

دکتر ناصر کاتوزیان *

وضع حقوقی بنا و درخت احداث شده بوسیله خریدار مال شریک پیش از اخذ به شفعه

طرح مسأله :

به موجب ماده ۸۱۹ ق. م. «نمائاتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می شود، در صورتی که منفصل باشد، مال مشتری و، در صورتی که متصل باشد، مال شفیع است، ولی مشتری می تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند».

می دانیم که پیش از اخذ به شفعه خریدار مالک سهم شریک است، زیرا وجود شرکت و امکان ایجاد حق شفعه مانع از تصرف حقوقی شریک در مال خود نیست. اخذ به شفعه سبب می شود تا مال خریدار به شفیع انتقال یابد. این اثر، بطور طبیعی پس از اخذ

* استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

شفیع بوجود می‌آید و به همین جهت در بخش نخست ماده ۸۱۹ ق. م. منافع مفصل به خریدار اختصاص داده شده است.

بخش اخیر ماده ناظر به صورت ویژه‌ای از منافع است، فرضی که ارزش اضافی که بوسیله خریدار ایجاد و به مبیع متصل شده مالی قابل تمیز و جداشدنی است: مانند بنایی که ساخته و درختی که کاشته شده است. بیگمان، آنچه در زمان مالکیت خریدار برپا شده از آن اوست و شفیع حقی بر آن ندارد. همچنین، باید پذیرفت که شفیع نیز حق دارد مبیع را، چنانکه فروخته شده است، تملک کند و آزاد و بی‌قید در اختیار بگیرد. پس، دشواری در این است که چگونه باید حق مالکیت خریدار و حق تملک بی‌قید شفیع را با هم جمع کرد؟ به ویژه، تعادل دو حق در فرضی به سختی انجام می‌پذیرد که خریدار، به دلیل افزایش سهم او پیش از اخذ به شفعه یا جدایی آن دو از آغاز همجواری با اذن شریک، حق احداث بنا یا درختکاری را داشته باشد و در نتیجه «اخذ به شفعه» ناچار شود که آن را قلع کند.

دشواری جمع دو حق سبب سرگردانی و اختلاف محققان شده است و قانون مدنی نیز راه حلی برای آن انتخاب نکرده و تعارض پاره‌ای متون پراکنده در قانون مدنی، از جمله دو ماده ۵۰۴ (اجاره) و ۵۴۰ (مزارعه) در زرع و بنایی که به حق احداث شده، بر این ابهام افزوده است: پاره‌ای از محققان راه حل را در این دیده‌اند که با خریدار مانند غاصب رفتار شود، چرا که او حق نداشته است در ملکی که دیگری امکان تملک آن را به شفعه دارد تصرفی منافی با آن حق بکند (ماده ۵۰۰ ق. م.). وانگهی، خریدار با ساختن بنا و کاشتن درخت در چنین ملکی به تفریط در حق خود دست زده است، پس از بابت خرابی آن نمی‌تواند از شفیع خسارت بگیرد.^۱

این نظر که در فقه نیز طرفداران سرشناسی دارد، با مخالفت مشهور روبرو شده است و بر آن خرده گرفته‌اند که، چون خریدار پیش از اخذ به شفعه در ملک خویش تصرف می‌کند، نباید او را در حکم غاصب آورد، به ویژه که این تصرف راه اخذ به شفعه را

۱- مرحوم دکتر سیدحسن امامی، ج ۳، ص ۴۰ و ۴۱. باید افزود که پاره‌ای از فقیهان از امکان تملک بنا و درخت در برابر پرداخت بهای آن از سوی شفیع سخن گفته‌اند، ولی غالب نویسندگان این اقدام را نوعی معاوضه و منوط به تراضی شفیع و خریدار دانسته‌اند.

مسدود نمی‌کند و منافی با آن نیست. اقدام خریدار تفریط در حق نیز محسوب نمی‌شود، زیرا امکان خراب کردن آن بدون عوض بشدت مورد تردید است.

