

## نظریه تضامن در اجرای حق شفعه و ارث خیار\*

دکتر سیدحسین صفائی\*\*

محمدرضا امیرمحمدی\*\*\*

### چکیده

به تصریح قانون مدنی، شفعه و خیار بعد از فوت من‌له‌الحق به ورثه منتقل می‌شود (مواد ۸۲۳ و ۴۴۵ ق.م)؛ اما در صورتی که وراث متوفی متعدد باشند و بر سر اجرای حق خود توافق ننمایند، به نحوی که برخی خواهان اجرا و برخی خواستار اسقاط حق شفعه یا خیار باشند، این پرسش مطرح می‌شود که برای جمع حق وراث صاحب حق شفعه و خیار همچنین رعایت حق من‌علیه‌الحق چه باید کرد. ماده ۸۲۴ ق.م، تبعض در اجرای حق شفعه را صریحاً ممنوع کرده است. در مورد اجرای خیار نیز هر چند که قانون مدنی تصریح ندارد؛ فقها و حقوقدانان برغم اختلاف در توجیه، بر سر این مطلب که تبعض در اجرای خیار روا نیست، اتفاق نظر دارند. در این مقاله نظریه تضامن بستانکاران (تضامن مثبت) نیز به عنوان یک راه برای توجیه عدم امکان تبعض در اجرای حق شفعه و خیار در فرض تعدد ورثه مطرح شده است.

واژگان کلیدی: تضامن بستانکاران، ارث حق شفعه، ارث خیار، اعمال حق.

---

\* دریافت ۸۳/۱۰/۴؛ پذیرش ۸۳/۱۱/۲۰

Email: hsafaii-chamran@ut.ac.ir

\*\* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

\*\*\* دانشجوی دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.

Email: Amirmohammady45@yahoo.com

## مقدمه

از دیرباز نحوه اجرای حق شفعه و ارث خیار در صورت تعدد ورثه محل بحث و فحص بوده و راه‌حل‌ها و نظریات متفاوتی در این باره ارائه شده است. سرچشمه اشکال جایی است که تنها یک حق وجود دارد که قابل تجزیه هم نیست؛ حقی که یا کلاً باید آن را اعمال نمود و یا این که باید کلاً اسقاط شود.

تبعض در اجرای آن، من علیه‌الحق را با وضعیتی ناخواسته مواجه نموده، باعث تبعض در معامله می‌شود. از طرفی در صورت عدم توافق ورثه بر اجرای تمام یا اسقاط تمام حق، میان اجرای حق آن‌ها با یکدیگر تعارض به وجود می‌آید.

در این مقاله ضمن بررسی نظراتی که برای حل این مشکل مطرح شده است، موضوع را از زاویه "نظریه تضامن بستانکاران" بررسی خواهیم کرد. منظور از تضامن بستانکاران این است که اگر چند نفر طلب مشترکی از دیگری داشته باشند به نحوی که هر یک از آن‌ها به تنهایی بتواند تمام طلب را از بدهکار مطالبه کند و با پرداخت طلب به هر یک از بستانکاران، ذمه بدهکار بری شود، بقیه بستانکاران نیز می‌توانند سهم خود را از بستانکاری که تمام طلب را دریافت کرده است مطالبه کنند.

تضامن بستانکاران، میراث حقوق رم است که در حقوق بسیاری از کشورها وارد شده است. در حقوق رم به علت فقدان نهادهای حقوقی وکالت در دعاوی، شخصیت حقوقی و انتقال طلب، خلأ وجود این نهادهای حقوقی با تضامن بستانکاران پر می‌شد. به همین علت، این تأسیس از اهمیت ویژه‌ای برخوردار بوده است (ژاک مستر، ژورنل کلاسور، ۲۰۰۳، ص ۲۱)؛ لیکن در حقوق امروزی به نحوی چشمگیر از اهمیت عملی تضامن بستانکاران کاسته شده است. با وجود این هنوز مواردی وجود دارد که تضامن بستانکاران، کارایی خود را حفظ کرده است. از جمله می‌توان به حساب‌های مشترک بانکی و ارث خیار و حق شفعه اشاره نمود.

