

## تحلیل و نقد ماده ۸۱۶ قانون مدنی

هادی حاجیانی

سیري در قانون مدني با تعمق در آن حکايت از ظرافت و دقت نويسندگان آن را در تدوين احکام مدني دارد. اين قانون عصاره اندیشه والاي فقها است در عين حال از جريانهاي سده هاي اخير و تحولات حقوقي بيگانه در امان نمانده است ليکن اين را ما عار نمي دانيم بلکه آن را تکامل مي ناميم مشروط بر اينکه منطبق با اصول و قواعد حقوقي بومي گردد. با وجود اين نفوذ عناوين بيگانه در قانون مدني را، با همه وسواسي که نويسندگان اين قانون و تعصب نسبت به گذشته غني ايران در زمينه فقه و حقوق داشته اند، نمي توان انکار کرد. در تدوين بخش تعهدات نفوذ عناوين حقوقي بيگانه محسوستر است هر چند تسلط و آشنائي فراوان نويسندگان قانون مدني سدي حصين در راه نفوذ عقايد حقوقي خارجيان است با اين حال رخنه آنها اجتناب ناپذير است. تأمل در مواد ۱۹۹، ۲۰۰، ۲۱۲، ۲۱۳، ۲۴۶، ۲۵۲، ۲۸۳، ۲۹۶، ۳۶۷، ۵۴۴، ۶۲۶، ۶۷۰، ۶۸۲، ۷۳۳، ۸۰۱، ۸۰۳، ۸۱۶، ۸۳۷، ۱۲۱۲ نفوذ اين عناوين آميخته با مسامحه گري مقنن در تدوين مواد قانوني آشکار مي شود و همين امر باعث ترديد نويسندگان حقوقي و مجريان شده است که الفاظ مبهم و دوپهلو را بر کدام معني حمل کنند. اين مسامحه کاري عواقب مطلوبي ندارد گاهي اوقات بطلان عقد نتيجه مي دهد گاهي صحت. با وجود اين در بعضي مواد تعابيري به چشم مي خورد که در نگاه اول ممکن است حمل بر تسامح شود ولي با پرده گشائي از حقيقت نشان از ظرافت نويسندگان قانون دارد. يکي از اين مواد، ماده ۸۱۶ قانون مدني است. در اين ماده مي خوانيم: « اخذ به شفعه هر معامله را که مشتري قبل از آن و بعد از عقد بيع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل مي نمايد. »... آنچه در ماده بصورت نامتعارف جلوه مي کند قسمت اخير آن است. در اين ماده سبب بطلان عقدي که قبل از اخذ به شفعه منعقد شده است اعمال حق شفعه توسط شفيع عنوان شده است. مي دانيم که در حقوق ايران اسباب بطلان بايد حين تراضي موجود باشند و الا تأثيري در عقد نخواهند داشت يا دست کم موجب انفساخ عقد مي شود (مواد ۲۸۷، ۲۵۳، ۴۸۳ ق.م.). چنانکه مورد معامله عين معين باشد و هنگام تراضي تلف شده باشد طبق ماده ۳۶۱ ق.م. بيع باطل است ولي چنانچه بعد از تراضي باشد ديگر ضمانت اجراي آن بطلان نيست بلکه بيع صحيح و نافذ است فقط در تلف قبل از تسليم يا خيار مختص مشتري، موجب انفساخ است. همچنين است در ماليت داشتن يا قدرت بر تسليم. در حالي که در اين ماده اعمال حق را موجب بطلان عقد سابق مي داند. در نظام حقوقي ايران بطلان زماني به کار مي رود که عقد از همان حين توافق باطل باشد يا به تعبيري دقيقتر، اين توافق تلاشي باطل براي انعقاد عقد است در اين نظام ممکن نيست عقدي صحيح واقع شود و بعد به علت باطل شود. از طرفي در ماده ۸۱۶ سبب بطلان عقد را اخذ به شفعه دانسته و از عبارت « باطل مي نمايد » ظهور در عارض شدن بطلان بعد از اعمال حق، بر عقد صحيح است همان که در نظام حقوقي ما پذيرفته نيست و منطبق با نظامهاي حقوقي بيگانه است. توضيح اينکه در نظام حقوقي ما بطلان مطلق است و قابل استناد در برابر همه اشخاص، بطلان نسبي عنواني بيگانه در حقوق ما است. بطلان نسبي يکي از نهادي است که مي تواند حکم ماده ۸۱۶ قانون مدني را توجيه کند منتها با سابقه درخشان فقهي در حقوق ايران، اين لباس عاريتي را برانداز خود نمي دانيم و مصمم هستيم اين مواد را منطبق با قواعد و اصول حقوقي و فقهي خود تفسير کنيم تا هيچ نيازي به تمسک به بيگانگان احساس نشود. نويسندگان حقوقي در شرح اين ماده کمتر اشاره به قسمت آخر ماده نموده اند گوني مؤلفان مغمض ما چنان به اين شيوه مقنن خو گرفته اند که توجهي به اين مسائل در قانون مدني نموده اند و مانند ساير مواد مذکور آن را حمل بر تسامح نموده اند آنچه حقير از آن بيزار است و اين گونه بازي با الفاظ را در خور نويسندگان تحليل گر نمي داند. به عقیده نگارنده در مورد اين ماده هيچ گونه تسامحي صورت نگرفته است بلکه بدون نياز به عناوين حقوق خارجي، کاملاً منطبق با نظام حقوقي ما است.

