

در مالکیت و اخذ بشفوه

منظور اصلی ما از بحث در حق شفوه مقایسه آن با حق شفه در حقوق سوئیس و فرانسه و آلمان است تا در نتیجه این قیاس نکات انتقادی که در مقررات قانونی ایران موجود است بصورت برجسته‌ای نمودار شود. البته واضح است که انتقاد يك افزار منطقی است که مانند چوب فرمان پلیس جنبه هدایت و مسانعت داشته و آن جهت حرکتی را نشان می‌دهد که حرکت در آن مسیر بصلاح راننده و جامعه تمام میشود.

انتقادی که مورد نظر ما است تنها بیان نواقص بعضی از موا قانونی نیست بلکه انتقاد از فصل بندی قانون ایران که فاقد جنبه علمی هست نیز میباشد. قانون مدنی ایران در ماده ۱۴۰ خود موارد اسباب تملک را شمارش کرده که عبارتند از:

(۱) احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء اباحه. (۲) عقود و تمهیدات. (۳) اخذ بشفوه (۴) ارث.

قبل از اینکه وارد اخذ بشفوه که یکی اسباب تملک است بشویم شایسته است توضیح مختصری درباره خود مالکیت بدهیم. قانون مدنی ایران مانند قوانین بعضی از کشورها مالکیت را تعریف نکرده و صلاح هم در همین بوده است زیرا با دخالت هائیکه هر روز دولت در منازعات مالکیت مینماید و تحدیداتی که بر مفهوم سابق آن وارد می‌آورد نمیتوان باین بند به تعریف ثابتی شد. آن مفهوم ذهنی که سابقاً برای مالکیت متصور میشد امروز دیگر اعتبار ندارد زیرا در مالک مترقی امروز مالکیت را يك عنصر اجتماعی میدانند یعنی تاحدی مالکیت مشترک و قابل پشتیبانی از طرف قانون است که پشت به منافع اجتماعی نکند و حربه‌ای برای سوء استفاده قرار نگیرد و مالکین با تملک سطح زیادی اراضی کشاورزی و خودداری از کشت و کار آن و مجرم ساختن افراد بیشتر عدالت اجتماعی را بهم نزنند بالاخره مالکیت زمین تبدیل به مالکیت برج‌ها و حیات خدمتگذاران مالک نگردد. روی همین جهات است که در کشورهایی مانند سوئیس، آلمان، فرانسه بر مالکیت تحدیدات فراوانی وارد آمده است بقسمی که باید گفت در این کشورها واقعاً دولت مالک است و مالکین فقط اسماً تملک دارند، زیرا قوانین دولتی بقدری مالکین را محدود کرده که مالکین فردی آنها بتدریج در نفوذ و قدرت عمومی دولت حل میشود. البته میتوان گفت که این تضییقات مصداق همان حدیث لا ضرر ولا ضرار است. ولی در کشور های دموکراسی توده‌ای بر مالکیت تضییقات بیشتر وارد آمده است. ناگفته نماند که بعضی از فقها هم مالکیت را امر اعتباری میدانند.

در حقوق مدنی سوئیس از مالکیت تمبری نشده است و تمبر آنرا باید از مجموع مقررات مربوط بآن استنتاج کرد. قانونگذار برای مالکیت مزایای قائل میشود که جمع آن مزایا حق مالکیت را بوجود میآورد.

مالکیت بطور کلی دوجنبه دارد:

یکی جنبه مثبت آنست که بمالك حق همه گونه حق دخل و تصرف میدهد و مالك میتواند از مالکیت خود پنحوی که منظور نظر قانونگذار بوده طبق موازین قانون و روح قانون متمتع شود.

دیگری جنبه منفی آنست که بمالك حق میدهد هر گونه تجاوز و غصبی را ممانعت کرده و تجاوز و غاصب را از حوزه مالکیت خود براند. این معانی در مواد مختلف قانون مدنی ایران موجود است لکن بصورت يك ماده کلی و اساسی در نیامده است ماده ۶۶۱ مدنی سوئیس مبین معانی فوق است و پیرتور Pierre-Tunney در حقوق مدنی سوئیس تمبر مالکیت را از همین ماده استخراج کرده است و مالکیت را اینطور تمبر میکند: «مالکیت يك حق کلی و انحصاری دخل و تصرف و تسلط بر چیزی است».

قانون مدنی ایران بدون تمبری فقط مالکیت را در ماده ۱۱ بدو قسمت کرده که عبارت از مالکیت منقول و غیر منقول است.

