

A Comparative Study of "Pre-emption Right" in the Common Law and Civil Law Systems and Iranian Legal System

Received: 12/02/2019; Accepted: 31/12/2019

Abbas Mirshekari¹
Saber Alaei²

Abstract:

Pre-emption right enables the beneficiaries so that they can own the property subject to the right which is sold or is going to be sold. Studying this right in the laws of other countries can be heuristic in domestic law. This research is conducted through a descriptive-analytic method. Briefly speaking, pre-emption right in the common law legal system is divided into two types of rights namely "right of first refusal" and "right of first offer" which have legal or contractual origin. These rights are considered at the pre-contractual stage and despite the similar function with the concept of the right of "shuf'ah" in domestic law, are fundamentally different it. The legal entity of "droits de preemption" in French law is similar to the "pre-emption right" in common law. The entity of "Vorerwerbsrecht" in German law is more close to the entity of right of "shuf'ah". In both entities, the right is created after the sale of the property to the customer, and with a little tolerance, they can be considered the same. The contract of right of shuf'ah and the contract of pre-emption right as in the context of the Common Law and Civil Law are valid in law of Iran.

Keywords: Pre-emption Right, Right of Shuf'ah, Right of First Refusal, Right of First Offer.



1 Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran.
2 Ph. D. Student in Private Law, Faculty of Humanities, University of Science and Culture (Corresponding Author); Email: alaei.saber@yahoo.com

مطالعه تطبیقی «حق اولویت در خرید» در نظام کامن لاول حقوق نوشته با نظام حقوقی ایران

تاریخ دریافت ۹۷/۱۱/۲۳ - تاریخ پذیرش ۹۸/۱۰/۱۰ عباس میرشکاری^۱

صابر علائی^۲

چکیده

حق اولویت در خرید، صاحبان حق را قادر می سازد تا بتوانند مال مورد حق را که فروخته شده یا اینکه در حال فروش می باشد، به مالکیت خود درآوردند. بررسی این حق در حقوق سایر کشورها می تواند در حقوق داخلی راهگشا باشد. این تحقیق به روش توصیفی تحلیلی گردآوری شده است. به طور خلاصه، حق اولویت «pre-emption right» در نظام حقوقی کامن لا به دو نوع «حق اولین امتناع ROFR» و «حق اولین ایجاب ROFO» تقسیم می شود که دارای منشأ قانونی یا قراردادی می باشند. این حقوق به مرحله قبل از انعقاد قرارداد توجه دارند و با وجود کارکرد مشابه با مفهوم «حق شفعه» در حقوق داخلی، دارای تفاوت اساسی با آن هستند. نهاد حقوقی «droits de préemption» در حقوق فرانسه مشابه حق اولویت در حقوق کامن لا است. نهاد «Vorerwerbsrecht» در حقوق آلمان، با نهاد «حق شفعه» قرابت بیشتری دارد. در هر دو نهاد، حق بعد از فروش مال به مشتری به وجود می آید و با اندک تسامحی می توان آن دو را یکی پنداشت. قرارداد حق شفعه و قرارداد حق اولویت به مفهومی که در کامن لا و حقوق نوشته وجود دارند، در حقوق ایران نیز معتبر هستند.

واژگان کلیدی: حق اولویت، حق شفعه، حق اولین امتناع، حق اولین ایجاب.



۱ استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه علم و فرهنگ (نویسنده مسئول)؛

رایانامه: alaei.saber@yahoo.com



مقدمه

نهاد «حق اولویت در خرید» در حقوق کشورهای کامن لا و حقوق نوشته، به دارنده حق این امتیاز را می دهد که در خرید مال دیگری نسبت به افراد ثالث دارای اولویت باشد؛ بدین ترتیب صاحب چنین حقی می تواند از انتقال مال مورد حق به فرد ثالث جلوگیری کند و ناچار به مشارکت با فرد بیگانه نشود و یا اینکه بتواند موقعیت قبلی خود را حفظ کند. حقوق اولویت در خرید و مصادیق آن در آثار حقوقدانان داخلی نیز مطرح شده اند؛ در این رابطه در جایی تأسیس حقوقی «Right of First Refusal» به عنوان معادل حق شفعه دانسته شده (خزاعی، ۱۳۷۹: ۱۱۰) و در تحقیق دیگر اصطلاح «pre-emption» نزدیک به معنای حق شفعه در نظر گرفته می شود (ره پیک، ۱۳۸۱: ۱۳). این در صورتی است که این نهادهای مشابه حق شفعه، در کشورهای مبدأ دارای اشکال و مفاهیم متنوعی می باشند که جهت بررسی تطبیق یا عدم تطبیق با نهادهای مشابه در حقوق داخلی، نیاز به شناخت کامل این نهادها و شرایط و آثار آنها می باشد تا بتوان نهادی منطبق با آن را در حقوق داخلی شناسایی کرد و شرایط ایجاد، صحت و آثار این عقود را مورد بررسی قرار داد. قراردادهای «حق اولویت در خرید» در کشورهای مبدأ این حقوق از تنوع و ویژگیهای زیادی برخوردار است. مطالعه و بررسی این قراردادها از این نظر نیز مفید فایده است تا بتوان ضمن شناخت این حقوق، در حقوق داخلی نیز از ظرفیت های قراردادهای مذکور استفاده کرد.

در این مقاله سعی خواهد شد تا ابتدا مفاهیم فوق و سایر مفاهیم مشابه که در حقوق کشورهای اروپایی و آمریکا رواج دارند، بررسی شود، سپس به تطبیق این نهادها با موارد مشابه در حقوق داخلی پرداخته می شود تا با توجه به ماهیت قراردادی بعضی از این حقوق، در قراردادهای بین المللی کارایی این نهاد های حقوقی، تبیین شود. سرانجام اعتبار





مطابق این حق، هنگامی که مالک از جانب فرد ثالث (با حسن نیت) ایجابی مبنی بر خرید مال دریافت می کند، «صاحب حق» می تواند مال مورد حق اولویت را، مطابق با شرایط و قیمت پیشنهاد شده از سوی ثالث (به مالک)، از مالک خریداری نماید. صاحب حق در خرید مال مورد نظر مختار بوده و اگر پیشنهاد ثالث مورد قبول وی بوده، به انجام عقد مبادرت می ورزد. در مقابل مالک نیز متعهد است بدون دادن فرصت خرید مال به صاحب حق، مال مورد نظر را به ثالث ایجاب کننده و یا غیر او نفروشد (Kahan, 2012: 332). این حق در برخی موارد دارای منشأ قانونی است؛ مثلاً قانون موجر و مستاجر ۱۹۸۷ انگلیس در ماده (۱۲) چنین حقی را برای مستأجر در خرید مورد اجاره، مقرر می دارد.

این حق به طور قانونی یا قراردادی، معمولاً بین مالکان اموال غیر منقول مجاور هم یا بین مستاجران آنها، بین مالکان و مستاجران، بین مالکان مال مشاع، جهت حفظ مدیریت شرکت های خانوادگی، و غیره برقرار می شود. به عنوان مثال در اجرای این حق در عقد اجاره مستأجر محق می گردد تا مطابق با پیشنهادی که ثالث (با حسن نیت) به موجر ارائه می دهد، نسبت به سایرین در انعقاد (تمدید) قرارداد اجاره جدید، دارای اولویت باشد. (Mitchell, 2001: 989)

۱-۱-۱-۲. شیوه اجرایی: بر حسب اینکه منشأ ایجاد حق قانون یا قرارداد باشد، در شیوه اجرا (در مهلت ها) ممکن است، تفاوت باشد. زمانی که منشأ ایجاد حق قانون است، شیوه اجرا بدین صورت است که هرگاه فرد قصد دارد مالی را که دیگری در آن دارای «حق اولین امتناع» است را بفروشد، باید بعد از اینکه اولین ایجاب را از سوی ثالث دریافت کرد، مفاد ایجاب و شرایط آن را به اطلاع «صاحب حق» برساند. صاحب حق نیز در مهلتی که قانون تعیین می کند (مثلاً مهلت ۲۸ روزه در ماده ۱۲a قانون موجر و مستأجر ۱۹۸۷ انگلیس) نسبت به اعمال حق خویش و انعقاد معامله با مالک اقدام می کند. به عنوان ضمانت اجرا اگر در طی فرایند فروش به «حق اولین امتناع» توجهی نشود صاحب حق می تواند بعد از اطلاع از خرید حق خود را در برابر خریدار نیز اعمال کند (ماده ۱۲b همان قانون) یا اینکه حسب شرایط، مثلاً در مواردی که تعیین ثمن معامله انجام شده ممکن نباشد، مالک مسئول جبران خسارت صاحب حق خواهد بود (Daskal, 1994: 469-471).



