

اخذ به شفعه

دکتر علی ساعتچی

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه فردوسی مشهد

واژه «اخذ به شفعه» اصلاح فقهی و حقوقی است و شفعه در لغت به ضم شین بر وزن «فعله» از ریشه «شفع» است. (امامی، ۹/۳) و در زبان عربی وقتی چیزی را با چیز دیگر پیوست کنند می‌گویند «شفعت کذا بکذا» یعنی این شی را به آن شی پیوست کردم. البته مراد پیوندی است که از آن تقویت و اعانه حاصل گردد. (ابن منظور، ۱۸۴/۸) که در مقابل وتر و نقص به کار می‌رود (مصطفوی، ۸۳/۶) و اخذ به شفعه آن است که کسی سهم شریک خود را بگیرد و ضمیمه سهم خویش سازد. بنابراین بر خلاف آن چه که برخی تصور می‌کنند برای شفعه یک معنی بیشتر متصور نیست. (طوسی، ۱۰۶/۳) همچنین اصل اخذ به شفعه در میان تمام فرق اسلامی رایج است و هیچ یک از فقهای عامه نیز در آن تردید ننموده‌اند. (ابن قدامه، ۲۵۵/۵-احمد بن یحیی، ۳/۴) با این حال، قانون مدنی سوریه اخذ به شفعه را نفی کرده است. (البکاء، ۱۹۸) اما در حقوق فرانسه، نهاد حق استرداد پیش بینی شده است که شبیه حق شفعه است که در ماده ۸۴۱ قانون مدنی فرانسه پیش بینی شده است (ره پیک، ۳۶) نهایتاً فقهای امامیه در قالب عبارات متفاوت و با مضمونی واحد حق شفعه را تعریف کرده‌اند که کاملترین آن عبارت است از «استحقاق شریک به تملک حصه شریک دیگر از طریق بیع که به دیگری منتقل شده است» (علامه حلی، ۲۰۹) همچنین «حق شفعه» بر خلاف قاعده تسلیط است که دلیل مشروعیت آن اجماع و سنت واصله از طرق خاصه و عامه است که به صورت متواتر نقل شده است (نجفی، ۲۳۷/۳۷)

ارکان اخذ به شفعه

اخذ به شفعه اعمال حق شفعه است و از جمله حقوق مالی محسوب می‌شود که برای اعمال آن باید شرایطی موجود باشد و ارکان آن عبارت است از ۱- مورد شفعه که از آن به «شقص» یاد می‌شود ۲- شفعی یعنی صاحب حق شفعه ۳- مشفوع منه یعنی شخص مشتری که حصه شریک از طریق بیع به او منتقل شده است ۴- بایع که همان شریک شفعی است ۵- مشفوع فیه یعنی حصه‌ای که منتقل شده است.

شرایط موضوع شفعه

با دقت در ماده ۸۰۸ قانون مدنی ۵ شرط برای موضوع شفعه لازم و ضروری است ۱- غیر منقول بودن ۲- قابل تقسیم بودن ۳- مالکیت منحصر در دو شریک ۴- مالکیت به نحو مشاع نه مفروز ۵- انتقال از طریق بیع که در ادامه به تبیین شرایط موضوع حق شفعه پرداخته می‌شود.

۱- غیر منقول بودن

فقها در مورد وجود حق شفعه در اموال غیر منقول هیچ اختلاف نظری ندارند؛ اما در مورد اموال منقول اختلاف وجود دارد. توضیح آن که گروهی از فقها بر شمول حق شفعه بر اموال منقول نظر داده‌اند (برای مشاهده قائلین به این دیدگاه ر.ک فخر المحققین/۱۹۸/۲ - ممقانی/۴۴۵) برخی از فقیهان اهل سنت نیز معتقد هستند که حق شفعه در کلیه اموال مشاعی اعم از منقول و غیر منقول وجود دارد (ابن حزم/۱۰۱/۹) همچنین در تعریف مال غیر منقول نیز اختلاف وجود دارد که آیا اموالی است که ذاتاً غیر قابل انتقال باشد یا آن که جابه جایی مستلزم خرابی باشد؟ قانون گذار مدنی در ماده ۱۲ دیدگاه نخست را پذیرفته اما به تبعیت از نظر برخی فقها (عاملی/۴۰۶/۱۸ - شهید ثانی/۲۶۲/۱۲) در مواردی که اشجار و بنا نیز به تنهایی فروخته شود؛ شامل ادله شفعه نخواهد بود، اگرچه تعریف مال غیر منقول بر آن صدق می‌کند.

۲- قابل تقسیم بودن

در مورد این شرط میان فقها اختلاف نظر مشاهده می‌شود؛ به این صورت که برخی این شرط را مورد پذیرش قرار داده (علامه حلی/۲/۲۵۷) و گروه دیگر، شرط قابل تقسیم بودن مال را مردود دانسته و با خدشه در مستندات آن و با تمسک به عموماتی که در این خصوص وارد شده به شمول شفعه نظر داده- اند. (طوسی/۱۶۴/۷) و عده‌ای دیگر در مواردی که تقسیم موجب ضرر شده باشد این شرط را نپذیرفته اند (محقق حلی/۱۹۹/۳)

۳- انحصار مالکیت مبیع به دو شریک

شرط فوق برگرفته از نظر مشهور فقهای امامیه است (طوسی/۱۱۳/۳) و دلیل آن برگرفته از روایت یونس است که آمده «فان زاد علی الاثنین فلا شفعه» (شیخ صدوق، ۳، ۷۹) اما اکثر فقهای عامه و تعدادی از فقهای امامیه (از جمله ابن جنید) بر خلاف مشهور نظر داده اند (نجفی/۲۷۲/۳۷) با این حال، نظر پذیرفته شده در قانون مدنی همان انحصار مالکیت میان دو شریک است.

همچنین اگر یکی از دو سهام مربوط به مال مشترک، وقف باشد، در فرض فروش، برای شریک دیگر مطابق ماده ۸۱۱ قانون مدنی و مطابق نظر فقهای عامه (سنه‌وری/۵۸۰/۹) حق شفعه به وجود نخواهد آمد. درحقیقت بسیاری از فقها بین این که موقوف علیهم یک نفر باشد و یا بیشتر تفصیلی نداده اند و در هر حال قائل به به عدم شفعه هستند. (طوسی/۱۴۵/۳) اما برخی دیگر (از جمله ابن ادریس) بیان داشته اند که اگر موقوف علیهم واحد باشد شفعه ثابت خواهد شد. (برای مشاهده این دیدگاه ن.ک فخر المحققین/۱۹۹/۲) اما با توجه به قانون اوقاف که در ماده ۳ خود قائل به وجود شخصیت حقوقی مال موقوفه است به نظر برخی از حقوقدانان وجود حق شفعه محل تامل است (محقق داماد/۲۸) از طرف مقابل، آیا با فروش مال موقوفه برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد می‌گردد؟ در این رابطه قانون گذار مدنی سکوت اختیار کرده است با این حال، در میان فقها برخی معتقد هستند حق شفعه برای مالک طلق به دلیل وجود مقتضی و انتقای مانع ثابت است (شهید ثانی/۲۷۳/۱۲- حکیم/۹۷/۲) و گروهی دیگر معتقد هستند که در صورت فروش وقف، اقوی این است که حق شفعه برای حصه طلق ثابت نخواهد شد. (موسوی خمینی/۵۵۶/۱)

همچنین هرگاه در مال مشترک یکی از دو شریک فقط بخشی از سهم خود را بفروشد حق شفعه برای دیگری ایجاد می‌شود و هیچ فقیهی با آن مخالفت نکرده است چراکه پس از وقوع بیع، تعداد شرکاء از دو نفر تجاوز کرده است. (نجفی/۲۷۶/۳۷) اما اگر یکی از دو شریک، سهم خود را دفعتاً یا تدریجاً به چند نفر بفروشد، حق شفعه برای شریک دیگر وجود دارد زیرا محدودیت شرکا قبل از انجام معامله محقق بوده است ولیکن در خصوص نحوه اعمال حق شفعه دو نظر وجود دارد، گروهی معتقد هستند که شریک باید نسبت به همه سهام اقدام کند و برخی دیگر بیان داشته‌اند شریک می‌تواند سهام بخشی از مشتریان را اخذ و از دیگران صرف نظر نماید. (اصفهانی/۷۶/۲)

