

اخذ به شفعه

(۲)



سید مصطفی محقق داماد

شُرکت در اَیْنِه و اشجار

ماده ۸۰۹: « هرگاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود. »
با توجه به شرط اول یعنی غیر منقول بودن مال مورد شفعه^۱ توجیه این ماده روشن است و علت ذکر به خصوص آن این است که ممکن است کسی در مورد با استناد به اینکه اموال مندرج در ماده فوق به نحوی در زمین ثابت است، آنها را غیر منقول محسوب نماید و شفعه را در موارد مزبور جاری بداند، کما اینکه در میان فقهای شیعه، مرحوم شیخ در مبسوط و در میان فقهای عامه ابوحنیفه و مالک بر این عقیده میباشند.^۲

ولی شافعی از علمای عامه و مشهور فقهای شیعه، این گونه اشیاء را جزو منقول دانسته‌اند و معتقدند که مراد از غیر منقول اشیایی است که ذاتاً غیر منقول باشد نه بوسیله عمل انسان، مانند اَیْنِه و اشجار.^۳ البته همین اشیاء در صورتی که به تبع عرصه فروخته شوند (نه مستقلاً)، به تبع عرصه مورد حق شفعه قرار میگیرند.

ذکر این نکته لازم است که در قانون آمده است: « ... بدون زمین ... »

۱ - فصل نامه حق، ص ۳/۴۹۳

۲ - جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۲۸۱

۳ - تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۵۸۹

که مدلول آن اعم از آن است که فروشنده مالک زمین باشد ولی بنا را مستقل از عرصه به فروش رسانده باشد یا آنکه مثلاً زمین وقف بوده و از این جهت قابل فروش نبوده باشد.

شرکت در ممر و مجری

ماده ۸۱۰ قانون مدنی: « اگر ملک دو نفر در ممر و مجری مشترک باشد و یکی از آنها ملک خود را با حق ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه دارد اگر چه در خود ملک مشاعاً شریک نباشد ولی اگر ملک را بدون ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه ندارد.»

با توجه به شرط چهارم که موضوع شفعه را تنها در موارد اشاعه دانسته است و بدبراین در املاک مفروزه شفعه وجود ندارد در ماده فوق این مسأله مطرح میگردد که هرگاه دو نفر ملکشان از یکدیگر مجزا ولی در ممر و مجری مشترک باشد، اگر یکی از آن دو مبادرت به بیع سهم خویش نماید دیگری میتواند اعمال حق شفعه نماید، گوی مفاد این ماده تخصیص و خروجی است بر شرط چهارم زیرا که به موجب این ماده، دو نفر که ملکشان در جوار یکدیگر است و در ممر و مجری با یکدیگر شراکت دارند، با وقوع بیع توسط احد شریکین، دیگری میتواند مدعی حق شفعه گردد، هر چند که به هیچ وجه شرکت و اشاعه در ملک، میانشان برقرار نمیشود.

مبانی فقهی مسأله

این مسأله مورد اتفاق علماء است و صاحب جواهر میگوید: « من با نظر مخالفی برخوردار نگردم. از شیخ نیز در خلاف ادعای اجماع، حکایت شده است. مهمترین دلیلی که برای این حکم بدان استناد شده روایات و نصوصی است که در باب وارد گردیده است، از جمله روایت منصور بن حازم که از حضرت صادق (ع) میپرسد در مورد محوطه‌ای که در آن چند خانه وجود دارد و راه همه آنها در آن عرصه یکی است اگر بعضی از آنها اقدام به فروش نموده باشند آیا شرکای آنها میتوانند اخذ به شفعه نمایند؟ حضرت در پاسخ فرموده‌اند که اگر در ورودی خانه‌ای را که فروخته است از راه شریک مشترک تدارک دیده است خیر ولی اگر خانه را با راه آن فروخته است میتواند اخذ به شفعه نماید. اما معان نظر در روایت فوق چند مطلب قابل ذکر است.

