

* تحلیل و نقد ماده ۸۱۶ قانون مدنی

به نقل از سایت دادستانی کل کشور

سیري در قانون مدني با تعمق در آن حکایت از ظرافت و دقت نویسندگان آن را در تدوین احکام مدني دارد. این قانون عصاره اندیشه والای فقها است در عین حال از جریانهای سده های اخیر و تحولات حقوقی بیگانه در امان نمانده است لیکن این را ما عار نمی دانیم بلکه آن را تکامل می نامیم مشروط بر اینکه منطبق با اصول و قواعد حقوقی بومی گردد. با وجود این نفوذ عناوین بیگانه در قانون مدني را، با همه وسواسی که نویسندگان این قانون و تعصب نسبت به گذشته غنی ایران در زمینه فقه و حقوق داشته اند، نمی توان انکار کرد.

در تدوین بخش تعهدات نفوذ عناوین حقوقی بیگانه محسوستر است هر چند تسلط و آشنائی فراوان نویسندگان قانون مدني سدی حصین در راه نفوذ عقاید حقوقی خارجی است با این حال رخنه آنها اجتناب ناپذیر است. تامل در مواد ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۱۲، ۲۱۳، ۲۴۶، ۴۵۲، ۴۸۳، ۴۹۶، ۴۶۷، ۵۴۴، ۶۲۶، ۶۷۰، ۶۸۲، ۷۳۳، ۸۰۱، ۸۰۳، ۸۱۶، ۸۳۷، ۱۲۱۲ نفوذ این عناوین آمیخته با مسامحه گری مقنن در تدوین مواد قانونی آشکار می شود و همین امر باعث تردید نویسندگان حقوقی و مجریان شده است که الفاظ مبهم و دوپهلوی را بر کدام معنی حمل کنند.

این مسامحه کاری عواقب مطلوبی ندارد گاهی اوقات بطلان عقد نتیجه می دهد گاهی صحت. با وجود این در بعضی مواد تعبیری به چشم می خورد که در نگاه اول ممکن است حمل بر تسامح شود ولی با پرده گشائی از حقیقت نشان از ظرافت نویسندگان قانون دارد. یکی از این مواد، ماده ۸۱۶ قانون مدني است. در این ماده می خوانیم: « اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می نماید. ... آنچه در ماده بصورت نامتعارف جلوه می کند قسمت اخیر آن است.

در این ماده سبب بطلان عقدي که قبل از اخذ به شفعه منعقد شده است اعمال حق شفعه توسط شفیع عنوان شده است. می دانیم که در حقوق ایران اسباب بطلان باید حین تراضی موجود باشند و الا تأثیری در عقد نخواهند داشت یا دست کم موجب انفساخ عقد می شود (مواد ۳۸۷، ۴۵۳، ۴۸۳ ق.م). چنانکه مورد معامله عین معین باشد و هنگام تراضی تلف شده باشد طبق ماده ۳۶۱ ق.م بیع باطل است ولی چنانچه بعد از تراضی باشد دیگر ضمانت اجرای آن بطلان نیست بلکه بیع صحیح و نافذ است فقط در تلف قبل از تسلیم یا خیار مختص مشتری، موجب انفساخ است.

همچنین است در مالیت داشتن یا قدرت بر تسلیم. در حالی که در این ماده اعمال حق را موجب بطلان عقد سابق می داند. در نظام حقوقی ایران بطلان زمانی به کار می رود که عقد از همان حین توافق باطل باشد یا به تعبیری دقیقتر، این توافق تلاشی باطل برای انعقاد عقد است در این نظام ممکن نیست عقدي صحیح واقع شود و بعد به علتی باطل شود. از طرفی در ماده ۸۱۶ سبب بطلان عقد را اخذ به شفعه دانسته و از عبارت « باطل می نماید » ظهور در عارض شدن بطلان بعد از اعمال حق، بر عقد صحیح است همان که در نظام حقوقی ما پذیرفته نیست و منطبق با نظامهای حقوقی بیگانه است. توضیح اینکه در نظام حقوقی ما بطلان مطلق است و قابل استناد در برابر همه اشخاص، بطلان نسبی عنوانی بیگانه در حقوق ما است.