نکته‌ای که در هر دو نظر مبهم باقی مانده ولی یکی از مبانی مهم نزاع است اینکه، در همان حال که تصرف خریدار در ملک خویش مشروع است، درخواست قلع بنا و درخت از سوی شفیع نیز قابل سرزنش و ضمان‌آور نیست. منتها، چون برای اصلاح و آزادسازی ملک خود از مال خریدار استفاده می‌کند و آن را از بین می‌برد، باید عوض آنچه را بدست می‌آورد بدهد. در واقع آنچه شفیع به عنوان «ارش» می‌پردازد، عوض استیفاء است نه دین ناشی از مسؤولیت مدنی. بهمین جهت، خواهیم دید که میزان ارش تفاوت میان بهای زمین آزاد و مقید است نه بهای درخت و بنای قلع شده. همچنین، هزینه اصلاح باید از آن تفاوت بها کم شود، چرا که در برابر این هزینه شفیع سود می‌برد.

تحریر محل نزاع :

تصریح پایان ماده ۸۱۹ ق. م. بر اینکه: «... مشتری می‌تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند» اشاره به مالکیت خریدار و خروج آنها از موضوع شفعه است. ولی این حکم مشکل اجرای حق شفعه را از بین نمی‌برد. زیرا، چه سود از اینکه خریدار بنایی آباد را خراب کند یا درختی بارور را برکند؟ این اختیار به تنهایی خسارت او را جبران نمی‌سازد و حق مالکیت او و حق شفعه را جمع نمی‌کند. باید دید آیا راهی وجود دارد که او به ارزش از دست داده برسد و مالی به هدر نرود؟

بیگمان، راه عاقلانه این است که دو طرف درباره بهای اموال اضافه شده و انتقال مسالمت‌آمیز آنها توافق کنند. ولی اگر راه ستیز پیش گیرند، ناسازگاری به زیان خریدار است، چرا که باید به خود ضرر زند تا شفیع را از منفعتی ناروا محروم سازد. از سوی دیگر، تأمین اجرای حق شفیع ایجاب می‌کند که با مانعی چنین بزرگ روبرو نشود و خریدار از ایجاد آن و دست زدن به تصرفی که اجرای حق شفیع را دشوار کند ممنوع شود. پس، باید دید آیا راهی وجود دارد که شاهین عدالت راست ایستد و دو حق با هم جمع شود؟

در جستجوی همین راه حل است که تردیدها آغاز می شود و اختلافها بروز می کند. برای رسیدن به نتیجه، باید از شاخه های فرعی بحث کاست و با صافی کردن نزاع اصلی به حل آن پرداخت:

۱- خریدار نمی تواند با وجود درخواست شفیع بنا و درخت را در ملک او باقی بگذارد و از او اجرت المثل بخواهد. زیرا، شفیع حق دارد مبیع را آزاد سازد و نباید چنین پنداشت که، چون خریدار حق داشته است در زمین خود بنا بسازد یا درخت بکارد، بعد از انتقال زمین نیز می تواند ملک شفیع را برای همیشه مقید سازد. هدف از اختیار تملک به شفعه پرهیز از شرکتهای ناخواسته و اختلافهای ناگوار ناشی از آن است؛ پس نباید آن را وسیله گسترده دامی برای آغاز این گفتگو ساخت. در نتیجه، باقی گذاردن بنا و غرس، حتی اگر بدون انتظار هیچ پاداشی باشد، بدون اجازه شفیع مجوزی ندارد.