بیان این نکته است که فقه شیعه نیز با تضامن بستانکاران بیگانه نیست. هر چند که نمی‌توان مبحث ویژه‌ای تحت این عنوان در فقه پیدا نمود، برخی از فقها به صورت موردی و پراکنده تضامن بستانکاران را پذیرفته‌اند. از آن جمله سید محمد کاظم طباطبایی یزدی است که اشتراک در یک حق به نحو استقلال را به گونه‌ای که هر یک از صاحبان حق بتواند مستقلاً تمام حق را اعمال کند، ممکن می‌داند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۴۶).<sup>۱</sup> نامبرده در جواز

۱. "يجوز اشتراك جماعة في حق واحد على نحو الاستقلال بان يكون لكل منهم استيفاءه مستقلاً".

اجتماع مالکین مستقل برای مال واحد نیز تضامن طلبکاران را پذیرفته و می‌گوید: "... نتیجه این که مانعی وجود ندارد که دو ید مستقل بر یک مال استقرار یابند، بلکه اقوا این است که اجتماع دو مالک مستقل برای یک مال ممکن است... ادعای این که مقتضای مالکیت مستقل این است که مانع دیگران باشد و اگر مانع دیگران نباشد مستقل نیست، وارد نمی‌باشد. این نوع مالکیت نیز نوعی مالکیت مستقل است، کما این که برغم جواز ترک وجوب کفایی و تخییری این دو، نوعی از وجوب هستند" (همان، ص ۱۱۷).

اینک مطالب مورد نظر را در دو قسمت تحت عنوان الف) ارث حق شفعه و ب) ارث خیار به طور جداگانه بررسی می‌نماییم:

**الف) ارث حق شفعه:** هر چند فقهای شیعه راجع به ارث حق شفعه اختلاف نظر دارند<sup>۱</sup> (عاملی، ص ۴۰۳ و ۶۰۴؛ طوسی، ۱۳۷۸، ج ۳، ص ۱۱۳؛ طوسی، ۱۳۷۰، ج ۲، ص ۱۸۴ و شهید ثانی، ۱۴۱۸، ص ۳۴۰-۳۴۱). قانون مدنی در ماده ۸۲۳ ارث حق شفعه را پذیرفته و مقرر داشته است: "حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود." در صورت تعدد وراث، نسبت به نحوه اعمال حق شفعه و اختلاف آن‌ها در اسقاط و اعمال حق شفعه این سؤال مطرح می‌شود که قول و فعل کدام یک مقدم است؟ ماده ۸۲۴ ق. م مقرر داشته است: "هرگاه یک یا چند نفر از وراث حق خود را اسقاط کند باقی وراث نمی‌توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمایند و باید یا از آن صرف نظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نمایند."

راجع به راه حل قانون مدنی باید گفت که در خصوص نحوه اعمال حق شفعه بین ورثه سه حالت ممکن است پیش آید:

حالت اول این که همه بر اسقاط حق متفق باشند؛

حالت دوم این که همه بر اعمال حق متفق باشند؛

حالت سوم این که جمعی خواستار اعمال و جمعی خواستار اسقاط حق باشند.

در حالت اول و دوم قضیه روشن است؛ اما در حالت سوم دسته‌ای که خواستار اسقاط حق هستند حق آن‌ها ساقط و از جمع وراث نسبت به حق شفعه خارج می‌شوند و گروهی که خواستار اعمال هستند می‌توانند حق شفعه را اعمال نمایند.

۲. فقهای اهل سنت نیز در این خصوص اختلاف نظر دارند. ر.ک. ابن قدامه، المغنی، ج ۵ ص ۵۳۶، دارالکتب اسلامی، بیروت و احمد الدردیر، الشرح الصغیر، ج ۳ ص ۱۴۵، دارالمعارف بمصر.