بطلان نسبی یکی از نهادی است که می تواند حکم ماده ۸۱۶ قانون مدني را توجیه کند منتها با سابقه درخشان فقهی در حقوق ایران، این لباس عاریتی را برانداز خود نمی دانیم و مصمم هستیم این مواد را منطبق با قواعد و اصول حقوقی و فقهی خود تفسیر کنیم تا هیچ نیازی به تمسک به بیگانگان احساس نشود.

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

آنچه در این ماده جلب توجه می نماید این است که معامله مشتری بر حصة خود از مال مشاع قبل از اخذ به شفعه آیا فاقد یکی از ارکان عقد است؟ آیا مشتری قبل از مشخص شدن وضعیت مال و تصمیم شریک حق معامله بر آن مال را دارد؟ در صورت انعقاد عقد، آیا این معامله باطل است یا صحیح است و بعد از اعمال حق شفیع باطل می شود (قابلیت ابطال- بطلان نسبی)؟ یا اخذ به شفعه کاشف از بطلان این معامله است؟

یا مراد انفساح آن است که با تسامح بطلان نامیده شده است؟ یا اینکه معامله غیر نافذ است و شفیع با تملک حصة شریک خود آن را رد می نماید؟ یا معاملات شریک در برابر شفیع قابلیت استناد را ندارد؟... هر یک از این احتمالات ممکن است در برخورد با این ماده به ذهن برسد مضافاً بر اینکه حقوقدانان نسبت به این ماده کمتر نظری ارائه داده اند و شاید علت آن اختلاف شدید فقها بر این مسئله باشد با وجود این پذیرش هر یک از این احتمالات فقط جنبه نظری ندارد بلکه آثار عملی فراوانی دارد که در خور توجه است...

نویسنده در مقاله هر یک از فروض فوق با توجه به دلائلی که می تواند آن را موجه جلوه دهد و نقد آنها، بررسی می کند و به علت عدم طرح مفصل آنها در کتب حقوقی در حد وسیع خود منبعی تفصیلی در نظر ندارد (برای دیدن مباحثی در این زمینه رجوع کنید: مرحوم دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی جلد سوم، ص ۳۱- دکتر ناصر کاتوزیان، ایقاع، ش ۱۸۱)... در مورد اینکه آیا مشتری مال مشاع حق دارد قبل از تصمیم شریک، حصة خود را مورد معامله قرار دهد یا اینکه وی چنین حقی ندارد، پاسخ به این مسئله باز می گردد به اینکه آیا خود شریک نیز حق فروش حصة خود را به غیر شریک دارد یا اینکه وی نیز چنین حقی ندارد و شریک وی در تملک این حصة بر اجنبی مقدم است که بعد از انصراف وی از تملک حصة شریک خود، جواز بیع آن صادر می شود.

پاسخ این مسئله روشن است و کسی تردید در جواز و نیز صحت بیع ندارد، و با وجود ماده ۸۱۳ ق.م.ب. در این زمینه مفید به نظر نمی رسد، اما در اینکه مشتری نیز حق معامله بر مال خود را دارد تردیدها آغاز می شود، از جهتی طبق ماده ۳۰ ق.م. هر مالک حق دارد هر گونه تصرف مشروعی در مال خود بنماید مگر اینکه با مانع قانونی برخورد کند در نتیجه سلب هر حقی از شخص نسبت به ما یملک خود نیاز به تصریح قانونگذار دارد از سوی دیگر فروش مال مشترک برای شریک در مبیع حق عینی شفعه ایجاد می کند و همین حق می تواند مانع تصرفات منافعی با این حق از طرف مالک باشد (مستنبط از مواد ۷۹۳ و ۷۹۴ ق.م).

گذشته از اینکه آیا شفعه یک حق عینی در معنای خاص است یا به تعبیر بعضی باید آن را در حکم حق عینی دانست، تمایل قانونگذار بر اینکه شریک را با خریدار نخست روبرو کند و ثمن مقرر در اولین بیع را برای تملک در نظر بگیرد و نیز بر عهده گذاشتن ضمان درک مبیع بر عهده مشتری (ماده ۸۱۷ ق.م)، و حکم ابطال همه معاملات مشتری در نتیجه اخذ به شفعه (ماده ۸۱۶ ق.م) نشان از این است که مقنن خواسته است طرف شفیع را مشتری قرار دهد نه شخص دیگر و الا می توانست آخرین مشتری را با شریک روبرو کند و حکم ابطال معامله مشتری شریک را نمی داد.