در فرضی که فروش سهم به صورت یکجا به چند نفر فروخته شود، حق شفعه ایجاد می‌شود به عنوان مثال، شریکی سه دانگ مشاع خود را به سه نفر همزمان بفروشد و هر چند خریداران متعدد باشند، مانع ایجاد حق شفعه نیست اما اگر فروش به صورت تدریجی باشد و شریک نخست اعمال حق شفعه ننماید به جهت آن که تعداد شرکا از دو نفر تجاوز می‌کند، حق شفعه وجود نخواهد داشت. (محقق داماد/۳۴)

۴- مالکیت مشاعی

شرط مزبور از جمله شروطی است که مورد اتفاق علمای امامیه است (طوسی/خلاف/۱۸۱/۲) با این حال تنها فقیه مخالف در این زمینه ابن عقیل است و قائل به این دیدگاه است که ثبوت حق شفعه برای همسایه با وجود این که مال مشاعی وجود ندارد، ثابت است (برای مشاهده این دیدگاه ر.ک طوسی/مختلف/۱۲۵-فخرالمحققین/۱۹۸/۲-نجفی/۲۵۷/۳۷) همچنین برخی از فقهای عامه نیز با استناد به جلوگیری از ضرر محتمل قائل به این نظر هستند (ابن قدامه/۲۵۹/۵-مرغینانی/۴۰۶/۷) اما در املاک و اموال غیر منقول مفروزی که در ممر و در مجری مشترک باشد حق شفعه وجود دارد. البته ظاهر عبارت فقها موید این مطلب است که ممر و مجری همراه ملک فروخته شود (شهید ثانی/شرح لمعه/۱۸/۲) در حالی که قانون‌گذار مدنی در ماده ۸۱۰ از عبارت «یا» استفاده نموده است. همچنین باید توجه داشت که حق شفعه در مسقی (چاه مشترک) وجود ندارد چراکه آنچه در روایات مستثنی شده است ممر و مجری است.

۵- انتقال از طریق بیع

همه فقها متفق القول قائل به این نظر هستند که انتقال سهم شریک از طریق هبه، صلح و صداق موجد حق شفعه نخواهد شد. (طوسی/۱۱۱/۳- بحرانی/۲۶۲/۴) با این حال، ابن جنید مخالف نظر ارائه شده است و کلیه انتقالات و حتی هبه را اعم از معوض و غیر معوض را مشمول حکم مزبور می‌داند. (برای مشاهده نظر ن.ک شهید ثانی/۲۵۹/۲) در فقه عامه نیز برخی مطابق نظر اکثریت فقهای امامیه نظر داده‌اند. با این حال، فقیهان حنفی (سرخسی/۱۴۵/۱۴) و حنبلی (ابن قدامه/۲۶۱/۵) با این نظر مخالف هستند. همچنین مالکیان تنها انتقالات بلاعوض مثل وصیت، میراث و صدقه را نفی نموده و در سایر معاملات، حق شفعه را جاری می‌دانند. (مالک ابن انس/۴۴۱/۵) همچنین در ماده ۱۰۲۲ المجله که برگرفته از فقه حنفی است هبه به شرط عوض را در حکم بیع دانسته است. (کاشف الغطاء/۱۸۳/۲)

همان گونه که ملاحظه می‌شود در حقوق کنونی شفعه تنها از طریق بیع صحیح منتقل می‌گردد بنابراین پرواضح است مطابق ماده ۸۱۳ قانون مدنی، شفعه در بیع فاسد وجود ندارد زیرا شفعه مترتب بر انتقال است. و به واسطه بیع باطل صورت نمی‌گیرد. اما در صورتی که صحت و فساد معامله مورد نزاع باشد و فروشنده دادخواست ابطال معامله را تقدیم کند، شفیع باید اقدام به اخذ شفعه نماید و چنانچه در این امر تعلل بورزد و حکم دادگاه به صحت معامله صادر شود، حق شفعه ساقط خواهد شد. (محقق داماد/ ۵۱) همچنین، شفعه در بیع خیاری جاری است و حق شفعه به محض انعقاد بیع، برای شفیع ایجاد می‌گردد بر خلاف دیدگاه ماده ۱۰۲۶ قانون المجله (کاشف الغطاء/۱۸۵/۲) اما این که خیال فسخ مقدم است یا اعمال حق شفعه سه حالت قابل تصور است؛ نخست در مواردی که فقط برای مشتری خیال فسخ وجود دارد که در این حالت پرواضح است که حق شفعه مقدم خواهد بود و در این خصوص میان فقیهان امامیه اختلافی وجود ندارد (نجفی/۳۲۲/۳۷) اما در حالت دوم در مواردی که تنها برای بایع حق فسخ وجود دارد و سوم در حالتی که مشتری و بایع هر دو اختیار فسخ معامله دارند. اختلاف نظر مشاهده می‌شود. برخی از فقهای

امامیه حق شفعه را مقدم می دانند (شهید ثانی/۲/۲۲۱) و برخی دیگر تقدم حق شفعه را انکار می نمایند و گروه دیگر به طور مطلق قائل به مراعی دانستن اخذ به شفعه هستند به این معنی که در بیع خیاری، اخذ به شفعه صحیح بوده و اثر آن مراعی به بر طرف شدن مانع که همانا اعمال یا عدم اعمال خیاری است منوط نموده اند (ساعت چی / ۱۸) باید دانست که حق شفعه در معاملات غیر رسمی که با سند عادی تنظیم شده است نیز جریان دارد؛ با این تفاوت که تنها محاکم مطابق مواد ۴۶ و ۴۸ قانون ثبت، از پذیرش اسناد عادی که در دفاتر اسناد رسمی به ثبت نرسیده اند منع شده اند. با این حال، این مورد از جمله موارد مربوط به مرحله اثبات وقوع معامله است نه مرحله ثبوت. بنابراین اگر خواننده به سند ادعایی اقرار نماید بی تردید دادگاه به سند مزبور ترتیب اثر می دهد. (محقق داماد/۵۸) همچنین در آپارتمان ها که عرصه و ساختمان میان چند نفر است حق شفعه وجود ندارد؛ اما اگر مالکیت منحصر در دو نفر باشد یقیناً حق شفعه موجود است. اما در صورتی که مالکیت عرصه به جهت وقف و یا غیر آن بین دو نفر مشترک نباشد و ممر و مجری هم مشترک نباشد حق شفعه وجود ندارد بر خلاف فقه عامه که برای همسایگان قائل به حق شفعه است (مرغینانی/۴۰۶/۷- ابن قدامه/۵/۲۵۹) با این حال، در صورتی که میان دو همسایه در آپارتمان هیچ اشتراکی وجود نداشته باشد اما راه عبور و یا تاسیسات لوله کشی بین هر دو مالک، مشترک باشد چنانچه یکی از دو مالک سهم خود را بفروشد، مطابق ماده ۸۱۰ قانون مدنی مالک دیگر حق شفعه خواهد داشت.

شرایط شفیع

پس از بررسی شرایط موضوع شفعه می بایست شرایط مربوط به شفیع مورد مطالعه قرار بگیرد. که عبارت است از؛ ۱- اهلیت شفیع ۲- مسلمان بودن شفیع ۳- لزوم مالکیت شفیع قبل از بیع ۴- توانایی شفیع به تادیه ثمن

۱- اهلیت شفیع

در خصوص اهلیت تمتع شفیع برای دارا شدن حق شفعه، اصولاً با زنده متولد شدن فرد محقق می شود. اما در مورد اجرای حق شفعه که در قالب ایقاع اخذ به شفعه انجام می گردد نیاز به اهلیت استیفاء شفیع است. در نتیجه افراد فاقد اهلیت همچون صغار، مجانین و غیر رشیدان، از طریق نماینده قانونی (ولی، وصی