راه‌حل قانون مدنی دقیقاً با نظر مشهور فقهای شیعه منطبق است. مخالفین نظر مشهور می‌گویند: وراثت قائم مقام مورث هستند؛ بنابراین بر اعمال آن‌ها اثری مترتب است که بر اعمال مورث مترتب است و چون مورث نمی‌تواند حق خود را نسبت به بعضی از مبیع اعمال کند و نسبت به بعضی دیگر اسقاط، وراثت او نیز نمی‌تواند چنین کنند (شیخ طوسی، ۱۳۷۰، ص ۱۱۳). بنابراین اگر یکی از وراثت حق خود را ساقط کند، حق بقیه نیز ساقط می‌شود و بقیه ورثه نمی‌توانند حق خود را اعمال نمایند. توضیح این که بر اساس این نظریه، یک حق شفعه وجود دارد که یا باید اسقاط شود و یا اعمال؛ و تجزیه در اعمال آن ممنوع است. با انتقال این حق به ورثه هر یک از آن‌ها نسبت به سهم الارث خود از آن مالک می‌شود. برای آن که از تجزیه در اعمال آن خودداری شود وراثت چاره‌ای جز این ندارند که یا همه حق خود را اسقاط و یا همه حق خود را اعمال کنند؛ حال آن که میان وضعیت مورث و وراثت اختلاف آشکاری وجود دارد. تا این‌جا مسئله که یک حق وجود دارد که یا باید اعمال شود و یا اسقاط، و نمی‌توان آن را تجزیه نمود و این که اعمال بعضی و اسقاط بعضی دیگر توسط مورث ممنوع است، مورد قبول می‌باشد؛ اما اختلاف میان این وضعیت با این که برخی از وراثت حق خود را اسقاط و برخی دیگر اعمال کنند، در این است که اقدام مورث باعث تجزیه حق می‌شود؛ اما اقدام وراثت حق را تجزیه نمی‌کند؛ چون وراثت هم که حق اعمال دارند مقید به این هستند که حق خود را نسبت به کل اعمال کنند نه نسبت به سهم خود از حق شفعه.

آری، اگر قرار بر این بود که برخی از ورثه به نسبت سهم الارث خود، حق خود را اسقاط و برخی دیگر به نسبت سهم الارث خود حقشان را اعمال نمایند، دقیقاً وضعیتی مشابه وضعیت تبعض توسط مورث پیش می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۹۰۷) و به همین دلیل است که ماده ۸۳۴ ق.م.مقرر داشته است: "...باقی وراثت نمی‌تواند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمایند و باید یا از آن صرف نظر کنند، یا نسبت به تمام مبیع اجرا نمایند." نکته‌ای که نباید فراموش شود این است که پذیرش نظر مخالفین این تالی فاسد را در پی خواهد داشت که به واسطه اقدام برخی از وراثت، حق دیگر وراثت ساقط می‌شود، در حالی که هیچ کس به جز خود صاحب حق نمی‌تواند حق دیگری را ساقط کند. تغییر در وضعیت حقوقی اشخاص بدون اذن و اجازه ایشان با اصل عدم ولایت بر دیگری مغایر است.

توجیه دیگر ماده ۸۳۴ ق.م.م. این است که حق وراثت متعدد نسبت به حق شفعه را از باب تضامن طلبکاران تلقی کنیم؛ به این معنا که هر یک از ورثه حق دارد نسبت به اجرای کل حق شفعه اقدام نماید و این اقدام او نسبت به بقیه ورثه نیز نافذ است. بر این مبنا اسقاط حق شفعه از سوی برخی از ورثه فقط نسبت به حق خود ایشان نافذ است، و ابرای بدهکار از سوی یکی از

بستانکاران نسبت به حق بقیه تأثیری نخواهد داشت. لذا هر چند که برخی از ورثه حق خود را اسقاط کرده‌اند، بقیه می‌توانند نسبت به اعمال حق خود اقدام کنند. البته این مورد با تضامن طلبکاران یک تفاوت دارد و آن این است که در تضامن طلبکاران (در مواردی که طلب تجزیه‌پذیر باشد) هر یک از طلبکاران می‌تواند تمام طلب یا بخشی از آن را مطالبه کند، اما در حق شفعه هر یک از صاحبان حق می‌تواند فقط نسبت به تمام، آن را اعمال نماید. این تفاوت ناشی از مقررۀ قانونی است که در این مورد خاص پیش‌بینی شده و لطمه‌ای به کلیت موضوع وارد نمی‌سازد. بنابراین مفادۀ ماده ۸۳۴ ق.م.عبارت از تضامن قانونی میان طلبکاران است که قانونگذار اعمال این حق را تجزیه‌ناپذیر تلقی کرده، هر چند که خود حق، تجزیه‌ناپذیر است. به همین جهت اسقاط آن توسط برخی از ورثه باعث تجزیه آن نمی‌شود، چون در تضامن مثبت ابرای مدیون توسط یکی از بستانکاران در حقوق بقیه تأثیری ندارد.