پس مشخص می شود حق فروش برای مشتری قبل از تصمیم شریک منافعی با حق شفعه است در نهایت تصرفات حقوقی شریک از نفوذ حقوقی برخوردار نیست، اما پذیرش این نظر مشکل است و با ظاهر ماده ۸۱۶ ق.م. نیز مخالف است چراکه در این ماده از عدم نفوذ تصرفات مشتری در مبیع سخنی نگفته است مضافاً اینکه اخذ به شفعه را سبب بطلان دانسته نه عدم حق تصرف در مال! می توان دلایل این ادعا را چنین بررسی کرد:

اولاً: در صورت عدم وجود حق تصرف به استناد حق عینی شفعه ضمانت اجرای آن باید عدم نفوذ باشد نه بطلان،

دوماً: در صورت انصراف شریک از اعمال حق خویش یا تراخی در اعمال و سقوط حق شفعه باز هم معامله مشتری باید باطل باشد در صورتی که سببی برای بطلان آن نیست و قوانین نیز چنین پذیرفته اند و ماده ۸۱۶ ق.م. اخذ به شفعه را سبب باطل شدن معامله می داند پس در صورت عدم تملک مال توسط شفیع و یا سقوط و اسقاط حق شفعه، چه سببی برای بطلان باید وجود داشته باشد؟ علاوه بر آن در قانون نیز تصرف منافعی با حق شریک قبل از اعمال حق شفعه منع نشده است در صورتی که مقنن در مواد ۴۶۰ ق.م. تصرف مشتری شرطی را ممنوع نموده

و همین حکم را در ماده ۷۹۳ ق.م در مورد تصرف منافعی حق مرتهن توسط راهن تکرار کرده است بدون اینکه در مبحث شفعه از آن سخنی بگوید حال تکلیف چیست و وضعیت تصرفات مشتری قبل از سقوط حق شفعه چیست؟

سوما: از طرفی نمی توان وضع مشتری حصه مشترک را با مشتری بیع شرط و راهن قیاس نمود چرا که محدودیت در اعمال حق مشتری شرطی در مدت معین است نه نا محدود، و به همین علت سلب حق تصرف وی باعث جهل به ارزش مبیع و تضرر غیر عادلانه وی نمی شود و در رهن نیز راهن مال را با اراده خویش وثیقه دین نموده است و عدم حق تصرف وی هر چند ممکن است بصورت نا معین باشد ولی اعاده این حق با اراده خود راهن است که با پرداخت دین صورت می گیرد و الا ضرر وی را می توان مستند قاعده اقدام دانست و نیاز به حمایتی نباشد ولی در اخذ به شفعه زمان عدم وجود حق تصرف در مبیع مشخص نیست ممکن است شریک در دسترس نباشد و آگاه از معامله نشود و آگاهی وی نیز میسر نشود پس در این صورت مشتری برای مدت نامعین حق تصرف در مبیع را ندارد و این از ارزش مبیع می کاهد و علاوه بر آن ضرری است نامتعارف بر مشتری که خلاف انصاف و عدالت است و نیز چنین وضعی ممکن است مستند بطلان بیع قرار گیرد و از طرفی پیدایش یا اعاده حق فروش نیز بر خلاف رهن در اختیار مشتری نیست بلکه در اختیار شریک است.

هر چند قانون فوریت را در ماده ۸۲۱ ق.م برای اعمال حق شفعه در نظر گرفته است ولی شروع آن منوط به آگاهی شریک است، و این شرط عقلی هر اعمال حقی است شرطی که زمان تحقق آن مشخص نیست و ممکن است آگاه کردن شریک نیز میسر نباشد. چه بسا معاملات متعددی بر آن مال واقع شود که شریک سالیانی بعد آگاه شود و بخواهد حقی را اعمال کند: خود بخوان حدیث مفصل از این مجمل! و اگر حق تصرف برای مشتری نباشد در این سالیان طولانی همه معاملاتش باید باطل باشد نظری که پذیرش آن اگر منطقی باشد وجدان حقوقی آن را نخواهد پذیرفت... پس با وجود این مسائل نگارنده بر این باور است که حق تصرف در مبیع برای مشتری قبل از اخذ به شفعه بطور مطلق سلب نشده است که شرح آن در نتیجه بحث خواهد آمد.