بعد از گذشت این مدت و یا اعلام انصراف صاحب حق در خلال مدت معین شده مالک می تواند مال مورد نظر را با قیمت و شرایط مساوی یا بالاتر از قیمتی که در ایجاب ثالث بود و صاحب حق با آن موافقت نکرده، به دیگران بفروشد. حال زمانی که اصل حق به موجب قرارداد بوجود آمده باشد، طرفین، مهلت اعمال حق از سوی صاحب حق را نیز معین خواهند نمود. (Reby, 2002: 7-8)

عناوین حقوق اولویت در خرید در نظام کام کابان ادو حقوق ارزش نظام حقوق ایران

حق اولین امتناع، به صاحب حق این اختیار را می دهد که مال مورد اجرای حق را با همان قیمت و شرایطی که توسط شخص ثالث ایجاب شده است، اکتیاع کنند. اما طرفین ممکن است توافق کنند که صاحب حق، در یک قیمت خاصی که بین طرفین معین شده، دارای حق اولویت در خرید نسبت به افراد ثالث باشد، حتی اگر شخص ثالث قیمت بالاتری را پیشنهاد کند (حق اولین امتناع با قیمت ثابت). مثلاً هنگامی که مالک بخواهد مال را بفروشد، باید در همان قیمت معین شده صاحب حق بر دیگران مقدم باشد حال چه قیمت مال در بازار بیشتر باشد یا نه و چه اینکه فرد ثالث پیشنهاد بالاتری داده باشد یا نداده باشد. (Walker, 1999: 56-57) البته این روش به دلیل اینکه عملاً با بی میلی دادگاه ها در شناسایی اینگونه حقوق مواجه شده اند و اینکه هزینه های غیر قابل پیش بینی را به متعهد تحمیل می کند به ندرت در روابط قراردادی مورد استفاده قرار می گیرند. (Mitchell, 2001: 986)

۱-۱-۲. حق اولین ایجاب

نهاد «حق اولین ایجاب» قرابت نزدیکی با نهاد «حق اولین امتناع» دارد. سازوکار اجرایی آن بدین صورت است که مالک قبل از اینکه ابتدا به صورت علنی تمایل خود را به فروش مال خود اعلام کند، باید ابتدا اولین ایجاب را خطاب به صاحب حق انجام دهد. بموجب این ایجاب که در آن قیمت مبیع و شرایط فروش آن مشخص شده است، «صاحب حق» مختار به قبول معامله با شرایط ذکر شده در ایجاب خواهد بود. در صورتی که وی از قبول معامله امتناع نمود، مالک می تواند مال مورد نظر را با قیمت مساوی یا بالاتر و با شرایط





مساوی یا سخت تر به دیگران بفروشد. فروش مال مورد حق به کمتر از قیمتی که در ایجاب اول ذکر شده، مجاز نمی باشد (Kahan, 2012: 331-332).

۱-۳. تفاوت «حق اولین امتناع» و «حق اولین ایجاب»

«حق اولین امتناع» و «حق اولین ایجاب» از اقسام «حقوق اولویت در خرید» محسوب می شوند (Reby, 2002: 1) در «حق اولین ایجاب» مالکی که قصد فروش مال را دارد، خود ایجاب را نسبت به صاحب حق مطرح می کند و در آن قیمت و شرایط معامله را مشخص می کند و قبل از اینکه مال مورد حق را در معرض فروش در بازار قرار دهد، ابتدا ایجاب را به صاحب حق پیشنهاد می کند. در حالی که در روش حق اولین امتناع، بعد از در معرض فروش گذاشتن مال در بازار، ایجابی از سوی ثالث (با حسن نیت) ایجاد می شود. در این هنگام مالک باید از قبول معامله با ثالث امتناع کند و مفاد و شرایط ایجاب را به اطلاع صاحب حق برساند تا اینکه اگر با شرایط آن ایجاب موافق است مال را اکتیاع کند (Nysban, 2014: 1)

ایجابی که در روند اجرایی «حق اولین امتناع» از سوی ثالث با حسن نیت ایجاد می شود، می تواند برای «صاحب حق»، بسیار مناسبتر باشد زیرا از سوی یک خریدار (احتمالی) صادر شده است که معمولاً قیمت و شرایط معامله در آن با در نظر گرفتن موقعیت و شرایط مال در بازار و بعد از چانه زنی با مالک ایجاب می شود لذا با واقعیت تناسب و همخوانی بیشتری دارد و قبول آن برای «صاحب حق» مناسب تر می باشد. ولی ایجاب در سازوکار «حق اولین ایجاب» از سوی مالک صادر می شود که اکثراً با لحاظ منافع خود وی تنظیم می شود.

۱-۲. شناخت «حق اولویت در خرید» در کشورهای حقوق نوشته

در کشورهای حقوق نوشته نیز، نهادی با نام «حق اولویت در خرید» وجود دارد که البته با توجه به گستردگی کشورهای عضو این نظام حقوقی، دو نظام حقوقی آلمان و فرانسه، بدلیل تفاوت در مفهوم حق اولویت در این کشورها انتخاب شدند. نکته جالب توجه این است که هر یک از این دو کشور، الگوی خاص خود را درباره مفهوم و سازوکار اجرای این حق دارند که دو سازوکار اجرایی موجود در حقوق نوشته را نشان می دهد.



۱-۲-۱. فرانسه: در حقوق فرانسه، نهاد حقوقی «droits de préemption» معادل نهاد «حق اولویت در خرید» در حقوق کامن لا است. این نهاد حقوقی گاه منشأ قانونی دارد و گاهی بموجب قرارداد بین طرفین بوجود می آید. (Brisset, 2012: 2) به موجب ماده (۱۴-۸۱۵) قانون مدنی فرانسه، یکی از شریکان مال مشاع که تمایل به انتقال مالکیت تمام یا بخشی از سهم مشاعی خود به فردی غیر از سایر شریکان دارد، باید ابتدا قیمت و شروط قراردادی که از جانب ثالث ایجاب شده به انضمام نام و اقامتگاه و شغل ثالثی که تمایل به خرید دارد را به اطلاع سایر شرکا برساند. سایر شرکا یک ماه فرصت دارند که به اطلاع فروشنده برسانند که طبق همان شرایطی که در ایجاب ثالث آمده، ضمن اعمال حق خود، معامله را قبول می نمایند و از تاریخ ارسال این اظهارنامه دوماه فرصت دارند تا عملاً شرایط مندرج در ایجاب را اجرا کند در غیر این صورت حقشان زایل خواهد شد. بدین ترتیب با اعمال حق اولین امتناع، قرارداد بین صاحب حق و مالک منعقد می شود. (Sabine 2014: 3)

عناوین حقوق اولویت در خرید در نظام کامن لا در حقوق آلمان نظام حقوق ایران

جایی که چند شریک مال مشاع در انتقال مالکیت یکی از شرکا حق اولویت خود را اعمال کنند، هریک به نسبت سهم خود در مال مشاع مالک بخشی از ثمن خواهند شد. هرگونه انتقال مالکیتی بدون در نظر گرفتن حق اولویت در خرید سایر شرکا طبق ماده (۱۶-۸۱۵) همان قانون باطل خواهد بود! (groupe Français, 2009: 43) وجود حق اولویت قانونی در اموال مشاع، فقط در نقل و انتقال مالکیت عین یا منافع نبوده بلکه نسبت به سایر حقوق عینی مربوط به اموال مشاع نیز اعمال می شود (ماده ۱۲-۱۸۷۳ قانون مدنی فرانسه)؛ مراد از سایر حقوق عینی مربوط به اموال مشاع به حقوقی چون حق انتفاع اشاره دارد؛ به عنوان مثال در صورت انتقال حق انتفاع از مال مشاع از سوی یکی از شرکا، شرکای دیگر حق شفعه خواهند داشت تا جایگزین منتفع در بهره‌برداری از مال مشاع بشوند (Bézar, 2012: 3).



