تحولات حقوقی

دوره ۲، شماره ۲ _ شماره پیاپی ۴، تابستان ۱۴۰۵

Jurisprudential and legal review of the judgment of the client's legal and material possessions Before receiving intercession.

Authors: Majid Arefali | Mohammad Farzanegan

بررسی فقهی و حقوقی حکم تصرفات حقوقی و مادی مشتری پیش از اخذ به شفعه

نویسندگان: مجید عارفعلی | محمد فرزانگان

دانشگاه شمال
(غیرانتفاعی - غیر دولتی)

LEGAL DEVELOPMENT

Volume 2, Issue 2, Serial Number 4, Summer 2026

Receive Date: 24 July 2025 | Accept Date: 26 April 2026
Publish Date: 22 June 2026 | Original Article

Jurisprudential and legal review of the judgment of the client's legal and material possessions Before receiving intercession

Majid Arefali [1] | **Mohammad Farzanegan** [2]

[1] PhD Student in Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Mazandaran, Babolsar, Iran*

[2] Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences, Golestan University, Gorgan, Iran.

Abstract:

The interpretation of Article 816 of the Civil Code that "... shall be void" as the effect of intercession in the validity of customer transactions has become a source of disagreement among jurists, as to how a valid transaction becomes a void transaction from the first day of its conclusion. Will it be?! How can the regressive effect of receiving shafea be combined with the accuracy of the customer's possessions? By looking at the jurisprudential records, including the possibility of annulment from the first day of the contract, or its rescission, together with other rulings in the civil law itself, including the validity of the buyer's legal possessions or his ownership of separate interests from the date of the sale to the acceptance of the intercession. The theory of canceling such contracts seems more compatible with the existing legal system and rules. In the matter of material possessions, the two assumptions of the impropriety of the buyer's material possession of the property subject to protection and its permissibility are separated from each other, and in the first case, the buyer is obliged to take possession of the property and agriculture, without the right to receive compensation. However, in the second assumption, despite the buyer's right to dispose of his properties by owning them, if the properties include buildings and trees, there is a possibility of removing them by the intercessor, because taking the intercession causes ownership of the seller by the intercessor.

Keywords:
Intercession, Customer, Legal Possessions, Material Possessions.

* **Corresponding Author:** Majid Arefali (MajidArefali@gmail.com)

تحولات حقوقی
دوره ۲، شماره ۲ _ شماره پیاپی ۴، تابستان ۱۴۰۵

تاریخ دریافت: ۲ مرداد ۱۴۰۴| تاریخ پذیرش: ۶ اردیبهشت ۱۴۰۵
تاریخ انتشار: ۱ تیر ۱۴۰۵| مقاله پژوهشی

بررسی فقهی و حقوقی حکم تصرفات حقوقی و مادی مشتری پیش از اخذ به شفعه

مجید عارفعلی [۱] | **محمد فرزانگان** [۲]

[۱] دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه مازندران، بابلسر، ایران.*

[۲] استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه گلستان، گرگان، ایران.

چکیده:

تعبیر ماده ۸۱۶ قانون مدنی مبنی بر «... باطل می‌نماید» به عنوان اثر اخذ به شفعه در اعتبار معاملات مشتری، محل اختلاف نظر میان حقوقدانان شده، مبنی بر اینکه چگونه معامله‌ای صحیح، تبدیل به معامله‌ای باطل از روز نخست انعقاد آن می‌گردد؟ اثر قهقرایی اخذ به شفعه با صحت تصرفات مشتری، چگونه قابل جمع است؟ در این پژوهش با استفاده از روش کتابخانه‌ای و با مداقه در سوابق فقهی، از جمله، امکان بطلان از روز نخست انعقاد، یا انفساخ آن، در جمع با سایر احکام موجود در خود قانون مدنی، شامل صحت تصرفات حقوقی خریدار یا مالکیت او بر منافع منفصل از تاریخ بیع تا اخذ به شفعه، در یافته‌ایم که نظریه انفساخ چنین عقودی، با نظام حقوقی و قواعد موجود سازگارتر به نظر می‌رسد. در بحث تصرفات مادی نیز، دو فرض عدم جواز تصرفات مادی خریدار در مال مورد شفعه و جواز آن، از یکدیگر تفکیک و در حالت نخست، خریدار مکلف به قلع مستحدثات و زراعت، بدون استحقاق دریافت معوض بوده، اما در فرض دوم، علیرغم اختیار خریدار به قلع مستحدثات خود به واسطه مالکیت بر آنها، در صورتی که مستحدثات، شامل بنا و درخت باشد، امکان ازاله آنها توسط شفیع وجود دارد، زیرا اخذ به شفعه موجب تملک مبیع توسط

* **نویسنده مسئول:** مجید عارفعلی (MajidArefali@gmail.com)

شفیع است و وی حق خواستن آن را به همان صورت اولیه دارد؛ اما اگر مستحدثات، شامل زراعت باشد، با توجه به اینکه مدت مورد انتظار برای رسیدن زرع، در حکم منفعتی است که به وسیله خریدار، قبل از اخذ به شفعه استیفا گردیده، شفیع حق قلع تا پیش از رسیدن آن را ندارد.

واژگان کلیدی: شفعه، اخذ به شفعه، مشتری، تصرفات حقوقی، تصرفات مادی.

مقدمه:

مطابق ماده ۸۰۸ قانون مدنی: «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 صاحب آن را شفیع می‌گویند.»

به عبارت دیگر، اخذ به شفعه، ایقاعی است که شریک مشاع ملک با پرداخت ثمن به خریدار حصه مشاع از شریک دیگر، مبیع را از وی تملک می‌کند. لذا مطابق بند ۳ ماده ۱۴۰ قانون مدنی، اخذ به شفعه از اسباب تملک شناخته شده، و این تملک نیز از خریدار انجام می‌گیرد نه بایع.

