸).

بعضی فقیهان، میان دو فرض تفکیک کرده اند و معتقدند: در صورتی که بنای مورد شفعه عیبی داشته باشد، مانند اینکه دیوارها ترک بردارد یا ستون ها کج شود، ضمانی بر مشتری نیست(شیخ طوسی، بی تا، ج ۳، ص ۴۳۸). زیرا، در این فرض عیب و نقصان در صفات و کیفیات مبیع ایجاد شده و مطابق قواعد و احکام معاملات، اجزاء ثمن

^۱. در نوشته های فقهی از این موارد با عناوین، «انقاض» و «آلات» یاد شده است. به نظر فقیهان امامیه، موارد مزبور جزء مورد شفعه است و به تملک شفیع در می آید. هر چند بر اثر ریختن بنا جدا شده و به صورت منقول درآمده باشد (محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۷۸۳). از این رو، برخی فقیهان امامیه(علامه، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۶۶) در برابر عقیده بعضی فقه های عامه مبنی بر اینکه آنچه از بنا جدا شده و به صورت منقول درآمده قابل شفعه نخواهد بود، استدلال کرده اند: ملاک تعیین مورد شفعه وضعیت مبیع در زمان ایجاد حق شفعه یعنی هنگام بیع است و تغییر بعدی آن نباید در حقی که پیش تر ثابت شده است مؤثر افتد.

^۲. برخی (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۱) هم تصریح کرده اند: چنانچه مشتری پیش از آگاهی از اخذ به شفعه، مورد شفعه را ناقص یا معیوب کند، هیچ مسئولیتی ندارد. یعنی، مستحق تمام ثمن است.

^۳. لیکن، برخی فقیهان معتقدند: چنانچه نقص و عیب بر اثر فعل ثالث باشد، از ثمن کاسته می شود. زیرا، مشتری خسارت ناشی از آن را از عامل زیان دریافت کرده است (علامه، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۶۶) و به همین جهت با کاستن ثمن ضرری نمی بیند.

در برابر اجرای مبیع قرار دارد ولی، هیچ جزئی از ثمن در برابر اوصاف مبیع قرار نمی‌گیرد. از این رو، در برابر فقدان اوصاف به علت عیوب حادث نزد مشتری نمی‌توان چیزی از ثمن کاست (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۱۸). در مقابل، چنانچه بخشی از مبیع تلف شود، مانند اینکه سیل بنای خانه را فرو ریزد یا اینکه قسمتی از عرصه را از بین ببرد، شفیع می‌تواند آنچه را که موجود است با پرداخت حصه آن از ثمن شفعه کند (حلی، ۱۴۰۵، ص ۳۰۳؛ محقق سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۵۴۸).

لیکن، برخی فقیهان (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۶۹)، حکم به تقسیط ثمن را حتی در موردی که تلف جزئی مبیع بدون دخالت و اقدام مشتری باشد، نزدیک به قواعد یافته‌اند. برخی هم (فیض کاشانی، بی تا، ص ۸۲-۸۱) به طور کلی گفته‌اند: چنانچه بخشی از مبیع که جزئی از ثمن در برابر آن قرار می‌گیرد به هر علت تلف شود، بنابر قول قوی‌تر، مشتری ضامن است. بعضی محققان (فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۴-۲۱۳) در مقام تأیید و تقویت این عقیده گفته‌اند: در فرضی که بخشی از مبیع وجود ندارد، در واقع، قسمت مزبور قابل شفعه نیست و ثمنی در برابر آن قرار ندارد. بلکه، تنها بخش موجود قابل شفعه است و فقط ثمن آن قابل پرداخت است. هم چنان که اگر بخشی از مبیع منقول باشد، قابلیت اخذ به شفعه ندارد و به همین جهت، شفیع می‌تواند ثمن آن را کسر بگذارد. یعنی، ضرر مشتری در چنین مواردی که تبعیض در اخذ به شفعه رخ داده، مانع از اخذ نمی‌شود.

بعضی فقها (فیض کاشانی، بی تا، ص ۸۱) از این هم پیش‌تر رفته‌اند و معتقدند: در صورتی که عیب مبیع بر اثر عمل مشتری ایجاد شده، ضامن او محقق است و شفیع می‌تواند از ثمن معامله کم کند. برخی (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۶۵) هم افزوده‌اند: عیب مورد شفعه در دست مشتری مانند معیوب شدن آن در دست فروشنده است؛ در هر بیعی اگر مبیع پیش از تسلیم معیوب شود، مشتری حق ارش دارد. اجرای همین قاعده در شفعه قابل توجیه است. وگرنه با پرداخت تمام ثمن در برابر مال معیوب، اکل مال به باطل محقق شده است.