آنچه در اين ماده جلب توجه مي نمايد اين است که معامله مشتري بر حصه خود از مال مشاع قبل از اخذ به شفعه آیا فاقد يکي از ارکان عقد است؟ آیا مشتري قبل از مشخص شدن وضعيت مال و تصميم شريك حق معامله بر آن مال را دارد؟ در صورت انعقاد عقد، آیا اين معامله باطل است يا صحيح است و بعد از اعمال حق شفيع باطل مي شود (قابليت ابطال- بطلان نسبي)؟ يا اخذ به شفعه کاشف از بطلان اين معامله است؟ يا مراد انفساخ آن است که با تسامح بطلان ناميده شده است؟ يا اينکه معامله غير نافذ است و شفيع با تملک حصه شريك خود آن را رد مي نمايد؟ يا معاملات شريك در برابر شفيع قابليت استناد را ندارد؟... هر يك از اين

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 دلالتی 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، ایفای، 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 ۸۱۲ ق.م. بحث 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 ۲۰ 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 ۷۹۲ 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 نپذیرفته 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 ۲۶۰ ق.م تصرف مشتری شرطی را ممنوع نموده و همین حکم را در ماده ۷۹۲ 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؟ سوماً: از طرفی نمی توان وضع مشتری حصة 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 حقش 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؟ استقراء در قانون مدنی چنین صورتی را به ما نشان نمیدهد، بیشترین تأثیر یک حادثه خارجی در عقد انفساخ است آن هم در شرایط استثنائی و ویژه، مانند عقود اذنی و عقودی که شخصیت قید تراضی 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، ۴۵۳، ۴۸۳، ۴۹۶، ۵۲۷، ۵۲۹، ۵۳۰، ۵۵۱، بند ۲ م ۵۸۷، بند ۲ م ۵۸۸، ۶۲۶، ۶۲۸، ۶۲۸، ۶۲۸، ۶۲۹، 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 تأیید 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 قصديه با صدور از جانب غیر به عبارتی ارادی بودن سبب انفساخ، می تواند موجب منفسخ گردیدن عقده شود، هر چند که استقراء 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 ۲۱) 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 خیارات را می توان در ضمن عقد شرط نمود. » بدین توضیح که سقوط خیار یک عمل حقوقی است و باید با التفات و آگاهی از وجود خیار 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 خیار 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 يك از معاملات را که بخواهد اجازه کند در این صورت هر يك 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 وی! با این وجود مبنای بطلان یا صحت معاملات اصیل بر مال غیر نمی تواند عمل حقوقی اجازه یا رد مالک باشد. پس مبنای آن چیست؟ پاسخ تفصیلی به این سئوال در تحمل این گفتار نیست فقط می تواند در انتقاد از دلالت اخذ به شفعه بر رد معامله مشتری موثر باشد. به نظر می رسد مبنای صحت یا فساد معاملات اصیل اراده مالک بطور مستقیم نیست بلکه کاشفیت اجازه از اختیار و صلاحیت اصیل یا عدم آن در معامله بر مال است چنانچه از ماده ۲۵۸ ق.م استنباط می شود که آثار تنفیذ عقد به گذشته باز می گردد یکی از این آثار اعطای صلاحیت به اصیل است و رد معامله توسط مالک کاشف از عدم صلاحیت وی. پس تصمیم مالک نسبت به معامله فضولی و اثر آن نسبت به معاملات واقع شده به همان مال، ناشی از اثر مستقیم و بیواسطه اراده مالک نمی شود که به رد یا تنفیذ سایر معاملات بر آن مال تعبیر شود بلکه اعطای صلاحیت به معامل است و مبنای صحت یا بطلان معاملات اصیل بر مال غیر وجود یا عدم وجود این صلاحیت است نه تنفیذ یا رد مالک. پس با قیاس این مورد به نظریه عدم نفوذ معاملات مشتری حصه مشاعی در رفع ایراد عدم دلالت اخذ به شفعه بر رد عقد غیر نافذ، صحیح به نظر نمی رسد و نمی توان این عقیده را توجیه کند. پس نظریه عدم نفوذ معاملات مشتری نیز نمی تواند ذهن ما را قانع کند باید به دنبال مبنای دیگری بود تا حکم ماده مورد بحث روشن شود.