۲- تصرف خریدار در زمین مشاع بدون اذن شریک مجاز نیست (ماده ۵۸۱ ق.م.م.). زیرا، خریدار پس از وقوع بیع قائم مقام فروشنده و شریک جدید شفیع است و در اثر انتقال هیچ حقی بیش از فروشنده پیدا نمی کند. پس، اگر به ناروا و خودسرانه بنایی در ملک مشاع بسازد یا درختی بکارد، اقدام او نامشروع و همانند غصب است. پیش از اخذ به شفعه نیز شفیع به عنوان شریک می تواند قلع چنین بنا و درختی را بخواهد و خسارت ناشی از خرابی زمین را از او بگیرد. اخذ به شفعه این حق را از بین نمی برد، تقویت هم می کند، زیرا او سهم شریک را نیز تملک می کند و از آن پس در تسلط بر ملک بی رقیب است و حق دارد هر قید نامشروعی را بزداید. اگر پیش از اخذ به شفعه و در حال اشاعه این تردید باشد که مالک درخت و ساختمان نیز بر زمین مشاع سلطه ای دارد و در حق خویش

۲- علامه حلی در قواعد نسبت به اختیار شفیع در قلع بنا و دادن ارش اشکال کرده است. فخرالمحققین در ایضاح (ج ۲، ص ۲۱۴ و ۲۱۵) مبنای اشکال را در این نکته می داند که خریدار در ملک خود تصرف کرده و نباید او را در حکم غاصبان آورد. ولی، محقق ثانی در جامع المقاصد (ج ۱، ص ۳۹۴) آن را وهم دانسته و هیچ اشکالی در امکان درخواست قلع بنا و غرس ندیده است. صاحب جواهر (ج ۳۷، ص ۳۶۹) نیز گفته محقق ثانی را بحق تأیید کرده است. این نظر را محقق اول در شرایع و شهید ثانی در مسالک (ج ۲، ص ۲۶۷) و بسیاری از فقیهان دیگر برگزیده اند: از جمله، ابن ادریس، سرائر، ج ۲، ص ۳۹۱.

تصرف کرده است، پس از تملک آن سهم تردیدها از بین می‌رود. در نتیجه، بیگمان شفیع حق ازاله بنا و درخت را دارد و در برابر آن، نه تنها ارشی نمی‌پردازد، اگر خسارتی هم ببیند از خریدار می‌گیرد.^۲

تنها فرضی که احتمال دارد شفیع به دادن عوضی محکوم شود موردی است که از مال خریدار استفاده‌ای ببرد، از منافع آن بهره‌مند شود یا با اجازه خریدار بنا و درخت را نگاه دارد، که در این فرض به عنوان «استفاده بدون جهت» باید عوض سودی را که می‌برد بپردازد.

۳- شفیع نمی‌تواند خریدار را به فروش بنا و درخت الزام کند، یا، با پرداخت قیمت بنا و درخت، آن را همراه با زمین مشاع تملک کند. زیرا، حق شفعه اختیاری استثنایی و ویژه تملک مبیع است و نباید آن را به اموال متصل به مبیع نیز گسترش داد. ماده ۸۱۹ ق. م. برای دفع هرگونه توهمی در این زمینه^۲ به صراحت اعلام می‌کند: «... مشتری می‌تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند.»

۳- علامه حلی، تذکره، ج ۱، کتاب شفعه که در توجیه امکان تخریب می‌نویسد: «...»

لا من حیث الشفعة بل من حیث احد الشریکین اذا بنی او غرس فی الارض المشترکة کان للشریک الاخر قلعها.

۴- طرح اشکال و امکان دادن قیمت زمین و بنا در صورت عدم رضای خریدار از علامه در قواعد است و پیش از او شیخ در مبسوط می‌گوید: «قلنا للشفیع انت بالخیارین ثلاثه اشیاء بین ان تدع الشفعة، او تأخذ و تعطیه قيمة الغراس و البناء، او تجیره علی القلع (ج ۳، ص ۱۱۸) حتی صاحب ایضاح (ج ۲، ص ۲۱۵) آن را به جمهور نسبت می‌دهد، و در عین حال خود آن را نمی‌پذیرد. پس از او محقق در شرایع امکان تملک را مقید به رضای خریدار می‌کند و دیگران از او پیروی می‌کنند و صاحب جواهر در رد نظر شیخ می‌نویسد: «فلا ریب فی ضعفه، بل هومناف لاصول المذهب و قواعد بل یمکن اراده الشیخ ان ذلک مع الرضا» (ج ۳۷، ص ۳۷) - همچنین، رك. شهید ثانی، مسالك، ج ۲، ص ۲۶۸ - سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۶، ص ۳۸۴ و ۳۸۵.