پذیرش نظریۀ تضامن مثبت این مزیت را دارد که حتی با فرض عدم اسقاط حق شفعه توسط بقیۀ وراث هر یک از آنها می‌تواند نسبت به اعمال حق شفعه اقدام کند، بدون این که قائل شویم که هر یک از وراث تمام حق را مالک می‌شود (ابن قدامه، ۱۳۹۲، ص ۵۳۶). توضیح این که اگر قائل شویم که هر وارثی تمام حق را مالک می‌شود، به این نتیجه می‌رسیم که هر یک از آنها می‌تواند به تنهایی و بدون اطلاع بقیه حق شفعه را اعمال کند که نتیجه آن محرومیت وراث بی‌اطلاع، از حق خود است؛ زیرا در این فرض اعمال کننده حق شفعه، بهای مبیع را به خریدار پرداخت کرده، مالک سهم شریک می‌شود و باقی ورثه از این حق محروم می‌مانند؛ اما بر اساس نظریۀ تضامن مثبت، حق شفعه به صورت تسهیم متعلق به ورثه است که البته هر یک از آنها حق دارد تمام آن را اعمال کند و این اقدام او حق دیگران را از بین نمی‌برد؛ بلکه هر یک از آنها به نسبت سهم‌الارث خود در سهم شریک که موضوع حق شفعه واقع شده است، شریک می‌شود.

یادآوری این نکته لازم است که تضامن طلبکاران بر عکس تضامن بدهکاران که فقط در حقوق دینی وجود دارد، در حقوق عینی نیز جاری می‌شود؛ زیرا در تضامن بدهکاران، بستانکار حقی بر عهده بدهکاران دارد که می‌تواند از هر یک از آنها مطالبه کند و حقی که شخص نسبت به دیگری پیدا کند، حقی دینی است. در حقوق عینی فقط دو عنصر باید وجود داشته باشند و آن دو عنصر عبارتند از: شخصی که صاحب حق است و چیزی که موضوع حق قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۷) و به محض این که عنصر سومی به نام متعهد حق و یا بدهکار اضافه می‌شود، حق، دینی می‌گردد و چون در تضامن بدهکاران همیشه عنصر سوم، یعنی بدهکار یا متعهد حق وجود دارد، باید بگوییم که تضامن بدهکاران ویژه حقوق دینی است؛

اما در تضامن بستانکاران لزوماً این گونه نیست؛ زیرا ممکن است که چند نفر به طور تضامنی از دیگری طلبی داشته باشند که در این صورت حق متضامنان یک حق دینی است و همچنین این امکان وجود دارد که چند نفر به طور تضامنی نسبت به چیزی حقی پیدا کنند، بدون این که متعهدی در میان باشد. همان طور که یک نفر می‌تواند نسبت به چیزی حقی پیدا کند، چند نفر نیز می‌توانند به طور تضامنی نسبت به آن چیز حقی داشته باشند.

این نکته را نیز باید اضافه کنیم: همان طور که در تضامن منفی وقتی می‌گوییم چند نفر متضامناً متعهدند، معنایش انکار توزیع تعهد در میان آن‌ها نیست (بلکه منظور این است که هر یک از آن‌ها مسؤول انجام دادن تعهد است)؛ در تضامن مثبت از جمله تضامن در حقوق عینی وقتی که چند نفر را متضامناً مالک حقی عینی می‌دانیم، معنایش انکار تسهیم و اشاعه میان طلبکاران نیست، بلکه منظور این است که هر یک از آن‌ها می‌تواند به تنهایی آن حق عینی را اجرا کند.

(ب) ارث خیار: کلیه خیارات همانند حقوق مالی دیگر بر اثر فوت مورث قهراً به ورثه او منتقل می‌شوند. ماده ۴۴۵ ق. م می‌گوید: "هر یک از خیارات بعد از فوت منتقل به وراثت می‌شود." در صورتی که وارث یک نفر باشد هیچ مشکلی پیش نمی‌آید و او می‌تواند همانند مورث خود در خصوص اعمال یا عدم اعمال حق خود تصمیم بگیرد و طرف مقابل قرار داد نیز از موقعیتی دقیقاً منطبق با موقعیت خود در زمان حیات مورث برخوردار است؛ اما وقتی که ورثه ذوالخیار متوفی متعدد باشند، در نحوه اعمال خیار اشکالاتی به شرح آتی به وجود می‌آید:

۱- اگر قائل شویم که نحوه انتقال خیار هم مانند دیگر حقوق مالی به نسبت سهم‌الارث هر یک از ورثه است، اشکالاتی به شرح زیر مطرح می‌شود: اولاً هیچ یک از ورثه به تنهایی نمی‌تواند حق خود را اعمال کند، چون حق خیار حقی است تجزیه‌ناپذیر و این حق یا باید اعمال شود یا اعمال نشود. در صورتی که بین دو یا چند نفر از ورثه نسبت به اعمال خیار اختلافی پیش آید، تزامم بین چند حق به وجود می‌آید؛ در نتیجه امکان اعمال هیچ یک از دو حق وجود نخواهد داشت (اذتعارضاً تساقطاً).