الف - هر چند در روایت فوق تنها نام از « طریق » برده شده است ولی مشهور فقهاء بالغاء خصوصیت « مجری » را نیز بر آن افزودند، به جز مقنع و سبذ و وسیله که تنها به آنچه

۱ - فصل نامه حق، ۵۰۱ - ۳/۵۰۰

۲ - جواهر الکلام، ج ۱۷، ص ۲۸۳ - معانی این تدامه، ج ۲۵، ص ۲۵۹ - المختار، ج ۵، ص ۱۰۰

در روایت آمده است اکتفاء نموده‌اند.^۱ بعضی از ستاخرین نیز در مورد اشتراک در مجری و امثال آن تردید کرده‌اند.^۲

ب - روایت بر این موضوع که تعداد شرکاء از دو نفر بیشتر نباشد نه تنها دلالتی ندارد بلکه ظاهر روایت آن است که مورد سؤال بیش از دو نفرند معذک فقهاء بدین جهت فتوی نداده‌اند و در همین مورد همانند آنچه در ماده ۸۱ قانون مدنی آمده است شرط محدودیت دو نفر را معتبر دانسته‌اند.

ج - روایت از نظر قابل تقسیم بودن یا نبودن راه عبور اطلاق دارد و لذا فقهاء این شرط را نیز در این مورد متذکر نشده‌اند ولی بعضی مانند شهید در کتاب دروس موضوع را مقید به قابل تقسیم بودن دانسته است.^۳

در حقیقت امثال این بزرگواران معتقدند که مقدار متیقنی که از شرایط شفعه خارج گردیده موردی است که موضوع غیر مشمول شفعه (که شرایط شفعه در آن نیست) به موضوع مشمول شفعه ضمیمه گردیده باشد یعنی سلک مفروزی که به علت عدم شرکت، شفعه در آن جاری نیست به سر و یا مجری که در آن جمیع شرایط شرکت موجود است ضمیمه شود، بنابراین اگر سر و یا مجری غیر قابل تقسیم باشد از فرض سئاله بیرون است.

مرحوم صاحب جواهر در مقام خدشه بر این توجیه سیرماید: مقتضای اطلاق روایت مزبور این است که شفعه به خاطر اشتراک در طریق موجود است اعم از آنکه خود طریق مستقل دارای شرایط شفعه باشد یا خیر و گویی این مورد قسم دیگری است که شارع مقدس شفعه را در آن ثابت نموده است.

بنظر میرسد قانون مدنی از نظریه صاحب جواهر پیروی نموده و چنین شرطی را معتبر ندانسته است زیرا به مطلق برگزار کرده است.

د - مورد روایت فقط منزل و خانه است ولی در فتوای فقهای امامیه و قانون مدنی ایران چنین خصوصیت و محدودیتی ملحوظ نگردیده و لذا خانه، باغ و کلیه اموال غیر منقول را مشمول حکم میدانند.

ه - در کلمات فقهاء ظاهراً مسئله از این نظر تفاوتی ندارد که مال دو شریک قبلاً مشاع بوده و بعد مفروز گردیده یا آنکه از اول مشاع نبوده باشد زیرا در روایاتی که بدان اشاره شد بین دو حالت تفصیلی قائل نشده، بلکه جواب سؤال بطور مطلق از سوی امام (ع) بیان گردیده است بنابراین میتوان با استناد به ترک استفصال^۴ حکم را به هر دو صورت تعمیم داد.

۱ - جواهر الکلام، ج ۲، ص ۳۷، ۲۶۱.

۲ - مناہج المتقین، ص ۴۴۵.

۳ - جواهر الکلام، ج ۲، ص ۳۷، ۲۶۱.

۴ - هر گاه شخصی از امام (ع) موضوعی را سؤال نماید که قابل تقسیم و تفصیل به حالتهای گوناگون باشد ولی امام (ع) بدون اینکه توضیحی بخواهد و صورت خاصی را مشخص نماید، پاسخ بدهد فقهاء میگویند ترک استفصال دلالت بر اطلاق دارد.

حق شفعه در طبقات آپارتمان

مالکیت طبقات آپارتمان به این معنی که هر طبقه از یک ساختمان چند طبقه متعلق به یک نفر باشد، در بعضی کشورها معتبر شناخته شده و در بعضی دیگر منع گردیده است. مثلاً در کشور فرانسه بموجب ماده ۶۶۴ قانون مدنی این گونه مالکیت معتبر شناخته شده ولی در آلمان به موجب ماده ۱۰۱۴ قانون مدنی آن کشور چنین مالکیتی منع شده است.