البته این تفکیک صوری است زیرا این تقسیم مبنی بر نوع ملك است. در صورتیکه مالکیت ممکنست تقسیم بندی دیگری هم داشته باشد که ناشی از روابط حقوقی باشد، یعنی مالکیت کیفیت و خصوصیت مختلفی در موارد خاصه خود داشته باشد که موجب تقسیم بندی جدیدی شود. البته این مطالب در موردی پیش میآید که برای مالك شریکی باشد. در قانون مدنی ایران از این تقسیم بندی سعی برده نشده و اگر هم عملاً وجود داشته باشد تحت فورمول باقاعده و اسلوبی نیامده است. بدون اینکه وارد مباحث فلسفی و اقتصادی مالکیت شویم تحصیل مالکیت را فقط از لحاظ حقوقی صرف مورد بحث قرار میدهند.

فصل از تحصیل مالکیت ممکنست که مقدمه مالکیت بچهار شکل زیر باشد:

- ۱ - مقدمه تحصیل مالکیت فعل است.
- ۲ - مقدمه تحصیل مالکیت يك حقی است.
- ۳ - مقدمه تحصیل مالکیت هم حق و هم فعل است.
- ۴ - مقدمه تحصیل مالکیت نه حق است و نه فعل است.

۱ - مالکیتی که مقدمه آن فعل است همان فعل سبب تملك میشود و پس از آنکه آن فعل شرایط مقرر قانونی را محقق داشت حق مالکیت مجرزمیکردد. احیاء اراضی موات که از طریق تصرف امکان دارد مقدم بر آن هیچ حقی وجود ندارد بلکه صرف بفعل یعنی احیاء اراضی موات آنها بر شرطی که قانون آنرا احیاء بشناسد ایجاد حق میکند.

۲ - مالکیت که مقدمه آن يك حقی است همان حق سبب تملك میشود و لازمست که يك شرطی محقق شود تا آن حق از قوه بفعل درآید. ارت از اسباب تملك است و این حقی است که قانون آنرا مقدمتاً شناخته است ولی تا مدامیکه مورت زنده است این حق در قوه است و بعضی اینکه مورت فوت کرد این حق فعلیت پیدا کرده و بصورت مالکیت در میآید. فو الحقیقه این مالکیت ایجاد میشود بلکه همان مالکیت مورت است که خود وجود و بدون دخالت هیچ عنصر زنده ای انتقال پیدا میکند و قول فلاسفه جمع مال و انتقال آن فرزندان از طریق ارت نحوه غیر مستقیمی از ارباز علاوه بآنکه حیات است. خلاصه فقط يك موجب غیر عامی است که موجب انتقال آ مالکیت

بزندگان میشود و آن مرگ مورت است و همین مرگ است که مالکیتی را که بصورت فوه بوده است بفل میآورد.

۳ - قسم دیگری سبب مالکیت وجود دارد که واجد دو مقدمه فوق است یعنی مقدم ر مالکیت هم فعل وهم حق وجود دارد. این مقدمات وقتی موجود است که مالکیت مشترک است و طبق قانون ایجاد حق شفعه میکند ولی همینکه شرایط مقرره محقق گردیده حق شفعه تبدیل باخذ شفعه و منتج با مالکیت میگردد. بند اول ماده ۶۸۲ قانون مدنی سوتیس همین مقدمات را شامل است و ماده ۸۰۸ قانون مدنی ایران شاهد همین وضع است. متذکر میشود که در حقوق فرانسه برای مستأجرین اراضی مزروعی حق شفعه موجود است که به موقع خود از آن بحث خواهیم کرد.

۴ - یکی دیگر از موارد اسباب تملك که اهمیش امروز از مواد فوق الذکر بیشتر است همان تمهدات و قراردادهاست، و بعضی از فلاسفه حقوق آنها را جزو منابع حقوق محسوب میدانند. ایندسته از اسباب تملك مقدمه شان نه حق است و نه فعل است بلکه ابتدا بساکن از طریق قرارداد، باعث مالکیت حاصل میشود مشروط بر آنکه مغایر با مفاد ماده ۱۰ و ماده ۱۹۴ قانون مدنی ببعده نباشد.

در بین طبقه بندی فوق الذکر بعضی از اوقات مالکیت بدون اراده انسان قهراً حاصل میشود، گاهی اوقات لازمه تحقق آن مالکیت اراده انسانی است. بعضی از مالکیتها بطور مستقل، بعضی دیگر به تبع موك ایجاد میگرددند.