از سوی دیگر، مطابق ماده ۸۱۶ قانون مدنی: «اخذ به شفعه، هر معامله‌ای را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید.» که خود، برگرفته از نظر مشهور فقهاست و به موجب آن، وجود حق شفعه، مانع از تصرفات حقوقی مشتری در حصه مبیعه و صحت آنها، تا پیش از اعلام حق شفعه توسط شفیع، نیست. (طوسی،۱۴۰۷ ه.ق: ۴۵۴؛ علامه حلی،۱۴۲۰ ه.ق: ۵۷۵؛ خویی،۱۴۱۰ ه.ق: ۷۷؛ انصاری، ۱۴۱۵ ه.ق: ۱۴۹)

بر همین مبناست که ماده ۸۱۹ قانون مدنی نیز در ادامه مقرر داشته: «نماآتی که قبل از اخذ 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 را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.» و خود مؤید صحت تصرفات حقوقی مشتری در مبیع به عنوان مالک، مانند انتقال به غیر در قالب عقود مملک و یا متعلق حق غیر قراردادن آن همچون رهن، بدون لزوم اخذ اذن و اجازه از شفیع است. ماهیت تملیکی عقد بیع (ماده ۳۳۸ و بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و اصل تسلیط (ماده ۳۰ قانون مدنی)، مؤید چنین امری است. لذا با فرض پذیرش صحت چنین معاملاتی توسط مشتری تا پیش از اخذ به شفعه، تعبیر مقنن در ماده ۸۱۶ قانون مدنی مبنی بر «... باطل می‌نماید» به عنوان اثر اخذ به شفعه در اعتبار معاملات مشتری، محل اختلاف نظر میان حقوقدانان و به تأسی از سابقه مباحث

فقهی راجع به آن شده، مبنی بر اینکه چگونه معامله‌ای صحیح، تبدیل به معامله‌ای باطل از روز نخست انعقاد آن می‌گردد؟ اثر قهقرایی اخذ به شفعه با اعلام صحت تصرفات مشتری، چگونه قابل جمع است؟

چه مفهومی مد نظر قانونگذار بوده و سابقه فقهی، چه نقشی در این حکم داشته است و چگونه باید آن را تحلیل نمود تا با قواعد نظام حقوقی در هماهنگی قرار گرفته و از جمله، تعارضی با ماده ۸۱۹ قانون مدنی که مالکیت منافع منفصل را ملک مشتری می‌داند، نداشته باشد.

از سوی دیگر، وضعیت تصرفات مادی مشتری بر حصه مبیعه و احداث بنا - با توجه به مالکیت مشاع شفیع در مال و عدم امکان تصرفات مفروزی و بدون اذن مشتری در حصه مزبور- چگونه است؟ امکان قلع آن توسط خود مشتری، چنانکه انتهای ماده ۸۱۹ قانون مدنی مقرر داشته، پاسخگوی رابطه مشتری با شفیع نیست. این بخش از مسئله فاقد راه حل صریح در احکام شفعه در قانون مدنی است و باید احکام آن را در مباحث شرکت جست.

بررسی پیشینه موضوع این پژوهش، بررسی مستقلی با رویکرد جزیی نگر و خاص، و تفکیک فروض قابل تصور با رجوع به سوابق معتبر فقهی را نشان نمی‌دهد. هر چند در خصوص اصل حق شفعه و مبانی آن، مقالات متعددی به نگارش درآمده مانند مقاله «بازخوانی و نقد ادله اختصاص حق شفعه به بیع»، نوشته آقای حمید مسجد سرایی و همکاران در مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال پنجاه و یکم، شماره دوم، ۱۳۹۷؛ یا مقاله «بررسی حق شفعه در اموال منقول و اموال غیر منقول غیر قابل تقسیم در فقه شیعه و اهل سنت» نوشته آقای محمد رضا کاظمی و همکاران در مجله مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره بیست و ششم، ۱۳۹۹؛ یا مقاله «وضعیت نقل و انتقال حق شفعه در منظر فقه و حقوق مدنی» نوشته آقای محمد رضا هدایتی، در مجله دانش حقوق مدنی، دوره پنجم، شماره اول، ۱۳۹۵.

اما هیچ یک راجع به موضوع خاص این پژوهش و سرنوشت تصرفات بعدی اعم از حقوقی و مادی در مال موضوع شفعه و تفکیک میان انواع تصرفات همچون احداث بنا یا زراعت،

با رویکرد بررسی منابع دست اول و معتبر فقهی، ورود و تحقیقی نداشته، و چنین بررسی ویژه‌ای در کار تحقیقی مستقلی یافت نشد که از جمله نوآوری‌های پژوهش حاضر محسوب می‌شود.

موضوع پژوهش حاضر، بررسی ابهامات و چالش‌های پیشگفته است، که مباحث آن را در دو گفتار مجزا پی می‌گیریم. در گفتار نخست، حکم تصرفات حقوقی مشتری پیش از اخذ به شفعه را بررسی می‌نماییم تا نظر سازگار با مبانی نظام حقوقی را در آن بیابیم، و در گفتار دوم، به بررسی حکم تصرفات مادی مشتری پیش از اخذ به شفعه می‌پردازیم.

۱. حکم تصرفات حقوقی مشتری پیش از اخذ به شفعه

چنانکه گفتیم، مشتری با توجه به تملیکی بودن عقد بیع، مالک حصه مبیعه است (ماده ۳۳۸ و بند ۱ ماده ۳۶۲ قانون مدنی) و مطابق اصل تسلیط و ماده ۳۰ قانون مدنی حق همه گونه تصرف حقوقی در آن را دارد، بدون لزوم اخذ اذن و اجازه‌ای از شفیع.

به عبارت دیگر هم حق خریدار بر تصرفات حقوقی باقی است و هم این تصرفات، موجب سقوط حق شفعه شفیع نیست (طوسی، ۱۳۸۷ ه.ق: ۱۳۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ ه.ق: ۳۲۲-۳۲۱؛ علامه حلی، همان: ۵۷۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ ه.ق: ۳۵۲- ۳۵۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۸۷ به بعد؛ تقی زاده و علیپور، ۱۳۹۸: ۲۶۱).

با وجود این، مطابق ماده ۸۱۶ قانون مدنی: «اخذ به شفعه، هر معامله‌ای را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید.» تعبیر «... باطل می‌نماید» در ماده مزبور که به عنوان اثر حقوقی اخذ به شفعه توسط شفیع، بیان شده با توجه به سابقه فقهی موضوع، و اثر این تحلیل‌ها بر مالکیت منافع، اختلافاتی را میان حقوقدانان در تفسیر آن سبب شده که اهم آن در دو عنوان کلی قابلیت ابطال و وضعیت مراعی؛ و قابلیت انفساخ قابل بررسی است که بدان می‌پردازیم.

