

## بررسی و تحلیل حق شفعه در فروش اجزای کاشانه‌ها

محمدجواد حیدریان دولت آبادی<sup>۱</sup> - رسول مظاهری کوهانستانی<sup>۲\*</sup>

۱. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین الملل، دانشگاه علوم قضائی و خدمات اداری دادگستری، تهران، ایران.  
۲. استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول).

تاریخ دریافت: ۹۸/۰۷/۱۴ تاریخ اصلاحات: ۹۸/۱۲/۲۰ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۹/۰۲/۱۷ تاریخ انتشار: ۰۰/۰۳/۳۱

### چکیده

اخذ به شفعه از اسباب قهری تملک در فقه و حقوق موضوعه ایران است و در معاملات غیرمنقول و با تحقق شرایط قانونی امکان توسل به آن برای شفیع فراهم می‌شود. اشتراک در مالکیت مشاعی اموال غیرمنقول و مشترک بودن مالکیت ممر و مجری در فقه امامیه از عوامل پیدایش حق شفعه است. در فقه عامه علاوه بر این دو مجاورت دو ملک (همسایگی) نیز از اسباب دیگر تحقق حق شفعه می‌باشد. با توجه به افزایش جمعیت و نیاز روز افزون به مسکن موضوع ساخت و استفاده از کاشانه (آپارتمان) و معاملات آن نیز بین مردم روز به روز رونق بیش‌تری یافته است. همچنین تنوع نیاز ساکنین و مجاورین باعث انجام معاملات مربوط به اجزاء آپارتمان مانند انباری و پارکینگ شده است. مالکیت مشاعی آپارتمان در عرصه و اعیان و اشتراک در مالکیت ممر (زاهرو و لابی و آسانسور) و مجری (لوله‌های آب و تاسیسات) باعث شده است که فرض استفاده از اخذ به شفعه در معاملات آپارتمان و اجزاء آن محتمل باشد. سؤال اصلی این مقاله در این رهگذر عبارت از این است که: «آیا می‌توان حق شفعه را در خصوص اجزای آپارتمان سازی و جاری دانست و حکم به اجرای این مورد وفق قانون تملک آپارتمان‌ها و مواد حاکم در قانون مدنی، مواد ۸۰۸ به بعد، داد، یا خیر؟» نویسندگان به این نتیجه دست یافته‌اند که امکان استفاده از حق شفعه در فروش واحدهای آپارتمانی و فروش اجزاء آن وجود دارد لیکن با توجه به ضوابط مقرر در قانون تملک آپارتمان‌ها و آیین‌نامه اجرایی آن و همچنین دستورالعمل تفکیک آپارتمان‌ها موضوع اعمال حق شفعه نسبت به سایر معاملات اموال غیرمنقول از محدودیت بیش‌تری برخوردار می‌باشد و مصادیق کم‌تری از اعمال حق شفعه در معاملات مربوط به کاشانه‌ها (آپارتمان‌ها) نسبت سایر املاک وجود دارد.

**واژگان کلیدی:** حق شفعه، اخذ به شفعه، کاشانه، تملک آپارتمان‌ها.

## ۱. مقدمه

به موجب اصل ۱۴۰ قانون مدنی اخذ به شفعه از اسباب تملک است؛ لیکن بنابر مقتضای قاعده تسلیط باید اخذ به شفعه را خلاف اصل و استثنایی دانست. در نتیجه اخذ به شفعه صرفاً در موارد متقین جاری است و در موارد مشکوک نمی‌توان از آن بهره برد با توجه به این که شفعه با اعمال اراده یک طرف اجرا می‌شود از ایقاعات محسوب می‌شود.

آپارتمان یک لغت فرانسوی است و فرهنگستان ادب فارسی کلمه «کاشانه» را به‌عنوان معادل آن انتخاب کرده است. آپارتمان عمارتی است مربوط به یک ساختمان بزرگ اما از آن جدا و دارای یک یا چند اتاق است. کاشانه، که مراد قانون‌گذار می‌باشد، در واقع، سکونتگاهی است که جزیی از یک ساختمان بوده و مرکب از یک یا چند اتاق و قسمت‌های تابعه از قبیل آشپزخانه، حمام و غیره است که مجموع آن‌ها یک واحد را تشکیل می‌دهد. با گسترش شهرنشینی و افزایش ساخت و سازها در دهه‌های اخیر آپارتمان‌نشینی در غالب شهرهای ایران به سرعت افزایش یافته است و این موضوع آثار متعدد حقوقی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به دنبال داشته است. افزایش روزافزون قیمت زمین و افزایش جمعیت باعث شده است که مردم به سمت زندگی در آپارتمان سوق پیدا کنند. از طرفی تمرکز فعالیت‌های اقتصادی در بخش مسکن و ساختمان در سنوات اخیر باعث رونق معاملات مسکن و خرید و فروش آپارتمان شده است.

نظریه مشهور این است که حق شفعه در غیرمنقول جاری است و قانون مدنی نیز در ماده ۸۰۸ از نظریه مشهور تبعیت کرده است. جریان شفعه در غیرمنقول تبعی مانند بنا و درخت منوط به این است که همراه زمین فروخته شوند و چنانچه اعیانی بدون عرصه و به صورت جدا فروخته شود حق شفعه جاری نیست. بنابراین چنانچه یکی از شرکای مشاع دو باب ساختمان که بر روی قطعه زمینی که مشاعاً در مالکیت دو نفر مذکور قرار دارد بخواهد صرفاً اعیانی سهم خود را به ثالثی بفروشد برای شریک حق شفعه ایجاد نمی‌شود. فقهای امامیه اشتراک در بیع و اشتراک در ممر و مجرا را باعث ایجاد حق شفعه می‌دانند ولی فقهای عامه علاوه بر این، دو همسایه دیوار به دیوار را نیز باعث ایجاد حق شفعه می‌دانند (اعم از لوله‌ها و نهرها).

## ۲. مفهوم اصطلاحی حق شفعه

شارحان قانون مدنی تعاریف متمایزی را در تبیین این مفهوم اظهار داشته‌اند. مصطفی عدل می‌گوید: «شفعه عبارت است از استحقاق یکی از دو شریک به تملک حصه مشاع شریک دیگر از مال غیرمنقول قابل تقسیم در صورتی که شریک مزبور حصه خود را بقصد بیع به شخص ثالثی منتقل نماید»<sup>۱</sup>.

استاد دکتر سید حسن امامی می‌گوید: «در اصطلاح،

شفعه عبارت از تملک حصه فروخته شده شریک به‌وسیله شریک دیگر می‌باشد»<sup>۲</sup>.

## ۳. شرایط ایجاد حق شفعه

شرایطی که ذیلماً به بررسی آن‌ها پرداخته خواهد شد عبارت‌اند از:

### ۳-۱- غیرمنقول بودن مورد شفعه

قانونگذار در ماده ۸۰۸ قانون مدنی، صریحاً از اموال غیرمنقول نام می‌برد و با این بیان هر گونه اموال منقول را از دایره شمول شفعه خارج می‌سازد؛ و با بیان ماده ۸۰۹ که در آن حکم اموال غیرمنقول تبعی مانند بنا و درخت را تعیین کرده است، مشخص می‌نماید که منظور از اموال غیرمنقول در ماده ۸۰۸، اموال غیرمنقول ذاتی می‌باشد. به نظر می‌رسد قانونگذار خواسته بدین‌گونه، نظر کسانی را که قائل به محدود کردن موضوع شفعه هستند مورد تأیید قرار دهد.

### ۳-۲- قابل تقسیم بودن مورد شفعه

پس از توضیحاتی که در مورد شرط اول از شرایط شفعه داده شد، مشخص شد که شفعه در مال غیرمنقول ذاتی اصالتاً و در مال غیرمنقول تبعی مانند بنا و درخت بتبع آن جریان می‌یابد و در اموال منقول شفعه وجود ندارد. شرط دیگری را که برخی از فقها برای تحقق شفعه قرار داده‌اند و در اینجا آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد این است که می‌گویند مال مورد شفعه باید صفت دیگری نیز داشته باشد و آن قابل تقسیم بودن است. ادامه بحث را در قسمت‌های ذیل پیگیری می‌کنیم.

فقهای قائل به شرط قابلیت تقسیم هستند گفته‌اند که مال غیرقابل تقسیم مالی است که از تقسیم آن ضرر ناشی شود؛ اما در مورد مصادیق ضرر اختلاف نظر وجود دارد. به‌طور کلی نظرات را در این مورد می‌توان به سه دسته تقسیم کرد که هر دسته دارای طرفدارانی است:

نظر اول: ضرر از دست دادن منفعت مقصود از مال است. نظر دوم: ضرر عبارت است از این که مال مقسوم، نقصان فاحش قیمت پیدا کند.

نظر سوم: ضرر عبارت است از این که منفعت مال کلاً از بین برود.<sup>۳</sup>

قانونگذار به تبعیت از نظر متأخرین فقها، شرط قابل تقسیم بودن مال را مورد پذیرش قرار داده و در ماده ۸۰۸ قانون مدنی به این امر تصریح می‌نماید: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد...»

یکی از شارحان قانون مدنی در این زمینه بیان می‌دارد: «... شاید در بادی امر چنین تصور شود که چون مقصود از اخذ بشفعه احتراز از کلفت حاصل از اشاعه است و در مورد اموال غیر قابل تقسیم عدم امکان او از این کلفت (مشقت) را محسوس تر می‌نماید، بنابراین باید در اموال مزبور حق

مشهور در فقه، حق شفعه را ویژه ملک قابل تقسیم دانسته‌اند (ماده ۸۰۸ قانون مدنی). پس ظاهر این است که ضرر ناشی از درخواست تقسیم را مبنای شفعه دانسته‌اند، یا چنان‌که پاره‌ای از فقیهان تصریح کرده‌اند، خواسته‌اند حکم استثنایی و خلاف قاعده شفعه را به موردی اختصاص دهند که در آن تردید و اختلاف نباشد».

### ۳-۳- لزوم شرکت

منظور این است که حق شفعه برای کسی به وجود می‌آید که با دیگری در مال مورد شفعه در هنگام بیع شریک باشد، به بیان دیگر: اگر قبل از بیع، تقسیم صورت گرفته باشد، حق شفعه وجود نخواهد داشت؛ و نیز همسایه، حق شفعه ندارد چرا که شریک نیست. قانونگذار در ماده ۸۰۸ قانون مدنی، صراحتاً اشتراک در حال مورد شفعه را از شروط ایجاد حق شفعه می‌داند: «هر گاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد...».

### ۳-۴- محدود بودن شرکاء به دو نفر

مقنن در مواد چندی از قانون مدنی به لزوم محدود بودن شرکاء به دو نفر اشاره کرده و تبعیت خویش از نظر مشهور را ابراز نموده است. در ماده ۸۰۸ می‌گوید: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد...» در ماده ۸۱۰ بیان می‌دارد: «اگر ملک دو نفر در ممر یا مجری مشترک باشد...»؛ و نیز در ماده ۸۱۱ چنین ابراز می‌نماید که: «اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد...»

یکی از شارحان قانون مدنی در این مورد بیان می‌دارد: «... برای این که اخذ بشفعه ممکن باشد باید عده شرکاء بیش از دو نفر باشد، چه در غیر این صورت یعنی در موردی که عده شرکاء بیش از دو نفر باشد معلوم نخواهد بود که کدام شیخ یوسف بحرانی: «پوشیده نماند که مقتضای دلیل عقلی و نقلی کتاب و سنت و اجماع، عدم جواز تصرف در مال غیر است مگر به اذن او و شفعه برخلاف این ادله است که همه مورد اتفاق و اعتماد فقهاست و نیز همه به قوت آن‌ها اقرار کرده‌اند، عمل کرده و از دلیل خارج شده است، پس ناچاریم که در هر موردی غیر از بیع که ادعای جواز شفعه در آن شده است دلیل واضحی از کتاب یا سنت یا اجماعی که بر آن اعتماد می‌کنند در دست داشته باشیم تا بتوانیم از پوشش این ادله خارج شویم و نهایت چیزی که ما در اخبار در مورد شفعه یافتیم، جواز شفعه در انتقال فقط با بیع است و بر مدعی جواز شفعه در انتقال به غیربیع است تا در این مورد دلیل بیاورد تا از عموم ادله قاطعه مانع که می‌گوید تصرف در مال غیر جایز نیست مگر به اذن صاحب آن خارج شود».