1 815-16 "Est nulle toute cession ou toute licitation opérée au mépris des dispositions des articles 815-14 et 815-15. L'action en nullité se prescrit par cinq ans..."
2 Francois terre, droit civil: les biens, dalloz, 2014, 454



نهاد «حق اولویت در خرید» در نظام حقوقی فرانسه، فرایندی است که در آن سه شخص فروشنده، خریدار، و صاحب حق، دخالت دارند. (foltis, 2010: 22) همانطور که مشاهده می شود، قانون فرانسه «حق اولین امتناع» را برگزید. البته این یک حق اولویتی است که دارای منشأ قانونی است همانطور که این حق اولویت قانونی، در زمینه انتقال منافع یا عین مال مورد اجاره برای مستأجر و یا در عرضه سهام جدید شرکت (در قانون تجارت که حتی شرط مخالف آن نیز پذیرفته نیست) هم وجود دارد. (Cools, 2005: 729) البته باید توجه کرد که بر خلاف حقوق داخلی این حقوق نه تنها نسبت به اموال غیر منقول و حقوق متعلق به آنها بلکه نسبت اموال منقول و سایر حقوق مثل حق اولین امتناع نسبت به تمدید یا برقراری قرارداد با بازیکنان ورزشی از سوی باشگاهها نیز اعمال می گردد. (Brisset, 2012: 2)

۲-۲-۱. آلمان: در حقوق آلمان نهاد «Vorerwerbsrecht» معادل مفهوم حقوقی «pre-emption right» در حقوق کامن لا شناخته می شود. طبق این نهاد در حقوق آلمان بعد از انعقاد معامله بین مالک و شخص ثالث، صاحب حق می تواند با قبول قیمت و شرایط معامله منعقد شده، «حق اولویت» خود را اعمال کند و مال مورد نظر را به تملک خود در آورد. (Niewiarra, 2006: 102-103). فروشنده باید فوراً بعد از انعقاد معامله به طرفیت مشتری ثالث، با ارسال اظهارنامه، «صاحب حق» را از معامله و قیمت و شرایط آن معامله مطلع کند و به تبع آن صاحب حق در مهلت دو ماه در صورتی که مورد معامله، مال غیر منقول باشد و در سایر موارد، در مهلت یک هفته ای حق خود را اعمال کند (ماده ۴۶۹ قانون مدنی).

همانطور که ملاحظه می شود در حقوق آلمان شیوه اجرایی «حق اولویت» با شکل پذیرفته شده آن (یعنی حق اولین امتناع) در کامن لا و حقوق فرانسه، انطباق کامل ندارد. زیرا در «حق اولین امتناع» قبل از اینکه معامله بین مالک و ثالث منعقد شود، صاحب حق می تواند حق خود را اعمال کند ولی در حقوق آلمان «حق اولویت» در مرحله بعد از انعقاد معامله صورت می پذیرد. ماده (۱۱۰۲) قانون مدنی آلمان اشعار می دارد: صاحب حق با دادن معادل ثمن به مشتری میباید از وی می ستاند.



به عبارت دیگر لازمه اجرای حق اولویت در خرید در شیوه قانونگذار آلمانی وجود معامله بین مالک و شخص ثالث می باشد. بعد از وقوع این معامله است که ثالث محق می گردد تا با اعمال حق، معامله ای که مالک با ثالث انجام داده را ابطال کند و خود به عنوان خریدار با همان شرایط معامله قبلی با مالک (فروشنده) وارد معامله شود (Naude, 2007: 464).

بنابراین، فروشنده برخلاف شکل پذیرفته شده «حق اولین امتناع» در کامن لا و حقوق فرانسه، نباید از قبول معامله امتناع کند، بلکه مجاز به انجام معامله می باشد. چنین معامله ای بین طرفین دارای مشروعیت قانونی بوده و در مقابل ثالث هم دارای اعتبار می باشد. در نتیجه، معامله باطل نیست بلکه مشروط به عدم اجرای حق از سوی دارنده حق اولویت است (مواد ۴۶۴ و ۴۶۵ قانون مدنی آلمان).

۳-۱. ضمانت اجرای نقض حق اولویت در خرید در کامن لا و حقوق نوشته

اگر توافقی بین متعهد و ثالث در خصوص انتقال مال موضوع حق، بدون در نظر گرفتن «حق اولویت در خرید» صاحب حق، منعقد شود و مال به ثالث منتقل شود، به عنوان ضمانت اجرا، متعهد مسئول خسارات وارده است (Janka, 2013: 955)، علاوه بر آن، خصوصاً اگر منبع ایجاد حق قانون بوده و قانون جنبه آمره داشته باشد یا اینکه خود قانون ضمانت اجرای نقض حق را ابطال معامله ذکر کرده باشد، معامله مذکور باطل خواهد بود. به عنوان مثال در بسیاری از قوانین ایالتی در آمریکا برای مستأجران جایگاههای نفت و گاز در تمدید قرارداد اجاره، «حق اولین امتناع» مقرر شده است.^۱ رویه قضایی و دکترین حقوقی هرگونه قرارداد بدون در نظر گرفتن حق مذکور را باطل می داند (Zurakowski, 2010: 720). همانند ماده (۱۶-۸۱۵) فرانسه که هرگونه انتقال مالکیتی سهم مشاع را بدون در نظر گرفتن حق اولویت در خرید سایر شرکا باطل می داند. با این حال، باید توجه داشت که این بطلان از نوع بطلان نسبی است یعنی قرارداد به خودی خود دارای اثر حقوقی است و تنها فرد متضرر است که می تواند ابطال چنین معامله ای را مطالبه کند





Zurakowski, 2010: 720؛ روشن، ۱۳۹۶: ۱۴۹)؛ به عنوان مثال در امریکا، صاحب حق از روزی که از نقض حق اولویت خود اطلاع یافت به مدتی که در قانون (یا قرارداد) در خصوص پذیرفتن ایجاب فرد ثالث مهلت داشت، فرصت دارد که نسبت به اعمال حق خود اقدام کند (Fambrough, 2015: 4).

البته دیدگاه دیگری نیز وجود دارد؛ برخی قوانین، قرارداد برخلاف حق اولویت در خرید را باطل نمی دانند بلکه به صاحب حق اجازه می دهند که حق خود را نسبت به مال مورد حق و منقل الیه اعمال کند؛ برای نمونه، ماده (۱۶) قانون مستاجر و موجر انگلیس، به مستاجر این حق را می دهد که (بعد از نقض حق اولویت) در مقابل مستاجر جدید یا موجر جدید در خرید یا اجاره حق خود را اعمال کند. در تفسیر پاراگراف (۳) ماده (۶۰۳) قانون مدنی چک اسلواکی بیان می شود که قرارداد بین متعهد و شخص ثالث به خودی خود باطل نیست و صاحب حق می تواند حق خود را در برابر خریدار اعمال کند و حتی در صورت عدم تمایل به استفاده از حق اولویت، حق وی نسبت به مال مورد حق باقی خواهد ماند و خریدار جدید هرگاه قصد فروش مال را داشت باید حق اولویت (حق اولین امتناع) صاحب حق را رعایت کند. (Janka, 2013: 954).