قانون مدنی ایران به پیروی از فقه امامیه مالکیت آپارتمانی را معتبر شناخته و به موجب مواد ۱۳۵، ۱۳۶ و ۱۳۷ حدود مالکیت و وظایف و حقوق هر یک از مالکین را بنحو کلی تعیین نموده است. در اسفندماه ۱۳۴۳ قانونی تحت عنوان قانون تملک آپارتمانها به تصویب رسید که مشتمل بر شرح وظایف و نحوه انتخاب مجمع عمومی و نماینده مالکین و امثالهم میباشد.

تحلیل فقهی مسئله

وضع مالکیت مالکین متعدد در خانه‌های آپارتمانی از چند صورت خارج نیست.

الف - عرصه ساختمان و طبقات آن مجموعاً بین مالکین به نحو مشاع مشترک و مالکین نیز بیش از دو نفر باشند در این حالت چنانچه یکی از شرکاء مبادرت به فروش سهام خویش نماید، بی تردید حق شفعه برای سایرین بوجود نخواهد آمد، هر چند که در ممر و مجری مشترک باشند زیرا همانطور که گفته شد تعدد شرکاء بیش از دو نفر از موانع شفعه میباشد.

ب - در صورتی که در حالت قبلی تعداد مالکین بیش از دو نفر نباشند در این صورت با فروش سهام یکی از مالکین، برای شریک دیگر بدون تردید حق شفعه محقق میگردد.

ج - طبقات ساختمان مفروضاً متعلق به دو مالک است ولی در عرصه ساختمان بنحو مشاع مشترکند. در این صورت بی تردید یا فروش حصه یکی از دو شریک، برای دیگری حق شفعه جاری خواهد بود.

د - چنانچه در حالت قبل، مالکیت عرصه بین دو نفر مشترک نباشد و برای مثال متعلق به صاحب طبقه تحتانی باشد و یا به علت وقف یا خالصه بودن و یا علل دیگر، متعلق به مالکین نباشد و راه عبور و لوله کشی ساختمان به گونه‌ای باشد که برای هر طبقه مستقل

۱ - ماده ۱۳۵: « هرگاه طبقه تحتانی سال کسی باشد و طبقه فوقانی سال دیگری هر یک از آنها میتوانند بطور متعارف در حصه اختصاصی خود تصرف بکنند لیکن نسبت به سقف بین دو طبقه هر یک از مالکین طبقه فوقانی و تحتانی میتواند در کف یا سقف طبقه اختصاصی خود بطور متعارف آن اندازه تصرف نماید که مزاحم حق دیگری نباشد. »

ماده ۱۳۶: « صاحب اطاق تحتانی نسبت به دیوارهای اطاق و صاحب فوقانی نسبت به دیوارهای غرفه بالا اختصاص و هر دو نسبت به سقف پائین اطاق و غرفه بالا اشتراک متصرف شناخته میشوند. »

ماده ۱۳۷: « پله فوقانی ملک صاحب طبقه فوقانی محسوب است مگر این که خلاف آن ثابت شود. »

بوده و بین آنان مشترک نباشد، هر چند که در نوع اول (تعلق عرصه به یکی از مالکین و مفروز بودن ساختمان) بموجب صدر ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمانها مصوب اسفندماه ۳۳ تعیین تکلیف گردیده و از آن جلوگیری شده ولی بهرحال از نظر حقوقی قابل تصویر است ولی حالت دوم در همان ماده تصریح گردیده است.^۱

در حالت دوم اگر یکی از مالکین اقدام به فروش ساختمان خویش بنماید از نظر فقه امامیه و قانون مدنی ایران شریک دیگر دارای حق شفعه نخواهد بود زیرا مورد نه مشمول ماده ۸۰۸ قانون مدنی است و نه از مصادیق ماده ۸۱۰ اما همانطور که گفتیم عامه شفعه در دیوار (همسایگی) را نیز جاری دانسته اند.^۲ یعنی در حقیقت در مقابل فقهای امامیه که شفعه را در دو مورد قائلند (اشتراک در بیع و اشتراک در سر و مجری) علمای عامه شفعه را علاوه بر دو مورد فوق در یک مورد دیگر (همسایه دیوار به دیوار) نیز جاری دانسته اند در ماده ۱۰۰۸ المجله چنین آمده است: «الثالث ان یکون جاراً ملاصقاً للعقار البیع» یعنی سومین مورد شفعه همسایه دیوار به دیوار ملک فروخته شده است و بر همین اساس در ماده ۱۰۱۱ المجله مقرر گردیده «اذکان العلون البناء ملک واحد والسفل ملک غیره عداهاهما الآخر جاراً ملاصقاً» یعنی، هر گاه طبقه فوقانی ملک فردی باشد و طبقه تحتانی ملک دیگری، هر کدام همسایه دیوار به دیوار دیگری محسوب خواهند شد.