با وجود این، قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقیهان امامیه، اجرای کامل قواعد بیع از جمله حکم ارش را در مورد شفعه نپذیرفته و استحقاق شفیع نسبت به اخذ ارش را تابع حق مشتری دانسته است. مطابق با ماده ۸۲۰ قانون مزبور، تنها در صورتی که مشتری ارش گرفته باشد، شفیع در موقع اخذ به شفعه مقدار ارش را از ثمن کسر می‌گذارد. افزون بر این، به موجب ماده ۸۱۸ قانون مدنی، مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه نزد مشتری حادث شده باشد، ضامن نیست. یعنی، نه تنها در مورد عیب مبیع که حتی در فرض خرابی (تلف جزئی) مورد شفعه، شفیع نمی‌تواند از ثمن کسر بگذارد.

برخی محققان در مقام تأیید این دیدگاه استدلال کرده‌اند: قیاس بین احکام شفعه و قواعد بیع جایز نیست؛ هدف از برقراری حق ارش برای مشتری جبران ضرر ناخواسته است که با عدم امکان فسخ بیع در موارد سقوط خيار عیب ایجاد می‌شود. در حالی که شفیع هیچ الزامی برای اخذ به شفعه ندارد تا برای رفع ضرر ناشی از آن بتواند مقدار ارش را کسر بگذارد. حتی در فرضی که بخشی از مورد شفعه از بین رفته باشد، شفیع مجبور نیست اخذ به شفعه کند بلکه، مخیر

^۱ . برخی محققان از قواعد عمومی ارش در قراردادها دفاع کرده‌اند (بهروزی راد، الماسی و قنوتی، ۱۳۹۹).

است از حق خود صرف نظر کند یا اینکه تمام ثمن را بپردازد و آنچه را که موجود است شفعه کند و در صورت اخیر، تملک مورد شفعه با رضای کامل او واقع می‌شود و به همین جهت، اکل مال به باطل (بدون تراضی)، در این موارد صدق نمی‌کند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۸، ص ۶۱۸).

در نتیجه، تفاوتی ندارد که علت نقص و عیب مورد شفعه تقصیر مشتری بوده یا عوامل خارجی سبب آن باشد. در هر صورت، شفیع نمی‌تواند چیزی از ثمن بکاهد بلکه، اختیار دارد از حق خود بگذرد و یا با پرداخت تمام ثمن، مبیع را با وضعیت موجود شفعه کند. گذشته از اینکه در مورد تلف و عیب ناشی از عمل مشتری، ضمان اتلاف بر عمل او صدق نمی‌کند (حسینی روحانی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۳۵۸)، مطابق با اجماع فقیهان امامیه مشتری نسبت به تلف، خرابی و عیب مبیع پیش از اخذ به شفعه که به علت خارجی واقع شده است، مسئولیتی ندارد (نجفی، ۱۴۳۲، ج ۳۷، ص ۳۶۵). یعنی، عقیده به تحقق ضمان معاوضی بر مبنای قیاس بین احکام شفعه و بیع، ممکن نیست. همین دیدگاه به موجب ماده ۸۱۸ قانون مدنی پذیرفته شده است. افزون بر این، به نظر مشهور فقها، در صورت وجود عیب و نقص مورد شفعه و جهل شفیع نسبت به آن، حق فسخ شفعه وجود دارد (علامه حلی، بی تا، ج ۲، ص ۱۴۹).

۲-۲. ضمان تلف، خرابی و عیب مورد شفعه پس از اخذ آن

به موجب ماده ۸۰۸ قانون مدنی و مطابق با نظر مشهور فقیهان امامیه، حق شفعه در مال غیر منقول به وجود می‌آید. بدیهی است، تلف کامل مورد شفعه (مانند کمال عرصه) کمتر اتفاق می‌افتد. به همین جهت، برخی فقیهان (سبزواری، بی تا، ج ۱۸، ص ۱۵۲)، فایده عملی این بحث را روشن شدن حکم موارد تلف جزئی و عیب مورد شفعه دانسته‌اند. به هر حال، در فرضی که مورد شفعه پس از اخذ به شفعه و پیش از قبض آن به طور کامل از بین برود، این احتمال به ذهن می‌آید که قاعده تلف مبیع قبل از قبض حاکمیت می‌یابد و به همین جهت، اخذ به شفعه منفسخ می‌گردد. به ویژه که به نظر فقیهان و حقوقدانان قاعده ضمان معاوضی محدود به عقد بیع نیست و در تمام معاوضات جاری است (مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۵۶-۴۵۴؛ کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۸۹-۱۸۸).