مقدمه بحث اصلی :

بدین ترتیب، بحث اصلی ناظر به موردی است که خریدار حق ساختن بنا یا کاشتن درخت را در مبیع دارد و در اثر اخذ به شفعه ناچار است که زمین را از دست بدهد و بنا و درخت را قلع کند و سؤالی اصلی در این جمله خلاصه می شود که، آیا خریدار می تواند در برابر قلع بنا و درخت از شفیع (ارش) بگیرد؟

پیش از طرح سؤال اصلی، باید به پرسشی مقدماتی پاسخ گفت تا محل نزاع بخوبی روشن شود. باید دید آیا تصور موردی را می توان کرد که خریدار حق ساختن بنا و کاشتن درخت را در سهم خود داشته باشد یا بحث تنها چهره نظری دارد؟

طرح سؤال بدین دلیل است که، اگر سهم خریدار بطور مفروض معین باشد، دیگر حق شفعه ای باقی نمی ماند. وانگهی، اجرای حق شفعه فوری است و تأخیر ناشی از درخواست تقسیم و اجرای آن اصل حق را ساقط می کند. پس، اگر موردی هم برای فرض مسأله پیدا شود، باید مربوط به حالتی استثنایی و دور از ذهن باشد. این سؤال مقدر را شیخ طوسی در کتاب مبسوط (ج ۳، ص ۱۷۷) خود مطرح ساخته و در پاسخ آن چهار فرض را پیش بینی می کند که احتمال دارد ملک تقسیم و حق شفعه باقی مانده باشد.

۱- ظاهر این باشد که شریک جدید آن را به عنوان متهب تملک کرده است و در همین وضع او در برابر شفیع درخواست افراز کند و پس از تقسیم ملک و ساختن بنا و درخت معلوم شود که سبب واقعی بیع بوده است.

۲- بیع در ظاهر به ثمنی گزاف واقع شود و شفیع بر آن مبنا از اخذ به شفعه پرهیز کند، سپس اقرار خریدار یا دلایل دیگر نشان دهد که ثمن اعلام شده صوری و به مراتب کمتر از سند ظاهری است.

۳- شریک وکیلی برای استیفای حق خود از خانه مشترک و تقسیم سهام و اخذ به شفعه انتخاب می کند و در حالی که غایب است بیع واقع می شود، وکیل از حق شفعه استفاده نمی کند و خانه را با خریدار تقسیم می کنند و خریدار در سهم خود درخت می کارد. در این فرض، تقسیم درست است. ولی حق شریک ناآگاه با ترك وکیل او از بین نمی رود.

۴- در زمان غیبت شفیع بیع واقع می شود و، چون خریدار نمی تواند در آن بنایی بسازد، با اثبات آن نزد حاکم، تقسیم ملک و افراز سهم خود را از غائب درخواست و در حصه خاص خود ساختمان می کند، سپس شفیع با آگاه شدن از بیع به شفعه دست می زند.^۵ به این گونه موارد می توان فروضی را افزود که: شفیع غائب یا محجور است و خریدار، برای جلوگیری از ضرر خود و شریک غائب، و در زمین مشترک درختکاری می کند (ماده ۳۰۶ ق. م. و او پس از حضور یا رفع حجر به شفعه دست می زند و سهم خریدار را به ملک خود می افزاید، یا فرضی که شفیع بدون آگاهی از وجود حق به خریدار اذن در تصرف می دهد و پس از احداث بنا اخذ به شفعه می کند، یا موردی که سهم هر یک از شریکان معین است و اشتراك در راه عبور و مجرای آب است و به این اعتبار اخذ به شفعه می شود (ماده ۸۱۰ ق. م.)^۶.