۱-۱. قابلیت ابطال و وضعیت مراعی

قائلین به قابلیت بطلان تصرفات حقوقی مشتری عمدتاً معتقدند تقدم حق شفیع نسبت به حصه مبیعه، دلیل حکم است. (شهید اول، ۱۴۱۷ ه.ق: ۳۷۲؛ کرکی، ۱۴۱۴ ه.ق: ۴۱۱؛

تحولات حقوقی دوره ۲، شماره ۲ _شماره پیاپی ۴، تابستان ۱۴۰۵

حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ه.ق: ۵۹۴) در میان حقوقدانان نیز با توجه به حق مقدم و عینی شفیع، نظر عده‌ای بر امکان بطلان است. (محقق داماد، ۱۴۲۶: ۸۶؛ تقی زاده و علیپور، ۱۳۹۸: ۲۶۲) چراکه اخذ به شفعه را همچون رد معامله فضولی تلقی کرده‌اند. (تقی زاده و علیپور، ۱۳۹۸: ۲۶۲) «شفیع ذیحق در مال مشترک و مقدم بر اجنبی است. بالنتیجه مشتری با داشتن حق شفعه شریک، اگر معامله‌ای بکند و شفیع هم اخذ به شفعه نماید آن معامله باطل خواهد بود و مثل آن است که مال دیگری را معامله کرده باشد.» (حایری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۷۱۴)

پیرو این امر که تعلق حق عینی شفیع بر مال مورد شفعه، مورد قبول فقها نیز قرار دارد (انصاری، ۱۴۱۵ه.ق، ۱۴۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ه.ق: ۴۳؛ اصفهانی، ۱۴۰۹ه.ق: ۱۱۶) برخی حقوقدانان با بیان اینکه معامله موخر نمی‌تواند حق عینی شفیع را که مقدم بر آن معامله بوده زایل کند، در مقام تحلیل این نظر معتقدند: «... از نظر تحلیلی باید بر آن بود که مشتری در نتیجه مالکیتی که در مبیع پیدا می‌نماید می‌تواند هرگونه تصرفی در ملک خود بنماید، بنابراین او می‌تواند آن را به سببی از اسباب به غیر واگذار کند ... ولی چون مورد معامله در اثر حق شفعه ... متعلق حق شفیع قرار گرفته است مانند معاملات فضولی، مراعی به اجازه شفیع یا سقوط حق او می‌باشد. بنابراین چنانچه شفیع، معامله مشتری را به غیر، اجازه دهد، اجازه او کاشف از صحت معامله شریک خواهد بود و هر گاه حق شفیع ساقط شود، مانع از نفوذ معامله برطرف شده و معامله مشتری موثر قرار می‌گیرد، اما چنانچه شفیع اخذ به شفعه کند مانند رد در معامله فضولی، معامله مشتری بلا اثر می‌گردد.» (امامی، ۱۳۹۴: ۵۳)

در مقابل، برخی دیگر از حقوقدانان ضمن اشاره به تحلیل صدر الذکر، چنین بیان می‌دارند: «این گفته در صورتی درست می‌نماید که حق شفعه در زمره حقوق عینی تبعی (مانند حق مرتهن) باشد و تصرف خریدار در مبیع «غیر نافذ» محسوب شود ... ابطال قراردادی که تا زمان اخذ به شفعه نافذ بوده، در حقوق ما باعث شگفتی است، زیرا به طور معمول، قرارداد از آغاز وقوع خود، یا درست و نافذ است، یا نادرست و باطل و غیر نافذ؛ به همین جهت در توجیه آن گفته می‌شود که «مراعی» است. این اصطلاح که گاه در مورد تنفیذ اعمال حقوقی ناقص و غیر نافذ به کار می‌رود، در فرضی که قرارداد کامل و نافذی باطل می‌شود، به سختی قابل فهم است و ساختار حقوقی آن را بیان نمی‌کند. چگونه

می‌توان عملی را که در حدود مفاد خود نافذ است و از نظر کمال هیچ چیز کم ندارد، مراعی نامید و در حکم معامله فضولی شمرد؟ از نشانه‌های بارز نفوذ معامله این است که اگر شریک بخواهد می‌تواند از خریدار دوم اخذ به شفعه کند و انتقال نخستین را بر مبنای نفوذ آن، پایه تملک قرار دهد.» (کاتوزیان، همان: ۲۸۸) و البته آن را به بطلان نسبی در حقوق تجارت و حقوق خارجی تشبیه نموده‌اند که برای حمایت از حق شفیع برقرار شده است. (کاتوزیان، همان: ۲۸۹)؛ و در نهایت، نظریه عدم قابلیت استناد قرارداد مشتری، نسبت به شفیع، و اعتبار آن فی مابین مشتری و خریدار بعدی را مطرح و به آن گرایش دارند. (کاتوزیان، همان: ۲۹۰؛ و ۱۳۸۰: ۲۰)

در خصوص اصطلاح «مراعی» که در برخی استدلالات مربوط، دیده می‌شود هم باید گفت، «در حقوق کنونی ایران معمول است که غیر نافذ را در مقابل نافذ به کار می‌برند و خود عدم نفوذ را که اصطلاح مبهمی است به قدر کافی تجزیه و تحلیل نمی‌کنند، در حالیکه در سوابق تاریخی حقوق مدنی ما این تجزیه و تحلیل وجود دارد و با عنایت به آن سابقه ... :

مراعی: عبارت است از وضع حقوقی که موجود شده ولی مجهول است. پس از رفع جهل و کشف واقع، عنوان مراعی (یا مراعات) را از دست می‌دهد. مراعات به همین معنی در ماده ۸۷۸ ق.م به کار رفته است. در مورد هر «وضع حقوقی» که مراعی است سبب آن وضع حقوقی کاملاً محقق شده است و حالت انتظاری جز رفع جهل وجود ندارد.

موقوف: عبارت است از عمل حقوقی که به صورت «سبب ناقص» در آمده و باید عامل دیگری به آن سبب ناقص، پیوسته شود تا یک سبب کامل به وجود آید و آثار حقوقی را ظاهر گرداند مانند عقد فضولی و عقد مکره، که به علت فقدان رضا به صورت سبب ناقصی در آمده و پس از الحاق رضا، سبب کاملی (که عقد است) به وجود می‌آید و از نظر حقوقی منشا اثر می‌شود. فقها عقد فضولی را عقد موقوف می‌دانند.

عدم نفوذ: اعم از مراعی و موقوف است.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۱۰۱)

در واقع عدم نفوذ «مراعی» در مقابل «موقوف»، در ذیل عنوان کلی عدم نفوذ و قابلیت ابطال در صورت رد، و نمونه‌ای از آنند. چنانکه در سوابق فقهی نیز تمسک به نظریه مراعی در توجیه اثر اخذ به شفعه دیده می‌شود. (موسوی خمینی، ۱۳۹۸: ۵۵۹)

در وضعیت قابلیت ابطال یا مراعی، و اثر گذاری آن از روز نخست، پاسخ این پرسش که چرا منافع منفصله مطابق ماده ۸۱۹ قانون مدنی متعلق به خریدار دانسته شده داده نمی‌شود! لذا با توجه به اینکه تا هنگام اعمال حق شفعه از سوی شفیع، خریدار مالک مال مورد شفعه بوده و با صحت تصرفات وی، دلیلی بر عدم نفوذ یا بطلان آن از روز نخست وجود ندارد، نظریه مزبور مخالف قواعد حاکم بر امر و مردود است. لذا در مقابل آن، نظریه قابلیت انفساخ با اخذ به شفعه مطرح می‌شود.