با وجود این، قیاس بین احکام شفعه و معاوضات، نزد فقیهان امامیه پذیرفته نیست. چنان که برخی محققان تصریح کرده‌اند: اخذ به شفعه بیع یا معامله جدید نیست و به همین جهت از تمامی احکام و قواعد بیع پیروی نمی‌کند (سبزواری، بی تا، ج ۱۸، ص ۱۶۳). از این رو، چنانچه مبیع پس از اخذ به شفعه و قبل از قبض تلف شود، تلف از مال مشتری نیست (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۱). در نتیجه، اگر شفیع ثمن را پرداخته باشد ولی مورد شفعه قبل از قبض آن بدون اهمال و تقصیر مشتری تلف شود، حق استرداد ثمن را ندارد و یا در صورتی که برای تأدیه ثمن مهلتی گرفته باشد، در صورت تلف مبیع پیش از قبض، باید ثمن را بپردازد.

مفاد ماده ۸۱۸ قانون مدنی همین عقیده را تأیید کرده است. مطابق با قسمت دوم ماده مزبور در صورت تلف مورد شفعه پس از اخذ آن و پیش از تسلیم چنانچه مشتری تعدی یا تفریط نکرده باشد، هیچ گونه ضمانی - اعم از ضمان قهری و معاوضی - بر عهده او نیست. بلکه تنها ضمان تلف ناشی از تعدی یا تفریط بر عهده مشتری گذاشته شده است. به طریق اولی، در صورتی که مشتری پس از اخذ به شفعه و به ویژه با فرض اطلاع از آن، مورد شفعه را تلف کند، نه تنها حق شفعه از بین نمی‌رود (شهید اول، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۷) بلکه، باید بدل آن را بدهد.

لیکن، دربارهٔ خرابی (تلف جزئی) و عیب مورد شفعه، فتاوی فقهای یکسان نیست: در برخی نوشته‌های فقیهان آمده است: چنانچه مشتری مورد شفعه را پس از مطالبه ناقص یا معیوب کند، طبق یک عقیده ضامن است و این عقیده به قواعد نزدیک‌تر و با اصول سازگارتر است (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۵۴؛ محقق حلی، ۱۴۰۹، ج ۴، ص ۷۸۳). اگرچه صاحب عقیده مخالف در این نوشته‌ها معرفی و معلوم نگشته اما، برخی محققان (محقق سبزواری، بی تا، ج ۱، ص ۵۴۷)، قول به عدم ضمان را به مرحوم شیخ طوسی نسبت داده‌اند. برخی نیز با تأیید صحت این انتساب، عقیده مزبور را تبیین و تقویت کرده‌اند (طباطبائی حائری، ۱۴۰۹، ج ۳، ص ۱۴۶).

با وجود این، اختلاف دیدگاه‌ها ظاهری است و به همین جهت، قابل جمع می‌نماید: آنان که قائل به عدم مسئولیت مشتری پس از اخذ به شفعه هستند، در واقع، تحقق ضمان معاوضی را در این مقام نفی کرده‌اند. چنان که تصریح کرده‌اند: بعد از مطالبه شفعه نیز مشتری، مانند سابق، ضمانتی ندارد. یعنی، شفیع نمی‌تواند به خاطر عیب و نقص مبیع چیزی از ثمن بکاهد (طباطبائی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۲). به علاوه، به نظر مشهور فقیهان امامیه، چنانچه مشتری مورد شفعه را پس از مطالبه (اخذ) آن تلف یا ناقص کند ضامن است (علامه حلی، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۸۶) و باید بدل آن - اعم از قیمت بخش تلف شده یا خسارت عیب - را بدهد (اصفهانی، ۱۳۸۰، ص ۳۸۶؛ صافی گلپایگانی، ۱۴۲۰، ج ۱، ص ۳۴۸). به علاوه، در صورت اتلاف مورد شفعه توسط ثالث، شفیع باید به تلف کننده رجوع نماید (سبزواری، بی تا، ج ۱۸، ص ۱۵۲) و چنانچه آفت سماوی موجب تلف یا نقص شود، ضمانتی بر عهده مشتری نیست (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۹۲).