ثانیاً اگر قائل به این شویم که حق خیار هم به تبع موضوع آن قابل تجزیه است، طرف قرارداد را در موضعی قرارداده‌ایم که اراده مشترک طرفین آن را نمی‌خواسته است (میرزای نایینی و موسی نجفی خوانساری، ص ۱۵۸)؛ زیرا این امر باعث می‌شود در صورت عدم توافق ورثه، قرارداد پاره‌پاره شده، گروهی از ورثه نسبت به سهم خود آن را تنفیذ و گروه دیگری نسبت به سهم خود آن را فسخ کنند.

۲- اگر قائل شویم که با فوت مورث هر یک از ورثه بالاستقلال مالک حق خیار تام و کامل می‌شود، به عبارت دیگر: در صورت فوت ذوالخیار، خیار وی به تعداد ورثه تکثیر و هر یک از آن‌ها دارای حقی تام و کامل می‌شود، در این صورت با این اشکال مواجه می‌شویم که اولاً: چگونه ممکن است که حقی واحد تبدیل به چند حق شود؟ زیرا همان طور که هیچ‌گاه امکان ندارد یک شیء خود به خود، به چند شیء تبدیل شود، بدون آن که دچار نقصانی شود، یک حق خیار هم خود به خود به چند حق خیار تبدیل نخواهد شد. اگر منظور این باشد که حق، همان یک حق باقی می‌ماند؛ اما در یک زمان به چند نفر تعلق می‌گیرد، اشکال به نحو دیگری پیش می‌آید. همان گونه که یک شیء در یک زمان نمی‌تواند در چند جا وجود داشته باشد، یک حق نیز به طور همزمان نمی‌تواند به چند نفر تعلق بگیرد. ثانیاً: اگر یکی از ورثه از حق خود استفاده کند و قرار داد را فسخ نماید و دیگری با استفاده از حق خود قرار داد را تنفیذ نماید، تکلیف چنین قرار دادی چه خواهد شد؟ ممکن است پاسخ داده شود که هر کدام زودتر حق خود را اعمال کند، حق دیگران را ساقط خواهد کرد. این پاسخ سه اشکال دارد: یکی این که چگونه امکان دارد شخصی حق خود را اعمال کند و این اعمال حق باعث اسقاط حق دیگری شود؟ دوم این که اگر به طور همزمان یکی قرارداد را تنفیذ و دیگری آن را فسخ نماید چه می‌شود؟ سوم این که با اراده یکی از وراث در دارایی بقیه تغییراتی ایجاد می‌شود و این بر خلاف اصل عدم ولایت بر دیگران است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۲۰ - ۱۲۸).

ورود در جزئیات ارث خیار و نقد نظریه‌های ارائه شده از موضوع بحث ما خارج است؛ لذا به همین خلاصه که به نحوی با موضوع مقاله مرتبط است اکتفا نموده، تفصیل بحث را به منابع مبسوطی که در این خصوص وجود دارد احاله می‌نماییم (میرزای نائینی و نجفی خوانساری، ص ۱۵۷؛ انصاری، ۱۴۱۶، ص ۲۹۰-۲۹۳ و خمینی، ص ۱۱۳ به بعد)؛ لیکن برای رسیدن به مقصود جز اشاره‌ای گذرا به نظریات فقها راجع به ارث خیار در صورت تعدد ورثه چاره‌ای نیست. چهار نظریه در این خصوص وجود دارد:

**یک:** هر یک از وراث حق فسخ قرار داد را دارد (طباطبایی، ۱۴۰۴، ص ۵۲۷ و احمدالدردیر، ۱۹۷۳، ص ۱۴۵). بر اساس این نظریه همان طور که مورث می‌تواند حق خود را اعمال و قرار داد را فسخ کند، هر یک از ورثه نیز حق دارد مستقلاً حق فسخ را نسبت به کل معامله اعمال کند، هر چند که بقیه، معامله را تنفیذ کرده باشند. به عبارت دیگر: موضوع خیار، فسخ است نه تنفیذ. بنابراین اگر یکی از وراث فسخ کند و دیگری تنفیذ، معامله فسخ می‌شود، هر چند که از نظر زمانی فسخ مؤخر بر تنفیذ باشد. بر این نظر اشکالاتی به این شرح وارد