بحث صحت معامله مشتری بر مبیع و بطلان آن بوسیله اعمال حق مختصری گذشت و دلیل عدم پذیرش آن و مخالف بودن آن با اصول حقوقی ما گفته شد با این وجود احتمالی است که بیشتر اساتید بدون اینکه آن را بررسی کنند موضوع حکم ماده ۸۱۶ ق.م دانسته اند و نیز گفته شده است که اخذ به شفعه معاملات مشتری را از آغاز باطل می کند این نظر بدین معنی است که اعمال حق شریک کاشف از بطلان معاملات مشتری است فرضی که احتمال آن را بسیار می رود لیکن باید دید آیا چنین وضعیتی را قانون ما و اصول حقوقی پذیرفته اند. آیا می شود که حادثه خارجی موجب بطلان عقد باشد؟ استقرآ در قانون مدنی چنین صورتی را به ما نشان نمیدهد، بیشترین تاثیر یک حادثه خارجی در عقد انفساخ است آن هم در شرایط استثنائی و ویژه، مانند عقود اذنی و عقودی که شخصیت قید ترازی است و ممتنع شدن دائم اجرای عقود معوض در پاره ای موارد یا تلف قهری مال موضوع تملیک در عقود معاوضی قبل از تسلیم :

(مواد: بند ۲ م ۵۱، ۲۸۷، ۴۵۲، ۴۸۳، ۴۹۶، ۵۲۷، ۵۲۹، ۵۳۰، ۵۵۱، بند ۲ م ۵۸۷، بند ۲ م ۵۸۸، ۶۲۶، ۶۲۸، ۶۳۸، ۶۴۹، ۶۷۰، بند ۳ م ۶۷۸، ۶۸۲، ۶۸۳ و ۹۵۴ قانون مدنی - در مواد ۶۲۶، ۶۸۲ و ۶۷۰ ق.م بجای واژه انفساخ به تسامح از بطلان نام می برد لیکن این نحوه نوشتار نباید مستند تائید نظری شود که به موجب آن عارض شدن عوامل بطلان بعد از انعقاد صحیح عقد نیز می تواند موجب بطلان می شود). پس پذیرش بطلان در عقد صحیح منجز با وقوع حادثه خارجی چه منتسب به اراده شخص خارجی باشد چه قوه قاهره به معنای اخص باشد در قانون مدنی مانندی ندارد و نه با اصول حقوقی می خواند با اینحال باید این نظر را کمی تعدیل کرد. اما آیا می تواند اخذ به شفعه را موجب انفساخ معاملات مشتری دانست؟

گذشته از اینکه پدیده ای ارادی، در قالب اعمال انشائی و عناوین قصدیه با صدور از جانب غیر به عبارتی ارادی بودن سبب انفساخ، می تواند موجب منفسخ گردیدن عقده شود، هر چند که استقرآ در قانون مدنی جواب منفی را خواهد گفت، باید به مواد مربوط به حق شفعه رجوع کرد و دید آیا قانون آثار انفساخ را در معاملات مشتری جاری می داند. قاطع ترین پاسخ را ماده مورد بحث می دهد چرا که صراحتاً از بطلان معاملات مشتری بحث کرده است آثار انفساخ مانند مالکیت منافع برای مشتری معامله دوم و بعدی و نفوذ تصرفات حقوقی و

احترام به تصرفات مادی آثاری است که مورد پذیرش مقنن قرار نگرفته است چنانچه از نحوه تدوین احکام مربوطه هویداست هر چند بحث انفساخ معاملات مشتری در فقه نیز طرفدارانی دارد...

فرض دیگری که ممکن است به ذهن برسد این است که معاملات مشتری بر حصه مشاعی غیر نافذ است (برای دیدن این نظر رک مرحوم دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، جلد سوم، ص ۳۱) و شریک با اخذ به شفعه آنها را بطور ضمنی رد می کند و چنانچه در مدتی که باید اعمال حق صورت بگیرد اقدام نکند یا تراخی نماید و یا حق خود را اسقاط کند (ماده ۸۲۲ ق.م) در این صورت شریک بطور ضمنی معاملات مشتری را تنفیذ می نماید و مطابق مقررات معاملات فضولی عمل می شود. در این فرض چند ایراد برطرف می شود.