شارحین المجله مانند طحطاوی گفته اند، اگر راه عبور طبقات بالا و پائین یکی باشد شفعه به سبب شرکت ثابت است والا به سبب جوار.

فقهای عامه با توجه به مبانی فقهی خود، مسئله ساختمانهای پیش از دو طبقه را نیز مطرح نموده و گفته اند: هر گاه ساختمانی سه طبقه باشد و هر طبقه ملک یک نفر بونه و طبقات راه واحدی داشته باشند، یعنی به گونه ای که هر سه طبقه به یک راه باز شود، چنانچه مالک طبقه وسط مبادرت به فروش ملک خود نماید برای مالکین طبقه بالا و پائین هر دو شفعه ثابت میگردد و هر گاه مالک طبقه پائین یا مالک طبقه سوم ملک خود را بفروشد مالک طبقه وسطی در اخذ به شفعه اولی خواهد بود.^۳

هـ - طبقات ساختمان مفروزاً متعلق به دو مالک ولی زمین بین آنها مشترک نباشد، اما راه عبور و یا تأسیسات لوله کشی بین دو مالک مشترک باشد در این صورت چنانچه یکی

۱ - ماده ۱۰ قانون تملک آپارتمانها: هر کس آپارتمانی را خریداری مینماید به نسبت مساحت قسمت اختصاصی خریداری خود در زمین که ساختمان روی آن بنا شده یا اختصاص به ساختمان دارد مشاعاً سهم میگردد مگر اینکه سالکیت زمین مزبور به علت وقف یا خالصه بودن یا علل دیگر متعلق به غیر باشد

۲ - الهدایه، المرغینانی، ج ۷ ص ۴۰۶ - المغنی این قداسه، ج ۵ ص ۲۵۹

۳ - شرح المجله، سلیم بن رستم، ص ۵۶۵ - الهدایه مرغینانی، ج ۷ ص ۴۰۶ - میل السلام

صنعا، ج ۳ ص ۶۳ .

از دو مالک مبادرت به فروش سهم خویش نماید ، مالک دیگر به موجب ماده ۸۱۰ حق شفعه خواهد داشت .

حق شفعه در مزارع با اشتراك در چاه

هر گاه چاه آبی میان دو مزرعه خصوصی هم جوار مشترک باشد بتحوی که آب هر دو مزرعه از آن چاه تأمین گردد ، آیا با فروش یکی از مالکین بانضمام سهام چاه حق شفعه برای دیگری بوجود میاید یا خیر ؟

موضوع جای گفتگو و اظهار نظر است زیرا از طرفی نصوص وارده و موضع اجماع در خصوص ممر و مجری است و اشتراك در مستقی غیر از اشتراك در مجری است و چون شفعه خلاف اصل است نمیتوان از مقدار متیقن پارا فراتر نهاد .

ولی از سوی دیگر از موارد منصوص بوضوح میتوان تنقیح مناط نمود و مسقی را به ممر ملحق ساخت همانطور که فقهاء مجری را به ممر که منحصرأ مندرج در روایات واصله میباشد ملحق ساخته اند . شافعی از علمای عامه این نظر را انتخاب نموده است .^۱

البته باید توجه داشت که چون اشتراك در چاه همیشه مستلزم اشتراك در مجری نمیباشد نمیتوان مورد را مشمول ماده ۸۱۰ قانون مدنی دانست مگر با استفاده از روح قانون .

شفعه در املاك موقوفه

ماده ۸۱۱ قانون مدنی : « اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد . »

سبانی فقهی . مسئله

حکم مذکور در این ماده مطابق نظر اکثر قریب به اتفاق فقهای امامیه و نیز علمای اهل سنت است .^۲

هر چند در متون فتاوی فقهاء تنها موقوف علیهم مطرح گردیده ولی اضافه نمودن متولی در قانون مدنی بسیار به مورد بوده است .