### ۳-۵- انتقال سهم مشترک به واسطه بیع

قانونگذار در قانون مدنی به دفعات صراحتاً یا تلویحاً در مواد مربوط به شفعه از بیع نام می‌برد که مهم‌ترین آن‌ها

اخذ بشفعه به طریق اولی موجود باشد، ولی با صحت ایراد مذکور این نکته باید ملحوظ شود که به‌طور کلی قیمت سهم مشاع از یک مال با ملاحظه حالت اشاعه کم‌تر از قیمت حقیقی آن مال است، مثلاً اگر سه دانگ مشاع از شش‌دانگ یک باب خانه ۳۰ هزار ریال ارزش داشته باشد، شش دانگ آن که منحصراً ملک یک نفر باشد بیش از شصت هزار ریال ارزش خواهد داشت و حال آن‌که بالنسبه به سه دانگ باید به همین مبلغ بپردازد و این نقص قیمت در اموال غیرقابل تقسیم بیش‌تر ملحوظ و محسوس است تا اموال قابل تقسیم، بنابراین چون قیمت حصه مشاع یک مال غیرقابل تقسیم به مراتب کم‌تر از قیمت حقیقی آن مال است نسبت به تمام آن در صورتی که مشاع نمی‌بود، لذا اگر به شریک مال غیرقابل تقسیم حق شفعه داده می‌شد، مشارالیه می‌توانست به این طریق و بدون هیچ علت دیگر منفعت زیادی به ضرر خریدار تحصیل کند و برای احتراز از این وضعیت است که در اموال غیرقابل تقسیم به حق شفعه قایل شده‌اند».

شارح دیگر بیان می‌دارد که: «در این که پرهیز از چه ضرری حق شفعه به شریک داده می‌شود، دو احتمال وجود دارد:

۱. ضرر ناشی از اشاعه: شرکت در ملک باعث محدود شدن انتفاع از آن و از بین رفتن استقلال مالک در تصرف می‌شود و شفعه می‌تواند راهی برای گریز از این ضرر باشد. زیرا، با تملک قهری سهم فروخته شده، شفیع امکان دسترسی به تمام ملک و رهایی از قید اشاعه را پیدا می‌کند.

این احتمال ضعیف است. زیرا، ضرر ناشی از اشاعه از آغاز تملک وجود دارد و گاه هر دو شریک خود به آن رضایت داده‌اند، ولی حق شفعه زمانی ایجاد می‌شود که یکی از دو شریک سهم خود را بفروشد. پس برای تمیز سبب و مبنای حق شفعه، باید در پی این ضرر حادث بود و به زیان ناشی از انتقال بودجه داشت.

۲. ضرر ناشی از انتقال (فروش): فروش سهم شریک در وضع اشاعه تغییری نمی‌دهد و تنها یکی از دو شریک را تبدیل می‌کند: خریدار را به جای شریک سابق می‌نشانند. این ضرر نیز گاه تحمل‌ناپذیر است، چرا که استفاده کامل از مال مشاع منوط به همزیستی و تسالم است و شریک جدید و ناخواسته وضع پیشین را برهم می‌زند. در این فرض، اگر ملک قابل تقسیم باشد، هر یک از دو شریک ناسازگار می‌تواند با درخواست تقسیم خود را از این وضع نجات بدهد و تنها ضرر ناشی از هزینه تقسیم و گاه صدمه خوردن به کیفیت انتفاع او را آزار می‌دهد. ولی، در فرضی که ملک قابل تقسیم نیست، ضرر ناشی از فروش دو چندان می‌شود و تنها راه نجات استفاده از حق شفعه است. پس اگر ضرر ناشی از فروش و تحمل شریک ناخواسته مبنای ایجاد حق شفعه باشد، ملک غیرقابل تقسیم برای اجرای حق ترجیح دارد.

با وجود این، نویسندگان قانون مدنی به پیروی از نظر

ماده ۸۰۸ است که در آن می‌گوید: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آن دو شریک حصه خود را بصد ببع بشخص ثالثی منتقل کند...». نیز در ماده ۸۱۶ بیان می‌دارد: «اخذ بشفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد ببع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید».

برخی از حقوقدانان در این زمینه بیان می‌دارد: «این شرط از نظر حقوقی توجیه‌ناپذیر است و به نظر می‌رسد که تنها پیروی از شهرت در فقه نویسندگان قانون مدنی را وادار به احتیاط کرده است»<sup>۷</sup>.

حقوقدان دیگر می‌گوید: «... اخذ بشفعه در موردی ممکن است که انتقال به قصد ببع باشد و نه به طریق دیگر، زیرا که غالباً در عقد ببع شخصیت مشتری در وقوع معامله مدخلیت ندارد و چون مقصود بایع فروختن مال خود و اخذ ثمن است، بنابراین برای او تفاوتی نخواهد کرد که مشتری عمرو باشد یا زید و برعکس چون در عقود ناقله دیگر از قبیل صلح یا هبه تا اندازه‌ای شخصیت طرف مدخلیت دارد بنحوی که اگر شخصیت طرف منظور نمی‌بود شاید مالک معامله را واقع نمی‌ساخت و یا عوض را به طریق دیگر معین می‌نمود، لذا در عقود مزبوره اخذ بشفعه نمی‌باشد چنان‌که ماده ۷۵۹ که سابقه مذکور شده همین نکته را نسبت به صلح تصریح نموده و مقرر داشته: حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام ببع باشد»<sup>۸</sup>.

#### ۴. مصادیق ممر و مجری در آپارتمان

در اصطلاح حقوقی به محل عبور و مرور مالکین «ممر» و به محل جریان یافتن آب «مجری» می‌گویند. در آپارتمان‌ها درب ورودی و آسانسورها و راهروها به‌عنوان ممر شناخته می‌شود و کلیه لوله‌های آب و فاضلاب و تأسیسات حرارتی و برودتی و سیستم اطفاء حریق و غیره به‌عنوان مجری تلقی می‌شود. ماده ۸۱۰ ق م مشترک بودن ملک دو نفر در ممر و مجری را عامل ایجاد حق شفعه برای شریک می‌داند وقتی که طرف وی ملک خود را با ممر و مجری بفروشد؛ بنابراین وقتی فروشنده یک واحد آپارتمانی اقدام به فروش آپارتمان خود می‌نماید در واقع سهم مشاع در عرصه و به تبع آن راه عبور و مرور و لوله‌های آب را نیز به فروش می‌رساند (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۵۰۴). در بعضی از آپارتمان‌ها که تعداد واحدها زیاد نیست کلیه مجاری آب و فاضلاب و گاز و تأسیسات برای هر واحد به‌صورت جداگانه نصب می‌شود و به عبارتی مالکین واحدهای آپارتمانی در تأسیسات مذکور شراکتی ندارند در این حالت نیز شراکت مالکین در ممر (راهروها و راه پله‌ها و آسانسور و غیره) باز وجود دارد.

هرچند در معامله واحدهای آپارتمانی به فروش ممر و مجری و لوله‌های آب اشاره‌ای نمی‌شود و شاید عده‌ای با توسل به قسمت اخیر ماده ۸۱۰ که بیان می‌دارد «... ولی اگر ملک را بدون ممر و مجری بفروشد حق شفعه

ندارد» بخواهند موضوع فروش آپارتمان را از شمول اعمال حق شفعه خارج بدانند لیکن به تصریح ماده ۱۰۳ قانون تملک آپارتمان‌ها و مواد ۳ و ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون مذکور در صورت انتقال قسمت اختصاصی آپارتمان‌ها حقوق مالکین در قسمت‌های مشترک هم به صورت قهری منتقل خواهد شد. ضمن آن‌که به لحاظ فیزیکی امکان انتزاع حقوق مالکین در قسمت‌های اختصاصی و مشترک وجود ندارد زیرا ساختار معماری آپارتمان‌ها و نحوه نصب لوله‌ها و تأسیسات آپارتمان‌ها به گونه‌ای است که امکان انتزاع را غیر ممکن می‌سازد (شیخ مفید، ۱۳۶۹).

#### ۵. مالکیت آپارتمان در حقوق موضوعه ایران

در کشور ما مالکیت آپارتمان به موجب مواد ۱۲۵ تا ۱۲۹ قانون مدنی به تبعیت از فقه امامیه به رسمیت شناخته شده است و حدود مالکیت و وظایف و حقوق مالکین به طور کلی بیان شده است. به موجب ماده ۱۲۵ ق.م.تصرفات هریک از مالکین طبقات پایین و بالا در سقف مشترک مابین به اندازه‌ای مجاز شناخته شده که مزاحم دیگری نباشد. طبع آپارتمان با حالت اشاعه ملازمه دارد زیرا مالکین متعدد در قسمت‌های متعددی از ملک مالکیت مشاعی و مشترک دارند. ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها به تفصیل قسمت‌های مشترک آپارتمان را احصا کرده است. براساس ماده ۱۲۶ ق.م. دیوارهای هر یک از اتاق‌ها (واحدها) ملک اختصاصی و سقف مابین دو طبقه ملک مشترک محسوب می‌شود. نکته قابل ذکر این است که فرض مذکور در حالتی صادق است که هر طبقه یک واحد باشد لیکن در اغلب آپارتمان‌های احداثی فعلی که هر طبقه، چند واحد مجزی را تشکیل می‌دهد دیوارهای مابین واحدها ملک مشترک محسوب می‌شود و حالت اختصاصی ندارد. به همین موضوع در تبصره بند (پ) ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها اشاره شده است. ماده یک قانون تملک آپارتمان‌ها مالکیت در آپارتمان را به دو قسمت اختصاصی و مشترک تقسیم نموده و در ماده ۲ قسمت‌های مشترک را قسمت‌هایی دانسته است که متعلق به کلیه مالکین به نسبت قسمت اختصاصی آن‌ها می‌باشد. همچنین در ماده ۴ همین قانون حقوق و تعهدات و حصه هر یک از مالکین از مخارج قسمت‌های مشترک را متناسب با نسبت مساحت سهم اختصاصی به مجموع مساحت قسمت‌های اختصاصی تمام ساختمان اعلام نموده است مگر این‌که بین مالکین ترتیب دیگری تعیین شده باشد. بر مبنای ماده ۶ قانون تملک آپارتمان‌ها کلیه تصمیمات مربوط به اداره و امور مربوط به قسمت‌های مشترک براساس اکثریت آراء مالکینی که بیش از نصف مساحت تمام قسمت‌های اختصاصی را دارند تعیین می‌شود. در خصوص مالکیت مشاعی زمین بین مالکین آپارتمان‌ها نیز ماده ۱۰ قانون اعلام نموده هرکس آپارتمانی را خریداری می‌نماید به نسبت مساحت قسمت