۲. مقایسه «حق اولویت در خرید» با نهاد «حق شفعه» در نظام حقوقی ایران

۲-۱. مقایسه حق اولویت با حق شفعه

همانطور که دیدیم، برخلاف سازوکار اجرایی حقوق اولویت در آلمان، حقوق اولویت در حقوق فرانسه مطابق با کامن لا است؛ بنابراین در ادامه نهاد حق شفعه با سازوکار اجرایی حق اولویت در نظام کامن لا و حقوق آلمان را مقایسه و بررسی خواهیم نمود.



1 Associated South Bakeries (Pty) Ltd v Oryx & Vereinigte Bäckereien (Pty) Ltd. 1982 (3) SA 893 (A)

2 The Civil Code in the Section 603, para. 3



۲-۱-۱. مقایسه حق اولویت در خرید در کامن لا با نهاد حق شفعه در حقوق ایران

مفهوم حقوقی «pre-emption right» با اندکی تفاوت، مشابه نهاد حق شفعه در نظام حقوقی اسلام دانسته می شود. در حقوق کشورهای نظیر پاکستان^۱ و هند که در آنها سالها قوانین بریتانیا حاکم بوده، همانند کشور ما از اصطلاح فوق در ترجمه انگلیسی «حق شفعه» استفاده می شود (Kohli, 2004: 221).

همانطور که بیان شد نظام حقوقی کامن لا و اکثر کشورهای نظام حقوق موضوعه از نهاد «حق اولین امتناع» و نهاد «حق اولین ایجاب» در جهت اعمال «حق اولویت در خرید» بهره می برند. حقوق اولویت در خرید اعم از ROFR و ROFO در کامن لا تقریباً مشابه کارکرد حق شفعه در حقوق ما می باشد و این حق را به صاحب حق می دهند تا از انتقال مال به دیگران جلوگیری کند. به علاوه، در هر دو نهاد صاحب حق باید قبل از اعمال حق، قیمت و شرایطی که ثالث حاضر به خریداری بوده (یا خریده) را بپردازد.

اما با دقت در ماهیت حقوق اولویت در خرید در کامن لا و تطبیق آن با حق شفعه در نظام ما می توان گفت که علی رغم تشابه کارکردی این نهادها با یکدیگر، تفاوت های اساسی در ماهیت و سازوکار اجرایی، بین آنها وجود دارد. اهم این تفاوتها را می توان در سه زمینه: تفاوت ماهوی، تفاوت در منشأ پیدایش این حقوق و تفاوت در ویژگی های اموال موضوع حق بر شمرد.

۲-۱-۱-۱. تفاوت ماهوی: از لحاظ ماهوی اعمال حق شفعه از اسباب تملک و مستقل از عقد محسوب می شود (ماده ۱۴۰ ق.م) و بر خلاف ROFR و ROFO سبب یا فرصتی در جهت انعقاد معامله با مالک یا مشتری محسوب نمی گردد، بلکه خود حقی مستقل شمرده می شود به این معنا که به موجب قانون، این حق، سببی است که با اعمال آن مالکیت مال

علاء تطبیق «حق اولویت در خرید» نظام کامن لا در حقوق ایران نظام حقوق ایران



۱ به عنوان مثال قانون حق شفعه ایالت پنجاب پاکستان (THE PUNJAB PRE-EMPTION ACT, 1991) که در جهت تطابق با قرآن و سنت تدوین شده (An Act to bring in conformity with the injunctions of Islam the law relating to pre-emption (b) “pre-emption” means a person who has the right of pre-emption; (c) “right of pre-emption” means a right to acquire by purchase an immovable property in preference to other persons by reason of such right



مورد شفعه را برای شفیع به ارمغان می آورد بدون اینکه نیاز به انعقاد معامله با مالک باشد. به عبارت دیگر اعمال حق شفعه بعد از ایجاد حق، وسیله ای برای انتقال عقد منعقد یا انعقاد عقد جدید نبوده بلکه خود حق مستقلی برای شفیع ایجاد می کند تا با دادن معادل ثمن به مشتری مال را به تصاحب خود در آورد (محقق داماد، ۱۴۲۶: ۸). در حالی که در کامن لا هم «حق اولین امتناع» و هم «حق اولین ایجاب» سبب تملک مستقلی محسوب نمی شوند، بلکه فرصت انعقاد معامله با مالک را برای صاحب حق فراهم می کنند.

به سخن دیگر در حق شفعه، شفیع با مشتری رو به رو می شود ولی در حقوق اولویت در مرحله قبل از معامله (مالک و ثالث) و به طرفیت مالک حق اجرا و معامله منعقد می شود. اعمال حق شفعه از ایقاعات است (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۶۸) در حالی که اجرای حقوق اولویت در اکثر موارد منتهی به عقد به طرفیت مالک خواهد شد (Kahan, 2012: 332).

به تبع همین تفاوت ماهوی است که در «حقوق اولویت»، مسئول اصلی در برابر صاحب حق، فروشنده می باشد و او متعهد است تا صاحب حق را از قصد خود برای معامله مطلع کند و در مهلتی که برای صاحب حق جهت اعمال حقش معین شده است از انعقاد معامله خوداری کند. در صورت عدم اجرای چنین تکلیفی در برابر صاحب حق مسئول شناخته می شود، در حالی که در نظام فقهی انجام معامله بین بایع و مشتری، لازمه ایجاد حق شفعه است و مشتری ضامن درک مال مورد شفعه در مقابل شفیع خواهد بود (محقق داماد، ۱۴۲۶: ۹۲).

۲-۱-۱-۲. تفاوت در منشأ: همانطور که بیان شد «حقوق اولویت» در کامن لا عمدتاً به واسطه قرارداد بین مالکین برقرار می شوند. یعنی علاوه بر قانون، قرارداد هم منشأ ایجاد ROFR و ROFO می باشد. ولی در حقوق داخلی منشأ ایجاد حق شفعه، قانون است. در حقوق داخلی مشروعیت قراردادی که حق شفعه را (در موردی که قانون تعیین نکرده) در بین شرکا ایجاد می کند، محل تردید بوده و عملاً تاکنون مورد استفاده قرار نگرفته است ولی به نظر بتوان با توجه به مبانی حقوقی ما، قائل به صحت چنین قراردادهایی شد. (به قسمت ۱-۳ همین تحقیق مراجعه کنید).



۲-۱-۳. تفاوت در موضوع حق: «حقوق اولویت در خرید» در حقوق کامن لا، بر خلاف حق شفعه در نظام حقوقی ما مختص به مال غیر منقول مشاع و قابل تقسیم نبوده بلکه می تواند در مال منقول غیر مشاعی و سایر حقوق نیز ایجاد شود و قابل تقسیم بودن موضوع حق و تعداد شرکا و شریک بودن در اجرای این حقوق خصوصیتی ندارد (Walker, 1999: 11).