اگر چه در عبارات بسیاری از فقهاء ، از این نظر که موقوف علیهم واحد باشد یا بیشتر تفصیلی داده نشده و بطور مطلق ذکر شده ولی در قواعد آمده است : « هر گاه شریک موقوفه یانند ، شفعه نسبت به طلق ثابت است اگر موقوف علیه واحد باشد . »

فخرالمتحققین در ایضاح گفته است : « نظریه فوق را ابن ادریس داده بدلیل اینکه موقوف

۱ - تذکره علامه ، ج ۱ ص ۵۹۰ .

۲ - الوسیطی شرح القانون المدنی ، ج ۹ .

علیه همانند شریک واحد در موارد دیگر است .
 به گروهی از قدماً و متأخرین نظریه فوق را رد کرده‌اند مانند شیخ در مبسوط^۲ و مدحقی
 در متن شرایع که چنین تصریح نموده است : « لم یکن للموقوف علیهم شفعة ولو کان
 واحداً » یعنی موقوف علیهم حق اخذ به شفعه ندارد هر چند که واحد باشد ، مانند آن که
 خانه‌ای وقف اهل بلد باشد که طبعاً همواره واحد است ، یا آن که وقف اولاد ذکور
 بوده ولی در حین فروش ، موقوف‌علیه منحصر به فرد باشد .

در توجیه این حکم ، صاحب جواهر دو دلیل اظهار داشته است :

۱ - موقوفه هیچگاه مالک منحصر به فرد ندارد ، زیرا هر چند در یک طبقه منحصر به
 فرد باشد و یا آن که همواره مورد استفاده آن یک نفر بوده باشد ، لکن منظور واقف تملک
 فرد واحد نبوده بلکه طبقات بعدی را نیز شامل سیگردیده و طبقات بعدی مستقیماً منافع را از
 واقف تلقی میکنند نه از طبقه ماقبل خود .

۲ - از روایات و نصوص وارده در شفعه به خصوص مرسله یونس ، چنین استظهار
 میگردد که مورد شفعه خصوص جایی است که ملک به گونه‌ای بین مالکین مشترک باشد
 که هر کدام قادر به فروش حصه خویش باشند .^۳
 جهت دیگری که میتوان بدلائل صاحب جواهر اضافه نمود این است که اگر حصه
 مبیعه بخواهد توسط متولی خریداری گردد از چه محل و بودجه‌ای این خریداری صورت
 میگیرد ؟ در حالی که محل وقف و مصرف آن همان است که واقف تعیین نموده است
 (الوقوف حسب ما اوقفها اصلها) وانگهی ، حصه مبیعه بر فرض خرید به چه صورتی در خواهد
 آمد ؟ آیا مستقیماً و خود بخود وقف محسوب میگردد ؟ یا آن که نیاز به اجرای صیغه وقف
 دارد ؟ و اگر شق اخیر است با توجه به اینکه به اجماع علماء هیچ وقتی صورت نمیگیرد مگر
 اینکه واقف مالک آن باشد (لاوقف الا فی الملک) قبل از اجرای صیغه وقف مالک حصه
 مبیعه چه کسی است ؟

مرحوم سید مرتضی در مقام مخالفت با مسأله فوق در انتصار چنین میفرماید :

« . . . یکی از مختصات و منفردات امامیه این است که معتقد است امام مسلمین و خلفای
 او در مورد موقوفاتی که نظارت آن را دارند و بر ساکنین و مساجد و مصالح مسلمین وقف
 گردیده است حق اخذ به شفعه خواهند داشت و نیز تمام نظار موقوفات ، اعم از وصی و ولی
 حق اخذ به شفعه را دارد اما فقهای عامه در این مورد با نظر امامیه مخالفند .

آن بزرگوار در توجیه نظریه خود گفته است ، حکمت جعل شفعه ، رفع ضرر است و

۱ - ایضاح الفوائد ، ج ۲ ، ص ۱۶۶ .

۲ - مبسوط شیخ ، ج ۳ ، ص ۱۴۵ .

۳ - جواهر الکلام ، ج ۳۷ ، ص ۲۶۸ .

بناراین فقرا و موارد بریه از نظر رفع ضرر اولی هستند .