کرده‌اند: اولاً؛ همان طور که یک مال نمی‌تواند به نحو استقلال و تمام و کمال به دو یا چند نفر متعلق باشد، یک حق نیز نمی‌تواند به چند نفر تعلق داشته باشد. ثانیاً؛ ظاهر ادلهٔ ارث این است که حق نیز مانند مال به تسهیم به ارث می‌رسد و دلیل دیگری مبنی بر این که هر یک از آن‌ها بالاستقلال مالک تمام خیار می‌شود وجود ندارد. در توضیح موضوع عیناً عبارت یکی از استادان حقوق کشورمان را نقل می‌کنیم: "درست است که حق خیار به خودی خود قابل تجزیه و تقسیم میان وارثان نیست؛ ولی این تجزیه به اعتبار موضوع حق قابل تصور است. خیار فسخ دو چهره دارد از یک سو حق مالی و قابل انتقال است و به اعتبار دیگر وسیلهٔ تملک مال. پس چه مانع دارد که به اعتبار اخیر گفته شود هر وارث به همان نسبت که از ترکه ارث می‌برد حق خیار دارد". (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۹۰۷). ثالثاً؛ حق فسخ معامله توسط یکی از وراث باعث می‌شود بدون اذن و اجازهٔ دیگر ورثه مالی از دارایی آن‌ها خارج و مالی دیگر در دارایی آن‌ها وارد شود؛ امری که جز با قرار داد یا امر قانونی امکان ندارد.

**دو- مجموع وراث صاحب حق خیارند** (خمینی، ص ۴۸۸). بر این اساس تنها یک حق وجود دارد که به مجموع ورثه تعلق دارد. لازمهٔ این نظریه آن است که هیچ یک از ورثه به تنهایی نتواند قرارداد را فسخ و یا تنفیذ کند؛ بلکه باید برای فسخ یا تنفیذ با هم توافق داشته باشند. در صورت وجود اختلاف میان آن‌ها نتیجهٔ آن عکس نتیجهٔ نظریهٔ اول خواهد بود؛ زیرا تا زمانی که همگی بر فسخ توافق نکنند، قرارداد فسخ نخواهد شد و نتیجهٔ عملی عدم توافق ایشان تنفیذ و بقای قرارداد به حالت خود است.

از حقوقدانان معاصر مرحوم دکتر امامی از همین نظر پیروی کرده، می‌نویسد: "در اثر فوت هر چه را مورث در حین فوت دارا بود به ورثه منتقل می‌شود و آن خیار بسیط غیر قابل تجزیه است؛ بنابراین تمامی ورثه می‌توانند با توافق یکدیگر عقد را فسخ بنمایند. چنانچه بعضی از ورثه موافقت در فسخ نکنند و آن را امضا نمایند و بعضی دیگر آن را فسخ کنند بلااثر خواهد بود" (امامی، ۱۳۷۰، ص ۵۳۳). مبنای این نظر آن است که بین ارث مال و ارث حق تفاوت قائل شده‌اند و معتقدند که مال تجزیه‌پذیر است و به میزان سهم هر یک از وراث میان آنان تقسیم می‌شود؛ اما حق امری بسیط و غیرقابل تجزیه است. لذا صاحبان حق جز این که مشترکاً آن را اعمال کنند چاره‌ای ندارند (میرزای نائینی و نجفی خوانساری، ص ۱۸۹).

اشکالی که بر این نظر وارد شده ترجیح بلامرجح برخی از ورثه بر برخی دیگر است. ترجیح نظر وارثانی که تنفیذ قرارداد را می‌خواهند بر نظر آنان که فسخ آن را می‌خواهند توجیهی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۹۰۸).



سه - مجموع وراثت به صورتهام طبیعی صاحب حق خیارند (میرزای نائینی و نجفی خوانساری، ص ۱۵۹)، یعنی این که خیار به طبیعت وراثت تعلق دارد و طبیعت وراثت با یکی از مصادیق آن یعنی یکی از ورثه محقق می‌شود. لذا وقتی که یکی از ورثه حق فسخ را اعمال کند، حق، اعمال شده و بقیه وراثت دیگر حقی نخواهند داشت و عمل وارث اقدام‌کننده چه تنفیذ باشد و چه فسخ نسبت به بقیه نیز موثر است. به عبارت دیگر متعلق خطاب شارع یا قانونگذار اشخاص نیستند، بلکه عنوان وراثت متعلق خطاب است.