فتاوی برخی فقیهان، به ویژه متقدمان، صراحت بیشتری دربارهٔ نوع ضمان مشتری دارد. چنان که گفته‌اند: اگر مشتری پس از علم به مطالبه مورد شفعه، بنای خانه را خراب کند، باید آن را مانند صورت اول بسازد (ابن زهره حلبی، بی تا، ص ۲۳۸؛ ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ص ۳۶۲؛ ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۱) و چنانچه بر اثر تفریط مشتری عیبی در مورد شفعه حادث شود، مطابق قواعد ضمان، جبران خسارت لازم است (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۹۲). برخی هم تصریح کرده‌اند: مبنای مسئولیت مشتری قاعده اتلاف است. لیکن، اگر عیب و خرابی مورد شفعه پس از اخذ به شفعه به علتی غیر از عمل مشتری حادث شود، مانند زمان پیش از اخذ به شفعه، مسئولیتی نسبت به جبران خسارت ندارد (نجفی، ۱۴۳۲، ج ۳۷، ص ۳۶۱-۳۵۷). به علاوه، ضمان به معنای کسر از ثمن هم محقق نمی‌شود. افزون بر این، شفیع نمی‌تواند اخذ به شفعه را به علت عیب حادث پس از آن فسخ کند (علامه حلی، ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۲۸۰).

نویسندگان قانون مدنی گامی پیش‌تر نهاده‌اند و ضمان مشتری را بر مبنای تعدی یا تفریط استوار کرده‌اند. چنان که گذشت، به موجب ماده ۸۱۸ قانون مدنی، مشتری نسبت به عیب و خرابی که پس از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد، در صورت تعدی یا تفریط ضامن است. بر این مبنای، گذشته از اینکه مشتری ضامن خسارت ناشی از عمل خویش است، با وقوع اعمالی که عرفاً تعدی یا تفریط محسوب شود، مسئول هر خسارتی است که از نقصان یا تلف مال حاصل شده است، اگرچه نقصان یا تلف مستند به تفریط یا تعدی نباشد.

۲-۳. ضمان تلف، خرابی و عیب مورد شفعه پس از مطالبه آن

چنان که پیش تر اشاره شد، به نظر مشهور فقیهان امامیه مسئولیت مشتری نسبت به عیب، خرابی و تلف مورد شفعه، فرع بر مطالبه تسلیم آن از سوی شفیع نیست. به همین جهت، در کتاب‌های فقهی اساساً بحث از مطالبه مورد شفعه پس از اخذ آن به میان نیامده است؛ تنها برخی متأخرین گفته‌اند: در صورتی که مورد شفعه پس از مطالبه و مسامحه در تسلیم آن تلف شود، مشتری ضامن است (خویی، بی تا، ص ۷۸؛ سیستمی، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۱۰۵). برخی هم افزوده‌اند: چنانچه شفیع مورد شفعه را مطالبه کند و مشتری آن را تسلیم نکند، ید امانی او تبدیل به ید ضمانی می‌شود (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۱).

این عقیده که با قواعد و احکام امانات مطابقت دارد، مورد توجه نویسندگان حقوق قرار گرفته است. به نظر برخی استادان، پس از اخذ به شفعه ید مالکانه مشتری نسبت به مبیع تبدیل به ید امانی می‌شود و تا زمانی که شفیع تسلیم آن را مطالبه نکرده، عنوان امانت باقی است و طبق قواعد امانت یا ودیعه، امین مسئول تلف و نقص مال موضوع امانت نیست، مگر اینکه تعدی یا تفریط کرده باشد و در این صورت، ضامن هر نقص و عیبی خواهد بود که در مورد شفعه حاصل می‌شود (عدل، ۱۳۴۲، ص ۵۱۰؛ حائری شهاباغ، ۱۳۸۲، ص ۷۱۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲ الف، ص ۴۱۳). برخی هم معتقدند: چنانچه پس از اخذ به شفعه و درخواست عین مورد شفعه، مشتری از تسلیم آن خودداری کند، مسئولیت تلف و هر نقصی که بعد از آن حادث شود بر عهده مشتری است (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۳۱۴). هر چند تعدی یا تفریط نکرده باشد.

هم چنین، برخی نویسندگان حقوق در مقام انتقاد از ماده ۸۱۸ قانون مدنی معتقدند: پس از اخذ به شفعه نه تنها مالکیت مورد شفعه از مشتری به شفیع انتقال می‌یابد، خریدار متعهد به تسلیم آن نیز می‌شود. پس وضع او تابع ماده ۲۷۸ قانون مدنی است. با وجود این، تفاوت آشکاری که بین دو ماده یاد شده وجود دارد در این است که در ماده ۲۷۸ مسئولیت متعهد بر اثر تعدی یا تفریط، مقید به شرط مطالبه نیست. ولی، در ماده ۸۱۸ مسئولیت ناشی از تقصیر مشتری مشروط به مطالبه شده است. اگرچه در مقام تفسیر لفظی قاعده این است که حکم خاص ماده ۸۱۸ بر قاعده عام ماده ۲۷۸ حکومت می‌کند اما، حکم بخش اخیر ماده ۸۱۸ خلاف اصول حاکم بر قانون مدنی است و از نظر منطقی به دشواری توجیه می‌شود^۱. زیرا، پس از اخذ به شفعه، خریدار در حکم امین است و وضع او مشابه وضعیت فروشنده پیش از تسلیم مال است. از مجموع مقررات مربوط به امین در قانون مدنی این اصل مسلم به دست می‌آید که امین ضامن نتایج و آثار تعدی یا تفریط خویش است و مطالبه از سوی مالک سهمی در ایجاد ضمان ندارد. پس، در تفسیری معقول از ماده ۸۱۸ باید گفت: حکم قانون مفهوم مخالف ندارد. یعنی، مشتری بعد از اخذ به شفعه و