به دلیل موقوفه یا خالصه بودن یا دلایل دیگر متعلق حق غیر باشد که در این حالت‌ها مالکیت این زمین‌ها با خرید و فروش آپارتمان منتقل نمی‌شود و هر خریدار موظف به پرداخت اجاره بها معادل سهم مشاعی انتفاع خود از زمین خواهد بود. در این حالت مالکیت عرصه ارتباطی با مالکیت اعیان ندارد و اگر مالکین اعیانی احداثی منحصر بین دو نفر باشند و در اعیانی احداثی هم مشاعاً شریک باشند در فروش هر یک از واحدهای احداثی برای شریک دیگر حق شفعه حاصل می‌شود. همچنین چنانچه مالکیت این دو شریک در واحدهای احداثی مفروز باشد باتوجه به ماده ۸۱۰ قانون مدنی و اشتراک در راهروها و لوله‌ها و تأسیسات و غیره (ممر و مجری)، هر یک از دو شریک که نسبت به فروش کل یا قسمتی از سهم خود به ثالثی اقدام نماید برای شریک دیگر حق شفعه حاصل می‌شود. البته اعمال این حق مشروط به آن است که مالک عرصه محدودیتی برای مالک اعیان در انتقال مالکیت خود قائل نشده باشد زیرا غالباً در قراردادهایی که مالکین عرصه (اعم از دولت یا موقوفه یا اشخاص دیگر) با دیگران برای احداث اعیانی در قالب عقد اجاره منعقد می‌نمایند ضمن اذعان به مالکیت مستاجرین برای اعیانی‌های احداثی، شروطی همچون اولویت فروش به مالک عرصه یا اخذ مجوز یا پرداخت پذیره و غیره منظور می‌نمایند (موسوی خمینی). ۵. اگر دو نفر در مالکیت یک واحد آپارتمانی شریک باشند و یکی از آنان سهم مالکیت خود یا قسمتی از سهم مالکیت خود را بخواهد به فروش برساند با توجه به شراکت هر دو شریک در قسمت‌های مشترک با سایر مالکین حق شفعه برای دیگری وجود ندارد. ضمن آن‌که براساس ماده ۸۰۸ قانون مدنی قابل تقسیم بودن مال غیرمنقول از شرایط اعمال حق شفعه است که در این حالت نیز معمولاً یک واحد آپارتمانی قابلیت تقسیم به دو واحد را ندارد و از این جهت نیز شرایط اعمال حق شفعه مفقود است. یکی از مصادیق به وجود آمدن این حالت وقتی است که فردی مالکیت شش‌دانگ یک واحد آپارتمانی را داشته باشد و فوت نماید و وراثت او منحصرماً دو نفر باشند و یکی قصد فروش سهم الارث خود را به ثالث داشته باشد که با استدلال فوق برای ورثه دیگر حق شفعه به وجود نمی‌آید. همچنین در صورتی که شریک فوت نماید و وارثی نداشته باشد به نظر می‌رسد مقام صالح دولت (حاکم) می‌تواند نسبت به اعمال حق شفعه اقدام نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۲۲۰).

#### ۶-۱- فرض وقف بودن حصه یکی از شرکا

امکان دارد فردی بدو یا به واسطه امری شریک موقوفه شود مثل این‌که شریک او نسبت به وقف نمودن حصه خودش اقدام نماید. در این حالت نیز فروش مال وقف در صورت دارا بودن شرایط برای دیگری ایجاد حق شفعه می‌نماید زیرا حصه موقوفه به اعتبار شخصیت وقف ملک

اختصاصی خریداری خود در زمینی که ساختمان روی آن بنا شده یا اختصاص به ساختمان دارد مشاعاً سهم می‌شود (شهید ثانی، ۱۳۶۲، ۵۸).

بر اساس مفاد ماده ۸۰۹ قانون مدنی و مقررات مربوط به تملک آپارتمان‌ها عده‌ای معتقدند که در آپارتمان‌ها تحت هیچ صورت و حالتی اعمال حق شفعه قابلیت تصور و اجرا ندارد<sup>۱</sup>. لیکن این نظریه صحیح نمی‌باشد چرا که هرچند تصور غالب از ساختمان‌های آپارتمانی وجود مالکین و ساختمان‌های متعدد است ولی حالت‌هایی را در آپارتمان‌ها می‌توان فرض کرد که اعمال حق شفعه قابلیت اجرا داشته و اظهار نظر کلی در این زمینه با موازین حقوقی سازگار نیست (میرزای قمی، ۱۳۷۱).

#### ۶. اعمال شفعه در حالت‌های مختلف مالکیت آپارتمان‌ها

۱. اگر مالکیت زمین و طبقات ساختمان‌های احداثی به صورت مشترک و به نحو اشاعه بین مالکین جریان داشته باشد و مالکین متعدد باشند با توجه به تعدد مالکین حق شفعه وجود نخواهد داشت زیرا به موجب ماده ۸۰۸ قانون مدنی شفعه صرفاً بین دو مالک جریان دارد (شیخ حر عاملی).

۲. اگر مالکیت مجموعه آپارتمانی شامل زمین و طبقات و واحدهای احداثی صرفاً متعلق به دو نفر باشد قطعاً با فروش هر واحد آپارتمانی یا هر قسمت از مجموعه برای دیگری حق شفعه وجود خواهد داشت زیرا شرایط مقرر برای اعمال شفعه به ویژه انحصار مالکین بین دو نفر وجود دارد.

۳. اگر طبقات یک ساختمان به‌طور مفروز در مالکیت دو نفر قرار داشته باشد لیکن زمین این ساختمان مشترک بین دو مالک باشد در فروش هر یک از واحدهای این ساختمان برای دیگری حق شفعه وجود دارد؛ زیرا به موجب ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمان‌ها هر مالک به نسبت مالکیت سهم اختصاصی در زمین هم به نحو اشاعه مالکیت دارد. فروشنده با انتقال آپارتمان خود در واقع سهم مشاع در عرصه را نیز می‌فروشد و زمینه را برای ایجاد حق شفعه از این راه نیز فراهم می‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۲۲۰). امروزه با توجه به گسترش ساخت‌وساز آپارتمان‌ها و در شرایطی که دو نفر با مشارکت همدیگر اقدام به خرید زمین و احداث مجموعه‌های آپارتمانی می‌نمایند در فروش هر یک از واحدهای آپارتمانی توسط هر یک از شرکاء امکان اعمال حق شفعه وجود دارد (شهید ثانی، ۱۳۶۲).

۴. ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمان‌ها اصل را بر این قرار داده است که هرکس آپارتمانی را خریداری می‌کند به نسبت مساحت سهم اختصاصی مالک مشاع زمینی که ساختمان روی آن نهاده شده است نیز خواهد بود؛ بنابراین خرید و فروش آپارتمان بدون خرید و فروش سهم مشاعی زمین قابل تصور نیست لیکن حالتی را فرض کرده است که عرصه

یک مالک شناخته می‌شود و تعدد موقوف علیهم تلقی شرکاء متعدد نمی‌نماید لیکن به موجب ماده ۸۱۱ قانون مدنی در حالت عکس یعنی وقتی شریک حصه ملکی خود را می‌فروشد برای موقوفه یا متولی حق اعمال شفعه به وجود نمی‌آید؛ زیرا شفعه در خصوص جایی است که ملک به گونه ای بین مالکین مشترک باشد که هر کدام قادر به فروش حصه خویش باشند (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۶۸).

#### ۶-۲- فرض مالکیت شخص حقوقی

همان‌گونه که ذکر شد برای ایجاد حق شفعه شراکت بین دو نفر لازم است. حقیقی یا حقوقی بودن شخصیت مالکین تأثیری در اصل موضوع ندارد؛ بنابراین مالک اگر شخصیت حقوقی هم باشد می‌تواند مانند شخص حقیقی با رعایت سایر شرایط در خصوص اعمال حق شفعه اقدام نماید و تعداد سهامداران یا شرکاء شخص حقوقی تأثیری در این موضوع ندارد؛ زیرا مالکیت متعلق به شخص حقوقی است و مستفاد از ماده ۵۸۸ قانون تجارت در اعمال حق شفعه توسط شخص حقوقی منافاتی با مقررات قانون مدنی و مبانی فقهی به نظر نمی‌رسد و نمی‌توان بین اقسام شخصیت‌های حقوقی تفاوتی قائل شد. هرچند یکی از محققان بین اقسام اشخاص حقوقی تفاوت قائل شده و حق شفعه را در شرکت‌هایی که سهامداران معین دارند به واسطه تعلق مالکیت به اشخاص معین و تعدد شرکاء قابل اعمال نمی‌داند (محقق داماد، ۱۳۶۵). بنابراین اگر مالک آپارتمان یا احدی از شرکاء شخص حقوقی باشد نماینده قانونی شخص حقوقی (برای مثال مدیرعامل) می‌تواند در نسبت به اعمال حق شفعه اقدام نماید. البته در مواردی که مال مشترک قابل تقسیم بین دو نفر موجود باشد واحدی از شرکاء فوت نموده و مالکیت او به واسطه ارث به وراث او منتقل شود با توجه به تعدد شرکاء موضوع اعمال حق شفعه منتفی خواهد بود اما اگر معامله در زمان حیات شریک بوده باشد ولی پس از آن شریک صاحب حق شفعه فوت نماید این حق به وراث وی به ارث می‌رسد و تعداد آن‌ها نافی حق شفعه نیست زیرا شرط محدود بودن شریکان مربوط به مرحله ایجاد حق شفعه است نه مرحله اجرای آن (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۱۹).

#### ۶-۳- فرض فروش قسمت‌هایی از آپارتمان مانند پارکینگ یا انباری

یکی از شرایطی که در آثار بعضی از محققان برای اعمال حق شفعه بیان شده است این است که شریک باید تمام حصه خود را مورد بیع قرار دهد تا حق اعمال شفعه برای شریک دیگر به وجود آید (محقق داماد، ۱۳۶۵، ۱۹) و استثنایی بودن حق شفعه را موید این نظر دانسته‌اند (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۵، ۴۹). لیکن با توجه به فلسفه وضع حق شفعه که جلوگیری از ضرر احتمالی ایجاد شریک جدید برای شریک قدیم است و با فرض فروش قسمتی از حصه

احدی از شرکاء و عدم امکان اعمال حق شفعه این ضرر همچنان وجود خواهد داشت و لذا تعبیر از حصه مندرج در ماده ۸۰۸ قانون مدنی به تمام حصه به نظر صحیح نیست. از همین روی این نظر مورد تأیید بعضی از فقها (نجفی، ۱۳۶۲، ۲۷۲) و حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۲۳۲) نیز می‌باشد. براساس ماده یک آیین نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها قسمت‌هایی از ساختمان، اختصاصی می‌باشد که عرفاً برای استفاده انحصاری شریک (مالک آپارتمان) اختصاص یافته است؛ بنابراین انباری و پارکینگ متعلق به هر واحد جزء قسمت‌های اختصاصی محسوب می‌شوند. در مواردی که مالک آپارتمان اقدام به فروش واحد آپارتمانی خود همراه با پارکینگ و انباری می‌نماید این احتمال وجود دارد که شریک دیگر بخواهد با اعمال حق شفعه نسبت به خریداری پارکینگ یا انباری به‌طور مجزا اقدام نماید. فارغ از مقرراتی که در باب فروش انباری یا پارکینگ به‌طور مجزا وجود دارد بر اساس ماده ۸۱۵ قانون مدنی این حق برای شریک وجود ندارد زیرا اعمال حق شفعه را نمی‌توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود و صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف‌نظر کند و یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید. البته فرضی را می‌توان در نظر گرفت که آپارتمان و پارکینگ در قالب دو عقد جداگانه فروخته شده باشد که در این فرض چون دو عقد قابل تبعیض است و جمع آمدن دو معامله در یک سند و تبادل معانی ضمن یک ایجاب و قبول مانع از اجرای حق شفعه در باره یکی از دو مبیع نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۵۸). می‌توان قائل به اعمال حق شفعه در باره پارکینگ یا انباری شد؛ اما مانع دیگری که در این بین وجود دارد ضوابط خاص حاکم بر آپارتمان‌هاست. در بند ۱۶ از دستورالعمل تفکیک آپارتمان‌ها که توسط سازمان ثبت اسناد و املاک در تاریخ ۸۲/۵/۲۰ ابلاغ شده است آمده: در صورت مجلس تفکیکی تصریح شود انباری و پارکینگ باید توأم با آپارتمان مورد انتقال واقع شود و انتقال انباری و پارکینگ به تنهایی به افرادی غیر از مالکین مجموعه آپارتمان‌ها و نیز انتقال مشاعی پارکینگ به مالکین دو واحد یا بیش‌تر مجوزی ندارد و همچنین انتقال دو واحد پارکینگ یا بیش‌تر به مالک یا مالکین یک آپارتمان (به‌طوری که مالک یا مالکین یک واحد آپارتمان دارای پارکینگ متعدد و واحد دیگر فاقد پارکینگ شود) صحیح نیست؛ بنابراین علاوه بر موانع حقوقی که در خصوص اعمال شفعه نسبت به فروش پارکینگ یا انباری آپارتمان‌ها وجود دارد نفس فروش جداگانه این اجزاء هم با محدودیت‌هایی همراه می‌باشد. ممنوعیت فروش پارکینگ یا انباری به اعضای خارج از مالکین آپارتمان به این دلیل است که در مجموعه‌های آپارتمانی قسمت‌های مشترک زیادی وجود دارد که مشاعاً در مالکیت کلیه مالکین متناسب با سهم مالکیت اختصاصی آن‌ها می‌باشد. حال چنانچه یک پارکینگ یا انباری به فردی غیر از مالکین آپارتمان فروخته شود