منظور از توضیحات فوق تشریح مکانیسم ماشین مالکیت است زیرا طرز عمل يك ماشین و خود ماشین باهم متفاوتند علاوه خواستیم که اسباب تملك را تحت فور مدنی اساسی تری در آورده باشیم ... خیلی بجا بود که اگر قانون مدنی ایران اسباب تملك را طوری طبقه بندی میکرد که يك طبقه بندی عملی تری را شامل میشد. البته چهار مورد فوق که بصورت علمی طبقه بندی شده در ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران موجود است. ممکنست عده ایراد کنند که طبقه بندی که فوقاً درباره مکانیسه ماشین مالکیت نمودیم صحیح نیست چه مثلا در مورد حق اول (حیازت اراضی موات) که گفته بشود مقدم بر مالکیت يك فملی وجود دارد چنین نیست زیرا مقدم بر این فعل يك حقی وجود دارد و آن اینست که قانون اجازه تحصیل مالکیت را از طریق حیازت اراضی موات با فراد داده است. بنابراین باید حقی موجود باشد تا حیازت امکان داشته باشد. البته این ایراد بجاست و معلوم نیست نه همه بر این رأی متفق باشند چه از نظر فلسفی در مبنای مشروع مالکیت اختلاف نظر موجود است. اگر چه این موضوع مورد بحث مانیت مع الوصف از لحاظ آنکه خوانندگان يك با دداشت ذهنی از این موضوع داشته باشند فقط بشمارش تئوری هائیکه در این باره وجود دارد و شرح مختصری درباره آنها اکتفا میکنیم.

بطور کلی پنج تئوری درباره مبنای مشروع مالکیت وجود دارد که عبارتند از

۱ - تئوری حقوق طبیعی: طبق این نظریه افراد بشر نه ساکنین این طبیعت اند و طبیعت هم برای آنها خلق شده حق طبیعی مسلمی بر این خاک دارد. هر کس بنا بر قانون طبیعی که آن ادامه حیات و حفظ وجود است حق دارد قطعه زمینی برای تحصیل معش و استراحت خود دارا باشد، این حق حق طبیعی اوست و محرومیت او از این امر خلاف ناموس طبیعت است که به مدمات تغییر میشود. باری هر فرد موجود در این طبیعت سهم مشاعی از سهام کل که بنمذاد جمعیت عالم است از این عالم مادی دارد. چون این تئوری از جانب مذهبیهون، دروپائی صادر شده بود و امروز هم بایدایش حقوق موضوعه دستورات حقوقی مذهبی ضمانت اجرایی ندارند این است که نظریه حقوق طبیعی ازس رفته و دیگر طرفدارانی با آن شکل ندارد.

۲ - تئوری قانون - طرفداران این نظریه عقیده مندند که فقط قانون است که اعطاء مالکیت میکند . البته این نظریه هم از این لحاظ مورد ایراد است که چگونه قانون حاضر شده است که این مالکیت های بزرگ حاصل شود وعده دیگر از آن بکلی محروم باشند . بلاوه بشر از ابتدای امر یعنی از همان دوره زندگی جنگلی و انفرادی متصرف قطعه زمینی برای آسایش خود بوده ، در صورتیکه در آنوقت قانون وجود نداشته است . در ضمن اضافه میکنند که اگر قانون منشأ شرعی و قانونی مالکیت باشد همان قانونهم میتواند سلب مالکیت کند .

۳ - تئوری قرارداد - همانطور که از عنوان این تئوری مفهوم میشود مالکیت در اثر قرارداد بین افراد بشری حاصل شده است ، البته این قرارداد ابتدا بطور ضمنی بوده است . این نظریه هم امروز اعتبار ندارد .

۴ - تئوری اشغال - این نظریه مبتنی بر این امر است که بشر از راه تصرف و اشغال زمین را تملك کرده است . این تئوری سخت مورد اعتراض واقع شده و اینک محکوم گردیده است زیرا قبول این امر مستلزم تن دادن بزربرباد زور است و حتی مدعی اند که مالکیت های امروز هم دنبال همان فشار سرگردگن طوایف و قبیله ها و جنگ و خونریزی رؤساء دیروز و بالاخره غلبه قوی بر ضعیف است . از این جهت معتقدند ماشین مالکیت و سایر سازمانهای حقوقی امروز که غالباً بر اساس ظلم و زور دیروز را استوار شده اعتبار اخلاقی و قانونی ندارند .