اولین آنها ایراد عارض شدن بطلان بر عقد صحیح است که در این فرض اخذ به شفعه رد معاملات مشتری است و موجب بطلان عقد غیر نافذ می شود که هیچ برخوردی با قواعد و اصول حقوقی نمی کند. و ایراد دیگر حمایت از مشتری و طرفین معامله با وی است که امیدی به نفوذ تصرفات خود دارند. مبنای عدم نفوذ نیز وجود حق عینی شریک بر مبیع است که تنافی این حق با معاملات مشتری می تواند مانع نفوذ تصرفات مشتری باشد نظری که از این لحاظ هیچ تعارضی با اصول حقوقی ندارد. آنچه پذیرش این نظر را دشوار می نماید دلالت اخذ به شفعه بر عمل حقوقی «رد» است. می دانیم رد یا تنفیذ عقد یک عمل حقوقی است که نیازمند قصد انشاء و اراده انشائی است و لازمه آن نیز التفات صاحب حق به وجود معامله غیر نافذ است چنانچه وی ملتفت به وجود چنین معامله ای نباشد و اصلاً در خاطرش نیز احتمال وجود چنین عقده نگذرد چطور می شود عمل وی، تنفیذ یا رد ضمنی عقده شود که روح شخص نیز از آن با خبر نیست؟ منسوب کردن چنین وضعیتی به اراده شفیع نامتعارف است و لازمه اعمال حق وی نیز چنین نمی باشد.

ممکن است برای توجیه این دلالت به ماده ۴۴۸ ق.م استناد شود که مقرر می دارد: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود.» بدین توضیح که سقوط اختیار یک عمل حقوقی است و باید با التفات و آگاهی از وجود اختیار انشاء شود و همانطور که اسقاط خیار بدون آگاهی از وجود یا عدم آن میسر است تنفیذ یا رد معامله غیر نافذ بدون علم به وجود آنها نیز صحیح است. این استدلال با ظاهرش فریبنده اش نمی تواند ذهن را قانع کند. هر چند اسقاط اختیار یک عمل حقوقی است و بدون آگاهی از وجود خیار می توان آن را اسقاط کرد لیکن این اسقاط با احتمال وجود خیار یا مقتضای آن است و مسقط می خواهد تمام نتایج و آثاری که به موجب خیار ایجاد می شود چشم پوشی کند و به همین دلیل است که بدون علم به وجود خیار این اقدام را می کند اما همین احتمال به وجود خیار و یا ایجاد آن در آینده کافی برای نفوذ عمل حقوقی است و از طرفی خود شخص سقوط خیار را انشاء می کند در حالی که در فرض ما صاحب حق شفعه عمل رد یا تنفیذ را انشاء نمی کند بلکه عمل مادی یا حقوقی دیگری انجام می دهد و دلالت آن بر رد و تنفیذ نیاز به قرائن قاطع دارد

و از طرف دیگر صاحب حق ممکن است علاوه بر عدم آگاهی از وجود معاملات مشتری، احتمال وجود چنین معاملاتی را نیز ندهد پس با چه قرینه ای می توان رد یا تنفیذ را منسوب به اراده او نمود؟...مشابه این بحث در تحلیل ماده ۲۵۷ قانون مدنی نیز مطرح می شود در این ماده می خوانیم: «اگر عین مالی که موضوع معامله فضولی بوده است قبل از اینکه مالک معامله فضولی را اجازه یا رد کند مورد معامله دیگر نیز واقع شود مالک می تواند هر یک از معاملات را که بخواهد اجازه کند در این صورت هر یک را اجازه کرده و معاملات بعد از آن نافذ و سابق بر آن باطل خواهد بود.» در این ماده نیز سبب بطلان معاملات اصیل را رد معامله اول توسط مالک می داند منتها باید توجه داشت که مبنای این ماده بکلی با ماده مورد بحث متفاوت است چراکه در این ماده اصیل بر مال غیر معامله می کند و این معامله قطعاً نفوذ حقوقی ندارد لیکن در فرض ما مشتری بر حصه خود معامله می کند و لحن نگارش ماده فوق نیز موافق با اصل است.