اشکالی که بر این نظریه وارد است، همان اشکالی است که راجع به نظریه اولی نیز عنوان کردیم و آن از این قرار است که فسخ یا اجازه یکی از وراثت باعث می‌شود که بدون اذن و اجازه دیگر ورثه مالی از دارایی آن‌ها خارج و مالی دیگر در دارایی آن‌ها وارد شود.

چهار - هر یک از وراثت به نسبت سهم خود از ترکه صاحب حق فسخ است. طبق این نظریه هر یک از ورثه حق دارد نسبت به سهم خود از ترکه قرارداد را فسخ یا تنفیذ کند. اشکال این نظریه تبعضی است که در صورت اختلاف ورثه در فسخ و تنفیذ به وجود می‌آید که طرفداران آن برای رفع این اشکال می‌گویند: درست است که هر یک از ورثه نسبت به سهم خود صاحب حق است؛ حق اعمال خیار به طور استقلال ندارند، بلکه به ناچار یا باید بالاتفاق فسخ کنند و یا بالاتفاق تنفیذ نمایند و این مقتضای شرط ضمنی است که میان مورث و طرف قرارداد وجود دارد؛ مگر این که طرف قرارداد این شرط را که به نفع اوست اسقاط کند، که در این صورت هر یک از ورثه می‌تواند مستقلاً فسخ یا تنفیذ کند (همان، ص ۱۵۸).<sup>۱</sup> این نظر در فقه طرفداران پیش‌تری دارد. قانون مدنی هر چند که مقرر صریحی در این خصوص ندارد، اما از ملاک ماده ۴۳۲ در باب خیار عیب که مقرر داشته است: "در صورتی که در یک عقد، بایع یک نفر و مشتری متعددی باشد و در مبیع عیبی ظاهر شود، یکی از مشتری‌ها نمی‌تواند سهم خود را به تنهایی رد کند و دیگری سهم خود را نگاه دارد، مگر با رضای بایع و بنابراین اگر در رد مبیع اتفاق نکردند هر یک از آن‌ها حق ارش خواهد داشت!" می‌توان نتیجه گرفت که نویسندگان قانون مدنی نیز از نظر مشهور فقها پیروی کرده‌اند.

به نظر می‌رسد راه‌حل پنجمی هم وجود دارد و آن راه‌حل؛ قائل شدن به رابطه تضامنی بین ورثه به عنوان تضامن طلبکاران یا تضامن مثبت است؛ به این توضیح که ورثه به طور تضامنی

۱. "مقتضی الشرط الضمینی الذی التزم به المیت من عدم تبعض الصفقه علیه عدم نفوذ اعمال الخیار لكل واحد مستقلاً بل لابد من اتفاقهم علی الفسخ و الاجاره الآ ان یرضی الطرف بالتبعض".

دارای حق خیار هستند و میزان سهم هر یک از آن‌ها از حق خیار به نسبت سهم‌الارث ایشان است و هر یک از آنان می‌تواند مستقلاً نسبت به اعمال تمام حق خیار اقدام نماید (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۷).<sup>۱</sup> بدیهی است در صورت اعمال خیار از سوی یکی از ورثه، بقیه وراثت حق اعمال مجدد نخواهند داشت. با تحلیلی که از ماهیت این نوع تضامن ارائه کردیم، اقدام یکی از ورثه حق بقیه را از بین نمی‌برد، بلکه حق متعلق به ایشان را اجرا کرده و بدیهی است که یک حق نمی‌تواند بیش از یک‌بار اعمال گردد.

اشکالی که بر این نظر وارد است، همان است که در نظریه چهارم مطرح شد؛ به این توضیح که اگر یکی از وراثت فقط نسبت به سهم خود خیار را اعمال کند یا این که قرارداد را نسبت به سهم خود تنفیذ کند باعث تبعض می‌شود و این امر با ارادهٔ مشترک طرفین مغایرت دارد. برای گریز از این مشکل باید قائل به این شویم که قانونگذار خیار را تجزیه ناپذیر تلقی نموده، به همین جهت هر یک از ورثه فقط می‌تواند نسبت به تمام اعمال خیار کند، نه نسبت به سهم خود. یادآوری این نکته لازم است که در تضامن مثبت هر یک از طلبکاران می‌تواند نسبت به اعمال تمام حق اقدام کند؛ اما اسقاط آن فقط نسبت به سهم خود او مؤثر است و در موضوع حاضر تنفیذ معامله به منزلهٔ اسقاط حق است. مزیت این نظریه بر نظریهٔ چهارم این است که برای اعمال خیار نیاز به اخذ موافقت همگانی نیست و هر یک از ورثه به تنهایی می‌تواند حق را اعمال کند و سرنوشت معامله به خاطر اختلاف نظر ورثه بلا تکلیف نمی‌ماند.