۵ - تئوری کار - این نظریه امروز بیشتر مورد قبول واقع شده و عقیده دارند کسی باید مالک باشد که در زمین کار میکند و مالکیتی که بر اساس کار است مشروع و قابل پذیرش است . البته مالکیت هم تا آنجائی قانونی و مشروع است که بیل و گاو آهن اثر داشته اند . بنابراین طبقات زیرین خاک مزروعی که دور از تأثیر کارند متملق بمالك قشر سطحی خاک نیست . خلاصه هر قدر هوای سوسیا لاجه قضای حقوقی را بیشتر برکنند بر قدرت تئوری کار افزوده میشود . برای اینکه اصل مطلب دور نشویم از توضیح بیشتر درباره تئوریهای مختلف مذکور خودداری و در مقاله ای که فقط باین موضوع اختصاص میدهم بتفصیل در اینخصوص صحبت خواهیم کرد . البته این موضوع بسته بآنست که تا چه اندازه حقوق دانان و علاقه مندان باصلاحات اجتماعی بخواندن اینگونه مقالات که جامع نکات فلسفی و اجتماعی و حقوقی است بوده باشند .

این بود مختصری در باره مبنای مشروع مالکیت حال وارد اصل مطلب که حق شفعه است میشود .

مقدمتگفتیم که هر روز بر مالکیت محدودیتهائی وارد میشود یکی از مواد آن حق شفعه است . حق شفعه دایره عمل و اختیارات مالک را محدود میکند . این حق شفعه ممکن است با از طرف قانون وضع شود یا بوجوب قرارداد ایجاد گردد . البته در قانون ایران از حق شفعه قرارداد اسمی نبرده در صورتیکه این نوع حق شفعه در داد خارجی موجود است . حق شفعه قراردادی محدودیتی است که از طرف خود مالک در نتیجه قرارداد بر ملک خود وارد میکند و عبارت از آن حق رجحانی است که مالک برای يك شخصی در مقابل يك خریدار احتمالی قائل میشود .

تعریف حق شفعه و شرایط آن در بعضی از کشورهای اروپائی

بطوریکه قبلاً متذکر شدیم حق شفعه يك حق احتمالی است که اثرات واقعی آن پس از عقد بیع حاصل میشود . در حقیقت حق شفعه يك حق فور ماتوری Pormorteur است (۱) که بناسبت اوضاع و احوال خاصی میتواند اجمالاً اثر حقوقی که همان تحصیل مالکیت است تولید کند .

(۱) حق فور ماتور حقی است که بوجوب آن صاحب حق میتواند حق جدیدی را ایجاد نماید یا اینکه حق سابق را تغییر داده یا املاً آنرا از بین ببرد .

هنوز بر عدم روشن نگشته است که بین حق شفعه droit de préemption و اخذ شفعه-dotit de retrait اختلاف مختصری موجود است و این اشتباه نتیجه نقضی است که در بعضی از مقررات اخذ شفعه در قانون مدنی ایران موجود است که بعداً متذکر آنها خواهیم شد، در صورتیکه در حقوق وایس ایندو ازهم تفکیک شده است.

علت واقعی امر اینست که در قانون سوئیس در مورد حق شفعه مالک (فروشنده) موظف است که قبل از انجام بیع شفیع را از قصد خود آگاه کند تا شفیع طبق قانون از حق شفعه خود استفاده نماید. در صورتیکه فروشنده بوظیفه قانونی خود عمل نکند و بدون استحضار قبلی شفیع اقدام بفروش ملک مورد حق شفعه بنماید شفیع حق دارد طبق قانون مبیع را از خریدار مطالبه نماید، بالنتیجه اخذ شفعه کند.

در پیمای که شورای فدرال سوئیس بشورای ملی میفرستاد اخذ شفعه را اینطور تعریف میکنند: «اخذ شفعه Droit de retrait» حقی است که قانون برای اشخاص معینی شناخته است که بوجب آن اشخاص مذکور حق دارند مال غیر منقول را که مالک بشخص ثالث (خریدار) فروخته مطالبه کرده و قائم مقام خریدار بشوند.

با اندک توجهی تعریف فوق وجود دو نکته مهم مشهود میگردد: یکی بیرون کشیدن ملک از تملک خریدار دیگر وجود آن حقی که انجام این امر میسر میسازد، و این همان حق شفعه است. خلاصه اخذ شفعه دنباله حق شفعه است.