است که بین شرکاء از جهت استقرار حق شفعه اختلافی نباشد و شفیع بخواهد صرفاً با اعمال اراده خویش در مقام تملک حصه مبیعه برآید و به عبارتی استقرار حق شفعه مفروغ عنه باشد. لذا در مواردی که بین شرکاء اختلاف در استقرار حق شفعه وجود دارد به نظر بایع نمی‌تواند برای رد حق شفعه شریک به عدم پرداخت ثمن توسط وی استناد نماید (پوررحیم، باقری، بشیری، باقری، و آذربایجانی، ۱۳۹۱، ۵۸).

در همین راستا مطلوب است که به جایگاه ماده ۴۸ قانون ثبت<sup>۱</sup> و ماده ۶۲ قانون احکام دایمی برنامه‌های توسعه کشور<sup>۲</sup> مصوب ۱۳۹۶ اشاره و در ادامه رویه قضایی و تصمیمات دادرسان دادگاه‌ها تبیین شود:

در این راستا رأی صادره مورخ: ۱۶/۱۰/۱۳۹۳ شعبه دوم دادگاه عمومی حقوقی ورامین تعیین تکلیف می‌کند و رویه قضائی را به خوبی به عرض می‌گذارد:

«در خصوص دادخواست آقای ع.ب. فرزند م. با وکالت آقایان ب.ج. فرزند ع. و الف.الف. فرزند م. به طرفیت آقای م.ب. فرزند ر. به خواسته اثبات مالکیت خواهان نسبت به سهم‌الشرکه موضوع قرارداد مورخه ۶۹/۱۲/۲۵ اعم از منقول و غیرمنقول و حقوق مالی ناشی از آن مقوم به پنجاه و یک میلیون ریال با احتساب کلیه خسارات دادرسی از قبیل هزینه دادرسی و حق‌الوکاله وکیل و کارشناسی، مستندا به کپی مصدق قرارداد مورخ ۶۹/۱۲/۲۵ با این توضیح که وکیل محترم خواهان اعلام نموده‌اند موکل در تاریخ ۶۹/۱۲/۲۵ با انعقاد قرارداد مشارکت با آقای م.ب. (خواننده) مقرر نموده‌اند که موکل با پرداخت مبلغ شانزده میلیون و دویست و هشتاد و نه هزار ریال و عاملیت در اداره موضوع قرارداد و خواننده نیز یک باب مغازه با پلاک ثبتی ۱۷۸.۳ متعلق به خواننده و یک میلیون ریال و عاملیت در اداره موضوع قرارداد به مشارکت گذاشته و این موضوع محقق نشده و با توجه به مالکیت مشاعی شرکا نسبت به مال مشاع به وجود آمده و باتوجه به این که خواننده رسیدی مبنی بر مالکیت نسبت به مال مشاع به میزان سهم‌الشرکه ارائه نمی‌نماید، تقاضای اجابت خواسته را نموده‌اند. دادگاه نظر به این که در املاکی که سابقه ثبتی دارند مطابق مواد ۲۲، ۲۴، ۴۷ و ۴۸ قانون ثبت اسناد و املاک دولت فقط کسی را مالک می‌شناسد که ملک در دفتر املاک به نام او به ثبت رسیده باشد و انتقال مالکیت املاک دارای سابقه ثبتی با انتقال رسمی ملک انجام می‌شود و صرف تأیید و تنفیذ قرارداد و اعلام صحت آن ایجاد مالکیت نمی‌کند و رأی وحدت رویه شماره ۷۰/۲۷ مورخ ۷۰/۱۰/۲۳ هیأت عمومی دیوان عالی کشور و همچنین رأی وحدت رویه شماره ۶۷۲ مورخ ۸۳/۱۰/۱ نیز مؤید همین مطلب می‌باشد بنابراین دعوی اثبات مالکیت در املاک دارای سابقه ثبتی با توجه به مقررات یادشده قابلیت استماع ندارد و از طرفی بر اساس ماده ۲۲۳ قانون مدنی اصل بر صحت قراردادهای می‌باشد و افراد در صورت وقوع قرارداد

خریدار جدید برای استفاده از پارکینگ یا انباری خریداری شده خود نیازمند استفاده از فضاهای مشترک متعلق به کلیه مالکین می‌باشد که اجازه چنین استفاده‌ای صادر نشده است و واحدهای ثبتی از ثبت چنین معامله‌ای منع شده‌اند (تقی لو، ۱۳۸۴، ۷۰). ضمن آن که ضوابط شهرنشینی ایجاب می‌نماید هر واحد آپارتمانی پارکینگ و انباری مستقل داشته باشد و فروش جداگانه این اجزاء باعث به وجود آمدن واحدهای آپارتمانی ناقص و آشفستگی و صعوبت زندگی در این واحدها می‌شود. از همین روی دفاتر اسناد رسمی صرفاً انتقال پارکینگ و با انباری را به مالکین واحدهای آپارتمانی همان مجموعه مجاز می‌دانند (آذربور و اشرفی، ۱۳۷۵، ۵۸).

#### ۴-۶- فرض فروش قسمتی مشاع از مالکیت یک شریک

با توجه به جهات فوق چنانچه شرایط اعمال حق شفعه فراهم باشد و احدی از شرکاء قصد داشته باشد نسبت به فروش تنها قسمتی از مالکیت خود به ثالثی اقدام نماید مستنبط از ماده ۸۱۵ قانون مدنی شریک دیگر می‌تواند نسبت به حصه مذکور اعمال حق شفعه نماید. البته تملک شفیع مستلزم تسلیم ثمن است و ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز مبین تقدم پرداخت ثمن قبل از تملک مبیع است و ظاهر این ماده نیز تملک توسط شفیع را مستلزم تادیه ثمن می‌داند زیرا فلسفه وضع حق شفعه و حالت استثنایی آن و فوریت اعمال این حق و جلوگیری از تاخیری که باعث تضرر خریدار و فروشنده می‌شود همگی مؤید پرداخت ثمن توسط شفیع برای اعمال حق شفعه می‌باشد هرچند در بین فقها نظرات مخالفی هم به چشم می‌خورد که نشان‌دهنده عدم اعتقاد به تقدم پرداخت ثمن می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۷۵).

#### ۷. چند نکته در دعاوی مربوط به اعمال حق شفعه در آپارتمان‌ها

الف. همان‌گونه که در ماده ۸۰۸ ق.م.ا اشاره شده است ملک غیرمنقول موضوع این ماده باید قابل تقسیم باشد و برای احراز قابلیت تقسیم در فرض اختلاف باید نظر کارشناس اخذ شود.

ب. حق شفعه نباید قبلاً ساقط شده باشد. در بعض موارد به خاطر وجود اختلاف بین شرکاء مشاع یک ملک طرفین به طریقی از قبیل تنظیم صورتجلسه و یا سازش در مراجع قضایی یا اداری اقدام به اسقاط حق شفعه خود می‌نمایند و لذا استناد بعدی آنان به اعمال این حق بلاوجه می‌باشد (انتصار، ۱۳۷۴).

ج. هرچند سیاق ماده ۸۰۸ ق.م.م بین این است که شفیع ابتدا نسبت به پرداخت ثمن به مشتری اقدام کند و سپس اقدام به تملک بر مبنای حق شفعه نماید لیکن به نظر می‌رسد پرداخت بدوی ثمن به مشتری در موردی مطرح

## ۸. نتیجه‌گیری

امروزه ساخت و استفاده از آپارتمان متداول‌ترین روش برای تأمین نیاز انسان به مسکن است. لذا تنظیم روابط مالکین آپارتمان‌ها و رفع موانع حقوقی و انطباق مسائل مستحدثه با مبانی فقهی و قانونی از جمله وظایف جامعه حقوقی می‌باشد. اخذ به شفعه که یک حق تملک قهری شناخته می‌شود امتیازی است استثنایی که قانون بر مبنای قاعده لاضرر و به منظور حفظ منافع شریک به وی داده است و چون نوعی تملک قهری است و برخلاف قواعد و اصول کلی حقوقی می‌باشد باید در استفاده و استناد به آن تفسیری مضیق روا داشته شود. اشتراک در مالکیت مشاعی اموال غیرمنقول و مشترک بودن مالکیت ممر و مجری در فقه امامیه از عوامل پیدایش حق شفعه است. در فقه عامه علاوه بر این دو، مجاورت دو ملک (همسایگی) نیز از اسباب دیگر تحقق حق شفعه می‌باشد. بر اساس ماده ۸۰۸ ق.م.شرايط خاصی برای اعمال حق شفعه در نظر گرفته شده است که غیرمنقول بودن مال، دو نفر بودن شرکاء، انتقال به بیع، پرداخت ثمن به مشتری، فوریت اعمال حق شفعه و غیره از جمله آن است. در خصوص این که با توجه به وضعیت خاص آپارتمان‌ها به لحاظ شکل فیزیکی استقرار و تعدد مالکین و شرکاء و قوانین و مقررات خاص حاکم بر آن آیا می‌توان حق شفعه را با وصف شرایط محدودکننده آن جاری دانست نظرات مختلفی وجود دارد. عده‌ای اعتقاد بر این دارند که با توجه به موارد فوق‌الذکر امکان استفاده از حق شفعه در معاملات مربوط به آپارتمان‌ها وجود ندارد. لیکن با توجه به بررسی انجام شده و تجزیه موارد ممکن می‌توان گفت به لحاظ کلی ساختمان‌های آپارتمانی تفاوت ماهوی با سایر ساختمان‌ها ندارند لیکن وجود قسمت‌های اختصاصی و مشترک و اشتراک در عرصه باعث شده است که بر تزییقات استفاده از حق شفعه افزوده شود. حال چنانچه در ساختمان‌های آپارتمانی شرایط مندرج در مواد ۸۰۸ تا ۸۲۴ ق.م. وجود داشته باشد (خصوصاً دو نفر بودن شرکاء) که احتمال وجود آن نیز ممکن است و موارد آن به تفصیل بیان شد امکان اعمال حق شفعه وجود دارد. در خصوص سایر قسمت‌های آپارتمان از قبیل پارکینگ و انباری نیز علی‌رغم محدودیت‌هایی که مالکین آپارتمان‌ها در فروش این قسمت‌ها به غیر مالکین مجتمع دارند لیکن در فروش انباری یا پارکینگ متعلق به واحدهای آپارتمانی امکان تحقق شرایط مقرر قانونی و توسل به حق شفعه وجود دارد. در بررسی‌های انجام شده در آراء محاکم نیز نمونه‌هایی از صدور رأی مبنی بر پذیرش حق شفعه در واحدهای آپارتمانی به چشم می‌خورد.