و یا قیّم) اقدام می نمایند. (محقق داماد/۶۶) و در صورت عدم اعمال اخذ به شفعه از طریق نمایندگی، اخذ به شفعه صغیر غیر ممیز و مجنون به جهت فقدان قصد کاملاً باطل و صغیر ممیز و سفیه نیز به عقیده برخی به دلیل فقدان عدم نفوذ در ایقاعات باطل است. (قاسم زاده/۴۸) همچنین ولیّ یا قیّم محجورین اگر با در نظر گرفتن غبطه و مصالح آنان حق شفعه را ساقط کردند، آنان پس از رفع حجر، حق اعمال شفعه را نخواهند داشت؛ اما اگر ولیّ محجوری در اثر سهل انگاری و بی مبالاتی بدون در نظر گرفتن غبطه اخذ به شفعه نکرده باشد، آن محجور پس از رفع حجر می تواند خود اقدام به اخذ شفعه نماید. (عاملی/۳۳۶/۶) برخلاف فقهای عامه که در این فرض چنین حقی را ساقط شده می دانند. (المجله/ ماده ۱۰۳۵) اما این که ملاک و تشخیص رعایت غبطه و مصلحت، ولی محجور است یا شرع تعیین کننده این موضوع است، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد برخی ملاک مصلحت و مفسده را خود ولی قرار داده اند (نجفی/۲۹۳/۳۷- خوئی/۷۵/۲) و عده ای دیگر معیار تشخیص غبطه و مصلحت را شرع دانسته اند به این صورت که اگر محجور پس از رفع حجر مدعی عدم رعایت غبطه و مصلحت باشد می تواند اقدام به اخذ شفعه نماید. (طوسی/خلاف/۲۶۵) اما در فرضی که مال مشترک میان ولی و مولی علیه او باشد و ولی محجور با رعایت غبطه سهم او را بفروشد برخی معتقد هستند برای ولی حق شفعه ایجاد نمی شود (موسوی خمینی/۵۵۷/۱) و عده ای دیگر قائل به وجود حق شفعه هستند (حکیم/۹۹/۲- خوئی/۷۵/۲) همچنین در صورتی که شفیع به واسطه ورشکستگی از تصرف در اموالش منع شده باشد مسلماً حق شفعه برای او ایجاد می گردد اما در خصوص اخذ به شفعه اصولاً به دلیل حجر سوء ظنی که وجود دارد شفیع از تصرف در اموال خود نهی شده است. با این حال در صورتی که طلبکاران شفیع رضایت به اخذ نمایند و یا مشتری حاضر شود ثمن معامله در ذمه شفیع باقی بماند یا این که مشتری، شفیع را از پرداخت ثمن بری نماید (محقق داماد/۷۲) می تواند اقدام به اخذ شفعه نماید. با این وجود، شفیع مجبور نیست به نفع غرماء اخذ به شفعه نماید و یا این که شفیع توسط طلبکاران خود مجبور به اخذ به شفعه شود. (نجفی/۲۷۰/۳۷)

۲-مسلمان بودن شفیع

یکی دیگر از شرایط اعمال حق شفعه، مسلمان بودن شریک است. و مطابق نظر مشهور فقهای امامیه در صورتی که مشتری مسلمان باشد و شفیع غیر مسلمان باشد برای، شفیع امکان اخذ به شفعه وجود ندارد

به استناد آیه شریفه ۱۴۱ سوره نساء «لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا» با این حال در مواردی که مشتری کافر باشد و شفیع مسلمان باشد حق شفعه ایجاد خواهد شد و همچنین در مواردی که دو طرف کافر باشند چنین حقی برای شفیع ایجاد می‌گردد (نجفی/۳۷/۲۷۰- موسوی خمینی/۱/۵۵۷) با این حال فقیهان عامه چنین دیدگاهی نداشته و حق شفعه را برای شریک دیگر با وجود کافر بودن شریک و مسلمان بودن مشتری قائل هستند (علامه حلی/۱/۵۹۰)

۳- لزوم مالکیت شفیع قبل از بیع و استمرار آن تا هنگام اخذ به شفعه

یکی از شروطی که از ماده ۸۰۸ قانون مدنی به وضوح استنباط می‌شود این است که هنگام انجام بیع شریک، مالکیت شفیع باید محقق باشد تا حق شفعه به وجود آید. و در غیر این صورت، چنانچه پس از انجام معامله شریک، شفیع مالک گردد، برای وی حق شفعه نیست. اما در فرضی که شفیع در هنگام بیع شریک باشد اما قبل اعمال اخذ به شفعه مبادرت به فروش سهم خود نماید اختلاف نظر مشاهده می‌شود. برخی بین حالت آگاهی شفیع از بیع سهم شریک دیگر و ناآگاهی او از وقوع بیع تفاوت گذاشته اند. و در فرض نخست که شریک از فروش سهام شریک خویش آگاه بوده و سهمش را فروخته، عمل او را اعراض از حق، و از مصادیق اسقاط ضمنی تلقی نموده‌اند. اما در فرضی که بدون آگاهی اقدام به فروش سهم خود نماید، حق شفعه باقی است. چراکه اسقاط یک ایقاع تلقی شده و نیاز به عنصر عمد است. و در صورت تردید در بقای حق، استصحاب مجری خواهد بود. (طوسی/مبسوط/۱۴۲/۳) در مقابل، عده‌ای دیگر چنین تفصیلی را قبول نداشته و در هر حال، حق شفعه را ساقط شده می‌دانند. (کرکی/۶/۴۶۶- شهید ثانی/۱۲/۳۴۴) و این نظر مورد تایید برخی علمای عامه نیز قرار گرفته است (باز/۲/۵۵۴) و در نهایت، گروهی دیگر از فقها، در این مسئله توقف نموده اند (علامه حلی/۲/۲۱۷- سبزواری/۱۸/۱۵۵) با این وجود، پرواضح است فرض مسئله فوق ناظر به حالتی است که قبل از اخذ به شفعه، یکی از معاملات ناقله صورت بگیرد، بنابراین در حالتی که معاملات ناقله‌ای وجود نداشته باشد (همچون به رهن گذاشتن سهم) و یا سهم شفیع، قبل از اخذ به شفعه به واسطه ارث به قائم مقام او منتقل بشود، حق شفعه همچون سایر حقوق مالی به ورثه منتقل می‌گردد.

۴- توانایی شفیع در تادیه ثمن

هر چند در قانون مدنی از این شرط سخنی به میان نیامده است، لیکن با دقت در عبارات ماده ۸۰۸ قانون مدنی که مقرر داشته «... شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبعه را تملک کند....» استنباط می‌گردد که تملک حصه میبعه منوط به تادیه ثمن از سوی مشتری است. اما در صورتی که شفیع قادر به پرداخت ثمن نباشد. عده‌ای معتقد هستند که به شفیع سه روز مهلت داده می‌شود (علامه حلی/۲۴۹/۱۲) و در مقابل به عقیده برخی از فقها، این عجز از پرداخت ثمن، بالفعل باشد و یا این که بالقوه (به این معنا در صورتی که شفیع با وجود فقر، قدرت به پرداخت ثمن داشته باشد مثلاً مالی قرض و یا ضامنی ارائه دهد) بازهم حق شفعه او ساقط خواهد شد. (بحرانی/۳۱۱/۲۰-گلپایگانی/۷۷/۲) و همان گونه که به صرف گفته شفیع، مال مورد شفعه به او انتقال پیدا می‌کند، به صرف ناتوانی در پرداخت و یا تعلل در پرداخت مالکیت به مشتری باز می‌گردد (حکیم/۱۰۱/۲) بنابراین مطلب، پرداخت ثمن، شرط تاثیر ایقاع اخذ به شفعه بوده و یکی از ثمرات این بحث، منافع مال مورد شفعه است که از چه زمانی به شفیع انتقال پیدا می‌کند. با این وجود، برخی از فقها معتقد هستند که صرف ایقاع اخذ به شفعه موجب انتقال مال نشده و علاوه بر آن لازم است ثمن مبیع نیز پرداخت شود (سیستانی/۱۰۳/۲) همچنین شفعه در مواردی که ثمن المثل وجود داشته باشد، پرداخت آن از سوی شفیع با مشکلی مواجه نیست اما در مواردی که ثمن از اشیاء قیمی تلقی شود برخی پرداخت ثمن قیمی را رد نموده اند (موسوی خمینی/۵۵۸/۱) و عده‌ای دیگر پرداخت ثمن به عنوان اشیاء قیمی را مورد پذیرش قرار داده‌اند. (فخرالمحققین/۲۱۰/۲) همچنین باید توجه داشت تر نظر فقیهان امامیه مالکیت شفیع، حتی در صورت غیبت مشتری، منوط به حکم محکمه و یا اتخاذ شاهد نیست (طوسی/مبسوط/۱۰۹/۲) اگرچه شفیع برای پیشگیری از انکار مشتری، نسبت به اخذ به شفعه، اقداماتی از قبیل مراجعه به محکمه و یا گرفتن شاهد صورت می‌دهد. با این حال مطابق فقه عامه کیفیت اخذ به شفعه به گونه‌ای دیگر بیان شده است (المجله/ماده ۱۰۲۸)

آثار اخذ به شفعه

در رابطه با اثر اخذ به شفعه سه مبحث قابل مطالعه است. نخست بررسی معاملاتی که در فاصله میان وقوع بیع و اعمال حق شفعه واقع شده و دوم ضمان درک در اخذ به شفعه و در نهایت، روابط حقوقی شفیع و مشتری.

معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه

مطابق ماده ۸۱۶ قانون مدنی، اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می نماید. اندیشمندان فقهی و حقوقی دیدگاه های متفاوتی را در خصوص معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه قبل از اعمال حق شفیع در مال مورد نظر ارائه کرده اند. گروهی معاملات صورت گرفته را صحیح تلقی نموده اما در اثر اعمال حق شفعه نیز در دسته نخست اختلاف دیدگاه مشاهده می گردد به این صورت که برخی اثر اخذ به شفعه را انفساخ معاملات مشتری تلقی نموده- اند (علامه حلی/۲۵۳/۲- کرکی/۴۱۱/۶) و عده ای دیگر قابلیت ابطال را ضمانت اجرای حقوقی مناسب می- دانند (طالب احمدی/ش ۱۴۸/۳) و گروهی از حقوقدانان، وضعیت عدم قابلیت استناد را برگزیده اند (کاتوزیان/۲۸۹- ایزانلو و شریعتی نسب/ش ۴۸/۲) و در نهایت، برخی از حقوقدانان، نظریه مراعی را برای چنین وضعیتی مناسب می دانند (محقق داماد و همکاران/ش ۱۱/۱۱) در مقابل، گروه دیگر چنین معاملاتی را غیرنافذ تلقی نموده و اعمال حق شفعه را رد معاملات مزبور تلقی نموده اند. (امامی/۳۹/۳- طاهری/۳۴/۵) اما نکته دیگری که در این زمینه حائز اهمیت است موضوع اقاله است. بی تردید بعد از این که شفیع اخذ به شفعه نماید، بایع و مشتری نمی توانند معامله را اقاله نمایند (بحرانی/۳۲۲/۲۰) اما هرگاه پس از انجام بیع و قبل از اخذ به شفعه، مشتری و بایع با تراضی یکدیگر معامله را اقاله کنند، آیا مورد مشمول حکم ماده ۸۱۶ قانون مدنی است و اقاله باطل می شود؟ پاسخ به سوال مزبور بسته به این موضوع دارد که ماهیت حقوقی اقاله عقد است یا این که صدق عنوان معامله بر آن صادق نیست. در رابطه با موضوع اخیر، دیدگاه های متفاوتی در حقوق و فقه مطرح شده است به این صورت که بر خلاف فقه عامه، در فقه امامیه این دیدگاه وجود دارد که ماهیت اقاله فسخ است و نه بیع و در میان فقها کسی در آن تردید ننموده است (اردبیلی/۴۶/۹- روحانی/۳۲۶/۱۸) با این حال، در عقد بودن اقاله برخی از فقهای امامیه تردید نموده اند (نجفی/۳۵۴/۲۴) و در نهایت، گروهی از فقها به صراحت عقد بودن اقاله را پذیرفته اند (اصفهانی/۱۰- خلخالی/۱۸۶- روحانی/۳۲۰/۱۸- همدانی/۴۵۶) همچنین به تبع، در حقوق ایران دسته ای از حقوقدانان عقد بودن اقاله را رد نموده (شهیدی/۱۱۴/۵- طاهری/۱۵۶/۲) در مقابل، اکثر نویسندگان حقوق مدنی اقاله را به

طور کلی عقد تلقی نموده‌اند هر چند از حیث استدلال به یک راه نرفته‌اند (برای ملاحظه دیدگاه‌های موجود ر.ک صادقی مقدم و همکاران/ش ۸/۱۲) به هر روی، در صورتی که اقاله جز دسته عقود و قراردادهای تلقی شود، مشمول حکم ماده ۸۱۶ قانون مدنی خواهد بود اما در صورتی که عقد بودن آن مورد تردید قرار بگیرد، در این که اقاله حق شفعه را اسقاط می‌نماید یا خیر اختلاف وجود دارد. مشهور نظر به این دارد که با انجام اقاله، حق شفعه ساقط نمی‌گردد، بلکه اخذ به شفعه اقاله انجام شده را بر هم می‌زند زیرا حق شفعه به موازات عقد ایجاد می‌گردد و متبایعین نمی‌توانند با اقاله آن را اسقاط نمایند (شهید ثانی/شرح لمعه ۲/۲۶۸) در مقابل، برخی بر این دیدگاه هستند که اقاله حق شفعه را ساقط می‌کند زیرا اقاله معامله نیست تا با اعمال شفعه، کان لم یکن گردد بلکه اثر اقاله انحلال عقد است و با انجام آن مجدداً مبیع به بایع منتقل می‌شود و در هنگام اخذ به شفعه مشتری مالک مبیع نیست تا شفیع بتواند با دادن ثمن، آن را تملک کند به علاوه آن که صرف تقدم منشا حق شفعه بر اقاله، موجب بطلان اقاله نمی‌گردد. (محقق داماد/۸۷)

ضمان درک در اخذ به شفعه

اخذ به شفعه اصولاً پس از وقوع بیع صحیح و حصول اثر آن که انتقال مالکیت مبیع از بایع به مشتری است اعمال می‌گردد. اما در مواردی که مبیع از آن دیگری باشد، چه کسی در مقابل شفیع، ضامن درک مبیع است؟ آیا ضمان درک، بر عهده بایع است یا آن که مشتری ضامن می‌باشد.

در این رابطه ماده ۸۱۷ قانون مدنی مقرر داشته: «در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند، مشتری ضامن درک است، نه بایع، لکن اگر در موقع اخذ به شفعه، مورد شفعه هنوز به تصرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع به مشتری نخواهد داشت.» همان گونه که واضح است ماده مذکور از دو بخش تشکیل شده است و قسمت نخست مربوط به بیع باطل و قسمت دوم در مورد بیع صحیح است. در این رابطه، مشهور فقها معتقد هستند هر گاه در زمان اخذ به شفعه معلوم شود که حصه مبیعه از آن دیگری است مشتری مسئول جبران است چرا که ماخوذ منہ مشتری است نه بایع و لذا درک آن هم بر عهده مشتری است. (شهید ثانی/۳۲۳/۱۲) در مقابل این دیدگاه، عده‌ای از فقها معتقد هستند در صورتی مشتری ضامن درک مبیع است که عالم به غصب و مستحق الغیر بودن مبیع باشد و در فرضی که او جاهل به غصب باشد به مقتضای قاعده لاضرر هیچ گونه مسئولیتی متوجه مشتری نخواهد بود (شوشتری/۱۸۶/۸) اما در خصوص

قسمت دوم، دو بحث قابل طرح دارد. نخست این که اگر هنگام اخذ به شفعه هنوز مورد شفعه به مشتری داده نشده باشد، شفیع نمی‌تواند مشتری را مجبور به تحویل نماید (عاملی/۱۸/۶۱۱- شهید ثانی/۱۲/۳۲۳) زیرا اخذ به شفعه ایقاع بوده و مشتری از این حیث تعهدی بر ذمه ندارد. با این حال، در فقه عامه چنین دیدگاهی وجود نداشته و مشتری را مکلف به قبض می‌دانند (ابن قدامه/۵/۴۷۶) و دوم آن که اگر شفیع پس از پرداخت ثمن به مشتری، به بایع رجوع نماید، چه کسی ضامن درک مبیع است؟ در این فرض نیز مطابق دیدگاه فقها در هر حال، ضمان درک بر عهده مشتری است هر چند بایع، به ظاهر در مال مورد شفعه تصرف ننموده باشد. به عبارت دیگر، ضمان درک در هر حال به عهده مشتری است، خواه حصه را قبض کرده باشد و شفیع از وی تحویل بگیرد و خواه قبض نکرده و شفیع پس از پرداخت ثمن به وی، حصه مبیعه را از بایع تحویل گرفته باشد. (روحانی/۱۸/۳۵۸)

رابطه حقوقی شفیع و مشتری

یکی از مسائلی که در ارتباط با حقوقی شفیع و مشتری مطرح می‌شود مسئولیت عیب و تلف مبیع است که پس از وقوع بیع در ید مشتری قرار دارد بنابراین مطلب، سه حالت قابل بررسی است؛ نخست تلف و عیب حادث در ید بایع، دوم تلف و عیب حادث در ید مشتری قبل از اخذ به شفعه و سوم تلف و عیب حادث در ید مشتری بعد از اخذ به شفعه.