سید مرتضی اضافه نموده است : « اگر گفته شود که وقف مالک ندارد ، در پاسخ خواهیم گفت که هر چند وقف مالک ندارد ولی بهرحال موقوف علیهم بهره‌ور از موقوفه هستند و با عدم وجود حق شفعه ، متضرر خواهند شد و مساکین مسلمان احق به آنند که ضرر از آنان رفع گردد . »

صاحب جواهر در پاسخ سید مرتضی میگوید : چون این قبیل موقوفات به خداوند تعلق و انتقال پیدا میکنند بدیهی است که از ادله شفعه خارج میشود (ادله شفعه ظاهر در آن است که شریکین مالک بوده و قدرت بر فروش داشته باشند یعنی هر دو مخلوق خداوند و هر دو مشمول تعریف مالک و بایع عرفی گردند .) و در صورتی که این قبیل موقوفات به مسلمین هم منتقل شود بازهم از ادله بیرون است بدلیل وجود کثرت شرکاء ، که خود آن بزرگوار در همان کتاب محدود بودن شرکت بین شریکین را از شرایط مسلم شفعه دانسته است . صاحب جواهر در خاتمه میگوید : « اجماعی که سید مرتضی ادعا نموده است به هیچ وجه محقق نیست زیرا من هیچ کسی را ندیده‌ام با ایشان موافق باشد ، نه قبل و نه بعد از آن بزرگوار . الا آن که از مرحوم تقی شاگرد مرحوم سید حکایت شده که نامبرده با استاد خود موافق بوده ، که این حکایت برای من ثابت نشده است . »

صورت عکس

آنچه گذشت در مورد دعوی شفعه توسط متولیان و یا موقوف علیهم بود که در صورت فروش حصه طلق چنین دعوائی مطرح میگردد حال بینیم عکس قضیه چه حکمی دارد ؟ یعنی آنکه در ملک مشترکی که قسمتی از آن وقف و قسمت دیگر طلق است هر گاه حصه موقوفه با مجوز قانونی نظیر خوب خرابی و یا تنازع بفروش رسد آیا مالک طلق میتواند دعوی امد شفعه نماید ؟

مرحوم شهید ثانی^۳ میگوید : بدون اشکال مالک طلق حق اخذ به شفعه دارد به دلیل وجود مقتضی و انتفاء مانع (لوجود المستضی و انتفاء المانع)
منظور شهید این است که اطلاعات و شمولات شفعه اقتضای شمول دارد و مانع و رادعی هم وجود ندارد . بسیاری از فقهاء معاصر نیز از شهید پیروی نموده‌اند .^۴

۱ - الاقتصار سید مرتضی ، ص ۲۲۰

۲ - جواهر الکلام ، ج ۳۷ ص ۳۶۸

۳ - مسالک الافیام ، ج ۲ ص ۲۱۸ اقتضای

۴ - وسیلة النجاة اصذیهانی ، مسئله ۷ - منهاج المتقین سقانی ، ص ۴۴۵

بنظر میرسد استدلال مرحوم شهید قابل مناقشه است زیرا با توجه باستظهاری که از نصوص شفعه بعمل آمد اقتضای شمول نسبت به مورد منتفی است، بخاطر آنکه از نصوص مزبور چنین استظهار شد که موضوع شفعه برای مالک طلق، بستگی به وجود مالکیت مطلقه و شریکین دارد به گونه‌ای که هر کدام بتوانند حق معامله داشته باشند، به خصوص در موارد وقف عام که از جهت تعدد نیز دارای اشکال است به عبارت دیگر ملاک و جهات منع وجود شفعه برای ارباب وقف عیناً میتواند مانع وجود حق شفعه برای مالک طلق باشد، زیرا همان دلایلی که مانع از بوجود آمدن حق شفعه برای طرف وقف میگردد (مالک یا واحد نبودن ارباب وقف) همینطور برای طرف متقابل (مالک طلق) نیز حق مزبور را سلب مینماید زیرا ظهور ادله از مورد منصرف میباشد.

در کتاب تحریر الوسیله، مسأله محل اشکال است یعنی پس از طرح مسأله مانحن فیه آمده است که:

«... ففی ثبوتها الذی الطلق محل اشکال والاقوی عدم ثبوتها لو کان الوقف علی اشخاص باعیانهم و کائوا بتعددین».