بعضی از حقوقدانان بعد از بررسی فروض مسئله و احراز فساد نظریات مذکور عقیده خود را در قالب عدم قابلیت استناد معاملات مشتری در برابر شفیع اظهار کرده اند (استاد دکتر ناصر کاتوزیان، ایقاع، ایقاع معین، شفعه، ش ۱۸۱، ص ۲۸۷ - ش ۱۳۷). گذشته ابهام مفهوم عدم قابلیت استناد به عنوان یکی از ضمانت اجراهای مدنی در اعمال حقوقی و نامتعارف بودن آن در نظام حقوقی ما و پذیرفته نشدن آن به عنوان قاعده عمومی در تعهدات قراردادی، برای بکار بردن چنین عنوانی نیاز به صراحت قانونگذار داریم بگونه ای که قرینه های مخالف ظنی در گرایش بسوی نظرات دیگر به وجود نیآورد چنانچه ماده ۴ قانون نحوه اجرای محکومیتهای مالی مصوب ۱۳۵۱ در زمان حکومت خود و نیز همان قانون مصوب سال ۱۳۷۷ چنین کرد. با این وجود به نظر می رسد ماده ۸۱۶ ق.م مدنی در راستای وضع چنین حکمی نبوده است علاوه بر عدم صراحت این ماده به عدم قابلیت استناد معاملات شریک در برابر شفیع و گمنام بودن چنین ضمانت اجرائی، که جز در موارد ضرورت نباید متمسک به آن شد، صراحت ماده در بطلان معاملات شریک در نتیجه اخذ به شفعه بطور مطلق، مانع از پذیرش نظر مذکور می شود کما اینکه اعمال حق توسط شفیع و تأثیر آن در معاملات معارض موجب ضمان مشتری بر عوض قراردادی در برابر طرف عقد است در واقع ضمان مشتری معاوضی است در حالی که طبق نظریه عدم قابلیت استناد در توجیه حکم ماده مورد بحث ضمان مشتری در برابر طرف معامله باید ضمان بدلی باشد که با عبارت «باطل می نماید (توسط اخذ به شفعه)» منتفی می گردد و این حکم با بکار بردن واژه بطلان ظهور در ضمان معاوضی دارد و نمی توان آن را شامل ضمان بدلی یا قهری دانست. این نظر با اینکه بسیاری از ایرادات حکم ماده ۸۱۶ ق.م را برطرف می نماید نمی تواند قدرت نفوذ خود را از ظهور قوانین بگیرد و دیگر اینکه مشخص نیست سقوط حق شفعه در عدم قابلیت استناد این معاملات چه تأثیری می گذارد و مبنای این آثار چیست در نتیجه باید دنبال مبنای دیگری برای حکم این ماده بود.

نظر برگزیده- از آنچه گفته شد و نظرات احتمالی که در توجیه حکم ماده ۸۱۶ قانون مدنی مطرح شد باید دنبال نظری باشیم که ایرادات مطروحه را نداشته باشد علاوه بر آن با حکم ماده مورد بحث نیز تعارضی نداشته باشد و اصول و قواعد نظام حقوقی ایران را زیر پا نگذارد. آنچه حقیر برگزیده است مشابه نظری است که اخذ به شفعه را کاشف از بطلان معاملات مشتری می داند لیکن به این کاشفیت صورت دیگری می بخشیم و بنای دیگری را برای توجیه آن در نظر می گیریم. به نظر می رسد با جمع اصول باید تمامی معاملات مشتری بر حصه خود در مال مشاع و معاملات بعد از آن معلق باشد و معلق علیه سقوط یا اسقاط حق شفعه توسط شفیع باشد و با تحقق این شرط است که مطابق قواعد عقد معلق موجب صحت عقد می شود و عدم حصول معلق علیه که همان اعمال حق شفعه توسط صاحب آن است موجب بطلان عقد می شود در واقع کاشفیت از بطلان عقد معلق از حین ترازی است. می دانیم که در عقد معلق حصول منشأ عقد معلق بر شرطی است که با تحقق آن شرط عقد منجز می شود و حقوق و تعهدات به دارائی 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 منافی 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 بایع 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 تأمین 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.

هادی حاجیانی