الزامات و حقوق ناشی از آن را طبق قانون می‌توانند مطالبه و در صورت استنکاف شخص متعهد الزام وی را از مراجع صالح تقاضا و درخواست نمایند. بنابر موارد مذکور دادگاه دعوی خواهان را قابل استماع تشخیص نداده و مستنداً به ماده ۲ قانون آیین دادرسی مدنی قرار رد دعوی خواهان را صادر و اعلام می‌نماید. رأی صادره حضوری ظرف بیست روز پس از ابلاغ قابل تجدیدنظرخواهی در دادگاه محترم تجدیدنظر استان تهران می‌باشد»

هم چنین این نظریه در دادگاه تجدید نظر نیز مؤثر می‌باشد:

«شعبه ۲۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران رای دادگاه تجدید نظر در خصوص تجدیدنظرخواهی آقای م.الف. با وکالت آقای ن.ب. بطرفیت آقایان و خانم‌ها ۱-م. ۲-م. ۳-ل. ۴-ن. شهرت همگی خ. ۵-ف.ر. نسبت به دادنامه ۹۳۰۳۳۸-۹۲/۵/۲۸ (که ۹۳۰۷۳-۹۳/۲/۱۴ صحیح می‌باشد) صادره از شعبه ۲۱۹ دادگاه عمومی حقوقی تهران که مشتمل بر صدور حکم به تنفیذ مبایعه‌نامه عادی ۸۵/۹/۶ نسبت به ۳ دانگ مشاع از ۶ دانگ پلاک ثبتی .../... بخش ۱۰ تهران بوده و به موجب دادنامه ۹۳۰۰۷۳-۹۳/۲/۱۴ وخواهی مشارالیه رد شده است. علی‌هذا با التفات به مندرجات پرونده و جهات تجدیدنظرخواهی و با التفات به این که در قبال ملکی که سابقه ثبتی دارد، تنفیذ مبایعه‌نامه به منزله اثبات مالکیت بر پلاک ثبتی است که این امر با مقررات مواد ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت منافات دارد، چراکه به موجب ماده اخیرالذکر سندی که باید وفق مواد فوق به ثبت برسد لیکن تشریفات قانونی در جهت ثبت معامله رعایت می‌شود به کیفیت مطروحه قابلیت پذیرش در محاکم را ندارد. بنا به مراتب دادنامه تجدیدنظرخواسته که خلاف این مبنا صادر شده درخور تایید نیست. این دادگاه مستنداً به مواد ۲ و ۳۵۸ قانون آیین دادرسی مدنی ضمن نقض آن قرار رد دعوی خواهان‌های بدوی صادر و اعلام می‌شود این رأی قطعی است.»

بنابراین هیچ گونه مناقاتی در این دو ماده مشاهده نمی‌شود (صفایی، ۱۳۵۵).

د. در طرح دعوی مربوط به حق شفعه لازم است دعوا به طرفیت خریدار و شریک هر دو طرح شود و دعوا بر خریدار به تنهایی قابل استماع نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ۵۰۸). زیرا اولاً یکی از شرایط ایجاد حق شفعه انتقال سهم مالکانه شریک مشاعی دیگر از طریق عقد بیع است که شفیع ابتدا باید وقوع آن را به اثبات برساند (در برابر متعاقدين آن) و ثانياً امکان دفاع احتمالی را در مقابل ادعایی که حکم مترتب بر آن آثار و عوارضی را که قهراً به فروشنده تحمیل خواهد نمود به وی بدهد (عمید، ۱۳۷۶).



## پی‌نوشت

۱. عدل «منصورالسلطنه»، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر، آذرماه ۱۳۴۲، ص ۵۰۵.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۴۹، ص ۹.
۳. برای اطلاع بیش‌تر مراجعه شود به: شیخ طوسی، المبسوط، ج ۳ ص ۱۲۰؛ علامه حلی، قواعد الاحکام، ج ۱ ص ۲۱۰؛ محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۳ ص ۲۵۳؛ شیخ محمدحسن نجفی، ج ۳۷ ص ۲۵۷؛ سید محمد جواد حسینی عاملی، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، انتشارات مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، ج ۶ صص ۳۲۵ و ۳۲۶.
۴. عدل، مصطفی، حقوق مدنی. صص ۵۰۵-۵۰۶.
۵. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ایقاع (نظریه عمومی، ایقاع معین). صص ۲۲۷-۲۲۸ شماره ۱۳۱.
۶. بحرانی، شیخ یوسف، ج ۲۰ ص ۲۹۹.
۷. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، ایقاع (نظریه عمومی، ایقاع معین). ص ۲۲۸ شماره ۱۳۲.
۸. عدل، مصطفی، پیشین، ص ۵۰۶.
۹. روزنامه پیام سمنان - ۹۱/۴/۲۴ می‌نویسد: در آپارتمان‌ها که ساختمان بدون زمین فروخته می‌شود (البته با حق اشتراکی با زمین زیرآن) و عنایت به ماده ۸۰۹ ق.م با توجه به این‌که در آپارتمان‌ها علی‌رغم قانون و مقررات مربوط به مالکیت املاک مشاعی مالکیت هر آپارتمان در زمین مشترک حالت خاصی را مثلاً تحت عنوان بقای همان آپارتمان در زمین مشاعی واحد دارد و لاغیر و هر آپارتمان فقط حق استفاده مشترک و مشاعی از زمین زیر آپارتمان را دارد و مالکیت اختصاصی بر آن را فاقد است به صراحت می‌توان گفت که مطابق قانون مدنی و مقررات مربوط به تملک در آپارتمان‌ها تحت هیچ صورت و حالتی اعمال حق شفعه قابل تصور و اجرا نمی‌باشد.
۱۰. سندی که باید مطابق قانون به ثبت برسد و به ثبت نرسیده در هیچ یک از ادارات و محاکم پذیرفته نخواهد شد.
۱۱. کلیه معاملات راجع به اموال غیرمنقول ثبت‌شده مانند: بیع، صلح، اجاره، رهن و نیز وعده یا تعهد به انجام این‌گونه معاملات باید به‌طور رسمی در دفاتر اسناد رسمی تنظیم شود. اسناد عادی که درخصوص معاملات راجع به اموال غیرمنقول تنظیم شوند مگر اسنادی که بر اساس تشخیص دادگاه دارای اعتبار شرعی است در برابر اشخاص ثالث غیرقابل استناد بوده و قابلیت معارضه با اسناد رسمی را ندارند.

## فهرست منابع

- آذرپور، حمید و اشرفی، غلام رضا. (۱۳۷۵). مجموعه محشی بخشنامه‌های ثبتی، انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین. (۱۳۸۵). شرایط اخذ به شفعه در حقوق موضوعه ایران وفقه امامیه. پژوهش‌نامه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲ و ۳، صفحه ۳۸-۵۴
- امامی، سید حسن. (۱۳۷۲). حقوق مدنی، ج ۳، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ هشتم.
- پوررحیم، مریم؛ باقری، سعید؛ بشیری، عباس؛ باقری، مصطفی و آذربایجانی، امیر. (۱۳۹۱). قواعد حاکم بر آپارتمان در حقوق کاربردی ایران، تهران، نشر جاودانه، چ دوم.
- تقی‌لو، زهرا. (۱۳۸۴). مسائل حقوقی آپارتمان‌ها، قم، نشر پرتو خورشید.
- سید مرتضی، انتصار. (۱۳۷۴). قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۵ ق.
- شهید ثانی. (۱۳۶۲). شرح لمعه، ج ۴، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ ق.
- شیخ حر عاملی. وسائل الشیعه، قم، موسسه آل‌البیت، بی تا.
- شیخ مفید. المقننه، قم، موسسه نشر اسلامی، چ ۲، ۱۴۱۰ ق
- صفایی، سیدحسین. (۱۳۵۵). مفاهیم و ضوابط جدید در حقوق مدنی، انتشارات مرکز تحقیقات.
- علامه حلی، تذکره الفقها، ج ۱، تهران، المکتبه المرتضویه لاحیاء آثار الجعفریه، چاپ سنگی.
- عمید، حسن. (۱۳۷۶). فرهنگ فارسی عمید، انتشارات امیرکبیر.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰). حقوق مدنی ایقاع، بنیاد حقوقی میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۰). قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چاپ بیست و نهم.
- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۶۵). تحلیل فقهی و حقوقی اخذ به شفعه، چ ۱، تهران، نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۳۶۴). اخذ به شفعه. فصلنامه مطالعات حقوقی و قضایی، شماره ۳ و ۴، صفحه ۱۰۲-۷۹.
- موسوی خمینی. تحریر الوسیله، قم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ج ۱.
- میرزای قمی. (۱۳۷۱). جامع الشتات، ج ۱، کیهان.
- نجفی، محمد و حسن، جواهر الکلام (۱۳۶۲). ج ۳۷، چاپ سوم، تهران، دارالکتب الاسلامیه.
- قانون مدنی
- قانون تجارت
- قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۶/۱۲/۱۳۴۳
- آیین‌نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۸/۲/۱۳۴۷
- دستورالعمل تفکیک آپارتمان‌ها- شماره ۱۴۲۱۹/۴۱/۱، تاریخ ۲۰/۵/۸۲ سازمان ثبت اسناد و املاک کشور.

## نحوه ارجاع به این مقاله

حیدریان دولت آبادی، محمدجواد و مظاهری کوهانستانی، رسول. (۱۴۰۰). بررسی و تحلیل حق شفعه در فروش اجزای کاشانه‌ها. نشریه معماری و شهرسازی آرمان‌شهر، ۱۴(۳۴)، ۹۱-۱۰۰.

DOI: 10.22034/AAUD.2020.193226.1929

URL: [http://www.armanshahrjournal.com/article\\_131894.html](http://www.armanshahrjournal.com/article_131894.html)



## COPYRIGHTS

Copyright for this article is retained by the author(s), with publication rights granted to the Armanshahr Architecture & Urban Development Journal. This is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution License.

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



# The Right of Pre-emption in Selling Portions of Apartment Flats: Examination and Analysis

Mohammad Javad Heydarian Dolatabadi<sup>a</sup>- Rasul Mazaheri Kuhanestani<sup>b\*</sup>

<sup>a</sup> M.A Student of International Law, University of Judicial Sciences and Administrative Services of Justice, Tehran, Iran.

<sup>b</sup> Assistant Professor of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran (Corresponding Author).

Received 06 October 2019; Revised 10 March 2020; Accepted 06 May 2020; Available Online 21 June 2021

## ABSTRACT

Exercising the right of pre-emption is one of the coercive grounds of ownership in jurisprudence and statute laws of Iran, which can benefit the person hold the aforesaid right in immovable transactions in case of the fulfillment of legal conditions. Joint utilization in shared ownership of immovable property and joint ownership of passage and waterway in Imami jurisprudence is one of the factors in the emergence of the right of pre-emption. In popular jurisprudence, in addition to the two aforementioned factors, the proximity of the two properties (i.e., being neighborhood) is another ground for the realization of the right of pre-emption. Owing to the ever-increasing rise in population and the subsequent need for housing, the issue of construction and use of apartment flats and their dealings has become gained more prominence among various members of the society. Moreover, the diversity of needs of residents and neighbors has led to a wide range of dealing related to different parts of apartments such as storage rooms and parking spaces. The common ownership of apartments in the land and premises and the sharing of ownership of passages (that is, corridors, lobbies, elevators) and waterways (water pipes and installations) have made all led to the high relevance of the right of pre-emption in dealings of apartments and their parts. As such, the purpose of this study was to address whether the right of pre-emption can be considered and implemented regarding the portions of apartment building and whether this implementation is in accordance with the law of ownership of apartments and the contents stipulated in the civil law, that is, articles 808 et seq. The authors concluded that although it is possible to exercise the right of pre-emption in the sale of apartment units and the sale of its different parts, it suffers from more restrictions than other real estate dealings and there are fewer instances of the right of pre-emption in apartment transactions than in other real estate transactions according to the criteria set out in the Apartment Ownership Law and its by-laws, as well as the instructions for separating apartments.