اما آنچه باعث تأیید استدلالی که معاملات مشتری بر حصه خویش را غیر نافذ می داند و اخذ به شفعه رد آن، می شود مبنای این ماده است. سئوالی که باید به آن پاسخ داده شود این است که اگر رد یا تنفیذ یک عمل حقوقی است که انشاء کننده آن باید ملتفت به وجود معامله مورد اجازه یا رد باشد یا دست کم احتمال وجود چنین قراردادی را بدهد در فرض ماده ۲۵۷ ق.م که مالک معامله اول را اجازه می دهد ممکن است از وجود معاملات بعدی اصیل باخبر نباشد پس چگونه اجازه معامله اصیل تنفیذ معاملات بعدی می شود و رد آن رد

معاملات وي ! با اين وجود مبناي بطلان يا صحت معاملات اصيل بر مال غير نمي تواند عمل حقوقي اجازه يا رد مالك باشد. پس مبناي آن چيست؟ پاسخ تفصيلي به اين سؤال در تحمل اين گفتار نيست فقط مي تواند در انتقاد از دلالت اخذ به شفعه بر رد معامله مشتري موثر باشد.

به نظر مي رسد مبناي صحت يا فساد معاملات اصيل اراده مالك بطور مستقيم نيست بلکه كاشفيت اجازه از اختيار و صلاحيت اصيل يا عدم آن در معامله بر مال است چنانچه از ماده ۲۵۸ ق.م استنباط مي شود كه آثار تنفيذ عقد به گذشته باز مي گردد يكي از اين آثار اعطاي صلاحيت به اصيل است و رد معامله اصيل توسط مالك كاشف از عدم صلاحيت وي. پس تصميم مالك نسبت به معامله فضولي و اثر آن نسبت به معاملات واقع شده به همان مال، ناشي از اثر مستقيم و بيواسطه اراده مالك نمي شود كه به رد يا تنفيذ ساير معاملات بر آن مال تعبير شود بلکه اعطاي صلاحيت به معامل است و مبناي صحت يا بطلان معاملات اصيل بر مال غير وجود يا عدم وجود اين صلاحيت است نه تنفيذ يا رد مالك. پس با قياس اين مورد به نظريه عدم نفوذ معاملات مشتري حصه مشاعي در رفع ايراد عدم دلالت اخذ به شفعه بر رد عقد غير نافذ، صحيح به نظر نمي رسد و نمي توان اين عقیده را توجيه كند. پس نظريه عدم نفوذ معاملات مشتري نيز نمي تواند ذهن ما را قانع كند بايد به دنبال مبناي ديگري بود تا حكم ماده مورد بحث روشن شود.

بعضي از حقوقدانان بعد از بررسي فروض مسئله و احراز فساد نظريات مذکور عقیده خود را در قالب عدم قابليت استناد معاملات مشتري در برابر شفيع اظهار کرده اند (استاد دكتور ناصر كاتوزيان. ايقاع. ايقاع معين. شفعه. ش ۱۸۱. ص ۲۸۷ - ش ۱۲۷). گذشته ابهام مفهوم عدم قابليت استناد به عنوان يكي از ضمانت اجراهاي مدني در اعمال حقوقي و نامتعارف بودن آن در نظام حقوقي ما و پذيرفته نشدن آن به عنوان قاعده عمومي در تعهدات قراردادي، براي بكار بردن چنين عنواني نياز به صراحت قانونگذار داريم بگونه اي كه قرينه هاي مخالف ظني در گرايش بسوي نظرات ديگر به وجود نياورد

چنانچه ماده ۴ قانون نحوه اجراي محكوميتهاي مالي مصوب ۱۳۵۱ در زمان حكومت خود و نيز همان قانون مصوب سال ۱۳۷۷ چنين كرد. با اين وجود به نظر مي رسد ماده ۸۱۶ ق.م مدني در راستاي وضع چنين حكمي نبوده است علاوه بر عدم صراحت اين ماده به عدم قابليت استناد معاملات شريك در برابر شفيع و گمنام بودن چنين ضمانت اجرائي، كه جز در موارد ضرورت نبايد متمسك به آن شد، صراحت ماده در بطلان معاملات شريك در نتيجه اخذ به شفعه بطور مطلق، مانع از پذيرش نظر مذکور مي شود كما اينكه اعمال حق توسط شفيع و تاثير آن در معاملات معارض موجب ضمان مشتري بر عوض قراردادي در برابر طرف عقد است در واقع ضمان مشتري معاوضي است در حالي كه طبق نظريه عدم قابليت استناد در توجيه حكم ماده مورد بحث ضمان مشتري در برابر طرف معامله بايد ضمان بدلي باشد كه با عبارت « باطل مي نمايد (توسط اخذ به شفعه) » منتفي مي گردد و اين حكم با بكار بردن واژه بطلان ظهور در ضمان معاوضي دارد و نمي توان آن را شامل ضمان بدلي يا قهري دانست.