در مورد بحث نخست، هر گاه مبیع، قبل از قبض مشتری، در ید بایع معیوب، خراب و یا تلف شود، بی تردید از مال بایع تلف گردیده است. و این موضوع یکی از مصادیق ماده ۳۸۷ قانون مدنی است که در این حالت معامله منفسخ می‌گردد (محقق داماد/۹۵) اما در حالت دوم و در فرضی که تلف و عیب حادث در ید مشتری قبل از اخذ به شفعه رخ داده باشد مطابق فتوای مشهور فقهای امامیه، مشتری در قبال تلف و عیب به وجود آمده چه در اثر حوادث قهری و یا حوادثی که در اثر تقصیر مشتری در مال ایجاد شده، مسئولیتی نخواهد داشت (محقق حلی/۳/۲۰۶- حکیم/۲/۱۰۲) همچنین قسمت نخست ماده ۸۱۸ قانون مدنی موید این مطلب است. با این وجود، برخی از فقها ضمان مشتری در این فرض را نیز دور از انتظار نمی‌دانند چراکه در هر حال، حق شفیع به مال مورد شفعه تعلق دارد همچون مورد رهن که تصرفات رهن در مورد رهن ممکن است ضمان آور باشد. (کرکی/۶/۴۱۸) اما در فرضی که تلف و عیب حادث بعد از اخذ به شفعه در ید مشتری حاصل شود دو حالت قابل تصور است. نخست. شفیع علاوه بر اخذ، تسلیم حصه را نیز مطالبه کرده باشد دوم. شفیع اخذ به شفعه نموده اما مطالبه تسلیم نکرده باشد. در

حالتی که شفیع اخذ به شفعه را مطالبه نموده باشد، و مشتری بدون تعدی و تعدی، مال در ید او تلف و یا معیوب شود به مقتضای قواعد امانت، مسئولیتی متوجه او نخواهد بود. اما در فرضی که با وجود مطالبه شفیع، مشتری از تسلیم مال مورد شفعه، امتناع ورزیده و یا در نگهداری مال تسامح ورزیده باشد. چند دیدگاه در متون فقهی مشاهده می‌گردد. مشهور فقها بر این نظر هستند که مشتری در این حالت، مرتکب تقصیر شده و بر اساس قاعده، ضامن است (محقق داماد/۹۹) همچنین از مفهوم مخالف ماده ۸۱۸ نیز این موضوع استنباط می‌گردد. در مقابل، برخی از فقها با این استدلال که اخذ به شفعه با پرداخت ثمن موثر خواهد بود. قائل به این دیدگاه هستند که مشتری در هر حال ضامن خسارات به وجود آمده نخواهد بود. (طوسی/مبسوط/۱۱۶/۳ - طباطبائی/۹۱/۱۴) و در نهایت، دسته‌ای از فقیهان، در فرضی که حوادث قهری موجب تلف مال شده باشد، حکم به عدم ضمان مشتری داده‌اند. (روحانی/۳۵۹/۱۸) همچنین برخی از فقها میان «مطالبه» و «اخذ» قائل به تفصیل شده‌اند و عده‌ای در نهایت بیان داشته که کاملاً مشخص نیست که استفاده از این تعبیر به چه معنا است (نجفی/۳۶۵/۳۷) بنابراین تفکیک ایجاد شده از سوی فقها که به تبع در قانون مدنی نیز سرایت کرده و میان مرحله «مطالبه» و «اخذ» قائل به تفکیک شده است مبهم بوده می‌باشد زیرا در روایات و نصوص وارده تنها سخن از «اخذ» شده است. به همین جهت، برای رفع تعارض ظاهری به وجود آمده، بیان شده مناقشه‌ای در نام گذاری مراحل اخذ به شفعه وجود ندارد و ظاهراً منظور از این دو واژه همان دو مرحله انشا و اخذ عملی است که قانون مدنی مرحله نخست را «اخذ» و دومی را «مطالبه» عنوان کرده است بنابراین چنانچه قبل از اخذ ثمن، حصه مبیعه نزد مشتری، حتی با تعدی و تفریط، تلف گردد مشتری ضمانی در مقابل شفیع ندارد هر چند شفیع قبلاً در خواست شفاهی کرده باشد؛ زیرا انتقال قبل از اخذ ثمن انجام نمی‌گیرد تا مشتری ضامن باشد. (محقق داماد/۱۰۷) در نتیجه، اختلاف موجود، صوری و ظاهری است.

اما در صورتی که مبیع معیوب باشد مشتری مخیر است که معامله را فسخ کند و یا تفاوت سالم و معیوب (ارش) را به نسبت ثمن المسمی از بایع مطالبه کند. البته در بعضی از موارد، برای مشتری تنها راه حل دوم قابل تصور است مثل موردی که مشتری قبل از آگاهی به عیب مبیع، تصرفات تغییردهنده‌ای در آن کرده است. که در این موارد، در صورتی است که مشتری از بایع ارش گرفته باشد، شفیع می‌تواند در هنگام اخذ به شفعه و تحویل ثمن، به مقدار ارش از ثمن کسر و مابقی را تسلیم می‌کند. (بحرانی/۳۳۶/۲۰) زیرا شفیع در اخذ به شفعه باید ثمن را به مشتری بدهد و در این حالت، ارش جزئی از ثمن است. اما در فرضی که مشتری پس از توجه به عیب، مبیع را به همان صورت نگه دارد و به بایع مراجعه نکند و ارش نخواهد، مطابق نظر مشهور فقها شفیع نیز نمی‌تواند مدعی ارش گردد زیرا شفیع مکلف به پرداخت ثمن

است و ضامن همان چیزی است که عقد بر آن جاری شده است (نجفی/۳۷/۳۷۸) مفهوم ماده ۸۲۰ قانون مدنی نیز بر این موضوع دلالت دارد. همچنین مسئله دیگری که در رابطه حقوقی میان مشتری و شفیع مطرح می‌شود این است که نمائات حاصل از مبیع در فاصله وقوع بیع تا زمان اخذ به شفعه در صورتی که منفصل باشد متعلق به مشتری است زیرا منافع مزبور در ملکیت او ایجاد شده است و در صورتی که منافع متصل باشد، مال شفیع است. این موضوع مورد اتفاق تمامی فقهای امامیه و عامه بوده (طوسی/۱۱۹/۳) و ماده ۸۱۹ قانون مدنی نیز بر آن تاکید دارد. اما در مواردی که مشتری در مبیع درخت و یا بنایی احداث نموده باشد، با اخذ به شفعه می‌تواند درخت و بنا را قلع نماید و در این خصوص اذن شفیع لازم نیست. لازم به ذکر است که تمامی فروضی که فقها در این مسئله مطرح می‌نمایند ناظر به حالتی است که مال مورد شرکت، تقسیم شده و یا حصه مبیعه مفروز بوده اما در ممر و یا مجرا مشترک می‌باشد و از این نظر حق شفعه ایجاد شده و مشتری قبل از اطلاع شفیع، احداث بنا و غرس اشجار کرده است. (فخر المحققین/۲/۲۱۲) لیکن در حالتی که مشتری بعد از اخذ به شفعه اقدام به قلع بنا و اشجار نماید و خرابی و نقصی در حصه مبیعه ایجاد شود، دو نظر وجود دارد. برخی معتقد هستند که مشتری هیچ گونه تکلیفی در این خصوص ندارد و جبرانی ضرری متوجه او نخواهد بود زیرا مشتری هیچ گونه ضمانتی نسبت به عیوب و خساراتی که قبل از مطالبه، یعنی هنگامی که مالک مال بوده و به موجب تصرف او پدید آمده ندارد زیرا او در ملک خویش تصرف نموده است. (نجفی/۳۷/۳۶۶- فخر المحققین/۲/۲۱۴) در مقابل، نظر دوم این است که خریدار مکلف است خرابی های حاصل را ترمیم نماید زیرا پس از اخذ به شفعه و مطالبه شفیع، هرگونه تصرف مشتری در حصه مبیعه، تصرف در ملک دیگری محسوب شده و مشتری ضامن خواهد بود. (اردبیلی به نقل از نجفی/۳۷/۳۶۶) حال در صورتی که شفیع، قلع یا ازاله ابنیه مذکور را در خواست نماید و مشتری امتناع کند دو دیدگاه مطرح شده است عده‌ای بر این نظر هستند که هرگاه مشتری از قلع امتناع نماید، شفیع مخیر است که با پرداخت ارش خسارت وارد به مشتری، اقدام به ازاله کند و یا اگر مشتری راضی شود، قیمت بناها و درختان را به وی بپردازد و آن‌ها را مالک شود و یا این که از حق شفعه صرف نظر نماید (محقق حلی/۴/۷۸۳- شهید ثانی/۲/۲۲۴) و در برابر دیدگاه بیان شده، برخی معتقد هستند که در صورت تخریب، شفیع ملزم به پرداخت ارش نیست. (علامه حلی/ ۱۲/۲۶۹) و در نهایت، ماده ۱۰۴۴ المجله بیان نموده است که اگر مشتری در بنای مورد شفعه چیزی اضافه نموده باشد، شفیع نمی‌تواند مشتری را مجبور به قلع ابنیه و اشجار نماید. (کاشف الغطاء/۲/۱۹۳)