**Keywords:** Pre-emption, Exercising the Right of Pre-emption, Apartment Flat, Apartment Ownership.

\* E\_mail: r.mazaheri@ase.ui.ac.ir

## 1. INTRODUCTION

Under Article 140 of the Civil Code, exercising the right of pre-emption is deemed a ground of ownership. However, according to the rule of domination, exercising the right of pre-emption should be considered contrary to the principle and hence an exception. As a result, exercising the right of pre-emption is valid only in definite cases, and it cannot be employed in uncertain cases. Considering that the right of pre-emption is performed by the will of one party, it is deemed as a unilateral legal act.

Apartment is derived from the French word "Appartement", and the Academy of Persian Literature has chosen the term "Kashane" as its literal equivalent. The apartment is a part of a large building, which is separated from the rest of a building and has several rooms. An apartment is therefore a dwelling made of one or more rooms and parts such as kitchen, bathroom, and living room, along with others that together form a unit. With the expansion of urbanization and the increase of constructions in recent decades, apartment-living lifestyles have increased rapidly in most cities of Iran, leading to a plethora of legal, economic, social, and cultural implications. Rising land prices and the ever-rising population growth have led to a trend of people choosing apartments as a residence. On the other hand, the concentration of economic activities in the housing and construction sector in recent years has led to a boom in housing dealings and the subsequent sale and purchase of apartments.

The popular theory is that the right of pre-emption is commonplace in real estate dealing, and the Civil Code has observed the popular theory in developing Article 808. The right of pre-emption in immovable accessories such as the premises and trees are subject to their sale along with the land, and if the premises and accessories are sold without land and separately, the right of pre-emption is not applicable thereon. Therefore, if one of the common partners of the two parts of the building, who wants to sell only his share of improvements to a third party of land jointly owned by the two mentioned persons, the right of pre-emption will not be created for the partner. Imami jurists consider sharing in the sale and sharing in passage and waterway to lead to the right of pre-emption, but common jurists, in addition to these two, also consider the wall-to-wall neighbor to lead to the formation of the right of pre-emption (including pipes and streams).

## 2. THE NOTION OF THE RIGHT OF PRE-EMPTION

Scholars of civil law have each provided their definition on the matter. Mustafa Adl states that "Pre-emption is the entitlement of one of the two partners to acquire the common share of the other partner from the distributable immovable property if the said partner intends to relinquish his/her share to a third party for sale!"

Professor Dr. Seyyed Hassan Emami argues that "the right of pre-emption is the acquisition of a share sold by a partner by another partner".

## 3. PREREQUISITES OF THE RIGHT OF PRE-EMPTION

The following are the Prerequisites of the right of pre-emption:

### 3.1. Immovability of the Subject Property of the Right of Pre-emption

In Article 808 of the Civil Code, the legislator explicitly mentions immovable property and hence excluding any movable property from the scope of the right of pre-emption. Furthermore, in Article 809, which has explicitly mentioned secondary immovable property such as buildings and trees, the legislator has made clear that it only intends natural immovable property. As such, the legislature thus sought to approve the views of those who believed in restricting the subject matter of the right of pre-emption.

### 3.2. Divisibility of the Subject of the Right of Pre-emption

Given the descriptions offered for the previous conditions, it became clear that the right of pre-emption flows originally in the natural immovable property and subsequently in the secondary immovable property such as the building and the tree, and there hence is no pre-emption in the movable property. Another condition that some jurists have set for the right of pre-emption is divisibility, which is discussed in more details below:

The jurists supporting the condition of divisibility argue that indivisible property is a property from the division of which a loss arises, yet there no consensus on what makes up the loss. In general, opinions in this regard can be divided into three categories, each of which its proponents:

1. The loss of the benefit intended of property;
2. A severe reduction in the value of property after division;
3. The complete loss of benefit from the property<sup>3</sup>;

Following the opinion of later jurists, the legislator has recognized the condition of Divisibility of the property and has provided hence in Article 808 of the Civil Code that "If a divisible immovable property is shared by two persons ..."

One of the commentators of civil law states in this regard that "although at first, it may seem that because the purpose of exercising pre-emption is to prevent further harm in the division, and in the case of indivisible property, the harm is more noticeable, the right of the pre-emption shall flow to prevent harm, if the mentioned argument is to be accepted, it should be taken into account that in general, the price of a portion of a property is less than the real price of that property divided by that share, that is, if for example, three sixth

of a property is worth 30,000 Rials, the entirety of the property exclusively owned by one person would be worth more than sixty thousand Rials, while compared to the three sixth part, it should be worth the same amount, and this price defect In indivisible properties is more tangible than divisible properties. Therefore, if the joint owner of the undivided property was given the right of pre-emption, he/she could have obtained a great benefit to the detriment of the buyer in this way and without any other grounds, and to avoid this situation, the right of pre-emption has been assumed in an indivisible property<sup>4</sup>.

Another scholar states that “there are two possibilities as to what harm is the right of pre-emption given to the partner is supposed to avoid:

1. Loss due to joint ownership: joint ownership of the property limits its benefits and hinders the owner's independence in possession, for which pre-emption can be a remedy. Yet, by the legal acquisition of the sold share, the person having the right will be able to access all the property and get rid of the confinement of joint ownership.

Nevertheless, this probability is low. Because, the loss stemming from joint ownership shapes from the very beginning of the acquisition and is something that both partners have agreed to it, but the right of pre-emption occurs when one of the two partners intends to sell his/her share. Therefore, to distinguish the cause and basis of the right of pre-emption, the loss from conveyance must be studied.

2. Loss from conveyance (sale): The sale of the partner's share does not change the status of the joint ownership and changes only one of the two partners, replacing the partner with the new buyer. This loss is also sometimes unbearable, because the full use of the common property is subject to coexistence and reconciliation, and the new and unwanted partner may disrupt the previous inertial calm. In this case, if the property is divisible, either of the two incompatible partners can redeem oneself by requesting a division, and only the loss due to the cost of the division and sometimes the damage to the quality of the utilization may bother either of the joint owners. However, if the property is not divisible, the loss from the sale is oftentimes highly pronounced and the only way out is to exercise the right of pre-emption. Therefore, if the loss resulting from the sale and incurrance of an unwanted partner is the grounds for the formation of the right of pre-emption, the indivisible property is of higher priority in exercising the right.

Nevertheless, the developers of the Civil Code have followed the popular view in jurisprudence, have assumed the right of pre-emption to be for divisible property (Article 808 of the Civil Code). Therefore, it seems that they have considered the loss resulting from the request for division as the grounds for the right of pre-emption, or as some jurists have stated, the developed have intended to attribute an exceptional rule against the spirit pre-emption be assigned to a case

in which there is no doubt or disagreement<sup>5</sup>”.

### 3.3. Joint Ownership

The right of pre-emption arises for a person who jointly owns the subject property during the sale, that is, if there was a division before the sale, there will be no right of pre-emption. Neighbors do not benefit from the right of pre-emption because they are not joint owners. In Article 808 of the Civil Code, the legislature explicitly states current ownership of the property as a condition for the formation of a right of pre-emption, stating “Whenever a divisible immovable property is jointly owned by two persons ...”.

### 3.4. Limitation of Number of Joint Owners to Two People

In several articles of the Civil Code, the legislator has pointed out the need for partners to be limited to two people and has exhibited signs of adherence to popular opinion. Article 808 states that “Whenever a divisible immovable property is jointly owned by two persons...”. Furthermore, Article 810 states: that If the property of two people is shared in a passage or waterway ...” while Article 811 states that “If the share of one of the two partners is endowment ...”.

One of the scholars of the Civil Code argues in this regard that “for the right of pre-emption to be applicable, the number of joint owners must not be more than two, otherwise, in the case where the number of partners is more than two, it will not be clear for whom the right is reversed. Sheikh Yusuf Bahrani argues that the prerequisite for the rational and narrative reason of the book, tradition, and consensus is the impermissibility of seizing other people's property except with his/her permission, and pre-emption would be contrary to the argument that all are agreed upon and trusted by the jurists. Hence, there is no choice but to have clear proof from either the book, the tradition, or the consensus that there are no other instances than the sale in which the pre-emption permit has been claimed. the last thing that is extracted about pre-emption is that its permission is only granted in conveyance in the transfer is only by sale, and the claimant of the pre-emption in the delegating the right to a non-seller needs proof, otherwise, it would fail short of the philosophy behind the statement “seizure of property is not permissible unless it is taken out with the permission of its owner<sup>6</sup>”.

### 3.5. Conveyance of Joint Share Through Sale

In the Civil Code, the legislature has numerously mentioned, either explicitly or implicitly, the term sale in articles regarding pre-emption, the most important of which is stipulation of Article 808, in that “Whenever a divisible immovable property is jointly owned by two persons and one of the two partners conveys his/her share to a third party for sale ...”. Article 816 also stipulates that “exercising the right of pre-emption invalidates any dealings that the customer has made

before the obtaining and after the contract of sale of the subject of the right.”

Some jurists state in this regard that “this condition is legally unjustifiable and it seems that only following the popular opinion in jurisprudence has forced the developed of civil law to be cautious in this regard”.

Another scholar argues that “acquisition by pre-emption is possible in cases where the transfer is for sale and not for other purposes, as in the contract of sale, the personal details of the client do not interfere in the transaction and the seller simply intends to sell his/her property and get a price therefrom. In contracts with a transfer nature, such as donation or settlement, the personality of the party is involved to some extent, and the conveyer would have otherwise rescinded from the deal or may have adopted another instrument of financial remedy, as there are no rights of pre-emption in the aforementioned dealings. Article 759 has clarified the same point regarding settlements, stipulating that the right of pre-emption does not apply to settlement, even if it is in the position of sale”.

#### 4. EXAMPLES OF PASSAGE AND WATERWAY IN THE APARTMENT

In legal terms, the spaces where residents can use to trespass are called “passages” and places where water flows are called “waterways”. In apartments, the entrance, elevators, and corridors are known as passages, and all water and sewage pipes, heating and cooling installations, fire extinguishing systems, are considered waterways. Article 810 of the civil code assumes the joint ownership of two persons in the passage and the waterway to be grounds for the right of pre-emption for the partners when the other party intends to sell the property with the passage and the waterway. Therefore, when the owner of an apartment seeks to sell his/her apartment, he/she sells the undivided share in the land and, consequently, the passages and water pipes (Katouzian, 2011, p. 220). In some apartments where the number of flats is not high, all water, sewage, gas, and utility ducts are installed separately for each flat, and hence, the partnership is only applicable to the passage (corridors, stairs, elevators, etc.).

Although the sale of passage, waterway, and water pipes are not mentioned in the trading of apartment flat and some people may refer to the last part of Article 810, which states that “if the property is sold without passage and waterway, there is no right of pre-emption” to exclude the sale of apartments from the right of pre-emption, according to Article 103 of the Apartment Ownership Law and Articles 3 and 4 of the by-laws of the said law, in case of transfer of the exclusive part of the apartments, the owners' rights in the shared parts will be coercively conveyed. Furthermore, it is not possible to physically abstain from the rights of owners in private and shared areas, because the architectural structure of the apartments and the way the pipes

and facilities of the apartments are installed make it impossible (Sheikh Mofid, 1990).