۱. "و کذا لكل من الشخصين حق الفسخ و ايهما سبق بالفسخ لا يبقی محل لفسخ الاخر".

## نتیجه

بنابر آنچه گفته شد، به نظر می‌رسد که ساده‌ترین و مطمئن‌ترین راه‌حل مشکل اجرای حق شفعه و ارث خیار در صورت تعدد، قائل شدن به "نظریه تضامن بستانکاران" است. براساس این نظریه هر یک از ورثه ذوالخیار و صاحب حق شفعه می‌تواند نسبت به اعمال حق اقدام نماید و آثار اعمال حق توسط وی به دیگران نیز سرایت می‌کند، مگر این که بقیه وراثت حق خود را اسقاط کرده باشند. برعکس، اسقاط حق توسط یکی از ورثه در حق بقیه اثری نخواهد داشت. براساس این نظریه نه با مشکل تعارض اعمال حق ورثه مواجه می‌شویم و نه محذور تضييع حق من عليه‌الحق به وجود می‌آید. برای مثال اگر ذوالخیار سه نفر ورثه داشته باشد، هر یک از آن‌ها می‌تواند خیار را اعمال کند. در این صورت اگر بقیه حق خود را اسقاط نکرده باشند، از اعمال خیار توسط وارث دیگر بهره‌مند می‌شوند؛ اما اگر یکی از آن‌ها حق خود را اسقاط کند، این اسقاط حق فقط نسبت به خود او مؤثر است و حق دو وارث دیگر همچنان باقی است.

## مأخذ

- ۱- ابن قدامه؛ المغنی، ج ۵ (بیروت، دارالکتب العربی، ۱۳۹۲ هـ.ق).
- ۲- امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی، ج ۱ (تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۰ هـ.ش).
- ۳- انصاری، شیخ مرتضی؛ مکاسب (قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ هـ.ق).
- ۴- خمینی، روح‌الله؛ تحریر الوسیله، ج ۲ (قم، النشر الاسلامی، ۱۳۷۴).
- ۵- خمینی، روح‌الله؛ کتاب البیع، ج ۵ (قم، نشر مهر، ۱۳۷۴).
- ۶- الدردیر، احمد؛ الشرح الصغیر، ج ۳ (دارالمعارف بمصر، ۱۹۷۳ م).
- ۷- شهید ثانی، زیدبن علی؛ مسالک الافهام، ج ۱۲ (قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۸ هـ.ق).
- ۸- طباطبایی، سید علی؛ ریاض المسائل، ج ۱ (قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۴ هـ.ق).
- ۹- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ حاشیه‌ی مکاسب (چاپ سنگی، دارالعلم (افست)، ۱۳۷۸ هـ.ش).
- ۱۰- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم؛ العروه الوثقی، ج ۲ (تهران، المكتبة الاسلامیه، ۱۳۷۸).
- ۱۱- طوسی، ابی جعفر، محمد بن الحسن، کتاب الخلاف، ج ۲ (قم، شرکه دارالمعارف الاسلامیه، قم، ۱۳۷۰ هـ.ق). پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
- ۱۲- طوسی، ابی جعفر، محمد بن الحسن؛ المبسوط فی فقه الامامیه، ج ۳ (بیروت، المكتبة المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۷۸ هـ.ق).
- ۱۳- عاملی، سید محمد جواد الحسینی؛ مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه، ج ۶ (قم، مؤسسه آل البيت).
- ۱۴- کاتوزیان، ناصر؛ اموال و مالکیت (چاپ چهارم: تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۰ هـ.ش).
- ۱۵- کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها، ج ۵ (تهران، شرکت انتشارات، ۱۳۷۶ هـ.ش).
- ۱۶- میرزای نایینی و نجفی خوانساری؛ منیه المطالب فی شرح مکاسب، ج ۲، چاپ سنگی.

17- Mestre Jacques et Tian-Pancrazi Marie- Ève, solidarité, -Juris-Classeur, 2003.