ماده ۸۰۸ قانون مدنی که عناصر تشکیل دهنده حق شفعه را بیان میکند یک تعریف تقریبی از حق شفعه میدهد که قابل قیاس. تعریف حق شفعه در قانون مدنی آلمان و سوئیس و فرانسه نیست زیرا: اولاً تعریف فوق عده شرکاء را محدود بدو نفر کرده، ثانیاً فروشنده یا خریدار (شخص ثالث) را موظف نکرده که شفیع را قبل از عقد بیع مستحضر کند تا شفیع تمایل خود را نسبت به معامله اعلام دارد، ثالثاً آن منظور اصلی از وضع حق شفعه را کاملاً تأمین نمیکند. زیرا در قوانین کشورهای مترقی امروز یک نظر اصلی از وضع حق شفعه جلوگیری از ایجاد مالکیت های بزرگ و ممانعت از ویرانی ملک است.

از لحاظ آگاهی خوانندگان بعضی از مقررات حق شفعه را در کشورهای آلمان و سوئیس و فرانسه متذکر میشویم تا بعداً وارد تحقیق بعضی از مواد قانون مدنی ایران بشویم.

قبلاً متذکر شدیم که قانون مدنی آلمان مانند قانون مدنی سوئیس دو نوع حق شفعه که عبارت از حق شفعه قانونی و قراردادی باشد در نظر گرفته است.

ماده ۵۶۰ (حق شفعه قراردادی) قانون مدنی (قبل از جنبه دوم بین الملل) آلمان مقرر میدارد که: متمهد (فروشنده) باید بدون تأخیر مضمون عقد بیع با شخص ثالث را با اطلاع شفیع برساند. این اطلاع باید بوسیله اعلام از طرف شخص ثالث بشخص شفیع تکمیل شود. شق ۲ ماده ۵۶۰ قانون مدنی آلمان میگوید:

«حق شفعه را میتوان فقط تا پایان دوام در مورد اراضی و تا آخر یک هفته از تاریخ اعلام در مورد سایر اشیاء اجراء کرد.

همچنین ماده ۱۰۹۹ و ۱۱۰۰ قانون مدنی آلمان اشعار دارد:

«چنانچه مال غیر منقول ملکیت شخص ثالث درآید، شخص ثالث مانند متمهد (فروشنده) میتواند شفیع را از مضمون عقد بیع آگاه کند، پس از آگاهی شفیع از عقد بیع نامبرده باید در ظرف مدت مقرر قانونی تصمیم خود را اعلام دارد.

قانون فرانسه: «جرین و کارکنان املاک کشاورزی بطور سلسله مراتب حق

شسه ای نائل شده است و هنگامیکه مالک ملک کشاورزی مصمم بانتقال ملک خود شد حق شفعه مستأجرین و سپس بکارکنان آن ملک اجازه بدهد که متمتع از این حق بشوند البته حقوق فرانسه مالک راموظف کرده است که مستأجر را از قصد خود مطلع سازد، در صورتیکه مستأجر نخواهد از حق خود استفاده کند سایر شاغلین کشاورزی در ملک مذکور جانشین مستأجر شده و حق استفاده از آن حق شفعه را خواهند داشت.

ضمناً متذکر میگردد که حقوق فرانسه هم بین حق شفعه و اخذ شفعه فرقی قائل شده است.

بنحویکه بلانیول Planiol مینویسد :

« فرق حق شفعه از اخذ شفعه از این لحاظ است که در حق شفعه شخصی که از این حق منتفع میشود قبلاً از وقوع بیع قصد خود را برای تمتع از این حق اعلام مینماید. در این مورد سلب مالکیتی وجود ندارد بلکه فقط شقیع جانشین منتقل الیه آتیبه میشود. شرط حق شفعه بیع و عده بیعی تعبیر میشود ».

ماده ۶۸۱ و ۶۸۲ حقوق مدنی سوئیس که مربوط بحق شفعه قراردادی و حق شفعه نائونی است شرایط و مقررات حق شفعه را ترتیب داده اند. ماده ۶۸۱ که مربوط بحق شفعه قراردادی است مقرر میدارد.

« و نتیجه يك حق شفعه ای در ملاحظات دفتر ثبت املاک ثبت شدن آن حق علیه هر مالکی تا زمان مقرر در ملاحظات دفتر ثبت املاک و طبق شرایط معینه در آن دفتر ثبت املاک وجود دارد؛ چنانچه در دفتر ثبت املاک تعیین شرایطی نشده باشد طبق شرایط بیع با خواننده (شخص ثالث) دعوی عمل خواهد شد.

در صورت وقوع عقد بیع فروشنده موظف است که شقیع را از وقوع بیع مطلع کند. پس از مدت یکماه از تاریخ آگاهی شقیع این حق ساقط میشود. در تمام موارد دیگر پس از ده سال از تاریخ ثبت این حق از این میروند ماده ۶۸۲ که در مورد حق شفعه نائونی است بدین شرح است :

« شرکاء ملک يك حق شفعه ای علیه هر شخص ثالثی که يك حصه ای از ملک غیر متقول مشاعی را مالک شده دارا میباشد ».