^۱. برخی محققان، برای سازگار کردن حکم ماده ۸۱۸ قانون مدنی با قواعد امانات تلاش کرده اند. به نظر آنان تفسیر منطقی قسمت دوم ماده ۸۱۸ قانون مدنی آن است که حکم مزبور را ناظر به زمان پس از اخذ به شفعه و درخواست تسلیم بدانیم، بدون اینکه مشتری در تسلیم مورد شفعه تأخیر یا تقصیری داشته باشد. بنا بر این، اگر خریدار تأخیر نکرده باشد و خسارت در زمانی واقع شود که امکان رد وجود نداشته است، مسئولیت ندارد (صفایی و جواهر کلام، ۱۴۰۱، ص ۴۰۴). لیکن، این تفسیر با اطلاق ماده یاد شده سازگار نیست.

مطالبه در صورت تعدی یا تفریط ضامن است ولی، از آن نباید نتیجه گرفت که مشتری پیش از مطالبه ضامن تعدی یا تفریط خود نیست^۱ (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۳۰۱-۳۰۰).

این عقیده از آن جهت که مشتری را در حکم امین می داند از قواعد و احکام شفعه دور شده است. چنانکه گذشت، ساختار شفعه به ماهیت معامله نزدیک تر است تا موضوع امانت. به همین جهت برخی فقها، اخذ به شفعه را مانند بیع و در حکم آن دانسته اند (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۱). زیرا، اخذ به شفعه سبب مبادله بین دو مال می شود. لیکن، از آنجا که معاوضه در شفعه بدون رضای مشتری واقع می شود، باید آن را معاوضه قهری نامید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۵۲۱). بر این مبنا، مشتری باید به محض اطلاع از وقوع شفعه مال را تسلیم کند. هر چند شفیع درخواست تسلیم نکرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، الف، ص ۴۱۳). در تأیید این نظر باید افزود: چنانچه شفیع ثمن را پرداخته باشد، مشتری باید بی درنگ مورد شفعه را تسلیم کند و منتظر درخواست شفیع نماند.

برخی استادان نیز هنگام بحث از چگونگی اجرای تعهدات در معامله گفته اند: در قراردادهای معوض قبض دادن مورد معامله از آثار و لوازم قانونی عقد است و به همین جهت، تعهد به تسلیم مورد معامله به مجرد وقوع عقد بر عهده دو طرف قرار می گیرد. به علاوه، آنچه موجب انتقال مسئولیت می شود، تحقق قبض است و درخواست اجرای تعهد نقشی در این موضوع ندارد (بروجردی عبده، ۱۳۸۰، ص ۲۲۱). برخی فقها نیز تأکید دارند: مسئولیت تلف مبیع پیش از تسلیم به طور مطلق بر عهده فروشنده است و در مقابل، با حصول قبض هیچ گونه ضمانی برای او باقی نمی ماند (شوشتری، بی تا، ص ۲۳۳). به دیگر سخن، ضمان معاوضی منوط به مطالبه مورد معامله نیست؛ تلف مبیع قبل از قبض موجب انفساخ بیع می شود؛ خواه مطالبه شده باشد یا نه. افزون بر این، در صورت اتلاف مبیع توسط فروشنده، او طبق قاعده اتلاف ضامن است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۴۵۴) و تفاوتی ندارد که مشتری تسلیم مبیع را خواسته باشد یا خیر. به علاوه، در صورتی که مبیع پیش از تسلیم به خریدار توسط ثالث تلف شود، مشتری حق رجوع به تلف کننده دارد (نجفی، ۱۴۳۲، ج ۲۳، ص ۱۵۷).