ویژگی های حق شفعه

حق شفعه دارای ویژگی هایی است که به ترتیب، عبارت از ۱-فوری بودن ۲-قابلیت اسقاط ۳-عدم قابلیت تجزیه پذیری ۴-قابلیت انتقال قهری ۵-عدم قابلیت انتقال اختیاری

۱- فوری بودن

یکی از ویژگی های حق شفعه، فوری بودن آن است به این معنا که شفیع، به محض اطلاع از تحقق بیع و حصول شرایط لازم، باید نسبت به تادیه ثمن پرداخت شده از طرف مشتری و اعمال حق شفعه خود برای تملک حصه مبیعه اقدام نماید. و حکم فوری بودن حق شفعه مطابق نظر مشهور فقهای امامیه است تا آن جا که برخی از فقهای امامیه، چنان شهرتی دارد که جز ابن ادریس، هیچ مخالفی میان متاخرین وجود ندارد (طباطبایی/۸۵/۱۴) و شیخ طوسی نیز بر آن ادعای اجماع نموده است (طوسی/خلاف/۴۳۱/۳) با این حال، عده ای دیگر از اندیشمندان فقهی، چنین دیدگاهی نداشته و معتقد هستند که حق شفعه هر چه هم طول بکشد باطل نخواهد شد. (برای مشاهده طرفداران این نظر ر.ک نجفی/۴۲۴/۳۷) با این حال، ماده ۸۲۱ قانون مدنی از نظریه مشهور تبعیت نموده و حق شفعه را فوری می داند. و میزان آن با توجه به عرف قراردادی در هر معامله مشخص می گردد. (محقق داماد/۱۲۳) اما در مواردی که شفیع دارای عذر موجه باشد و در اعمال حق شفعه تاخیر نماید، حق او ساقط نخواهد شد. و چنین امری مخل فوریت نخواهد بود. (شهید ثانی/۳۶۱/۱۲) مثلاً اگر شفیع گمان نماید که ثمن گران است و قدرت بر پرداخت ندارد ولی بعداً معلوم شود که چنین نبوده و قدرت بر پرداخت داشته مثل موردی که ثمن نقره بوده اما شفیع گمان نموده که ثمن طلا است. و یا شفیع در زندان بوده و نمی توانسته از زندان بیرون آمده و اعمال حق شفعه نماید و یا از طریق وکیل خود اقدام نماید. (نجفی/۳۳۹/۳۷) لازم به ذکر است که جهل شفیع سه صورت ممکن است داشته باشد ۱- جهل به موضوع معامله ۲- جهل به حق شفعه ۳- جهل به فوریت آن. در مورد نخست تمامی فقیهان بیان داشته اند که هر گاه شفیع، به انجام معامله توسط شریک خود، جاهل باشد حق شفعه او باقی است. (محقق داماد/۱۲۵) و همچنین هرگاه شفیع، از معامله صورت گرفته آگاه شود، ولی نداند که چنین حقی برای او وجود داشته، باز هم حق شفعه او ساقط نمی گردد. و در نهایت، جهل به فوریت نیز همانند موضوع سابق، قابل پذیرش است (بحرانی/۳۲۱/۲۰) با این شرط که چنین عذری عادتاً مورد پذیرش قرار گیرد (شهید ثانی/۴۰۶/۴) و شفیع ذر تحصیل مساله کوتاهی و تقصیر نکرده باشد. (میرزای قمی/۱۷۵/۳) ادعای جهل او مورد قبول خواهد بود. البته اثبات و احراز جهل به استحقاق شفعه، اندکی مشکل است زیرا علم و جهل به حق شفعه از امور باطنی محسوب شده و جز خود شخص، کس دیگری به آن آگاهی ندارد و شفیع و یا شریک باید اصولاً چنین موضوعی را اثبات

نماید. به عبارت دیگر، وجود عذر را شفیع اثبات نماید زیرا اصل عدم عذر است؛ با این حال، برخی از فقها بیان کرده اند که آن چه از نصوص و ادله شفعه استنباط می گردد آن است که این حق به صورت مطلق برای شفیع ثابت است و موارد اجمال و مسامحه بدون عذر موجه از آن استثنا شده است؛ بنابراین تا زمانی که اثبات نشود که شفیع بدون عذر موجه اجمال کرده حق وی ثابت خواهد شد. در نتیجه، مشتری مدعی بوده و شفیع منکر است زیرا مشتری ادعا می کند که شفیع بدون عذر موجه تاخیر کرده و بنابراین باید اثبات نماید. (نجفی/۳۷/۳۴۲)

۲- قابلیت اسقاط

به جهت آن که حق شفعه از حقوق مالی محسوب می شود، بدون تردید قابل اسقاط است و صاحب آن به هر طریق که بخواهد می تواند آن را اسقاط نماید. ماده ۸۲۲ قانون مدنی نیز اسقاط به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود. بنابراین اسقاط ممکن است صریح باشد یا ضمنی؛ توضیح آن که در اسقاط ضمنی، شفیع عملی انجام می دهد که به دلالت التزامی انصراف از حق شفعه است. مانند مواردی که پس از معامله و پدید آمدن حق شفعه، شفیع با مشتری بر سقوط شفعه به صورت معوض و یا غیر معوض مصالحه کند. که در این حالت مشهور فقهای امامیه قائل به سقوط حق شفعه هستند. (خوئی/۲/۷۷- حلی/۲۷۹) با این وجود، برخی با وجود صحت صلح، در خصوص سقوط حق شفعه، توقف نموده اند (طوسی/مبسوط/۳/۱۴۵) اما در حالتی که یکی از دو شریک مبادرت به فروش سهم خود کند و شریک دیگر ضامن درک مبیع و یا ثمن گردد عده ای از فقها حق شفعه را ساقط می دانند و بیان می دارند که ضمانت شفیع دال بر رضایت او نسبت به معامله است و بنابراین اقدام او موجب اسقاط حق شفعه خواهد بود. (فخرالمحققین/۲/۲۱۹) در مقابل این دیدگاه، بسیاری از فقها قائل به عدم سقوط حق شفعه هستند چرا که عمل مذکور، هیچ گونه دلالتی بر سقوط حق شفعه ندارد. (همان/۲۱۹) حتی عده ای معتقد هستند که برای اسقاط حق شفعه، تصریح لازم است. (بحرانی/۲۰/۳۴۱) همچنین در مواردی که شفیع، وکیل شریک خود در فروش حصه می شود برخی قائل به سقوط حق شفعه هستند زیرا با این اقدام، شفیع راضی به بیع بوده است (فخرالمحققین/۲/۲۱۸) و عده ای قائل به عدم سقوط حق شفعه هستند با این استدلال که مطلق رضایت نسبت به معامله، نمی تواند مسقط حق شفعه باشد؛ زیرا به سبب بیع، شفعه پدید آمده و آن چه که مسقط حق شفعه شمرده می شود، آن است که شفیع راضی به بقای ملک برای مشتری باشد که چنین رضایتی از وکالت نمی آید. (نجفی/۳۷/۴۰۷) در فقه حنفی بیان شده اگر شفیع، وکیل بایع باشد، نمی تواند اعمال حق شفعه نماید (المجله/ ماده ۱۰۲۴) البته مفهوم این کلام آن است که اگر شفیع وکیل مشتری باشد، حق شفعه ساقط نمی شود (محقق داماد/۱۳۶) همچنین اگر شفیع، قبل از

فروش سهم اعلام نماید که از اعمال حق شفعه صرف نظر نموده و یا هنگامی که به او پیشنهاد فروش سهم بشود و او رد نماید، مشهور فقها بیان داشته‌اند که در چنین حالتی حق شفعه ساقط نخواهد شد. زیرا حق شفعه با وقوع بیع پدید می‌آید و قبل از آن حقی به وجود نیامده که بخواهد قابل اسقاط باشد. (طوسی/مبسوط/۱۴۰/۳ - فخرالمحققین/۲/۲۱۸) در حقیقت، این موضوع، از مصادیق اسقاط مال می‌باشد. (گلپایگانی/۷۹/۲) با این حال، برخی اسقاط حق شفعه قبل از بیع را پذیرفته‌اند. (موسوی خمینی/۳۸۵ - حکیم/۱۱۶/۲)