تحلیل بحث و راه حل نهایی:

اکنون، باید به سؤال اصلی پرداخت که آیا خریدار می تواند در برابر قلع بنا و درخت از شفیع ارش بگیرد؟ در این باره، بعضی گفته اند خریدار حقی برگرفتن خسارت ندارد زیرا ضرری که به بار آمده ناشی از تفریط خود او است که در چنین ملکی به درختکاری و ساختمان سازی پرداخته است. خریدار نمی تواند در ملکی که متعلق به دیگری است تصرفی منافی با آن کند و وضع او مانند مالکیت خریدار در بیع خیاری است (ماده ۴۶۰ ق. م.)^۷. جمع بیشتری نیز تأیید کرده اند که خریدار حق دارد از شفیع خسارت بگیرد، زیرا ضرری است که به خاطر مصلحت او باید متحمل شود. درست است که شفیع

۵- فقیهان دیگر نیز کم و بیش همین موارد را تکرار و گاه فرضی، مانند تظاهر خریدار به وکالت از طرف فروشنده در تقاضای تقسیم یا موردی را که با بیع به عنوان مالک و در نهان به وکالت از سوی خریدار با شریک ناآگاه ملک را تقسیم می کنند، بر فرضهای شیخ افزوده اند: شهید ثانی، مسالک، ج ۲، ص ۲۶۷ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر، ج ۳۷، ص ۳۶۶.

۶- فخرالمحققین، ایضاح، ج ۲، ص ۲۱۴.

۷- مرحوم دکتر سید حسن امامی، ج ۳، ص ۴۰ و ۴۱ - و در فقه: شیخ محمد حسن

نجفی، همان کتاب، ص ۳۷۰.

حق تملک مبیع را دارد، ولی این اختیار مالکیت خریدار و سلطه او را از بین نمی برد^۸.
 برای جمع دو حق، بنظر می رسد که باید به مشهور پیوست و خریدار را از گرفتن
 (ارش) محروم نساخت. در واقع، آنچه مورد نزاع قرار گرفته ترکیبی از چند مسأله
 گوناگون است که باید جداگانه به آنها پاسخ گفت:

اول: آیا تصرف خریدار در چنین حالتی مشروع است یا بدلیل وجود حق شفعه
 نوعی تجاوز است که باید دفع شود؟

دوم: آیا اقدام شفیع در ازاله بنا و درخت موجب مسؤولیت او است یا ماهیت ارش
 عوض منافی است که می برد؟

سوم: آیا اقدام خریدار در ساختن بنا و کاشتن درخت تفریطی است به زیان خود او
 که مسؤولیت شفیع و حق خسارت گرفتن را از بین می برد؟

درباره مسأله نخست، باید گفت: در فرضی که خریدار به اذن شریک یا در حصه
 خود تصرف می کند، به اقدامی مشروع دست می زند، ارزشی تازه می آفریند که نباید از آن
 محروم بماند.^۹ این ارزش را شفیع در راه مصلحت خود از بین می برد و باید بدل آن را
 بدهد.

پاسخ سوال دوم بدین ترتیب داده می شود که ضمان آور بودن اقدام شفیع در ازاله بنا
 و درخت نیز به شدت مورد تردید است، چرا که او نیز حق خود را بکار می برد و از مفاد آن
 تجاوز نمی کند. پس، به دشواری می توان او را مشمول قواعد مسؤولیت مدنی شمرد و
 حکم برائت او در این زمینه قوی تر بنظر می رسد^{۱۰}. منتها، او با درخواست قلع بنا و
 درخت از اتلاف مال دیگری سود می برد و «ارش» عوض این سود است: شفیع برای
 جلوگیری از ضرر ناشی از اشاعه و نیز برای آزادسازی ملک خود از قید بنا و درخت، مال

۸- رك. شهید ثانی، مسالك، ج ۲، ص ۲۶۷ - ابن ادریس، سرائر، ج ۲، ص ۳۹۱ محقق
 ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۳۹۴.