بر این مبنا، اگرچه قیاس کامل بین اخذ به شفعه و معامله پذیرفته نیست اما، برخی احکام مربوط به اجرای تعهدات ناشی از معامله، در مورد شفعه هم جاری است. از جمله اینکه درخواست تسلیم مورد شفعه تأثیری در احکام مسئولیت مشتری ندارد. بر این مبنا، در صورتی که مشتری پس از اخذ به شفعه، سبب تلف یا نقص مورد شفعه شود، ضامن است و تفاوتی ندارد که تسلیم مورد شفعه مطالبه شده باشد یا نه. از این رو، برخی فقها در مقام بیان حکم تصریح دارند: چنانچه پس از اخذ به شفعه مشتری نقصی در مورد شفعه وارد کند، مطابق قاعده اتلاف ضامن است (بجنوردی، ۱۳۷۷، ج ۶، ص ۲۰۲). به علاوه، اگر مورد شفعه پس از اخذ و پیش از قبض آن به واسطه تفریط مشتری تلف شود، شفیع مستحق قیمت آن است (عراقی، ۱۴۱۴، ج ۵، ص ۳۹۲).

^۱ . برخی نویسندگان معتقدند: آنچه از ماده ۸۱۸ بر می آید آن است که خریدار پس از اخذ به شفعه و مطالبه در صورت تعدی و تفریط ضامن است. یعنی در صورت فقدان یکی از سه عنصر: اخذ، مطالبه و تعدی یا تفریط مسئولیتی وجود ندارد. بنا براین، بعد از اخذ و قبل از مطالبه نیز مانند پیش از اخذ به شفعه مشتری ضامن نیست. هر چند تعدی یا تفریط کرده باشد (محقق داماد، ۱۳۸۴، ص ۱۰۰).

در نتیجه، به نظر مشهور فقیهان مسئولیت مشتری نسبت به عیب و تلف مورد شفعه پس از اخذ آن، بر مبنای قاعده اتلاف استوار است ولی، چنان که اشاره شد، نویسندگان قانون مدنی اندکی پیش تر رفته‌اند و مسئولیت مشتری را پس از اخذ به شفعه بر مبنای ضمان تعدی و تفریط برقرار کرده‌اند. افزون بر این، با آوردن واژه مطالبه پس از اخذ به شفعه در ماده ۸۱۸ قانون مدنی، دو هدف مهم برآورده شده است: از سویی، حکم مسئولیت مشتری را از قواعد مربوط به مسئولیت فروشنده و خریدار، یعنی ضمان معاوضی، جدا شده است و از سوی دیگر، قواعد مطالبه و درخواست تسلیم امانات، در مورد شفعه کنار گذاشته شده است. به موجب بخش دوم ماده ۸۱۸ قانون مدنی، مسئولیت مشتری نسبت به تلف یا نقص و عیب پس از اخذ به شفعه، خواه پیش از درخواست تسلیم باشد یا پس از آن، فقط در صورت تعدی یا تفریط محقق است.

نتیجه

برخلاف آنچه نویسندگان حقوق پنداشته‌اند، در تدوین ماده ۸۱۸ قانون مدنی اشتباهی رخ نداده است. زیرا، احکام مربوط به مسئولیت مشتری نسبت به تلف، خرابی و عیب مال پس از اخذ به شفعه ارتباطی با قواعد امانات ندارد. از این رو، قانون مدنی، موافق با نظر مشهور بین فقها، به درستی، قواعد مربوط به مسئولیت مشتری را از اصول حقوقی و ساختار شفعه استنتاج کرده و در این باره به تفسیری نیز دست زده است.

بر این مبنای، مسئولیت مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلف پس از اخذ به شفعه منوط به تعدی یا تفریط است و تفاوت ندارد که مورد شفعه مطالبه شده باشد یا نه. زیرا، مطابق قواعد عام اجرای تعهدات در معاوضه‌ها، مشتری به محض دریافت ثمن معامله باید مورد تعهد را رد کند و به انتظار مطالبه از سوی مالک نماند. با وجود این، تمام احکام معامله در شفعه جاری نمی‌شود: چنانچه مشتری از تسلیم مورد شفعه امتناع کند، شفیع حق حبس ندارد و اگر مورد شفعه پیش از تسلیم تلف شود، ضمان معاوضی دامنگیر او نمی‌شود. افزون بر این، پس از مطالبه مورد شفعه، قاعده مطالبه امانات و آثار آن در مورد شفعه حاکم نیست. از این رو، چنانچه مورد شفعه پس از مطالبه و پیش از تسلیم به علت حوادث قهری تلف یا ناقص شود، مشتری مسئولیتی ندارد.