۳- عدم قابلیت تجزیه

حق شفعه یک حق بسیط است و نمی‌توان آن را تجزیه کرد، به این صورت که نسبت به قسمتی از حصه مبیعه اعمال و نسبت به قسمت دیگر از آن صرف نظر نماید، بلکه شفیع یا باید نسبت به مجموع حصه اخذ به شفعه کند و یا تماماً از اعمال آن صرف نظر نماید. ماده ۸۱۵ قانون مدنی در این زمینه مقرر می‌کند که «حق شفعه را نمی‌توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود. بلکه صاحب حق یا باید از آن صرف نظر نماید و یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.» این حکم، مورد اتفاق نظر تمام فقها است و تجزیه پذیری در شفعه را جایز نمی‌دانند. (برای نمونه ن. ک حکیم/۲/۱۰۰ - روحانی/۲/۱۳۱) و علت این حکم به جهت اخبار وارده و قاعده لاضرر است زیرا در صورتی که شفیع این اختیار را داشته باشد که مبیع را تجزیه نماید موجب ضرر مشتری خواهد شد. (سبزواری/۱۸/۱۴۳) البته لازم به ذکر است این موضوع، با مبحث فروش جزئی از مبیع به هیچ عنوان منافاتی ندارد زیرا در این حالت، خود شریک حصه‌اش را به اجزای متعدد تقسیم کرده و یا فقط بخشی از سهم خود را فروخته و در این حالت، هیچ گونه ضرری از اعمال حق شفعه، متوجه مشتری نخواهد بود. (نجفی/۳۷/۳۲۵)

۴- قابلیت انتقال قهری

مطابق ماده ۸۲۳ قانون مدنی «حق شفعه بعد از فوت شفیع به وراثت یا وارث او منتقل می‌شود» با این وجود، حکم مذکور موافق مشهور فقهای امامیه است. در مقابل، برخی متقدمین (طوسی و طبرسی به نقل از نجفی/۳۷/۳۹۱) و متاخرین فقهای امامیه (خوئی/۲/۷۸ - تبریزی/۲/۸۵ - بشیر حسین/۱۶۰) و علمای عامه (برای مشاهده نظر ن. ک کاشف الغطاء/۲/۱۹۲) مخالف با انتقال حق شفعه به ارث هستند. همچنین بر خلاف ماده ۹۴۷ اصلاحی و مطابق نظر مشهور فقها، زوجه از مال غیر منقول ارث نمی‌برد. لیکن بیان شده که این

موضوع منافاتی با ارث بردن زوجه از حق شفعه نیست زیرا با این که زوجه از سهم مشترک مال غیر منقولی که مورث استحقاق شفعه در آن را داشته ارث نمی‌برد، اما از حق شفعه در آن اموال ارث می‌برد. (نجفی/۳۷/۳۹۱) به عبارت دیگر، زوجه از ماترک غیر منقول ارث نمی‌برد، نه از حق شفعه که یک حق مالی مستقل است. و در نتیجه، زوجه می‌تواند به نسبت سهم الارث خود در مقابل پرداخت ثمن به مشتری در مقام اعمال حق شفعه برآید و از این طریق به نسبت سهمش، ماترک غیر منقول زوج متوفی را با اخذ به شفعه تملک کند. (محقق داماد/۱۴۵)

۵- عدم قابلیت انتقال اختیاری

حق شفعه هر چند از دسته حقوق مالی محسوب می‌شود و مطابق نظر مشهور قابل توارث و اسقاط است اما به نظر ایشان قابل انتقال و معاوضه نیست. (سبزواری/۲۹۹-و حید خراسانی/۳/۹۱) زیرا هیچ گونه دلیلی برای انتقال ارادی ارائه نشده است. (قمی/۸/۲۹۲) و مضافاً این که حق شفعه برای رفع ضرر از شریک است (کاتوزیان/۱۹) اما این که شفیع در قبال اخذ مالی از مشتری از حق خودش صرف نظر نماید، چنین عملی، انتقال محسوب نمی‌شود. همچنین همان طور که شفیع نمی‌تواند حق شفعه را به شخص ثالثی منتقل سازد، نمی‌تواند حق شفعه را برای دیگری وصیت نماید. البته در فرضی که موصی حصه مورد شرکت خود را همراه با حق شفعه برای دیگری، وصیت کند در این صورت حق شفعه به تبع حصه، به موصی له منتقل گردیده است.

حیله های فرار از شفعه

با مطالعه شروط و ضوابط شفعه می‌توان راه کارهایی گوناگونی را برای گریز متعاملین از به وجود آمدن حق شفعه بیان کرد. و این راه کارها هر چند برای گریز از ایجاد حق شفعه است اما هیچ منعی در آن وجود ندارد اگرچه احمد بن حنبل در فقه عامه با این موضوع مخالف است (علامه حلی/۱۲/۳۴۹) با این وجود، برخی از فقهای امامیه (شهید ثانی/۱۲/۳۶۷-عاملی/۱۸/۶۸۹) و عامه (مرغینانی/۴/۳۹) بیان نموده‌اند که در صورت وجود ضرر، احتمال حکم تکلیفی مبنی بر کراهیت آن وجود دارد اگرچه از باب وضعی کاملاً صحیح است. اما در مواردی که طرفین به طور صحیح انتقال را صلح و یا هبه قرار داده اما بیع اختیار

کرده باشند و یا بر ثمن صوری توافق کنند به اجماع حرام بوده و چنین حيله ها يی جایز نیست. (علامه حلی/ ۵۹۲/۴) و عبارت است از:

۱- واگذاری از طریق صلح یا هبه معوض

چنانچه متعاملین به جای بیع، از عقود معاوضی دیگری نظیر صلح و یا هبه معوض انجام دهند، شفعه منتفی خواهد بود. همچنین شریک می تواند قسمتی عمده ای از شقص یا مشفوع به را هبه دهد و قسمت اندکی را به مشتری در ازای کل ثمن بفروشد. (بحرانی/ ۳۴۱/۲۰)

۲- فروش بنا و اشجار بدون زمین

هر گاه متعاملین تمامی ثمن را عوض بنا و یا اشجار واقع بر روی زمین قرار دهند، و عرصه را به صورت هبه یا صلح بلاعوض انتقال دهند، در این صورت چون در عرصه بیعی صورت نگرفته است، حق شفعه منتفی است.

۳- تعیین ثمن صوری و بیش از ارزش واقعی

متعاملین می توانند برای ترغیب شریک به خودداری از اخذ به شفعه، ثمن معامله را چند برابر قیمت واقعی قرار دهند، و با این تبانی که پس از معامله بایع، قیمت واقعی را قبض نماید. (کاشانی/ ۳۳۴/۳) اما در صورتی که پس از وقوع معامله بایع از انجام مورد تبانی تخلف کند و از ابرای مازاد امتناع نماید تریدی نیست که بیع صحیح است و هیچ گونه ضمانت اجرایی ندارد (نجفی/ ۴۴۱/۳۷)

۴- قرار دادن ثمن غیر مثلی

چنانچه در معامله در ازای ثمن نقدی، کالای قیمی قرار داده شود که از نوع اجناس غیر مثلی است حسب نظر پذیرفته شده، شفعه منتفی خواهد بود. همچنین برخی دیگر از فقها راه کار دیگری را نیز ارائه نموده اند به این صورت که شریک سهم خود را برای مدت طولانی به مشتری اجاره دهد و اجاره بهای ناچیزی را تعیین نمایند و سپس در یک تراضی جداگانه مبلغ مبیع به بایع پراخت شود. (سبزواری/ ۵۵۰/۱) همچنین

یکی از مواردی که برای اسقاط شفعه پیشنهاد شده این است که ثمن مال قیمی قرار داده شود و پس از قبض بایع اقدام به تلف مال قیمی نماید تا در نتیجه آن ثمن مجهول شود؛ که در این صورت شفعه منتفی خواهد شد. (عاملی/۱۸/۶۹۰)