۱-۲.قابلیت انفساخ

با توجه به نقدهای وارده بر تحلیل نخست، گروهی دیگر از فقها و حقوقدانان قائل به نظریه قابلیت انفساخ عقد مشتری با ثالث، پس از اخذ به شفعه شفیع هستند. (نجفی، ۱۴۰۴ه.ق: ۳۵۴؛ طوسی، ۱۴۰۷ه.ق: ۱۴۱؛ حلی، یحیی بن سعید، ۱۴۰۵ه.ق: ۲۷۸؛ کرکی، ۱۴۱۴ه.ق: ۴۱۱) «ان اخذ من الاول، انفسخ الآخران، و ان اخذ من الثانی، انفسخ الثالث خاصه.» (علامه حلی، ۱۴۲۰ه.ق: ۵۷۵)

در واقع، علت انفساخ را باید ضرورت اعاده حصه مشاع به مالکیت شفیع شمرد. تشبیه اخذ به شفعه به حق خیار، و اثرگذاری آن از حین فسخ نیز، از جمله راهکارهای مطروحه در این زمینه است، چراکه گفته شده: «تاثیر اخذ به شفعه از حین اخذ به شفعه است مانند تاثیر خیار است که از حین فسخ است نه حین عقد.» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۹: ۴۱۳)

هر چند در نقد این نظر، ممکن است گفته شود که استعمال واژه انفساخ خلاف ظاهر ماده ۸۱۶ قانون مدنی است و نیاز به قرینه روشن دارد، اما به نظر نشانه‌هایی از قانون مدنی هم در دست است که چنین تعبیری را تایید می‌کند:

اولاً_ متن ماده ۸۱۹ قانون مدنی که مقرر داشته: «نماآتی که قبل از اخذ 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 را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.»

تحولات حقوقی دوره ۲، شماره ۲ _ شماره پیاپی ۴، تابستان ۱۴۰۵

گویای بقاء مالکیت مشتری (چه اول و چه ایادی بعدی) بر مال، و به تبع آن بر منافع ولو صرفاً منفصل، است و الا حکم ماده ۸۱۹ فاقد توجیه می‌بود.

ثانیاً_ امکان اخذ به شفعه از معاملات بعدی و آخرین خریدار، گویای صحت معاملات سابق بر آن است، چرا که واژه مشتری در ماده ۸۱۶ اعم است از خریدار نخست یا خریداران بعدی.

ثالثاً_ مقنن قانون مدنی، الفاظ بطلان و باطل را همه جا به معنای خاص خویش به کار نبرده، چنانکه در ماده ۴۹۶ قانون مدنی مقرر نموده: «عقد اجاره به واسطه تلف شدن عین مستاجره، از تاریخ تلف باطل می‌شود ...» که بطلان در این ماده، به معنای انفساخ است.

رابعاً_ ماده ۸۱۸ قانون مدنی که مقرر داشته: «مشتری نسبت به عیب و خرابی و تلفی که قبل از اخذ به شفعه در ید او حادث شده باشد، ضامن نیست ...» نیز، موید عدم ضمان و مسؤلیت مشتری ناشی از مالکیت وی بر مبیع است، چراکه نمی‌توان تصرفات مالکانه مشتری در ایام مزبور را ضمان آور دانست. دلالت این ماده نیز بر اثر اخذ به شفعه از تاریخ وقوع آن است، و اثری نسبت به گذشته و ابطال معامله از تاریخ انعقاد ندارد.

با عنایت به مجموعه نظرات ارایه شده در میان فقها و حقوقدانان، قوت عقیده قائلین به قابلیت انفساخ از قایلین به بطلان بیشتر است چراکه اخذ به شفعه تنها از زمان اعمال اثر دارد نه از گذشته. لذا مشتری تا پیش از اخذ به شفعه، مالک واقعی بوده و تصرفات وی صحیح تلقی می‌شود و شفیع حق ندارد پس از اخذ، حقوق اشخاص ثالث را از بین ببرد. لذا اصل عدم بازگشت آثار حقوقی به گذشته، و نصّ قانون مدنی که تملک شفیع را مقید به اخذ کرده است، و حمایت از ثبات معاملات اشخاص ثالث، حامی چنین نظریست. لذا بنا به مراتب مزبور، به نظر می‌رسد، نظریه تحقق انفساخ عقود بعدی مشتری، از تاریخ بیع تا تاریخ اخذ به شفعه، صائب‌تر و در هماهنگی بیشتری با قواعد و نظام حقوقی باشد.

۲.حکم تصرفات مادی مشتری پیش از اخذ به شفعه

چنان که دیدیم مطابق ماده ۸۱۹ قانون مدنی: «نماآتی که قبل از اخذ 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 را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.»

تحولات حقوقی
دوره ۲، شماره ۲ _ شماره پیاپی ۴، تابستان ۱۴۰۵

بنا و زراعت یا درختی که توسط مشتری (اول یا بعدی) در مال مورد شفعه احداث و یا کاشته شده، بی‌گمان متعلق به مشتری است و شفیع حقی بر آن ندارد. اما این حکم مندرج در انتهای ماده صدرالذکر، راه حلی جهت جمع دو حق شفیع و مشتری ارائه نمی‌کند.

از یک سو می‌دانیم تصرف هر یک از شرکا در مال مشاع، بدون اذن سایر شرکا نافذ نیست (ماده ۵۸۱ و ۵۸۲ قانون مدنی)، و از سویی دیگر، مشتری را نمی‌توان غاصب تلقی و با او همچون غاصبین رفتار نمود، زیرا آنچه رخ داده در ملک او بوده است، بخصوص در مواردی که ایجاد مستحدثات، با اذن شریک دیگر، بدون اطلاع وی از وجود حق شفعه باشد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۱؛ و ۱۳۸۰: ۴۲) و یا با امکان افراز ملک مطابق قانون، خریدار اقدام به افراز حصه خود نموده باشد، یا در مواردی که مبنای حق شفعه، صرفاً شرکت در ممر و یا مجرا بوده و ملک مفروز باشد. (ماده ۸۱۰ قانون مدنی)

فلذا چون اخذ به شفعه، حقی استثناییست و صرفاً اختیار تملک مبیع را برای شفیع فراهم می‌کند، وی بدون رضایت خریدار حق تملک مبیع را همراه با بنا و درخت ندارد. با این حال، برخی فقها معتقدند امکان پرداخت قیمت بنا و درخت، حتی بدون رضایت خریدار وجود دارد: «قلنا للشفیع انت بالخیار بین ثلاثه اشیاء بین ان تدع الشفعه، او تاخذ و تعطیه قیمه الغراس و البنا، او تجبره علی القلع» (طوسی، ۱۳۸۷ه.ق: ۱۱۸) اما در نقد این نظر، و رد آن، گفته شده: «فلا ریب فی ضعفه، بل هو مناف لاصول المذهب و قواعده بل یمکن اراده الشیخ ان ذلک مع الرضا.» (نجفی، ۱۴۰۴ه.ق: ۳۷۱)

با این وصف، باید میان دو حالت جواز و عدم جواز تصرفات خریدار در مال مورد شفعه، تفکیک قائل شد و حکم هر یک را در فروض مزبور، جداگانه بررسی نمود که در ادامه بدان می‌پردازیم.