لیکن، تا زمانی که اخذ به شفعه واقع نشده است، مشتری مانند هر مالکی حق همه گونه تصرف در مورد شفعه را دارد و هیچ مسئولیتی برای او وجود ندارد. در نتیجه، بر فرض که خریدار بنای مورد شفعه را به منظور نوسازی تخریب کند، شفیع می‌تواند با پرداخت تمام ثمن هر آنچه را موجود است شفعه کند یا از اعمال حق شفعه صرف نظر نماید. باری، احکام و قواعد یاد شده مخصوص فرضی است که مورد شفعه مال مفروز بوده و تنها به علت اشتراک در محل عبور یا مجرا حق شفعه ایجاد شده است یا اینکه پس از بیع و پیش از اخذ به شفعه تقسیم مورد شفعه به حکم دادگاه انجام شده است. لیکن، در موردی که مورد شفعه ملک مشاع است، هر گونه تصرف در آن پیش از اخذ به شفعه موجب مسئولیت است و نیز تصرف های پس از اخذ به شفعه مصداق تعدی یا تفریط در مال غیر محسوب و ممنوع است.

کتاب شناسی

۱. ابن زهره حلبی، حمزه بن علی. (بی تا). *غنیة النزوع الی علمی الاصول والفروع*. قم: مؤسسه امام صادق (ع).

۲. اصفهانی، ابوالحسن. (۱۳۸۰). **وسيله النجاه (مع تعالیک الامام خمینی)**. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (س).
۳. امامی، سیدحسن. (۱۳۸۷). **حقوق مدنی**. تهران: کتابفروشی اسلامی.
۴. بجنوردی، سید حسن موسوی. (۱۳۷۷). **القواعد الفقهیه**. قم: نشر الهادی.
۵. بحرانی، یوسف بن احمد. (بی تا). **الحدائق الناصره فی احکام العترة الطاهرة**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۶. بروجردی عبده، محمد. (۱۳۸۰). **حقوق مدنی**. تهران: کتابخانه گنج دانش.
۷. بهروزی راد، حمیدرضا؛ الماسی، نجاد علی؛ قنوتی، جلیل. (۱۳۹۹). مفهوم و مبنای نظریه عمومی ارش در قرارداد ها؛ با تأکید بر مطالعه اقتصادی آن با مطالعه تطبیقی. **آموزه های فقه مدنی**، ۱۲(۲۱)، ۶۵-۹۴. 20.1001.1.2251936. 1399. 12. 21.3.0.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲). **مجموعه محشی قانون مدنی**. تهران: گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۸۲). **فرهنگ عناصر شناسی حقوق**. تهران: گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۶۳). **دوره حقوق مدنی؛ حقوق تعهدات**. انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. حائری شاهرخ، سیدعلی. (۱۳۸۲). **شرح قانون مدنی**. تهران: گنج دانش.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن. (بی تا). **وسائل الشیعه**. قم: مؤسسه آل بیت لإحياء التراث.
۱۳. حسینی روحانی، سیدمحمد صادق. (۱۴۱۴). **فقه الصادق**. قم: مدرسه امام صادق (ع).
۱۴. حسینی عاملی، سید محمد جواد. (۱۴۱۹). **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۵. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح. (۱۴۱۷). **العناوین الفقهیه**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۶. حلبی، ابوالصلاح تقی الدین. (۱۴۰۳). **الکافی فی الفقه**. اصفهان: مدرسه امام علی (ع).
۱۷. حلی، ابن ادریس. (۱۴۱۰). **السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۸. حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف. (۱۳۸۷). **ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۱۹. حلی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵). **الجامع للشرائع**. قم: مؤسسه سید الشهداء.
۲۰. خویی، ابوالقاسم. (۱۳۷۷). **مصباح الفقاهه**. تقریر: محمدعلی توحیدی. قم: انتشارات داوری.
۲۱. خویی، ابوالقاسم. (بی تا). **منهاج الصالحین**. قم: مؤسسه اسلامی خویی.
۲۲. سبزواری، سید عبدالاعلی. (بی تا). **مذهب الاحکام فی بیان الحلال والحرام**. قم: دارالتفسیر.
۲۳. سیستانی، سیدعلی. (۱۴۱۳). **منهاج الصالحین**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۴. شوشتری، (شیخ) اسدالله. (بی تا). **مقابس الانوار و نفائس الاسرار**. قم: مؤسسه آل بیت (ع).
۲۵. شهید اول، محمد مکی عاملی. (۱۴۱۲). **اللمعه الدمشقیه**. قم: دارالفکر.
۲۶. شهید اول، محمد مکی عاملی. (۱۴۱۴). **غایه المراد فی شرح نکت الارشاد**. قم: انتشارات حوزه علمیه.
۲۷. شهید اول، محمد مکی عاملی. (۱۴۱۷). **دروس الشریعیه فی فقه الامامیه**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۸. شهید ثانی، زین الدین جبعی عاملی. (۱۴۱۳). **مسالك الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام**. قم: مؤسسه معارف اسلامی.
۲۹. صافی گلپایگانی، شیخ لطف الله. (۱۴۲۰). **هدایه العباد**. قم: مؤسسه حضرت معصومه (ع).
۳۰. صفایی، سید حسین و محمد هادی جواهر کلام. (۱۴۰۱). **حقوق مدنی: وصیت، ارث، شفعه**. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۱. صیمری بحرانی، شیخ مفلح. (۱۴۱۳). **غایه المرام فی شرح شرائع الاسلام**. قم: دارالهادی.
۳۲. طباطبائی (صاحب ریاض)، سید علی. (۱۴۱۸). **ریاض المسائل فی تحقیق الاحکام بالادلة**. قم: مؤسسه آل بیت (ع) لإحياء التراث.
۳۳. طباطبائی حائری، علی بن محمد. (۱۴۰۹). **الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع**. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.