قانونگذار در ماده (۸۰۸) قانون مدنی شرط ایجاد حق شفعه را غیر منقول بودن، مشاع بودن و قابل تقسیم بودن مال می داند و به دلیل وجود نص در میان حقوق دانان در این خصوص اختلافی نیست؛ لزوم غیر منقول بودن مال مورد شفعه و یا مشاع و قابل تقسیم بودن آن قول مشهور در فقه امامیه است و مهمترین علت این حکم این مطلب است که موضوع شفعه خلاف اصل اولیه، یعنی اصل عدم تسلط بر اموال دیگران است و در موارد مشکوک فقط باید به موضوع متیقن اکتفا کرد و موارد تردید را محکوم به حکم اولیه دانست. (محقق داماد، ۱۴۲۶: ۲۴ - ۱۴)

اما نظرات معتبر دیگری نیز در فقه امامیه وجود دارد؛ جمع کثیری از فقها غیر منقول بودن و قابل تقسیم بودن مبیع و یا محدودیت شرکا را شرط ثبوت حق شفعه نمی دانند (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۳۹۱-۳۸۵؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۲۵؛ محقق داماد ۱۴۲۶: ۲۵)؛ «هل ثبت فیما ینقل کالتیاب و الأمتعه؟ فیه قولان اکثر المتقدمین منهم: الشیخان و المرتضی و الإسکافی و القاضی و الحلبي و الحلبي و جماعه من المتأخرین علی الأول مطلقاً، منقولاً کان أم لا، قابلاً للقسمة أم لا...» (طباطبائی حائری، ۱۴۱۸: ۵۵) زیرا همان مبانی (از جمله قاعده لاضرر) و شمول احادیث نسبت به آنها که در لزوم شفعه در مال غیر منقول و مال قابل تقسیم وجود دارد در مال منقول و مال غیر قابل تقسیم نیز وجود دارد (طباطبائی حائری،

۱ «.. إن الشفعه عندکم وجبت لإزالة الضرر عن الشفیع، و هذا المعنی موجود فی جمیع المبیعات من الأمتعه و الحيوان.» (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۴۹)

۲ المشایخ الثلاثة عن الصادق (علیه السلام) «عن الشفعه لمن هی؟ و فی آی شیء هی؟ و لمن تصلح؟ و هل یکون فی الحيوان شفعه؟ و کیف هی؟ فقال الشفعه جائزه - و فی الفقیه ناجبه - هی کل شیء من حیوان أو أرض أو متاع إذا کان الشیء بین شریکین لا غیر هما فباع أحد هما نصیبه، فشریکه أحق به من غیره و أن زاد علی اثنین فلا شفعه لأحد منهم.» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۲۴۲)





۱۴۱۸: ۵۷-۵۵، رحیمی و پورمولا، ۱۳۹۶: ۹۰۵). شریف مرتضی نیز در کتاب الانتصار فی انفرادات الإمامیه بیان می دارد «اثباتهم حق الشفعه فی کل شیء من المبیعات من عقار و ضیعه و متاع و عروض و حیوان، إن كان ذالک مما یحتمل القسمة او لا یحتملها.» و در این موضوع ادعای اجماع کرده است و طبق این نظر نیز غیر منقول بودن و قابل تقسیم بودن از شرایط مال مورد حق الشفعه نیست (شریف مرتضی، ۱۴۱۵: ۴۴۹).

در خصوص لزوم مشاع بودن مال مورد شفعه تقریباً تمامی فقهای امامیه بر مشاع بودن مال شفعه تأکید دارند؛ صاحب جواهر در کتاب جواهر الکلام چنین آورده است «نعم تثبت الشفعه فی الأرض المقسومه بالاشتراک فی الطریق أو الشرب کبیر و نهر إذا بیع معها بلا خلاف أجده فیہ، کما اعترف به بعضهم، بل فی محکی الخلاف الإجماع علیہ...» (صاحب جواهر، ۱۴۰۴: ۲۵۸) تنها ابن عقیل است که قائل به ثبوت حق شفعه در مال مقسوم است؛ برخی از علمای عامه نیز همین نظر را اختیار کردند و ضرر موجود در فروش مال مشاع را همانند ضرر موجود در فروش ملک مجاور دانسته و قائل به تعمیم حق شفعه شده اند. (محقق داماد، ۱۴۲۶: ۳۸)

۲-۱-۲. مقایسه نهاد «حق اولویت در خرید» در حقوق آلمان و نهاد حق شفعه در نظام حقوقی ایران

برخلاف نظام حاکم بر «حقوق اولویت» در حقوق کشورهای کامن لا و حقوق فرانسه، نهاد «Vorerwerbsrecht» در حقوق آلمان، بیشترین شباهت را به ماهیت حق شفعه در نظام داخلی ما دارد. حق اولویت در خرید در نظام آلمان به مانند حق شفعه به شرکایی تعلق می گیرد که عین یا منفعت مالی که در آن شراکت داشته اند، به فرد ثالثی منتقل شده است، یعنی به مرحله بعد از انتقال مالکیت و انعقاد معامله با ثالث می پردازد. اعمال «حق اولویت» در نظام حقوقی آلمان به مانند حق شفعه سبب انتقال مالکیت از خریدار به صاحب حق می گردد و با اعمال آن معامله بین مالک و خریدار ابطال می گردد نه اینکه به مانند شیوه اجرایی «حق اولین امتناع» یا «حق اولین ایجاب» فرصتی باشد برای صاحب حق تا از انعقاد معامله اولیه بین مالک و مشتری جلوگیری کند.



با وجود این نمی توان به وحدت دو نهاد «Vorerwerbsrecht» و حق شفعه معتقد بود زیرا علاوه بر عدم ضرورت غیر منقول بودن یا قابل تقسیم بودن مال مورد حق و عدم ضرورت وجود حداکثر دو شریک و غیره، تفاوتی ماهوی بین این دو نهاد وجود دارد، زیرا قانون مدنی در ماده (۱۴۰) اخذ به شفعه را مستقلاً از اسباب تملک دانسته شده و لزومی به ابطال معامله اولیه میان مالک و خریدار نمی باشد، بلکه با پرداخت ثمن و اخذ به شفعه مالکیت از مشتری به شفیع منتقل می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۲۶۸)؛ در حالی که نهاد مذکور بموجب ماده (۴۶۴) قانون مدنی آلمان حقی است که بموجب آن صاحب حق می تواند با ابطال معامله منعقدہ بین مالک و خریدار و با انعقاد معامله با خریدار مال را اکتساب کند (Mantred, 2006: 102-103). بدین ترتیب، بر خلاف نظام حقوقی داخلی که حق شفعه از اسباب تملک محسوب می شود، در حقوق آلمان نهاد «Vorerwerbsrecht» مستقلاً از اسباب تملک محسوب نشده بلکه حقی است که بوسیله آن صاحب حق می تواند معامله اولیه را ابطال نماید و خود جانشین خریدار در معامله با مالک شود.

علاقه حقوقی «حق اولویت در خرید» در نظام کامران از حقوق اکتساب محقق ایران

با این حال و در مجموع، می توان نهاد «Vorerwerbsrecht» در حقوق آلمان را نزدیک ترین نهاد به ماهیت حق شفعه و با کمی اغماض با نهاد حق شفعه در حقوق داخلی یکی دانست، زیرا هر چند که برخلاف حق شفعه (که مستقلاً سبب تملک است)، صاحب حق با اعمال حق اولویت جانشین خریدار در معامله با مالک می شود. ولی این تفاوت بیشتر جنبه نظری دارد زیرا جز پرداخت ثمن به خریدار و اعلام اراده صاحب حق مبنی بر اعمال حق خود، به عمل حقوقی دیگری نیاز نمی باشد و درست به مانند حق شفعه بعد از انعقاد عقد با ثالث، شفیع می تواند با اخذ به شفعه و پرداخت معادل ثمن به ثالث، مالک مال مورد معامله شود؛ پرداخت ثمن مقدم بر اخذ به شفعه است و در فقه ما، شفعه نوعی ایقاع عینی است و مشهور در صورت درخواست استمهال شفیع، قائل به اعطای مهلت به وی هستند به شرطی که این مهلت موجب ضرر مشتری نگردد (محقق داماد، ۱۴۲۶: ۴۹). محقق حلی در شرایط بیان می دارد که با عجز شفیع از پرداخت ثمن، حق شفعه از بین می رود و اگر ادعای غیبت ثمن شود به وی ۳ روز مهلت می دهند و اگر ذکر کند که مال در