البته مسلم است مقررات مربوط بحق شفعه قراردادی در مورد آگاه کردن شقیع از وقوع بیع درباره حق شفعه نائونی هم معتبر است. ضمناً توضیح داده میشود که طبق قانون مصوبه ۱۲ ژوئیه ۱۹۵۱ مقررات جدیدی در خصوص حق شفعه درباره املاک زراعتی در سوئیس وضع گردیده است که ذیلا توضیح مختصری در آن باز خواهیم داد.

قانون جدید سوئیس در مورد حق شفعه املاک زراعتی

عالت بیدایش این قانون بحرانی بوده که پس از جنگ بین المللی دوم در وضع اقتصادی و کشاورزی تمام دول از جمله سوئیس پیدا شد.

در ۳۰ دسامبر ۱۹۴۷ طرحی از طرف شورای فدرال بشورای ملی کنفدراسیون تقدیم گردید، این طرح پس از ۴ سال مباحثات و مذاکرات مجلسین و مراجعه بآراء عمومی در ۱۲ ژوئیه ۱۹۵۱ مورد تصویب واقع شد. منظور از این قانون آنست که دست سرمایه داران شهری را از اراضی کشاورزی کوتاه کنند و مالکیت ارضی خارج از شهر را فقط اختیاس بشکاورزان دهند تا کشاورزان نسبت بآب و خاک علاقمند شده و مطمئن باشند که محصول آنها بخود آنها تعلق خواهد داشت. بعلاوه پس از جنگ بین المللی دوم کسانی که سرمایه های هنگفت تحصیل کرده بودند برای حفظ ثروت خود دست بخرید املاک زراعتی زدند و بطرق مختلف از فقر و عدم تجربه و بیچارگی

کشاورزی سوء استفاده می‌کردند ، دولت میخواست از طریق این قانون آن خطری که اقتصاد روستائی سوئیس را بخطر میانداخت از بین ببرد ، بویژه باجمیت زیاد سوئیس وسطح کوچک آن که کشور خاک ارزش بزرگی دارد . این قانون تا اندازه این خطر را دور میکرد .
چون این قانون مفصل است و متضمن چند فصل و چندین ماده است که جای بحث آنها در این مقاله نیست مافقط برای اطلاع خوانندگان گرام بعضی از مواد فصل حق شفعه را بطور خیلی مختصر ذکر مینمائیم :

فصل دوم - حق شفعه در خصوص بهره برداری کشاورزی - ماده ۶

۱ - در صورت روش يك زمین مورد بهره برداری فلاحتی با فروش يك جزء مهم از این زمین فرزندان ، همسر و پدر و مادر فروشنده حق شفعه دارند .

۲ - کاتتن ها (جمهوریهای جزء) میتوانند برادران و خواهران فروشنده در صورت فوت آنها فرزندان نامبرندگان مشمول این حق شفعه بنمایند ، و این در صورتی است که فروشنده آن زمین مورد بهره برداری را از پدر و مادر خود یا از طریق ارث تحصیل کرده باشد .

ماده ۷ - کاتتن ها میتوانند مستأجری که این زمین را در يك مدت حداقل در اجاره داشته و میخواهد خود او این زمین را بهره برداری کند و لایق بنظر میرسد مشمول این حق شفعه بنمایند ، آن مدت حد اقل را کاتتن تعیین خواهد کرد .

ماده ۸ - کاتتن ها میتوانند اشخاصی که بوسیله يك قرارداد کار بفروشنده وابسته هستند و میخواهند خود آنها بهره برداری از آن زمین بنمایند و لایق بنظر میرسد مشمول این حق شفعه نماید .

ماده ۹ - حق شفعه حق شخصی است و شفیع نمیتواند آنرا منتقل کند و نه بحساب دیگری آن حق را اجراء نماید .

ماده ۱۳ - بعضی آنکه تقاضای ثبت بیع در دفتر ثبت املاک شد ، متصدی ثبت املاک موضوع را با بلافاصله باشخص معینه در لیست ابلاغ کرده و توجه آنها برای اجرای حق شفعه در مدت مقررده جلب مینماید .

ماده ۱۴ - ۱ - شفیع باید در ظرف یکماه حق شفعه را اجراء نماید ، و شروع این مدت از زمانی است که وقوع بیع بوسیله اعلام متصدی ثبت املاک باو ابلاغ میشود و طرفین عقد را با اطلاع او میرساند .