#### 5. APARTMENT OWNERSHIP IN THE STATUTE LAWS OF IRAN

In our country, apartment ownership is recognized according to Articles 125 to 129 of the Civil Code in accordance with Imami jurisprudence, and the limits of ownership and the duties and rights of owners are explicitly and definitively stated. According to Article 125 of the Civil Code, the possessions of each of the owners from the lower and upper floors in the shared ceiling are permissible to the extent of not disturbing other floors. The nature of the apartment is associated with shared ownership because multiple owners have shared ownership in several parts of the property. Article 4 of the corresponding by-law elaborates the shared parts of the apartment. According to Article 126 of the Civil Code, the walls of each room (flats) are considered private property and the ceiling between the two floors is shared property. It should be noted that this assumption is applicable in cases where each floor is made up of just one floor, but in most current apartment settings, where each floor consists of several separate flats, the walls between the flats are considered shared property and are not hence considered private property. This is also mentioned in Note (c) of Article 4 of the Executive Regulations of the Apartment Ownership Law. Article 1 of the Law on Ownership of Apartments classifies the ownership of the apartment into two parts, namely private and shared. Article 2 defines the shared parts as parts that belong to all the owners in proportion to their private parts. Moreover, Article 4 of the same law provides the rights and duties and share of each owner of the expenses of the common parts as proportional to the ratio of the area of the private share to the total area of the private parts of the whole building, unless otherwise arranged between the owners. Under Article 6 of the Apartment Ownership Law, all decisions related to the administration and affairs related to the common parts are determined based on the majority of votes of the owners who have more than half of the area of all the private parts. Regarding the shared ownership of land among apartment owners, Article 10 of the law stipulated that everyone who buys an apartment flat holds a common share in the land on which the premises are built or attributed thereto, in proportion to the area of the private part of one's purchase (Shahid Thani, 1955, p. 58). According to the provisions of Article 809 of the Civil Code and the by-laws related to the ownership of apartments, some scholars argued that the right of pre-emption does not apply to, and hence cannot be implemented in, apartments under any circumstances<sup>9</sup>. However, this theory is not valid, as, although the prevailing assumption on apartment buildings is that of multiple owners and premises, there are some scenarios in apartment-flat the right of

pre-emption is feasible and a general statement in this regard as such is not consistent with legal standards (Mirza-Qomi, 1992).

## 6. EXERCISING THE RIGHT OF PRE-EMPTION IN DIFFERENT CASES OF OWNERSHIP IN APARTMENTS

1. If the ownership of the land and floors of the constructed buildings is shared among multiple owners, there will be no right of pre-emption due to the multiplicity of owners, because according to Article 808 of the Civil Code, pre-emption is only applicable for two owners (Sheikh Hor Ameli).

2. If the apartment building, including its land, floors, and the flats, is owned exclusively by two people, the right of pre-emption is definite therebetween for the sale of each flat or any part of the premises, as the conditions for exercising the right of pre-emption are applicable.

3. If the floors of a building are privately owned by two people but the land of this building is shared between two owners, the right of pre-emption in the sale of each flat of the building is reserved for the other, because according to Article 10 of the Apartment Ownership Law, each owner also jointly owns a proportional share of the land in proportion to his/her private ownership. By conveying the apartment, the seller sells the joint share in the land and provides the ground for creating the right of pre-emption (Katouzian, 2011, p. 220). Today, due to the expansion of apartment construction and the prevalence of the practice of two people jointly buying land and building apartment building, exercising the right of pre-emption in the sale of each apartment flat by each partner is legally perceivable (Shahid Thani, 1976).

4. Article 10 of the Apartment Ownership Law has established that everyone who buys an apartment will be also the shared ownership of the land on which the premises are placed, which would be in proportion to the area of his/her private share. As such, buying and selling an apartment flat is not legally conceivable without buying and selling a shared portion of land, but the article assumes a scenario that the land belongs to another person owing to the endowment, donations, or other reasons, in which case the ownership of these shared lands will not be conveyed through buying and selling the flat, and each buyer will be obliged to pay the rent equal to the shared portion of his/her exploitation of the land. In this case, ownership of the land is addressed completely separately from the ownership of the premises, and if the owners of the improvements are by only two people, a right of pre-emption is reserved in the sale of each flat for the other partner. Moreover, according to Article 810 of the Civil Code which addresses joint ownership of corridors, pipes, and utilities, among others (that is, passage and waterway), if these two partners have joint ownership of flats, each one would have the right of pre-emption

if the other intends to sell all or parts of his/her share to a third party. Of course, the exercise of this right is conditional on the owner of the land not imposing any restrictions on the owner of premises for such conveyance, as in contracts which landowners (whether government, donations, or other persons) conclude with others for the construction of premises in the form of a lease contract, conditions such as prioritizing the sale to the landowner or obtaining a permit or paying a fee, among others are included while acknowledging the tenants' ownership of the improvements (Mousavi Khomeini).

5. If two persons are joint owners of an apartment flat and one of them intends to sell his/her share of ownership or part of his share of ownership, given that the ownership of both partners is itself of joint nature with one or several other owners, right of pre-emption would not be exercisable for the other owner. Moreover, according to Article 808 of the Civil Code, the divisibility of immovable property is one of the conditions for the right of pre-emption, in which case a flat is oftentimes not dividable into two flats, and therefore the right of pre-emption would not be applicable. One of the instances of this situation is when a person owns the entirety of an apartment flat who is survived by two people after his/her death, one of whom intends to sell his/her share of the inheritance to a third party. Given the aforementioned argument, the right of pre-emption would not apply to the other heir. Also, if the partner dies without no heir, it seems that a competent authority from the government (ruler) can decide on the right of pre-emption (Katouzian, 2011, p. 220).

### 6.1. Assuming that the Share of One of the Co-owners is Endowed

A person can be the co-owner of an endowment initially or through a particular act. If the partner decides to act upon his/her share, the sale of the endowed property can create a right of pre-emption for the other joint owner if certain conditions are met because the endowment share is recognized as a property by the endowment personality of one owner and the multiplicity of endowers does not lead to the assumption of joint ownership. However, pursuant to Article 811 of the Civil Code, in the opposite scenario, that is, when the partner sells his property share, there is no right of pre-emption for the endower or the trustee, because the right of pre-emption is only applicable where the property is shared between the owners who can independently sell their share (Najafi, 1983, p. 268).

### 6.2. Ownership of a Legal Entity

As previously mentioned, a partnership between two people is one of the prerequisites of the right of pre-emption. Nevertheless, being a legal or natural entity does not influence the subject matter. Therefore, if the owner is a legal person, it can act as a natural

person concerning other conditions regarding the application of the right of pre-emption and the number of shareholders or partners of the legal entity also does not affect this issue, since, according to Article 588 of the Commercial Code, there seems to be no conflict with the provisions of civil law and jurisprudential principles in the exercise of the right of pre-emption by a legal entity, while also no distinction can be made for different legal entities. However, one scholar has assumed different implications for different types of legal entities and has not considered the right of pre-emption to be applicable in companies with certain shareholders due to the ownership of certain individuals and the multiplicity of partners (Mohagheghdamad, 1986, p. 19). Therefore, if the owner or the co-owner of the apartment is a legal entity, its legal representative (for example, the managing director) can exercise the right of pre-emption. However, in cases where the joint property is divisible between two persons and one of the partners passes away with and the property is conveyed through inheritance, the multiplicity of partners would result in the right of pre-emption being inapplicable, but if the trading occurs during the lifetime of the owner having the right of pre-emption, the right would be reversed for the heir after his/her death, and the multiplicity of the heir won't undermine the right of pre-emption, because the condition for the limited number of partners is related to when the right of pre-emption is being shaped and not when it is sought to be exercised (Katouzian, 2011, p.19).

### 6.3. Sale of Parts of the Apartment Such as Parking Spaces or Storage Rooms

One of the conditions stated by a plethora of studies for the right of pre-emption is that the partner must sell his entire share for the right of pre-emption to be applicable for the other partner (Mohagheghdamad, 1986, p. 19), and the exceptionality of the right of pre-emption have been deemed evidence thereto (Asghari, 2006, p. 49). Yet, given the logic behind the right of pre-emption, which is to prevent the possible harm from the new partnership for the other partner, and considering the impossibility of exercising the right of pre-emption in the sale of a part of one's share, this harm would still exist. The interpretation of the term share in Article 808 of the Civil Code does not seem to be referred to the whole share. Therefore, this view is approved by various jurists (Najafi, 1983, p. 272) and scholars of law (Katozian, 2011, p. 232). According to Article 1 of the Executive Regulations of the Apartment Ownership Law, various parts of the building are traditionally allocated for the exclusive use of the partner (apartment owner); Therefore, storage rooms and parking spaces belonging to each flat are considered as exclusive parts. In cases where the apartment owner intends to sell his apartment flat with the parking space and storage rooms, the other partner may want to exercise the right of pre-emption to purchase the parking lot or storage separately. Regardless of the provisions regarding the

sale of a storage room or parking lot, Article 815 of the Civil Code implies that this right is not current for the partner because the right of pre-emption cannot be applied to only a part of the sale and the person with the assumed right of pre-emption must either ignore buying or seek to buy the whole share (that is, along with flat). Nevertheless, another scenario is that the apartment and parking lot are sold in the form of two separate contracts. Here, because two separate contracts are being concluded, the requirements for exercising the right of pre-emption on either of the properties are not hindered (Katozian, 2011, p. 58). The right to pre-emption can be considered for both the parking space or the storage. Yet, special rules governing apartment buildings might prove to be an obstacle. Clause 16 of the instructions for separating apartments, which was announced by the Property and Deeds Registration Organization on 11th August 2003, stipulates that, in the separation report, it should be specified that the storage and parking must be transferred together with the apartment, and the transfer of storage and parking to individuals other than the owners of the apartment flat and the joint conveyance of parking to the owners of two flats or more are not permitted. Moreover, the conveyance of two or more parking spaces to the owner(s) of a single apartment (so that the owner or owners of one apartment would have multiple parking spaces while the owner of another would lack any space) is not permitted. Therefore, in addition to the legal obstacles hindering the right of pre-emption for the sale of parking spaces or storage rooms, the sale of these components separately is also accompanied by other restrictions. The ban on the sale of parking spaces or storage rooms to individuals other than the apartment owners is owing to the fact that there are many shared areas in apartment complexes that are jointly owned by all owners in proportion to their share of private ownership. Yet, if parking spaces or storage rooms are sold to someone other than the apartment owners, the new buyer needs to use these shared spaces belonging to all the owners to use his/her parking space or storage room, while the registration office is prohibited from registering such dealings (Taghi Lou, 2005, p. 70). It should be further noted that urban regulations require that each apartment flat have independent parking and storage, and the separate sale of these components causes incomplete apartment flats and confusion and difficulty of living in the aforementioned residences. Therefore, notaries only allow the transfer of parking and storage to the owners of apartments in the same building (Azarpour & Ashrafi, 1996, p. 58).

### 6.4. Sale of a Shared Portion of a Partner's Property

Given the aforementioned grounds, if the conditions for the right of pre-emption are met and one of the partners intends to sell only a part of his/her property to a third party, Article 815 of the Civil Code provides that another partner can exercise the right of pre-emption



for the said share. It would be abundantly clear that the ownership of the person seeking to exercise the right requires the payment of the price, and Article 808 of the Civil Code indicates the precedence of payment of the price before the sale of the property, hence requiring the owner to pay the price because the philosophy of right pre-emption and its exceptional state and urgency of exercising the right and prevention of delays that would otherwise cause harm to the buyer and seller all to confirm the precedence of payment of the price by person seeking to exercise the right of pre-emption, although there are opposing views among the jurists who suggest a non-precedence of payment of the price (Katozian, 2011, p. 75).

## 7. EXTRACTS FROM LAWSUITS ON THE RIGHT OF PRE-EMPTION IN APARTMENTS

a. As mentioned in Article 808 of the Civil Code, the immovable property subject to this article must be divisible, and in the event of a dispute, an expert opinion must be obtained.

B. right of pre-emption must not have already been revoked. In some cases, due to differences between the shared partners of a property, the parties, through arrangements or compromises in judicial or administrative authorities, waive their right of pre-emption, and therefore their subsequent invocation of the exercise of this right is legally unjustifiable (Entesar, 1990).