۹- شیخ طوسی در خلاف (ج ۲، ص ۱۸۶) در توجیه ارش می نویسد: «... ان المشتري
 غرس فی ملكه فلم یکن متعدیاً و اذا لم یکن متعدیاً وجب ان یرد علیه ما نقص غرسه بالقلع».

۱۰- رك. شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام ج ۳۷، ص ۳۷۰ و ۳۷۱ در نقد ماهیت
 «ارش» در این فرض.

او را از بین می‌برد؛ از دارایی دیگری می‌کاهد و بر آنچه دارد می‌افزاید و عدالت ایجاب می‌کند که بدل آنچه را بدست آورده بپردازد.

این جابجایی ثروت با هیچیک از عنوانهای ضمان آور تطبیق نمی‌کند: استفاده بدون جهت نیست، زیرا که شفیع حق دارد که ملک خود را آزاد سازد و مبیع را چنانکه انتقال یافته است بدست آورد. مضمول حکم متعارف «استیفاء مشروع» (ماده ۳۳۷ ق. م. م.) نیست، چرا که با رضای خریدار و اذن صریح یا ضمنی او صورت نمی‌پذیرد^{۱۱} ولی، هر چه هست عادلانه بنظر نمی‌رسد که او سودی از مال دیگری ببرد و عوضی نپردازد. اگر پذیرفته شود که خریدار نیز مانند شفیع حقی مشروع و قابل حمایت دارد، باید راهی برای جمع دو حق جستجو کرد. عدالت این است که تصرف خریدار مانع اجرای حق مقدم بر او نشود و درخواست قلع بنا و درخت را در زمره تقصیرها نیاورد، ولی همان عدالت نیز ایجاب می‌کند که، اگر شفیع سودی از رهگذر تخریب مال خریدار می‌برده عوض آن را بپردازد. در نتیجه، باید گفت اذن صریح یا ضمنی مالک رکن ضروری و منحصر «استیفاء مشروع» نیست، وسیله مشروع ساختن آن و جدایی ماهیت این نهاد از «استفاده بدون جهت» است. به همین جهت، تصرفی هم که به اذن قانون یا به اتکاء حقی انجام می‌شود از همان سنخ است و موضوع را مضمول ماده ۳۳۷ ق. م. م. و عنوان استیفاء می‌کند، یا دست کم در حکم استیفاء است.

نتیجه مهمی که از این تعبیر گرفته می‌شود تمهید معیار اندازه‌گیری «ارش» است: معیار میزان خسارتی نیست که از تخریب بنا و درخت به خریدار می‌رسد و نباید قیمت بنا و درخت را بر فرض استحقاق بقاء بر روی زمین ارزیابی کرد، معیار میزان سودی است که شفیع از آزاد شدن ملک خود می‌برد و باید تفاوت بهای زمین مقید و آزاد را برگزید.

پاسخ سوال سوم نیز از تأمل در آنچه گفته شد بدست می‌آید. زیرا اگر درخواست قلع بنا و درخت از مسائل مربوط به مسؤولیت مدنی خارج شود و در سایه استیفاء قرار گیرد، دیگر تفریط خریدار به تنهایی اثری در زوال حق ندارد و باید ثابت شود که مقصود او

۱۱- ماده ۳۳۷ ق. م. م. ۹: «هر گاه کسی بر حسب اذن صریح یا ضمنی از مال غیر استیفاء

منفعت کند، صاحب مال مستحق اجرت المثل خواهد بود، مگر اینکه معلوم شود که اذن در انتفاع مجانی بوده است.»