بلاد دیگر است به او مهلت کافی می دهند و اگر مهلت ذکر شده بیش از ۳ روز بود مشروط به عدم ضرر مشتری است. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۲۰۱)

۲-۲. مقایسه نهادهای «حق اولویت در خرید» با نهاد «حق تقدم در خرید سهام» در حقوق ایران

در ماده (۱۶۶) لایحه اصلاح قسمتی از قانون تجارت، قانونگذار برای صاحبان سهام شرکت، «حق تقدم در خرید» سهام جدید، قائل شده است؛ شرکت موظف است ابتدا خرید سهام جدید را به سهامداران کنونی شرکت پیشنهاد کند و مهلت معقولی به صاحبان سهام، در قبول پیشنهاد مطروحه بدهد. هر سهام دار به نسبت سهامی که در شرکت دارد در خرید سهام جدید حق تقدم دارد؛ این ماده حداقل مهلت سهامداران برای اعمال حق تقدم را شصت روز می داند که در صورت عدم استفاده سهامداران از حق تقدم در خرید سهام جدید، شرکت می تواند سهام را به افراد ثالث بفروشد (اسکینی، ۱۳۸۹: ۲۵۶).

همانطور که مشاهده می شود «حق تقدم» موجود در قانون تجارت بر مبنای سازوکار «حق اولین ایجاب (ROFO)» در کامن لا طراحی شده است و این دو نهاد از لحاظ شکلی و ماهوی مطابق یکدیگر هستند؛ وجود «حق اولین ایجاب» برای سهامداران شرکت در صدور سهام جدید شرکت، رویه معمول قانونگذاری در نظام کامن لا است؛ در ماده (۵۶۰) قانون تجارت انگلیس شرکت تجاری در صدور سهام جدید، ملزم به رعایت حق اولویت در خرید (حق اولین ایجاب) برای سهامداران شرکت است. (Ventoruzzo, 2013: 18) همچنین قانون شرکت سرمایه گذاری ایالات متحده آمریکا نیز در ماده (۲۳) برای سهامداران در صدور سهام جدید «حق اولین ایجاب» قائل است به گونه ای که بدون رعایت این حق و دادن فرصت معقول به صاحبان سهام در خرید سهام جدید، انتقال سهام جدید به افراد ثالث ممکن نیست (Atanasov, 2007: 19). در نظام حقوقی فرانسه نیز چنین حقی به سهام داران داده شده است (ماده ۱۸۳ قانون شرکتهای تجاری) و مدت اعمال حق از سوی سهامداران، توسط مجمع عمومی فوق العاده مشخص می شود (Kerbib, 2017: 30) در نظام حقوقی بلژیک مدت ۳ ماه برای اعمال حق تقدم شریک تعیین شده است (YEARBOOK, 2009: 42)





۳. نظام حاکم بر قراردادهای موجد حق اولویت در نظام حقوقی ایران

آیا قراردادهایی که در بردارنده و موجد حق اولویت در خرید (از قبیل حق شفعه، حق اولین امتناع، ROFR، حق اولین ایجاب، ROFO و غیره) برای متعهدله می باشند، از منظر حقوق داخلی دارای اعتبار می باشند یا خیر؟ به این پرسش، نمی توان یک پاسخ داد، بلکه باید بر اساس نوع حق اولویت درباره اعتبار قرارداد تصمیم گرفت. بر این اساس حقوق اولویت را بر حسب اینکه اعمال آنها در مرحله قبل از فروش مال باشد یا بعد آن، به دو دسته میتوان تقسیم نمود که در مباحث آتی اعتبار حقوقی هر کدام از آنها را بررسی می نماییم.

۳-۱. اعتبار حقوقی قراردادهای موجد حق شفعه (حقی که بعد از انعقاد قرارداد بین مالک و مشتری اعمال گردد)

قرارداد موجد حق شفعه (به مفهوم ماده ۸۰۸ قانون مدنی یا به مفهوم ماده ۴۶۳ قانون مدنی آلمان) قراردادی است که بموجب آن مالک متعهد شود که در صورتی که مال مورد توافق را به ثالث فروخت و بعد از اینکه مال به ملکیت مشتری در آمد، متعهدله بتواند با حق شفعه ای که این قرارداد به وی اعطا می کند، نسبت به مال، اخذ به شفعه نموده و با پرداخت ثمن مال را به ملکیت خود درآورد. اعتبار چنین قراردادی از منظر حقوق داخلی محل تردید می باشد.

زیرا هر شخصی فقط می تواند اموال و دارایی های شخصی خود را موضوع حقوق دیگران قرار دهد و تعهد به ضرر ثالث الزام آور نمی باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۲۴۳). در فرض حاضر زمانی که مالک به انعقاد معامله با مشتری می پردازد، مبیع از ملکیت وی خارج می گردد. بدین ترتیب محدود کردن حق مالکیت دیگری (خریدار) بعد از عقد نمی تواند با اصول و قواعد عمومی قراردادهای منطبق باشد.

پاسخ دقیق تر به این سوال نیازمند پاسخ به سوال دیگری است که آیا قرارداد شفعه برای صاحب حق، در مرحله انعقاد قرارداد شفعه (قبل انتقال مال به مشتری) نسبت به مال ایجاد حق می کند یا اینکه حتما باید مال از سوی مالک فروخته شود تا حق شفعه برای شفیع قراردادی بوجود آید؟ به عبارت بهتر، باید دید مرحله ایجاد حق برای شفیع بعد از





قرارداد شفعه است یا بعد از فروش ملک مورد حق؟ طبیعی است که حق شفعه بعد از فروش ملک از سوی مالک ایجاد می شود و از این منظر در زمانی که ملک به غیر منتقل شد برای شفیع صلاحیت اعمال حق، ایجاد می گردد؛ اما از این استدلال نیز نمی توان به ابطال قرارداد شفعه حکم داد زیرا در فروش مال مرهونه نیز اغلب اختیار مرتهن در استیفا از محل رهن، بعد از انتقال به غیر و در زمانی که رهن خلف وعده کرد، صورت می گیرد ولی چون «مرحله ایجاد حق» به قبل از عقد (قرارداد انتقال مال مرهون) برمی گردد خللی به حق مرتهن وارد نمی آید. (روحانی، ۱۴۲۹: ۴۴۹)

در قرارداد ایجاد حق شفعه نیز صاحب مال قبل از فروش مال خود به غیر، در قبال صاحب حق متعهد می گردد که در صورت فروش مال برای صاحب حق، حق شفعه بوجود آید. در اینجا نیز منشاء حق به قبل از فروش ملک برمی گردد و برای شفیع حق مکتسبی بوجود می آید و از این جهت ضرری به ثالث وارد نمی شود زیرا که اخذ به شفعه تنها پس از پرداخت ثمن به مشتری قابل اعمال است (محقق داماد، ۱۴۲۶: ۴۹) و اگر هم مشتری متحمل خساراتی شد می تواند به فروشنده مراجعه کند زیرا فروشنده موظف به مطلع نمودن مشتری از قرارداد شفعه بوده و از باب مسئولیت مدنی دارای مسئولیت است. به دیگر سخن، عدم اطلاع ثالث (مشتری) از قرارداد شفعه نسبت به مال، نمی تواند موجب از بین بردن حق مکتسب شفیع گردد و قرارداد شفعه دارای اعتبار است و شفیع با پرداخت ثمن قادر به اخذ شفعه خواهد بود و به مانند حقوق آلمان صاحب حق (در قرارداد شفعه) می تواند بعد از معامله مالک با دیگری، اقدام به اعمال حق کند (Naude, 2007: 464).