۲-۱. عدم جواز تصرفات مادی خریدار در مال مورد شفعه

در فرضی که تصرفات خریدار در مال مورد شفعه مجاز نیست همچون حالتی که بدون اذن شریک، اقدام به احداث بنا یا کاشت درخت و زراعت شده، خریدار مکلف است به درخواست شریک دیگر (شفیع)، اقدام به قلع آن نماید، بدون آنکه استحقاق دریافت

معوضی را داشته باشد. ضمن آنکه مسوول اصلاح و تسطیح زمین و جبران خسارات وارده بر مال است. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۰۹؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ه.ق: ۲۶۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ه.ق: ۳۴) زیرا خریدار با علم به وجود شریک و امکان و احتمال اخذ به شفعه، اقدام به ضرر خویش نموده و موجبی برای الزام شفیع به پرداخت خسارت به او نیست (حایری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۷۱۵) و البته، «اگر فروشنده خریدار را اغفال کند به اینکه شریک به ایجاد بنا و غرس اشجار راضی است و اخذ به شفعه هم نخواهد کرد، و در نتیجه‌ی اغفال او، اقدام به ایجاد بنا و غرس اشجار کند مثلاً گاراژی برای بنا ایجاد کند یا درخت‌هایی غرس نماید می‌توان گفت بر حسب قاعده غرور حق مراجعه به او خواهد داشت» (حایری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۷۱۵).

لازم به یادآوری است که «مشتری» در مبحث شفعه، اعم است از خریدار نخست و خریداران بعدی؛ چرا که خریدار پس از وقوع بیع، قائم مقام فروشنده و شریک جدید شفیع شده و حقی بیش از ید قبلی خود ندارد.

در نتیجه، در موارد مزبور به جهت آنکه خریدار اذنی در تصرفات مادی نداشته لذا حقی بیش از ید سابق خود نخواهد داشت و امکان ادعایی در این خصوص را نیز ندارد تا قایل به استحقاق وی نسبت به بنا یا درخت و زراعت شد.

۲-۲. جواز تصرفات مادی خریدار در مال مورد شفعه

گفتیم که چنانچه ایجاد مستحدثات در مال مورد شفعه، با اذن شریک دیگر و بدون اطلاع وی از وجود حق شفعه بوده باشد، یا با امکان افراز ملک مطابق قانون، خریدار اقدام به افراز حصه‌ی خود از حصه شریک نماید یا در مواردی که مبنای حق شفعه، صرفاً شرکت در ممر یا مجرا بوده و ملک مفروز باشد، (ماده ۸۱۰ قانون مدنی)، تصرفات مادی خریدار مجاز است.

علاوه بر موارد فوق، فروض دیگری نیز ممکن است موجب وجود جواز خریدار در تصرفات مادی باشد، که در کلام یکی از فقها مطرح شده و با فرض تقسیم و افراز ملک و احداث بنا و درخت، علیرغم بقای حق شفعه، بدان اشاره می‌کنیم:

۱- عقد بیع، با ثمنی ظاهراً هنگفت، منعقد می‌شود و شفیع بدلیل این امر و عدم قدرت بر پرداخت ثمن مزبور، از اخذ به شفعه خودداری می‌کند اما بعداً با اقرار خریدار یا سایر دلایل صوری و کمتر بودن ثمن احراز می‌شود.
۲- عنوان ظاهری عقد، هبه اعلام شده اما بعداً بیع بودن آن محرز شود.
۳- وکیل انتخابی شریک که دارای اختیار استیفای حقوق شریک یا تقسیم و اخذ به شفعه است، در حالیکه شریک غایب است، و بیع واقع شده، اخذ به شفعه نکرده و برای تقسیم با خریدار توافق می‌کند. هرچند تقسیم صحیح است اما شریک غایب و ناآگاه نیز حق اخذ به شفعه دارد. (طوسی، ۱۳۸۷ه.ق :۱۷۷)

دشواری امر، در همین فروض نمود بیشتری دارد، چرا که از سویی، مبیع باید به صورت سابق، به مالکیت شفیع اعاده شود و از سوی دیگر، تصرفات مشتری مجاز بوده و اعیانی و مستحدثات و زراعت، ملک اوست. جمع بین دو حق، در صورت عدم وقوع توافق بین شفیع و مشتری، چگونه است؟ نظر به اینکه مستحدثات ایجاد شده توسط خریدار، در زمره منافع متصله مبیع نیست، لذا به ملکیت شفیع در نخواهد آمد و در ملکیت خریدار باقی بوده و مطابق قسمت آخر ماده ۸۱۹ قانون مدنی، «... می‌تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند» و منعی برای ازاله آن توسط خریدار نیست (طوسی، ۱۴۰۷ه.ق: ۱۱۸؛ نجفی، ۱۴۰۴ه.ق: ۳۶۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ه.ق: ۳۲۷؛ حلی، محمد بن حسن، ۱۳۸۷ه.ق: ۲۱۴) و البته راه تراضی دو طرف در پرداخت و دریافت قیمت ابنیه و اشجار یا اجرت المثل بقاء آن در زمین، همواره مفتوح است. (مغنیه، ۱۴۲۱ه.ق: ۱۳۸) اما اینکه، در صورت عدم توافق شفیع و مشتری، یا عدم ازاله آنها توسط خود وی، چه راه حلی باید در پیش گرفته شود، محل اختلاف است؛ به ویژه آنکه تکلیفی به قلع در انتهای ماده ۸۱۹ قانون مدنی برای مشتری دیده نمی‌شود و اختیار ازاله برای شفیع هم محل بحث است. بررسی منابع فقهی نشان می‌دهد که فقها تفکیکی ویژه میان بنا و غرس درخت از یک سو، و زراعت از سویی دیگر قائل شده‌اند، که ذیلاً بدان می‌پردازیم.