اين نظر با اينكه بسياري از ايرادات حكم ماده ۸۱۶ ق.م را برطرف مي نمايد نمي تواند قدرت نفوذ خود را از ظهور قوانين بگيرد و ديگر اينكه مشخص نيست سقوط حق شفعه در عدم قابليت استناد اين معاملات چه تاثيري مي گذارد و مبناي اين آثار چيست در نتيجه بايد دنبال مبناي ديگري براي حكم اين ماده بود.

نظر برگزيده- از آنچه گفته شد و نظرات احتمالي كه در توجيه حكم ماده ۸۱۶ قانون مدني مطرح شد بايد دنبال نظري باشيم كه ايرادات مطروحه را نداشته باشد علاوه بر آن با حكم ماده مورد بحث نيز تعارضي نداشته باشد و اصول و قواعد نظام حقوقي ايران را زير پا نگذارد. آنچه حقيير برگزيده است مشابه نظري است كه اخذ به شفعه را كاشف از بطلان معاملات مشتري مي داند ليكن به اين كاشفيت صورت ديگري مي بخشيم و بناي ديگري را براي توجيه آن در نظر مي گيريم.

به نظر مي رسد با جمع اصول بايد تمامي معاملات مشتري بر حصه خود در مال مشاع و معاملات بعد از آن معلق باشد و معلق عليه سقوط يا اسقاط حق شفعه توسط شفيع باشد و با تحقق اين شرط است كه مطابق قواعد عقد معلق موجب صحت عقد مي شود و عدم حصول معلق عليه كه همان اعمال حق شفعه توسط صاحب آن است موجب بطلان عقد مي شود در واقع كاشفيت از بطلان عقد معلق از حين تراضي است. مي دانيم كه در

عقد معلق حصول منشا عقد معلق بر شرطی است که با تحقق آن شرط عقد منجز می شود و حقوق و تعهدات به دارئی طرفین می پیوندند و عدم تحقق آن موجود نه چندان کامل را از ابتدا نابود می کند و موجب بطلان و فساد آن می شود گوئی از آغاز هیچ اعتباری در عالم حقوق انشاء نشده بود.

این نظر بسیاری از ایرادات و اشکالات را از بین می برد و حکم ماده ۸۱۶ ق.م را دقیقاً مطابق با اصول حقوقی ما می کند و هم حق شفعه شریک را محفوظ می کند و مانع تجاوز به آن می شود هم حق طرفین معامله مشتری در صورت سقوط حق شفعه حفظ می کند و آنها را امیدوار به صحت عقد می کند و باعث نفوذ کامل آن معاملات می شود و هم رفع ضرر از مشتری و اطراف آن عقود را ممکن می سازد و نیز از اجرای حکمی غیر عادلانه جلوگیری می کند؛ آنچه وجدان حقوقی را خشنود می سازد. این نظر را در توجیه ماده ۴۶۰ قانون مدنی نیز می توان در راستای اجرای عدالت اظهار داشت. این ماده می گوید: « در بیع شرط مشتری نمی تواند در مبیع تصرفی که منافعی خیار باشد از قبیل نقل و انتقال و غیره بنماید. »

ظاهر این ماده از عدم وجود حق تصرفات حقوقی برای مشتری شرطی است هر چند تا پایان مدت بیع استرداد مبیع را نخواهد و اقدام به فسخ نکند (البته این عقیده در معاملات با حق استرداد موضوع قانون ثبت قابلیت اجرا ندارد). نظر برگزیده ما هم می تواند مقصود مقنن در تدوین این احکام را تامین کند بدون اینکه کوچکترین تعارضی با آن داشته باشد و هم می تواند حقوق کسانی که نسبت به آن معامله نموده اند حفظ کند و از ورود ضرر ناروا به آنها جلوگیری کند و هم هیچ تعارضی با اصول حقوقی ندارد. موفق باشید...