این رویکرد با اخذ وحدت ملاک از ماده (۵۳) قانون مدنی نیز تقویت می شود؛ بر اساس این ماده، انتقال عین از طرف مالک به غیر موجب بطلان حق انتفاع نمی شود ولی اگر منتقل الیه جاهل باشد که حق انتفاع متعلق به دیگری است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت. بدین ترتیب، همان طور که انتقال عین سبب بطلان حق انتفاعی که پیش از انتقال ایجاد شده، نمی شود، انتقال مال نیز، سبب از بین رفتن حق شفعه قراردادی نخواهد شد.



۲-۳. قرارداد ایجاد «حق اولویت در خرید» مال، قبل از انتقال مال به دیگری



قرارداد ایجاد «حق اولویت در خرید» که حاوی «حق اولین امتناع» یا «حق اولین ایجاب» می باشد، حاوی این مضمون خواهد بود که مالک متعهد می شود که در زمان فروش مال یا حق خود، اولین ایجاب و پیشنهاد خرید را به متعهدله بدهد و متعهدله در فرصتی که به موجب قرارداد مشخص می باشد، امکان قبول معامله را داشته باشد (قرارداد موجد «حق اولین ایجاب») و یا اینکه به موجب قرارداد مالک متعهد می شود که در هنگامی که قصد فروش مال مورد نظر را دارد، اولین ایجابی که از جانب ثالث (با حسن نیت) برای خرید مال دریافت کرده را به اطلاع متعهدله برساند تا وی بتواند در مهلت مقرر در قرارداد، به انجام معامله با مالک بر طبق قیمت و شرایط ایجاب ثالث مبادرت ورزد. طبق این قراردادها بعد از اینکه متعهدله (صاحب حق) از قبول معامله با پیشنهادهای واصله امتناع نمود، مالک می تواند با همان قیمت و شرایط مقرر در قرارداد و یا با قیمت بالاتر و شرایط سخت تر مال مورد نظر را به ثالث بفروشد.

علاء تقی «حق اولویت در خرید» در نظام کامران اد حقوق آرمینا نظام حقوق ایران

در خصوص اعتبار چنین قراردادهایی بر مبنای نظام حقوقی داخلی، به نظر نمی توان چنین قراردادهایی را ممنوع دانست، زیرا با هیچ قاعده آمره ای تعارض ندارند، به علاوه، وجود چنین قراردادهایی برای جلب سرمایه گذاری و ایجاد اطمینان میان سرمایه گذاران یک ضرورت محسوب می شود که در اکثر کشورها مورد توجه قرار گرفته است (YEARBOOK, 2009: 250). به عنوان مثال وقتی چند نفر از تجار که بر حسب اطمینان و اعتبار جمع سرمایه گذاران موسس بنگاه اقتصادی، حاضر به سرمایه گذاری شده اند، با لحاظ چنین حق تقدم هایی از آینده شرکت و حفظ تسلط حداکثری سرمایه گذاران اولیه برای مدیریت کارآمدتر، اطمینان حاصل می کنند و به این طریق می توانند از فروش سهم شرکت شریک به بیگانه جلوگیری کنند (Atanasov, 2007: 5؛ خزاعی، ۱۳۷۹: ۱۱۰) افزون بر اینها، در لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷/۱۲/۲۴ نیز، مصداق ویژه ای از این حق پذیرفته شده است. بر اساس چنانکه در ماده (۱۶۶) این لایحه، در فروش سهام جدید شرکت، برای صاحبان سهام قدیمی شرکت به نسبت سهامی که مالکند، حداقل به مدت ۶۰ روز حق تقدم در خرید قائل شده است. زیرا





در این نوع قراردادها که به قبل از فروش مال به ثالث، توجه دارد، ضرری متوجه ثالث نبوده و متعهد در حدود مالکیت خود تعهد نموده است و قرارداد به مرحله قبل از انعقاد بیع با ثالث مرتبط است (یعنی زمانی که مالکیت به ثالث منتقل نشده است)، در اینجا تنها فرض ضرر ثالث، فرض تخلف فروشنده است که مال را بدون لحاظ حق ثالث منتقل نموده است و اساساً چنین حقی را نداشته است؛ در این حالت ثالث برای دریافت خسارت به فروشنده مراجعه خواهد نمود.

نتیجه گیری

آشنایی با نهادهای حقوق اولویت در کشورهای غربی می تواند برای حقوق داخلی آموزنده باشد؛ «حق اولویت در خرید» به حقوقی اطلاق می شوند که برای صاحب حق امکان خرید مال یا حقی را قبل از افراد ثالث، فراهم می کند. این حق در نظام حقوقی کامن لا، به دو صورت «حق اولین امتناع» و «حق اولین ایجاب» اعمال می شود. این حقوق می توانند علاوه بر قانون دارای منشأ قراردادی نیز باشند.

نهاد حقوقی «droits de préemption» در قانون مدنی فرانسه بر طبق مفهوم «حق اولین امتناع» (ROFR) می باشد. «حقوق اولویت در خرید» در نظام حقوقی کامن لا و فرانسه در ضمن تشابه کارکردی با مفهوم «حق شفعه» در حقوق داخلی، اندکی متفاوت است؛ اعمال حق شفعه بعد از انعقاد عقد بیع، وسیله ای برای انتقال عقد منعقد یا انعقاد عقد جدید نبوده بلکه خود حق مستقلی برای شفیع ایجاد می کند تا با دادن معادل ثمن به مشتری مال را به تصاحب خود در آورد، در حالی که در حقوق کامن لا هم «حق اولین امتناع» و هم «حق اولین ایجاب» سبب تملک مستقلی محسوب نمی شوند، بلکه فرصت انعقاد معامله با مالک را برای صاحب حق فراهم می کنند.

از میان مدل های مختلف حق اولویت، نهاد «Vorerwerbsrecht» نزدیک ترین نهاد به حق شفعه می باشد با کمی اغماض می توان دو نهاد را یکی پنداشت. حق اولویت در خرید در نظام آلمان به مانند حق شفعه به شرکایی تعلق می گیرد که عین یا منفعت مالی را که در آن شراکت داشته اند، به فرد ثالثی منتقل شده باشد. یعنی به مرحله بعد از انتقال



مالکیت و انعقاد معامله با ثالث می پردازد. اعمال «حق اولویت» در نظام حقوقی آلمان به مانند حق شفعه سبب انتقال مالکیت از خریدار به صاحب حق می گردد. نه اینکه به مانند شیوه اجرایی «حق اولین امتناع.ROFR» یا «حق اولین ایجاب.ROFO» فرصتی برای صاحب حق فراهم نماید تا از انعقاد معامله اولیه بین مالک و مشتری جلوگیری کند. مطالعه حقوق کشورهای مذکور در حقوق داخلی مسیر های تازه ای را ترسیم می کند؛ حقوق داخلی می تواند از ظرفیت های «قراردادهای موجد حق اولویت در خرید» برای تنظیم روابط خصوصی اشخاص بهره ببرد؛ پیشنهاد می شود قانونگذار همانند حقوق کشورهای اروپایی «حق اولین امتناع» را در متن قانون مدنی بگنجانند تا استفاده از این حقوق برای حقوقدانان و مردم عادی رایج گردد؛ قرارداد موجد حق اولویت در خرید اگر در بردارنده حق اولویتی به مفهوم نظام کامن لا و یا حقوق فرانسه باشد، یعنی حق اولویت در خرید را برای صاحب حق، قبل انجام معامله با ثالث را در بر گیرد، در حقوق داخلی معتبر می باشد. ولی اگر مراد از قرارداد موجد حق اولویت، حق اولویتی به مفهوم «حق شفعه» در حقوق داخلی یا نهاد «Vorerwerbsrecht» باشد، چنین قراردادی بدلیل اینکه تعهد به ضرر ثالث محسوب می شود، الزام آور نخواهد بود. زیرا در این نوع از حق اولویت اعمال حق در مرحله بعد از انعقاد قرارداد و بعد از انتقال مالکیت به مشتری است که جز به رضایت مالک جدید نمی توان حق مالکیت وی را سلب نمود.