۲-۲-۱. بنا و درخت

در این فرض، امکان ازاله و قلع مستحدثات توسط شفیع، پذیرفته شده، چراکه اخذ به شفعه موجب تملک مبیع توسط شفیع است و وی حق خواستن ملک خود از خریدار، به

تحولات حقوقی
دوره ۲، شماره ۲ _شماره پیاپی ۴، تابستان ۱۴۰۵

همان صورت اولیه را دارد. (علامه حلی، ۱۴۱۴ه.ق: ۲۶۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ه.ق: ۴۳۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ه.ق: ۳۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ه.ق: ۳۲۹؛ کرکی، ۱۴۱۴ه.ق: ۴۲۱) در برابر نظریه مزبور، برخی برآنند که چون ماده ۵۰۴ قانون مدنی مقرر داشته: «هرگاه مستاجر به موجب عقد اجاره، مجاز در بنا یا غرس بوده، موجر نمی‌تواند مستاجر را به خراب کردن یا کندن آن اجبار کند و بعد از انقضا مدت، اگر بنا یا درخت در تصرف مستاجر باقی بماند موجر حق مطالبه اجرت المثل زمین را خواهد داشت و اگر در تصرف موجر باشد مستاجر حق مطالبه اجرت المثل بنا یا درخت را خواهد داشت» و نیز برابر ظاهر ماده ۸۱۹ قانون مدنی، شفیع نمی‌تواند خریدار را ملزم به قلع مستحدثات نماید. (محقق داماد، ۱۴۲۶ه.ق: ۱۱۷ و ۱۱۸)

با این حال، گروهی از فقهایی که به جواز و امکان ازاله بنا و درخت توسط شفیع نظر داده‌اند، در ادامه به صراحت آن را مقید به پرداخت خسارت وارده بر خریدار نموده و این دو را در برابر یکدیگر دیده‌اند، چراکه معتقدند نباید با خریدار همچون غاصب برخورد نمود، ضمن آنکه ضرر وارده را به جهت مصلحت شفیع متحمل گردیده، و صرف اختیار اخذ به شفعه، موجب زوال مالکیت و سلطه خریدار بر مبیع نبوده است، که این نظر سازگاری بیشتری نیز با قواعد دارد. (علامه حلی، ۱۴۱۴ه.ق: ۲۶۹؛ طوسی، ۱۴۰۷ه.ق: ۴۳۹؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ه.ق: ۳۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ه.ق: ۳۲۹؛ کرکی، ۱۴۱۴ه.ق: ۴۲۱؛ حایری شاهباغ، ۱۳۷۶: ۷۱۸) برخی اساتید نیز معتقدند «در فرضی که خریدار به اذن شریک یا در حصه خود تصرف می‌کند، به اقدامی مشروع دست می‌زند؛ ارزشی تازه می‌آفریند که نباید از آن محروم بماند. این ارزش را شفیع در راه مصلحت خود از بین می‌برد و باید بدل آن را بدهد ... {اما} ضمان آور بودن اقدام شفیع در ازاله بنا و درخت نیز به شدت مورد تردید است، چرا که او نیز حق خود را به کار می‌برد و از مفاد آن تجاوز نمی‌کند. پس به دشواری می‌توان او را مشمول قواعد مسوولیت مدنی شمرد و حکم برائت او در این زمینه قوی‌تر به نظر می‌رسد. منتها او با درخواست قلع بنا و درخت از اتلاف مال دیگری سود می‌برد و ارش عوض این سود است ... (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۳)

البته نظرات مخالفی نیز در این خصوص وجود داشته و لزومی به پرداخت خسارت ندیده‌اند. (نجفی، ۱۴۰۴ه.ق: ۳۷۰) در این میان برخی اساتید نیز با بیان اقوال سه گانه و پاسخ هر یک، دیدگاه دیگری دارند:

«**قول اول:** مشتری اجبار می‌شود که بنا را خراب و درختان را بکند، بدون آنکه حق مطالبه ارش از شفیع داشته باشد، زیرا در اثر بیع، سهم مشاع متعلق حق شفیع قرار می‌گیرد و هر عملی که منافی با حق شفیع می‌باشد از طرف مشتری جایز نیست. این است که بعضی از فقها تصریح می‌نمایند مالکیت مشتری نسبت به سهم مشاع، متزلزل است تا شفیع اخذ به شفعه کند و یا حق مزبور به نحوی از انحا ساقط گردد. به عبارت دیگر مالکیت مشتری در سهم مشاع مانند مالکیت مشتری در بیع خیاری می‌باشد. بنا بر این مشتری نمی‌توانسته چنین تصرفی که منافی حق شفعه باشد در مبیع نماید و چون بر خلاف حق در مبیع تصرف کرده، بنا ساخته و درخت کاشته است شفیع می‌تواند او را مجبور به تخریب بنا و کندن درخت بنماید بدون آنکه ملزم به تادیه ارش باشد. آنچه به نظر می‌رسد آن است که نمی‌توان مالکیت مشتری را در مورد مانند مالکیت مشتری خیاری متزلزل دانست، بلکه مالکیت مشتری مزبور مانند مالکیت مشتری در بیع قطعی است که بایع دارای خیارات دیگر مانند غبن و امثال آن می‌باشد که مشتری با علم به خیار غبن بایع، می‌تواند همه گونه تصرف و انتفاع را از مبیع ببرد.

قول دوم: شفیع می‌تواند با دادن ارش، مشتری را الزام به تخریب بنا و کندن درختان بنماید. طرفداران عقیده مزبور خواسته‌اند مورد را قیاس به عاریه زمین برای بنا و کاشتن درختان بنمایند و تادیه ارش را در صورت الزام به تخریب بنا و کندن درختان لازم بدانند و حال آنکه بین آن دو فرق است، اگرچه در مورد عاریه، ...، گفته شد که معیر، با الزام مستعیر به تخریب بنا و کندن درختان ملزم به پرداخت ارش نمی‌باشد. از طرف دیگر، تادیه ارش منافی با فلسفه اخذ به شفعه است زیرا هرگاه شفیع ملزم به تادیه ارش گردد، دچار ضرر دیگری می‌شود که در مواردی بیش از ضرر ناشی از درخواست تقسیم احتمالی مال مشترک است، و ابقای بنا و درخت پس از اخذ به شفعه تجاوز به حق مالکیت شفیع از طرف مشتری می‌باشد. بنا بر آنچه گفته شد باید بر آن بود که شفیع می‌تواند مشتری را بدون دادن ارش، الزام به قلع بنایی که نموده و درختانی که کاشته بنماید.

تحولات حقوقی
دوره ۲، شماره ۲ _شماره پیاپی ۴، تابستان ۱۴۰۵

قول سوم: شفیع می‌تواند با دادن ارش مشتری را الزام به به قلع درخت و تخریب بنا کند و یا بدون رضای مشتری، قیمت عادله بنا و درختان را به او بدهد و آنها را تملک نماید زیرا بدین نحو جمع بین حقین شده و ضرری متوجه هیچ یک از شفیع و مشتری نمی‌شود. اشکالی که نسبت به نظریه مزبور موجود است انتقال ملک بدون رضایت مالک است که بر خلاف اصل مالکیت می‌باشد و دلیلی بر این امر موجود نیست. اجازه تملک مبیع به وسیله اخذ به شفعه به استناد دلیل خاصی است استثنایی که نمی‌توان از نظر وحدت ملاک و تنقیح مناط در اشباه و نظایر آن جاری ساخت.» (امامی، ۱۳۹۴: ۶۵) النهایه به نظر، ضمن جواز و امکان ازاله بنا و درخت توسط شفیع، به جهت تایید و بقای مالکیت خریدار بر مال مورد شفعه پیش از اخذ باید آن را مقید به پرداخت خسارت وارده بر خریدار نموده و نباید با وی همچون غاصب برخورد نمود، ضمن آنکه ضرر وارده را به جهت مصلحت شفیع متحمل گردیده، و صرف اختیار اخذ به شفعه، موجب زوال مالکیت و سلطه خریدار بر مبیع نبوده است، که این نظر هماهنگی بیشتری نیز با اصول حقوقی همچون اصل عدم بازگشت آثار اعمال حقوقی به گذشته و احترام مالکیت اشخاص دارد.