منابع و مأخذ-

۱. ابن منظور، ابو الفضل جمال الدین محمد بن مکرم، *لسان العرب*، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع - دار صادر، بیروت - لبنان، چ سوم، ۱۴۱۴ هـ.ق.
۲. ابن حزم، *المحلی*، دار احیاء التراث العربی، بیروت، بی چا، بی تا.
۳. ابن زهره، حمزه بن علی حسینی، *غنیة النزوع إلى علمی الأصول و الفروع*، در یک جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، چ اول، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۴. ابن قدامة، عبدا.. ابن احمد، *المعنی*، ناشر: مکتبه القاهرة، بدون طبعه، ۱۳۸۸ هـ - ۱۹۶۸ م.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، ۱۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چ اول، ۱۴۰۳ هـ.ق.
۶. اصفهانی، محمد حسین، *(الإجارة)*، در یک جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چ دوم، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۷. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، انتشارات اسلامی، تهران، بی تا.
۸. ایزانلو، محسن و شریعتی نسب، صادق، *مطالعه تطبیقی عدم قابلیت استناد در حقوق ایران و فرانسه*، مجله حقوق خصوصی، دوره نهم، شماره دوم، پاییز و زمستان، ۱۳۹۱.
۹. بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد بن ابراهیم، *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*، ۲۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چ اول، ۱۴۰۵ هـ.ق.
۱۰. البکاء عدنان، *الحق و الحکم*، بیروت، ۱۹۸۷.
۱۱. بشیر حسین، مصطفی الدین القیم، در یک جلد، دفتر حضرت آیه الله نجفی، نجف اشرف - عراق، چ اول، ۱۴۲۷ هـ.ق.
۱۲. تبریزی، جواد بن علی، *منهاج الصالحین*، ۲ جلد، مجمع الإمام المهدی (عجل الله تعالی فرجه)، قم، چ اول، ۱۴۲۶ هـ.ق.

۱۳. خلخالی، سید محمد مهدی، *فقه الشیعہ - کتاب الإجاره*، مرکز فرهنگی انتشارات منیر، تهران، ۱۴۲۷ چ اول، ه.ق.
۱۴. حکیم، سید محسن طباطبایی، *منهاج الصالحین*، دار التعارف للمطبوعات، بیروت - لبنان، چ اول، ۱۴۱۰ ه.
۱۵. حکیم، سید محمد سعید طباطبایی، *منهاج الصالحین*، ۳ جلد، دار الصفوة، بیروت - لبنان، اول، ۱۴۱۵ ه.ق
۱۶. حلی، علامه، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، *تذکره الفقهاء* ۱۴ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، چ اول، ۱۴۱۴ ه.ق
۱۷. حلی، علامه، حسن بن یوسف، *تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة*، ۶ جلد، مؤسسه امام صادق علیه السلام، قم، چ اول، ۱۴۲۰ ه.ق.
۱۸. حلی، علامه، حسن بن یوسف، *قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین قم، قم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۱۹. خوئی، سید ابو القاسم موسوی، *منهاج الصالحین*، نشر مدينه العلم، قم، ۱۴۱۰ ه.ق.
۲۰. روحانی، سید صادق، *منهاج الصالحین*، بی جا، بی تا.
۲۱. روحانی، سید صادق، *فقه الصادق علیه السلام*، دار الكتاب - مدرسه امام صادق علیه السلام، قم، چ اول، ۱۴۱۲ ه.
۲۲. ره پیک، حسن، *حقوق مدنی اخذ به شفعه*، انتشارات خرسندی، تهران، چ دوم، ۱۳۸۷.
۲۳. ساعت چی، علی، *نظریه عمومی وضعیت مراعی در اعمال حقوقی*، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی تهران، ۱۳۹۲.
۲۴. سبزواری، سید عبد الأعلى، *مهذب الأحکام*، مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله، قم، چ چهارم، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۵. سبزواری، محقق، محمد باقر بن محمد مؤمن، *کفایه الأحکام*، ج ۱، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چ اول، ۱۴۲۳ ه.ق.
۲۶. سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، دارالمعرفه، بیروت، بی جا، ۱۴۰۶ ه.ق.

۲۷. سیستانی، سید علی حسینی، *منهاج الصالحین*، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، قم، چ پنجم، ۱۴۱۷ هـ ق.
۲۸. سنهوری، عبد الرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، دار احیاء التراث العربی، بیروت- لبنان، بی تا.
۲۹. گلپایگانی، محمد رضا، *وسیلۃ النجاة*، چاپخانه مهر، قم، چ اول، ۱۳۹۳ هـ ق.
۳۰. شهید ثانی، زین الدین بن علی، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم، چ اول، ۱۴۱۳ هـ ق.
۳۱. شهید ثانی، *الروضۃ البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*، کتابفروشی داوری، قم، چ اول، ۱۴۱۰ هـ ق.
۳۲. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی*، ج ۵، سقوط تعهدات، انتشارات مجد، تهران، چ هشتم، ۱۳۸۶.
۳۳. شوشتری، محمد تقی، *النجعة فی شرح اللمعة*، کتابفروشی صدوق، تهران، چ اول، ۱۴۰۶ هـ ق.
۳۴. شیخ صدوق، محمد بن علی بن بابویه، *من لا یحضره الفقیه*، ۴ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چ دوم، ۱۴۱۳ هـ ق.
۳۵. طاهری، حبیب الله، *حقوق مدنی*، ۵ جلد، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چ دوم، ۱۴۱۸ هـ ق.
۳۶. طوسی، محمد بن حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، المكتبة المرتضویة لإحياء الآثار الجعفریة، تهران، چ سوم، ۱۳۸۷.
۳۷. طباطبایی، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل*، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، قم، چ اول، ۱۴۱۸ هـ ق.
۳۸. طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، ۶ جلد، دفتر انتشارات اسلامی، قم، چ اول، ۱۴۰۱ هـ ق.
۳۹. طالب احمدی، حبیب، *معاملات قابل ابطال در حقوق ایران*، فصلنامه مدرس علوم انسانی، دوره ۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۴.
۴۰. عاملی، سید جواد بن محمد حسینی، *مفتاح الکرامۃ فی شرح قواعد العلامۃ*، ۲۳ جلد، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چ اول، ۱۴۱۹ هـ ق.
۴۱. فخر المحققین، محمد بن حسن بن یوسف، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چ اول، ۱۳۸۷ هـ ق.

۴۲. قاسم زاده، سید مرتضی، *حقوق مدنی شفعه وصیت و ارث*، نشر دادگستر، تهران، چ اول، ۱۳۹۱.
۴۳. قمی، سید تقی، *مبانی منهاج الصالحین*، منشورات قلم الشرق، قم، چ اول، ۱۴۲۶ هـ ق.
۴۴. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی درس هایی از شفعه، وصیت، ارث*، نشر میزان، چ دوازدهم، ۱۳۸۸.
۴۵. کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها*، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۷.
۴۶. کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم، چ دوم، ۱۴۱۴ هـ ق.
۴۷. کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجله*، المكتبة المرتضوية، نجف اشرف - عراق، چ اول، ۱۳۵۹ هـ ق.
۴۸. کاشانی، فیض، محمد محسن ابن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، ۳ جلد، انتشارات کتابخانه آیه الله مرعشی نجفی - ره، قم، چ اول، هـ ق.
۴۹. محقق حلّی، نجم الدین، جعفر بن حسن، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چ دوم، ۱۴۰۸ هـ ق.
۵۰. محقق داماد، سید مصطفی، *ایقاع اخذ به شفعه*، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران، چ اول، ۱۴۲۶ هـ ق.
۵۱. محقق داماد، سید مصطفی، قبولی درافشان، سید محمد مهدی، ساعت چی، علی، *تحلیل و بررسی وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه*، آموزه های فقه مدنی، شماره ۱۱، بهار و تابستان ۱۳۹۴.
۵۲. مرغینانی، برهان الدین، *الهدایه*، دار الکشاف للنشر و الطباعة و التوزيع، ۱۹۵۲.
۵۳. مصطفوی، حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، ۱۴ جلد، مرکز الکتاب للترجمة و النشر، تهران، چ اول، ۱۴۰۲ هـ ق.
۵۴. موسوی خمینی، سید روح الله، *وسيلة النجاة*، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، قم، چ اول، ۱۴۲۲ هـ ق.
۵۵. موسوی خمینی، سید روح الله، *تحریر الوسيلة*، ۲ جلد، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، چ اول، هـ ق.
۵۶. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، انتشارات اسلامی، تهران. بی تا.
۵۷. وحید خراسانی، حسین، *منهاج الصالحین*، ۳ جلد، مدرسه امام باقر علیه السلام، قم، چ پنجم، ۱۴۲۸ هـ ق.
۵۸. همدانی، آقا رضا، *حاشیه کتاب المکاسب*، جناب مؤلف، قم، چ اول، ۱۴۲۰ هـ ق.