۲ - در حال حق شفعه در مدت ۳ ماه از تاریخ تقاضای ثبت عقد بیع ساقط میشود . باری بحث درباره حق شفعه مخصوص در قانون جدید سوئیس بسیار مفصل است و چون يك شماره از این مجله وسعت بحث تمام آنرا ندارد این است که بطور خیلی مختصر چند ماده اصلی آنرا بیان کردیم و در پایان فقط طبیعت حق شفعه را هم ذکر خواهیم کرد تا خلاصه های قانونی ایران روشن شود .

طبیعت حقوقی حق شفعه و آثار اعمال آن در حقوق بیعگمانگمان (آلمان ،

فرانسه و سوئیس) :

این حق متعلق بکسانی است که واجد مشخصات معینی هستند و يك حق فورمانتوری است که بنفع شفیع وضع گردیده ، یعنی حق است که مربوط بشخص شفیع است و قابل انتقال نیست . بنابراین يك دینی محسوب نمیشود . البته این حق حتی پس از اعلام شفیع ایجاد تعهدی برای طرف نمینماید . در اینصورت قابل انتقال نخواهد بود (برخلاف ماده ۸۲۳ قانون مدنی ایران) .
حق شفعه ابع آ ... خاصی است که بین شفیع و مالک وجود دارد بعضی اینکه

این رابطه از بین برود این حق هم خود بخود از بین خواهد رفت .
 از همین جهت است که حقوق سوئیس این حق را قابل نقل و انتقال نمیداند و ماده ۵۱۴ حقوق مدنی آلمان هم این حق را غیر قابل انتقال دانسته و انتقال آنرا بورات مشروط بشرط دانسته است چنانچه ماده مذکور میگوید :

« حق شفعه غیر قابل انتقال و قابل انتقال بورات شفیع نیست ، مگر آنکه قراردادی مخالف آن شده باشد . »

« اگر حق شفعه برای يك زمان معینی قرارداد شده باشد آن حق در صورت وقوع بیع از طریق ارت قابل انتقال خواهد بود . »

اعمال حق شفعه اثراتی در روابط شفیع و فروشنده و خریدار دارد . بعضی اعلام شفیع و بیان اراده خود برای تمتع از حق شفعه قرارداد منعقد بین خریدار و فروشنده خود بخود از بین می رود و خود بخود بین خریدار و صاحب ملک عقد جدیدی منعقد میشود بدین ترتیب شفیع جانشین خریدار می گردد . ابطال عقد اول و ایجاد عقد ثانی در آن واحد بوده و بطور فرضی منطبق بر یکدیگرند .

ممکنست که خریدار با حسن نیت اقدام بخیریدار آن ملک کرده باشد در این صورت وضعیت چه میشود ؟ حقوق فرانسه با وجود حسن نیت خریدار و با تقاضای شفیع برای تمتع از حق خود آن عقد را باطل میشناسد .

امان قانون ایران هیچگونه ضرب الاجلی تعیین نکرده و هیچ تکلیفی برای فروشنده و خریدار و متصدی دفتر ثبت املاک معین نداشتند تا شفیع را از وقوع بیع آگاه کنند .

فقط ماده ۸۲۱ میگوید حق شفعه فوری است . البته اگر کسی از وقوع بیع بین مالک و خریدار آگاه نشود و پس از مدت مدیدی از وقوع بیع اطلاع پیدا کند فوراً متوسل بحق شفعه خود شود و ممکنست که در طرف این مدت معاملات متعددی انجام شده باشد که باید تمام آنها باطل شوند و این خود تأثیر سومی در روابط ملاتی مردم دارد . همچنین طبیعت حق شفعه در قانون ایران نه تنها صریحاً معلوم نشده بلکه نقاط مبهمی هم در آن موجود است .

ماده ۶۱۸ میگوید : « اخذ بشفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت بپورده شفعه نموده باشد باطل است . »

معنای این ماده آنست که روابط بین مبیع و شفیع تا هنگام اخذ بشفعه همیشه محفوظ میماند و وقوع معاملات متعدد بدون اطلاع شفیع حق او را نسبت بمبیع منتهی نمینماید .