۲-۲-۲. زراعت

در خصوص فرضی که خریدار اقدام به زراعت در حصه خود، پیش از اخذ به شفعه نموده باشد، مشهور فقها معتقدند، شفیع حق قلع زراعت و محصول تا پیش از رسیدن آن را ندارد، بی آن که خریدار مکلف به پرداخت اجرت المثل زمین به شفیع باشد. (علامه حلی، ۱۴۱۴ه.ق: ۲۷۲ و ۲۷۱؛ و ۱۴۱۳: ۳۶۴؛ و ۱۴۲۰ه.ق: ۵۷۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ه.ق: ۳۳۷ و ۳۳۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ه.ق: ۲۰۸) «... زیرا مشتری به اجازه قانونی حق تصرف در مبیع را داشته است و مدتی که برای رسیدن محصول لازم است چندان طولانی نیست که زیان غیر قابل تحملی متوجه شفیع گردد. بر خلاف آنچه در ابقای درخت و بنا می‌باشد. دلیل رد نظر مزبور آن است که الزام شفیع به بقای کشت مجاناً، تحمیلی است بر شفیع و تحمیل خسارت بر فرد اگر چه ناچیز باشد محتاج به دلیل صریح است.» (امامی، ۱۳۹۴: ۶۶)

در مقابل، علت این تفکیک و تفاوت در احکام بنا و درخت، با زراعت را نیز چنین دانسته‌اند که مدت مورد انتظار برای رسیدن زرع، در حکم منفعتی است که به وسیله خریدار، قبل

تحولات حقوقی دوره ۲، شماره ۲ _ شماره پیاپی ۴، تابستان ۱۴۰۵

از اخذ به شفعه، استیفا گردیده، اما نسبت به بنا و درخت، چنین مدتی وجود ندارد و دائمی است و البته آن را در صورتی قابل توجیه می‌شمرند که «زرع به اذن شفیع و با آگاهی از بیع باشد و در سایر موارد به دشواری از قواعد استنباط می‌شود. با این همه، از جهت مصالح اجتماعی و حمایت از کشاورزی و جلوگیری از قلع غذای عمومی، مفید و حاوی انعطاف و فرضی جالب است؛ منتهی با پرداخت اجرت المثل به شفیع، حق او نیز رعایت می‌شود و رویه قضایی می‌تواند در سکوت قانون، از آن پیروی کند. اگر این نظر پذیرفته شود، میوه درخت نیز تابع همین قاعده است.» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۳۱۴)

در مقابل، برخی فقها معتقدند بقاء زراعت، حتی در فرضی که اقدام خریدار دارای جواز است، فاقد توجیه بوده و با اصول فقه امامیه ناسازگار می‌نماید، لذا شفیع می‌تواند زراعت را نیز مانند غرس اشجار، بدون پرداخت ارش، قطع نماید. (نجفی، ۱۴۰۴ه.ق: ۳۸۴ و ۳۸۳)

برخی نیز از امکان ازاله زراعت با پرداخت خسارت خریدار، سخن گفته‌اند. (حلی، ۱۴۰۵ه.ق: ۲۷۹) و اینکه «برخی دیگر از فقها بر آنند که چنانچه مبیع زمین بوده و مشتری در آن کشت کرده باشد، شفیع می‌تواند پس از اطلاع بر بیع، اخذ به شفعه نماید و مبیع را بخواهد و یا آن را به تاخیر اندازد و صبر کند تا کشت برداشت شود. چنانچه شفیع اخذ به شفعه نماید، کشت تا زمان درو و برداشت محصول در مقابل تادیه اجرت المثل از طرف مشتری در زمین باقی می‌ماند. به نظر می‌رسد که شفیع نمی‌تواند اخذ به شفعه را به تاخیر اندازد زیرا این امر منافات با فوریت اخذ به شفعه دارد» (امامی، ۱۳۹۴: ۶۷) و البته در خصوص لزوم جبران خسارات وارده به شفیع، ناشی از قلع و قمع مستحدثات نیز، برخی عقیده بر عدم ضمان دارند، زیرا خریدار مالک مبیع بوده و در ملک خود تصرف کرده است. (نجفی، ۱۴۰۴ه.ق: ۳۶۷ و ۳۶۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ه.ق: ۳۲۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ه.ق: ۲۰۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ه.ق: ۵۷۸؛ محقق داماد، ۱۴۲۶ه.ق: ۱۱۴؛ امامی، ۱۳۹۴: ۴۹) و برخی نیز معتقد به لزوم جبران آنند و خریدار را ملزم به تسطیح و ترمیم زمین و جبران خسارات وارده به ملک می‌دانند، زیرا نقصی بر ملک شفیع وارد ساخته و باید جبران شود. (اردبیلی، ۱۴۰۳ه.ق: ۳۵ و ۳۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ه.ق: ۶۳۲- ۶۳۰؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۹۴ به بعد) که نظریه نخست با اصول و قواعد، سازگارتر به نظر می‌رسد.

النهایه در این زمینه نیز به نظر، به جهت تایید و بقای مالکیت خریدار بر مال مورد شفعه پیش از اخذ، ضمن جواز و امکان ازاله و قلع زراعت توسط شفیع، باید آن را مقید به پرداخت خسارت وارده بر خریدار نموده و برخورد غاصب گونه با وی مردود است، ضمن آنکه ضرر وارده را به جهت مصلحت شفیع متحمل گردیده، و صرف اختیار اخذ به شفعه، موجب زوال مالکیت و سلطه خریدار بر مبیع نبوده است، که این نظر سازگاری بیشتری نیز با قواعد و احکام نظام حقوقی شامل اصل عدم بازگشت آثار اعمال حقوقی به گذشته و احترام به مالکیت دارد.