تبرع در انتفاع یا پذیرش یا تخریب بدون عوض بوده است. وانگهی، این تفریط در صورتی اثبات می شود که امکان قلع بنا و درخت بدون دادن عوض مسلم باشد، در حالی که مسأله اصلی تمیز وجود و عدم حق «ارش گرفتن» برای خریدار است و نباید آن را در مقدمه استدلال به گونه ای دلخواه در استخدام گرفت (مصادره به مطلوب)

بدین ترتیب، گره دشوار مربوط به هزینه اصلاح زمین و امکان کاستن از ارش نیز خود به خود گشوده می شود و تمام بحثها و اختلافهای فقیهان بیهوده می نماید. زیرا، اگر معیار تعیین میزان ارش فایده ای باشد که به شفیع می رسد، طبیعی است که باید هزینه اصلاح زمین در محاسبه آن سود منظور گردد و از تفاوت بهای زمین آزاد و مقید کم شود.^{۱۲} باید افزود که وضع زراعتی که خریدار پیش از اخذ به شفعه در سهم خود کاشته است. از نظر اصولی، مانند وضع بنا و درخت است. با وجود این، پاره ای از فقیهان نظر داده اند که، هر گاه زراعت نرسیده باشد، شفیع باید آن را تا هنگام درو به رایگان نگاه دارد، زیرا مدت مورد انتظار برای رسیدن زرع در حکم منفعتی است که بوسیله خریدار پیش از اخذ به شفعه استیفاء شده، در حالی که نسبت به بنا و درخت چنین مدتی وجود ندارد و دائمی است.^{۱۳} این استدلال در صورتی توجیه می شود که زرع با اذن شفیع و با

۱۲- محقق، شرایع، ص ۷۸۴ - علامه حلی: تذکره، ج ۱، کتاب شفعه، قواعد (مفتاح الکرامه، ج ۶، ص ۳۸۷) - محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۳۹۵ (با تذکره به معایب آن) - و در فقه عامه: ابن قدامه، المغنی، ج ۵، ش ۳۹۹۳، ص ۲۵۷.

۱۳- فقیهان امامیه در این باره که آیا خریدار باید عیب ناشی از قلع بنا و درخت را به هزینه خود اصلاح کند یا از این بابت ضمانتی به عهده ندارد اختلاف دارند و سه نظر گوناگون اظهار کرده اند:

۱. خریدار ضمانتی بر عهده ندارد، زیرا پیش از درخواست قلع در ملک خود تصرف کرده است (شیخ طوسی، مبسوط، ج ۳، ص ۱۱۸ - محقق، شرایع، ص ۷۸۳ - علامه حلی: تذکره، ج ۱، کتاب شفعه، قواعد، همان کتاب، ارشاد، کتاب شفعه، تحریر، ج ۲، ص ۱۴۹ - شیخ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۶۷).

[ادامه پانویس در صفحه بعد]

آگاهی از بیع باشد و در سایر موارد به دشواری از قواعد استنباط می شود.^{۱۴} 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، متنها با پرداخت اجرت المثل به شفیع حق او نیز رعایت می شود.^{۱۵} و رویه قضایی می تواند، در سکوت قانون، از آن پیروی کند. اگر این نظر پذیرفته شود، میوه درخت نیز تابع همین فرض است.

[ادامه پانویس ۱۳ از صفحه قبل]

۲. خریدار باید هزینه اصلاح زمین را نیزپردازد زیرا نقصی است که بر ملک شفیع وارد کرده و باید جبران کند (مقدس اردبیلی، مجمع الفائدة و البرهان، چاپ سنگی، ج ۱، کتاب شفعه - سید محمد جواد عاملی، مفتاح الکرامه، ج ۶، ص ۳۸۲).
۳. اگر خریدار خواهان قلع باشد، هزینه اصلاح زمین را نیز می دهد، زیرا او خواستار خلاصی ملک خود از سلطه شفیع شده است. ولی، اگر شفیع قلع درخت را بخواهد، هزینه اصلاح زمین به عهده او است (علامه حلی، مختلف، ص ۴۰۸ - محقق ثانی، جامع المقاصد، ج ۱، ص ۳۹۶ - شهید ثانی، مسالک ج ۲، ص ۲۶۷).
- ۱۴- برای نقد این نظر رک. جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۸۳.
- ۱۵- ابوالفرج عبدالرحمن بن رجب حنبلی، القواعد فی الفقه الاسلامی، ص ۱۶۳.