همچنین از ماده ۸۱۷ تقریباً استنباط میشود که این حق جنبه عینی دارد زیرا ماده مذکور میگوید : « در مقابل شریکی که بحق شفعه تملک میکند مشتری ضامن درک است نه تابع . »

برعکس از ماده ۸۲۳ اینطور مفهوم میشود که این حق حق شخصی است زیرا ماده مذکور اشعار دارد که :

« حق شفعه بعد از موت شفیع بوارث یا وارث او منتقل میشود . »

شخصی بودن حق شفعه طبق این ماده و سایر اصولی حقوقی از این لحاظ است که اولاً در صورت عینی بودن حق شفعه بیان ماده ۸۲۳ لزومی ندارد زیرا در حق عینی وابسته بملک از قبیل حق ارتفاق خود بخود با انتقال اصل ملک منتقل میشود . ثانیاً حق شفعه قابل اسقاط و این اسقاط حق بایک انصراف ضمنی از قبیل عدم تقاضای اخذ بشفعه حاصل میشود ، در صورتیکه اسقاط هر حق عینی مستلزم سند رسمی و ثبت آن در ملاحظات دفتر ثبت املاک است . شاید منظور قانونگذار از بیان ماده ۸۲۳ آن بوده است که وراثت میتواند پس از فوت مورث دعوی اخذ بشفعه را که

مورت در زمان حیات خود در دادگستری عنوان کرده است تعقیب کند ، بدون اینکه دعوای جدیدی را شروع نمایند .

باری ، حق عینی همان رابط بین شخصی و شیئی است و بطوریکه گفته شد : خود بخود با انتقال خود شیئی منتقل میشود . در صورتیکه حق شخصی یا حق دینی عبارت از رابطه بین دو نفر یا چند نفر است که یکی متعهد و دیگری متعهدله است . حق شفعه در واقع باید همین حق شخصی باشد که رابط بین دوشریک است ، اولاً آنکه در این رابطه دو متعهد و دو متعهدله موجود است یعنی هر شریک نسبت به شریک دیگر قانوناً تعهد متقابل دارد که ملک خود را بشخص ثالثی ن فروشد .

مرحوم منصور السلطنه عدل در شرح حقوق مدنی خود نه تنها از طبیعت حق شفعه گفتگویی نمیکند حتی میگوید :

« هر چند که در اخذ بشفعه شفیع ملکی را که مورد شفعه است قهراً و بلکه علی‌رغم مشتری مالک مینماید . لیکن این نکته مانع از آن نیست که شفیع حق خود را از ناحیه مشتری تلقی کرده باشد و نه از ناحیه بائع . چه نه فقط بائع نسبت به شفیع اجنبی بوده بلکه بعد از وقوع بیع سلطه بائع نسبت به بیع منقطع و این سلطه متعلق به مشتری میگردد » (چاپ ۱۳۳۰ . ص ۵۰۸) .

امادامی که قانون ایران مشتری احتمالی را ملزم نکرده است که قبل از وقوع بیع شفیع را از قصد خود یا قصد مالک آگاه کند هیچگونه رابطه بین او و شفیع موجود نیست مگر آنکه گفته شود این امر در مقررات مربوط به حق شفعه مستتر است . علت ایجاد این توهم آنست که بعضی از حقوق‌دانان ایرانی عقیده دارند که پس از فروش ، بیع و اخذ بشفعه از طرف شفیع مشتری است که مبیع را مستقیماً و قهراً بشفیع منتقل مینماید در صورتی که چنین نیست و باین نکته در صفحات قبل متذکر شدیم .

در هر صورت اگر وافماً قانونگذار ایران حق شفعه را حقی عینی مینداشته است بهتر بوده است که این حق و همچنین حقوق رهن را در باب دوم و ماده ۲۹ قانون ذکر می کرد که هم این ابهام از بین میرفت و هم از لحاظ تقسیم بندی حقوق فصل بندی قانون مدنی ایران جنبه علمی تری بخود میگرفت . امید است در تجدید نظری که فعلاً در قوانین بعمل میآید یا بعمل خواهد آمد تقسیم بندی ابواب و فصول قانون مورد توجه قرار گیرد تا قانون مدنی ایران بتواند در ردیف کدهای دنیا بسند واقع شود .

پژوهشگاه بین‌المللی حقوق فقهی
مجله علمی حقوق اسلامی

« دکتر محمد شاهکار »

« هیئت اتهامیه و هیئت منصفه »

سعی و کوشش در « اصابت بواقع » ملاک کار و خط هادی دادرسان جزائی است اعم از قاضی تعقیب یا تحقیق یا دادرس دادگاه - در امور مدنی بدستور ماده ۳ قانون آئین دادرسی مدنی دادگاه بدعاوی موافق قانون رسیدگی کرده حکم داده یا فصل می‌نمایند . بدیهی