نتیجه:

در این بررسی، دانستیم که مطابق نظر مشهور فقها و مقررات قانون مدنی، تصرفات حقوقی مشتری در حصه مبیعه، تا پیش از اخذ به شفعه توسط شفیع، با مانعی مواجه نیست، اما وضعیت حقوقی آن پس از اخذ به شفعه، با تعبیر «باطل می‌نماید» در ماده ۸۱۶ قانون مدنی، محل ابهام بوده است، که با مداقه در سابقه فقهی موضوع و آشنایی با نظرات موجود، از جمله، امکان بطلان از روز نخست انعقاد، یا انفساخ آن، با اخذ به شفعه توسط شفیع، در جمع با سایر قواعد و احکام موجود در خود قانون مدنی، شامل صحت تصرفات حقوقی خریدار یا مالکیت او بر منافع منفصل از تاریخ بیع تا اخذ به شفعه، نظریه انفساخ چنین عقودی، با نظام حقوقی و قواعد موجود سازگارتر به نظر می‌رسد.

در بحث تصرفات مادی نیز، در صورت عدم توافق میان شفیع و خریدار، دو فرض عدم جواز تصرفات مادی خریدار در مال مورد شفعه و جواز آن، در کلام فقها، از یکدیگر تفکیک و در حالت نخست، خریدار مکلف به قلع مستحدثات و زراعت، بدون استحقاق دریافت معوض شناخته شد.

اما در فرض دوم، علیرغم اختیار خریدار به قلع مستحدثات خود به واسطه مالکیت بر آنها، در صورتی که مستحدثات، شامل بنا و درخت بوده باشد، امکان ازاله آنها توسط شفیع وجود دارد، زیرا اخذ به شفعه موجب تملک مبیع توسط شفیع است و وی حق خواستن آن را به همان صورت اولیه دارد؛ و البته در خصوص لزوم پرداخت و یا عدم پرداخت خسارت نیز، نظر بر لزوم پرداخت آن داده شد، زیرا خریدار همچون غاصب نبوده و نباید همچون غاصبین با وی رفتار شود.

اما اگر مستحدثات، شامل زراعت باشد، با توجه به اینکه مدت مورد انتظار برای رسیدن زرع، در حکم منفعتی است که به وسیله خریدار، قبل از اخذ به شفعه استیفا گردیده، شفیع حق قلع تا پیش از رسیدن آن را ندارد.

النهایه پیشنهاد می‌شود مقنن در اصلاحات قانون مدنی، ضمن بیان حکم همه فروض مزبور و سابقه فقهی و عملی متصوره، راه حل نهایی هر یک را به صراحت در متن مواد قانونی معین کند تا اسباب ابهام و اجمال و تبعیض میان مخاطبان قانون را رفع نماید.

تحولات حقوقی
دوره ۲، شماره ۲ _ شماره پیاپی ۴، تابستان ۱۴۰۵

- **منابع**

۱. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ه.ق)، **مکاسب**، جلد ششم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم.

۲. اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳ه.ق)، **مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان**، جلد نهم، چاپ اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم.

۳. اصفهانی، محمد حسین (۱۴۰۹ه.ق)، **الاجاره**، چاپ دوم، موسسه النشر الاسلامی، قم.

۴. امامی، سید حسن (۱۳۹۴)، **حقوق مدنی**، جلد سوم، چاپ چهل و یکم، انتشارات اسلامیه، تهران.

۵. تقی زاده، ابراهیم؛ علیپور، سحر (۱۳۹۸)، **حقوق مدنی- ارث، وصیت، شفعه**، چاپ اول، انتشارات مجد، تهران.

۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۸)، **حقوق مدنی-رهن و صلح**، چاپ چهارم، انتشارات گنج دانش، تهران.

۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۹۹)، **مجموعه محشی قانون مدنی**، چاپ هفتم، انتشارات گنج دانش، تهران.

۸. حایری شاهباغ، علی (۱۳۷۶)، **شرح قانون مدنی**، جلد دوم، چاپ اول، انتشارات گنج دانش، تهران.

۹. حسینی عاملی، جواد (۱۴۱۹ه.ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، جلد هجدهم، موسسه النشر الاسلامی، قم.

۱۰. حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ه.ق)، **تحریر الاحکام الشرعیه علی مذهب الامامیه**، جلد چهارم، موسسه امام صادق (ع)، قم.

۱۱. حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ه.ق)، **تذکره الفقها**، جلد دوازدهم، چاپ اول، موسسه آل البیت (ع)، قم.

۱۲. حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۳ه.ق)، **مختلف الشیعه فی احکام الشریعه**، جلد سوم، چاپ دوم، موسسه اسماعیلیان، قم.

۱۳. حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ه.ق)، **شرایع الاسلام فی مسایل الحلال و الحرام**، جلد سوم، چاپ دوم، موسسه اسماعیلیان، قم.

۱۴. حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ه.ق)، **الجامع للشرایع**، موسسه سید الشهدا العلمیه، قم.

۱۵. حلی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ه.ق)، **ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد**، جلد دوم، چاپ اول، موسسه اسماعیلیان، قم.

۱۶. خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰ه.ق)، **منهاج الصالحین**، جلد دوم، چاپ بیست و هشتم، مدینه العلم، قم.

۱۷. شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۷ه.ق)، **الدروس الشرعیه فی فقه الامامیه**، جلد سوم، چاپ دوم، موسسه النشر الاسلامی، قم.

۱۸. شهید ثانی، زین العابدین (۱۴۱۳ه.ق)، **مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام**، جلد دوازدهم، چاپ اول، موسسه المعارف الاسلامیه، قم.

۱۹. طباطبایی یزدی، محمد کاظم (۱۴۲۱ه.ق)، **حاشیه مکاسب**، جلد دوم، چاپ دوم، نشر اسماعیلیان، قم.

۲۰. طوسی، محمد بن حسن (۱۳۸۷ه.ق)، **المبسوط فی فقه الامامیه**، جلد سوم، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، تهران.

۲۱. طوسی، محمد بن حسن (۱۴۰۷ه.ق)، **الخلاف**، جلد سوم، موسسه النشر الاسلامی، قم.

۲۲. کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ه.ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، جلد ششم، چاپ دوم، موسسه آل البیت (ع)، قم.

۲۳. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۷)، **حقوق مدنی- ایقاع**، چاپ چهارم، انتشارات میزان، تهران.

۲۴. کاتوزیان، امیر ناصر (۱۳۸۰)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی-درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث**، چاپ دوم، انتشارات میزان، تهران.

۲۵. محقق داماد، مصطفی (۱۴۲۶ه.ق)، **اخذ به شفعه**، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران.

۲۶. مغنیه، محمد جواد (۱۴۲۱ه.ق)، **فقه الامام جعفر صادق (ع)**، جلد چهارم، چاپ دوم، موسسه انصاریان، قم.

۲۷. موسوی خمینی، روح ا... (۱۳۹۸)، **تحریر الوسیله**، جلد اول، دفتر انتشارات اسلامی، قم.

۲۸. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ه.ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، جلد سی و هفتم، چاپ هفتم، دار احیاء التراث العربی، بیروت.