عناوین حقوقی «حق اولویت در خرید» در نظام کامن لا و حقوق آلمان نظام حقوقی ایران

منابع

- (۱) ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، ۱۴۱۰ق، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج ۲، ج ۲.
- (۲) اسکینی، ربیعا، ۱۳۸۹ش، حقوق تجارت، تهران، انتشارات سمت، ج ۱۳، ج ۲.
- (۳) خزاعی، حسن، بدری اهری، رسول، ۱۳۷۹ش، «بررسی اجمالی مفهوم حقوقی J.V. در حقوق امریکا»، مجله حقوقی بین المللی، ش ۱۳.





- ۴) رحیمی، مرتضی، پورمولا، سید هاشم، ۱۳۹۶ش، بررسی مبانی فقهی شفعه در اموال منقول از دیدگاه مذاهب اسلامی، پژوهش های فقهی، دوره ۱۳، ش. ۴
- ۵) ره پیک، سیامک، ۱۳۸۱ش، «ارث حق شفعه»، دیدگاههای حقوقی، ش. ۲۶
- ۶) روحانی، سید صادق حسینی، ۱۴۲۹ق، منهاج الفقاهه، قم، انوارالمهدی، ج. ۵، ج. ۴.
- ۷) روشن، محمود، خوئینی، غفور، فلاخی، آزاد، ۱۳۹۶ش، «بررسی وضعیت حقوقی مراعی و مقایسه آن با نهادهای مشابه»، مجله دادگستری، ش. ۶۷.
- ۸) شریف مرتضی، علی بن حسین موسوی، ۱۴۱۵ق، الانتصار فی انفرادات الإمامیه، قم، دفتر انتشارات وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج. ۱.
- ۹) شیخ طوسی، ابوجعفر، محمدبن حسن، ۱۴۰۷ق، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ج. ۱، ج. ۳.
- ۱۰) صاحب جواهر، محمد حسن نجفی، ۱۴۰۴ق، جواهرالکلام فی شرح شرائع الإسلام، قم، دار إحياء التراث العربی، ج. ۷، ج. ۳۷.
- ۱۱) طباطبائی حائری، سید علی بن محمد، ۱۴۱۸ق، ریاض المسائل فی تحقیق الأحکام بالدلایل، قم، موسسه آل البيت عليهم السلام، ج. ۱، ج. ۱۴.
- ۱۲) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۴ش، ایقاع، نظریه عمومی ایقاع معین، تهران، نشر میزان، ج. ۳.
- ۱۳) کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج. ۷، ج. ۳.
- ۱۴) محقق حلی، نجم الدین، جعفر بن الحسن، ۱۴۰۸ق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، موسسه اسماعیلیان، ج. ۲، ج. ۳.
- ۱۵) محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۲۶ق، ایقاع، اخذ به شفعه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ج. ۱.

- 16) Atanasov Vladimir, (2007), Preemptive Rights and Anti-Dilution Protections around the World, Mason School of Business, College of William and Mary, law.utexas.edu, 18/10/2018.
- 17) Bézard Bruno, (2012), "Solidarités diverses et actions atrimoniales - Reconstitution et surveillance du atrimoine des débiteurs - Recouvrement des sommes dues par des redevables en indivision", Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts.
- 18) Brisset, Karine, (2012), François Cochard and François Maréchal, The Value of a Right of First Refusal Clause in a Procurement First-Price Auction, Working paper, No. 2012 – 03, 1-19.





- 19) Cools, Sofie, (2005), the Real Difference In CorporatenLaw Between The United States and Continental Europe: Distribution of Power, Delaware Journal of corporate Law, Vol. 30, 697-765.
- 20) Daskal, Bernard, Right of First Refusal and the Package Deal, Fordham Urban Law Journal, Volume 22, Number 2, Article 10, 1994, 461-501.
- 21) Fambrough Judon, (2015), Understanding Right of First Refusal, Texas A&M University paper, <https://assets.recenter.tamu.edu/documents/articles/1907.Pdf> , 25/10/2018.
- 22) foltis, adina-Iulia, (2010), The Judicial Regime Of The Preemption Right, Doctoral Thesis, University of Lucian Blage.
- 23) groupe Français, Rapport Q194, (2009), L'influence de la copropriété des Droits de Propriété Intellectuelle sur leur exploitation, 3-50, <https://www.aippi.fr/upload/gr194france.pdf>, 20/10/2018.
 - a. http://bofip.impots.gouv.fr/bofip/1655_PGP.html?identifiant=BOI-REC-SOLID-30-40-20120912.
- 24) Kahan, Marcel, (2012), First-Purchase Rights: Rights of First Refusal and Rights of First Offer, American Law and Economics Review, V14, N2, 331–371.
- 25) Kerbib, Hugo, (2017), Comparative Corporate Law:The US Corporation and the French SA, Thesis written under the direction of Professor Duncan Fairgrieve, Université Paris-DauphineMaster.
- 26) Kohli, Baldev, (2004), Right Of Pre-emption In Modern Social Conditions, Islamic Law in Modern India.
- 27) Mitchell, Jonathan F, 2001, Can a Right of First Refusal Be Assigned? The University of Chicago Law Review, 68:985, 986-1006
- 28) Niewiarra, Mantred, (2006), Unternehmenskauf, 3. Erweiterte Auflage, BWV. Berliner Wissenschafts-verlage, Axel Springer-ster. 54b, 10117 Berlin.
- 29) Nysban. N.Y., (2014), Model Right of First Offer, Real property Law Journal, Vol.42, No.4, 19-28.
- 30) Reby. Jacob W, Lewis. Esq, (2002), Rights of First Refusal and Rights of First Offer, ICSC Law Conference –Workshop. https://www.lewisrice.com/content/uploads/2015/08/Reby_Rights-of-First-Refusal-Rights-of-First-Offer-Revised.pdf 15/9/2018.
- 31) Sabine, Haddad, (2014), L'action en nullité de la cession de droits indivis et la prescription, www.legavox.fr/blogmaitre-haddad-sabineaction-nullite-cession-droits-indivis-14402.pdf, 28/9/2018.
- 32) Walker, David I., (1999), RETHINKING RIGHTS OF FIRST REFUSAL, Harvard Law School Cambridge, Discussion Paper No. 261, 8/99, MA 02138, ISSN 1045-633, Forthcoming, 5 Stanford Journal of Law, Business & Finance, www.law.harvard.edu/Programs/Olin_center, 28/10/2018.



- 33) Naude, Tjake, (2006), Which Transactions Trigger a Right of First Refusal or Preferential Right to Contract? The South African Law Journal, No136,461-496.
- 34) Janka Martin, (2013), The legal consequences of the breach of pre-emption right. Acta Universitatis Agriculturae et Silviculturae Mendelianae Brunensis, Volume LXI, No. 4, 953-959.
- 35) Ventoruzzo, Marco, (2013), Issuing New Shares and Preemptive Rights: A Comparative Analysis, Legal Studies Research Paper No. 43, 2-20.
- 36) YEARBOOK, (2009), Meeting of the Executive Committee Buenos Aires, Edited in the name of AIPPI by the AIPPI General Secretariat, Zurich, Switzerland.
- 37) Zurakowski Scott M., Gregory W. Watts, (2010), Can a Terminated Lease Be Cured?, <http://www.emlf.org>, 20/10/2018.



فصلنامه پژوهش حقوق اسلام و غرب - شماره ششم - زمستان ۱۳۹۸