۳۴. طوسی، (شیخ) ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۳۸۷ق). **المبسوط فی فقه الامامیه**. تهران: مکتبه المرتضویه لاحیاء التراث الجعفریه.
۳۵. طوسی، (شیخ) ابوجعفر محمد بن حسن. (۱۴۰۰ق). **النهایه فی مجرد الفقه و الفتاوی**. بیروت: دارالکتاب العربی.
۳۶. طوسی، (شیخ) ابوجعفر محمد بن حسن. (بی تا). **الخلاص**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۷. عدل (منصور السلطنه)، مصطفی. (۱۳۴۲). **حقوق مدنی**. تهران: انتشارات امیرکبیر.
۳۸. عراقی، (آقا ضیاء) شیخ ضیاء الدین. (۱۴۱۴). **شرح تبصرة المتعلمین**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۳۹. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۸). **قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۰. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴). **تذکره الفقهاء**. قم: مؤسسه آل بیت (ع) لاحیاء التراث.
۴۱. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**. قم: جامعه مدرّسین حوزه علمیه.
۴۲. علامه حلی، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰). **ارشاد الاذهان الی احکام الایمان**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۳. علامه حلی، حسن بن یوسف. (بی تا). **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**. مشهد: مؤسسه آل بیت (ع).
۴۴. فیض کاشانی، ملا محسن. (بی تا). **مفاتیح الشرائع**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۴۵. قاسم زاده، سید مرتضی. (۱۳۹۱). **حقوق مدنی: حق شفعه، وصیت و ارث**. تهران: دادگستر.
۴۶. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰). **حقوق مدنی: ایقاع، نظریه عمومی - ایقاع معین**. تهران: نشر میزان.
۴۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۸). **دوره عقود معین (۱): حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی**. تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۴۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۷). **قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی**. تهران: نشر دادگستر.
۴۹. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۸۴). **ایقاع اخذ به شفعه**. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۰. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۱۰). **المختصر النافع فی فقه الامامیه**. تهران: قسم الدراسات الاسلامیه.
۵۱. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن. (۱۴۰۹). **شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام**. تهران: نشر استقلال.
۵۲. محقق سبزواری، محمد باقر بن محمد. (بی تا). **کفایه الاحکام**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۵۳. محقق کرکی، نورالدین علی بن الحسین. (۱۴۱۴). **جامع المقاصد فی شرح القواعد**. قم: مؤسسه آل بیت (ع).
۵۴. نجفی، (شیخ) محمد حسن. (۱۴۳۲). **جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام**. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۵۵. وحید خراسانی، حسین. (بی تا). **منهاج الصالحین**. قم: مؤسسه امام باقر (ع).

The concept of demand of pre-emption subject and its effects in jurisprudence and Iranian law; Review and analysis of Article 818 of the Civil Code

Abstract: The word "demand" in Article 818 of the Civil Code has surprised the law writers. According to that article, after taking the pre-emption and claiming the property, the buyer is not responsible for non-delivering it, unless he has fault in maintenance. Whereas, according to Article 631 of that Code, if the trustee refuses to surrender trust property after the demand of the trust, he will be responsible for the loss and any defects, even if he has not commit default. Therefore, the authors of the civil law have considered the rule of article 818 to be against the general rules of demand. Despite this, it seems that the legislator of the Civil Law followed the structure of pre-emption and its jurisprudential foundations in drafting Article 818, and by adding the word demand after get pre-emption, the rules and regulations regarding the demand subject to pre-emption were removed from the rules of trust and deposits. In addition, the buyer's responsibility for the damage or loss is not subject to the exchange guarantee rule. Rather, after taking the pre-emption,

before or after the demand it, the customer is responsible only in case of default. This opinion is compatible with the famous opinion in *Imamiia* jurisprudence.

Key words: Liability, loss, perish, destroy, defect, carelessness, imprudence.

نسخه پیش از انتشار