J. Although the context of Article 808 of the Civil Code indicates that a person seeking to exercise the right must first pay the price to the customer and then demand ownership based on the right of pre-emption, but it seems that the initial payment to the customer is applicable where there is no dispute between the partners regarding the applicability of the right of pre-emption, and the person exercising the right would want to take possession of the share of the sale only by exercising his/her will, in other words, the applicability of the right of pre-emption is undisputed. Therefore, in cases where there is a dispute between the partners in the applicability of the right of pre-emption, it seems that the seller cannot rely on the lack of payment of the price by the partner to reject the right of pre-emption (Bashiri, 2012, p. 58).

In this regard, it is desirable to refer to the legal standing of Article 48 of the Registration Law<sup>10</sup> and Article 62 of the Law on Permanent Provisions of the Country Development Plans<sup>11</sup>, approved in 2017, to explain the judicial procedure and decisions of court judges.

In this regard, the verdict issued on January 6, 2015, by the Second Branch of the General Court of Law of Varamin properly presents the judicial procedure here: "Regarding the petition of A. B. represented by B.J. and A. A. versus M. B. at the request of the plaintiff to prove ownership of the share of partnership subject of the contract dated 16.3.1991, including movable

and immovable, and the resulting financial rights amounting to fifty-one million rials, taking into account all court damages such as court fees and attorneys' fees, as evidence by the transcript of the contract dated 16.3.1991, with the explanation that the plaintiff's lawyer has announced that the client signed a partnership contract with the defendant on 16.3.1991 have acknowledged the parties entered a failing partnership, in which the plaintiff has paid the amount of sixteen million and two hundred and eighty-nine thousand Rials and participated in the contract, while the defendant also shared a shop with registration plate 178.3 belonging to the defendant and one million Rials and participated in the contract. Owing to the joint ownership of the partners in relation to the shared property and considering that the defendant does not provide a receipt on the ownership of the shared property in the amount of the share of the partnership, the defendant has requested the release of the subject. According to Articles 22, 24, 47, and 48 of the State Property and Deeds Registration Law, the court recognizes only the person whose name is registered as the owner in the real estate office, as merely approving and enforcing the contract and declaring its validity does not create ownership. The unified judicial precedent of Procedure No. 27/70 of the General Assembly of the Supreme Court and also the unified judicial precedent of Procedure confirms this view. Therefore, the claim for proof of ownership in the property with a registered record cannot be heard according to the above-mentioned regulations. On the other hand, according to Article 223 of the Civil Code, the contracts are assumed valid by default and in case of a contract, individuals can demand the requirements and rights arising from it according to the law, and in case of refusal of the obligor, they can request and request his/her commitment from the competent authorities. According to the above arguments, the court does not recognize the plaintiff as plausible and, according to Article 2 of the Code of Civil Procedure, issues and announces the rejection of the lawsuit. The verdict issued in person can be appealed in the court of appeal of Tehran province within twenty days after notification."

This assumption also prevailed in the Court of Appeal: "Branch 28 of the Court of Appeals of Tehran Province. The decision of the Court of Appeals regarding the appeal of M.A. represented by of N. B. versus (1) M. Kh., (2) M. Kh., (3) L. Kh., (4) N. Kh. (4), (5) F. R., Regarding the lawsuit 920338-92 / 5/28 (which is correct from 93073-93 /2/14) issued by Branch 219 of the General Court of Law of Tehran, which includes the issuance of a ruling to ratify the ordinary affidavit of 85/9/6 in relation to 3 sixth shares from the entirety of the property with registration no .... in section 10 of Tehran and according to the lawsuit 930073-93 /2/14, the plaintiff appeal was rejected. However, given the contents of the case and the grounds of the appeal, and since in the case of a property with a registered

record, the enforcement of the affidavit constitutes proof of ownership of the registration plate, which is contrary to the provisions of Articles 46 and 48 of the Registration Law. Nevertheless, according to the above-mentioned article, a document must be registered in accordance with the above articles, yet the legal formalities for registering the dealing are observed in the aforementioned form cannot be accepted in the courts of law. Therefore, the appealed lawsuit, which was issued against this basis, cannot be approved. This court issues a decision rejecting the claim of the primary claimants based on Articles 2 and 358 of the Code of Civil Procedure and announces that this verdict is final.

Therefore, no discrepancies are observed in these two articles (Safaei, 1976)

In filings lawsuits on the right of pre-emption, it is necessary to be filed on behalf of both the buyer and the partner, and the lawsuit against the buyer alone cannot be heard (Katouzian, 2011, p. 508). Because the seller is not an alien in this dispute, because firstly, one of the conditions for creating the right of pre-emption is the conveyance of ownership of another co-owner through a contract of sale, which the person seeking to exercise the right must first prove (against its contractors) and secondly, provide the possible defense against the claim, the verdict on which would grant him the consequences otherwise imposing on the seller coercively (Amid, 1997).

## 8. CONCLUSION

Today, apartment buildings are rapidly becoming the most prevalent way of responding to the need of people of residence. As such, regulating the relations of apartment owners and removing legal barriers, and adapting new issues to jurisprudential and legal principles are among the most significant duties of the legal community. Exercising the right of pre-emption, which is known as a coercive legal ownership right, is an exceptional privilege granted to the partner by law based on *alterum non laedere*

and to protect the interests of the partner, for which, there is consensus that a narrow interpretation must be employed. Joint ownership of immovable property and its passage and waterway in Imami jurisprudence is one of the factors in the emergence of the right of pre-emption. In popular jurisprudence, in addition to the two aforementioned factors, the proximity of the two properties (i.e., being neighborhood) is another ground for the realization of the right of pre-emption. According to Article 808 of the civil law, special conditions have been considered for the applicability of the right of pre-emption, namely the immovability of the property, divisibility of the property, Limitation of several joint owners to two people, conveyance of transfer through sale, and urgency of the application of the right of pre-emption, among others. There are different opinions regarding the special condition of the apartments in terms of physical form, location, and multiplicity of owners and partners, and the special laws and regulations governing it. Some scholars argue that owing to the aforementioned discussion, it is not possible to exercise the right of pre-emption in dealings related to apartments. However, according to the study and analysis of possible causes, it can be concluded that, overall, apartment buildings are not inherently different from other buildings in the applicability of the law, but the existence of private and joint premises and joint ownership of the land has made the interpretation further restrictive. Now, if the conditions mentioned in Articles 808 to 824 are applicable to apartment buildings (especially if there are only two partners involved), the possibility of which is very high in such scenarios, the applicability of the right of pre-emption is conceivable. Regarding other parts of the apartment, such as parking spaces and storage rooms, despite the restrictions that apartment owners have in selling these parts to non-owners of the buildings, but in the sale of storage or parking belonging to apartment flats, realizing the legal requirements for employing the right of pre-emption is highly perceivable. There are also instances of verdicts ruling the acceptance of the right of pre-emption in apartment flats.

## END NOTE

1. Adl "Mansour Al-Saltanah", M. (1963). Civil Law, Amirkabir Publications, p. 505.
2. Emami, S. H. (1970). Civil Law, Islamic Bookstore Publications, Third Edition, p. 9.
3. For more information, refer to: Sheikh Tusi, Al-Mabsut, vol. 3, p. 120; Allama Helli, Rules of Rulings, vol. 1, p. 210; Mohaqeq Helli, Sharia of Islam, vol. 3, p. 253; Sheikh Mohammad Hassan Najafi, ibid., vol. 37, p. 257; Sayyid Muhammad Jawad Husseini Amoli, Miftah Al-Keramah fi Sharh al-Ghaveaed Al-Allameh, Al-Bayt Institute Publications, Vol. 6, pp. 325 and 326.
4. Adl "Mansour Al-Saltanah", M. (1963). Civil Law, Amirkabir Publications, p. 506.
5. Katouzian, Nasser, Civil Law, Unilateral Legal Acts (general theory, specific legal acts), pp. 227-228, No. 131.
6. Sheikh Yusuf Bahrani, ibid. vol. 20, p. 299.
7. Katouzian, Nasser, Civil Law, Unilateral Legal Acts (general theory, specific legal acts), pp. 227-228, No. 132.
8. Adl "Mansour Al-Saltanah", M. (1963). Civil Law, Amirkabir Publications, p. 506.
9. Payam Semnan Newspaper 7.11.2012: In apartments where the building is sold without land (of course with the right to share with the land below) and pursuant to the Article 809 of the Civil Code, Considering that in apartments, in spite of the law and regulations related to the ownership of common property, the ownership of each apartment in the common land has a special status, for example, under the title of survival of the same apartment in a common share land, and not otherwise, and given that each apartment has only the right of shared use of the land under the apartment and does not have private ownership, it can be explicitly stated that according to the civil law and the regulations related to the ownership of apartments, the exercise of the right of pre-emption is not conceivable and enforceable under any circumstances.
10. A document that must be registered in accordance with the law and has not been registered as such will not be accepted in any of the offices and courts.
11. All dealing related to registered immovable property, such as sale, settlement, rent, mortgage, as well as the promise or commitment to perform such transactions, must be formally registered in the notary public. Ordinary documents that are prepared in relation to real estate transactions, except for documents that have a legal validity at the discretion of the court, are inviolable against third parties and do not have the ability to oppose official documents.

**REFERENCES**

- Amid, H. (1997). Amid Persian Culture, Amirkabir Publications.
- Asghari Aqamshahdi, F. (2006). Conditions for Obligation in the Subject Law of Iran and Imami Jurisprudence. *Journal of Political Law and Sciences*, 2 - 3, Fall.
- Azarpour, H., & Ashrafi, Gh.R. (1996). Collection of Registration Circulars, Ganj-e-Danesh Library Publications.
- Bashiri, A. (2012). Rules Governing Apartments in Iranian Applied Law, Tehran, Javadaneh Publishing, Ch II.
- Emami, S.H. (199). Civil Law, 3, Tehran, Islamic Bookstore Publications, Eighth Edition.
- Entesar, S.M. Qom, Islamic Publishing Institute, 1415 AH
- Katozian, N. (2011). Civil Law in the Current Legal Order, Tehran, Mizan Legal Foundation, 29th Edition.
- Katozian, N. (2011). Iqaa Civil Law, Mizan Legal Foundation.
- Mirza Qomi. (1992). Jame Al-Shattat, 1, Kayhan.
- Mohaghegh Damad, S.M (1985). Adoption. *Journal of Legal and Judicial Studies*, 3 & 4, Fall.
- Mohaghegh Damad, S.M. (1986). Jurisprudential and Legal Analysis of Intercession, Ch 1, Tehran, Islamic Sciences Publishing.
- Mousavi Khomeini. Tahrir al-Waseela, Qom, Ismailian Press Institute, 1.
- Najafi, M.H. (1983). Jawahar al-Kalam, 37, Third Edition, Tehran, Islamic Library.
- Safaei, S.H. (1976). Concepts and New Conditions in Civil Law, Research Center Publications.
- Shahid Thani, Sharh Lamah, 4, Beirut, Dar Al-Ahya Al-Tarath Al-Arabi, 1403 AH
- Sheikh Har Ameli, Shiite Means, Iqm, Al-Bayt Institute, Bitā
- Sheikh Mofid, Al-Muqna'a, Qom, Islamic Publishing Institute, 2, 1410 AH
- Taghi Lou, Z. (2005). Legal Issues of Apartments, Qom, Parto Khorshid Publishing.

**HOW TO CITE THIS ARTICLE**

Heydarian Dolatabadi, M.J., & Mazaheri Kuhanestani, R. (2021). The Right of Pre-emption in Selling Portions of Apartment Flats: Examination and Analysis. *Armanshahr Architecture & Urban Development Journal*. 14(34), 85-94.

DOI: 10.22034/AAUD.2020.193226.1929

URL: [http://www.armanshahrjournal.com/article\\_131894.html](http://www.armanshahrjournal.com/article_131894.html)

**COPYRIGHTS**

Copyright for this article is retained by the author(s), with publication rights granted to the Armanshahr Architecture & Urban Development Journal. This is an open- access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution License.

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