اقوی در موردی که وقف بر اشخاص معین و متعدد باشد با فروش وقف برای صاحب طلق شفعه ثابت نیست.

نظر قانون مدنی

بنظر میرسد قانون مدنی به پیروی از بسیاری علمای معاصر در صورت بیع وقف، حق شفعه برای مالک طلق قائل است. زیرا قانون مزبور وقف را به اعتبار شخصیت وقف یک شریک میداند، نه به اعتبار تعدد موقوف علیهم، شرکاء متعدد.

این استنباط از بیان «... اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد...» در ماده ۸۰۱ کاملاً واضح و غیرقابل خدشه است. چون ماده مزبور وقف را یکی از دو شریک میداند، یعنی وقف و شریک دیگر را مجموعاً دو نفر میداند و باین تعبیر و با توجه بقبول حق شفعه بشرح ماده ۸۰۸ در بیع و خروج شریک وقف بوحده، دلیل بر بقای شریک غیر وقف در شمول ماده ۸۰۸ خواهد بود.

شفعه در مورد وجود شخصیت حقوقی

مالکیت اشخاص حقوقی از نظر این که به گونه‌ای است که قدرت بر معامله در مورد آن وجود دارد با موقوفات متفاوت میباشد، ولی از جهت تعدد مالکین با موقوفات چندین تفاوتی ندارد.

البته لازم به تذکر است که شخصیت حقوقی بر دو نوع است، یک دسته نظیر شرکت‌هایی که به ثبت میرسد و سهامداران مشخصی دارد، در این گونه موارد از آن جا که در واقع صاحبان سهام مالکین حقیقی هستند (هر چند که اختیار نقل و انتقال را برابر اساسنامه به شخص یا اشخاص دیگر داده باشند) لذا میتوان گفت که بلا تردید به علت تعدد و تکثر از مورد شفعه خارج است. ولی در مواردی که سهامداران مشخصی ندارد، مانند املاک و اموالی که بنام دولت و یا مؤسساتی مثل دانشگاه تهران، مجلس شورا و مانند آن ثبت داده میشود، موضوع مانند حالت اول چندان روشن نیست و بنظر میرسد که در حالت دوم سلب همان است که در بحث موقوفات گفته شد و هر نظری که در مورد وقف اتخاذ گردد، عیناً در این دسته از شخصیت‌های حقوقی نیز جاری است و تفاوتی احساس نمیشود.

شفعه در مبیع متعدد

ماده ۸۱۲ قانون مدنی :

« اگر مبیع متعدد بوده و بعضی آن قابل شفعه و بعضی دیگر قابل شفعه نباشد، حق شفعه را میتوان نسبت به بعضی که قابل شفعه است به قدر حصه آن بعضی از ثمن اجراء نمود. »

هرگاه دو نفر در عرصه‌ای به نحو اشاعه با یکدیگر شریک باشند و یکی از آن دو، حصه خود را به ضمیمه شئی دیگری که در آن شفعه جریان ندارد، یکجا به فروش رساند شریک دیگر فقط حق شفعه در حصه مشترکی را دارد که واجد شرایط قانونی شفعه میباشد، نه در شئی ضمیمه شده، و در این صورت شفیع ثمن حصه مشترک را از مجموع به نسبت محاسبه کرده و به مشتری پرداخت مینماید.

فرضاً دو نفر در ملک مزرعه‌ای به نحو مشاع با یکدیگر شریک هستند و یکی از دو شریک حصه خود را به ضمیمه عین دیگری (مانند یک اتومبیل شخصی) یکجا به فرد ثالثی معامله میکنند، به موجب ماده فوق، شفیع تنها حق مطالبه شفعه در حصه فروخته شده از مزرعه مشترک را داشته و در مورد اتومبیل که قابل شفعه نیست حتی ندارد. منظور از قابلیت همانا جریان شفعه و انطباق مقررات آن است. باید توجه داشت که عدم جریان شفعه گاه به خاطر آن است که مال ضمیمه شده، اصولاً مورد شرکت نبوده (مانند مثال فوق) و گاه ممکن است که اموال فروخته شده همه مشترک باشد ولی بعضی آن واجد شرایط جریان شفعه بوده و بعضی واجد آن نباشد مثل آنکه در مثال فوق چنانچه مزرعه با کلیه وسایل و ماشین‌آلات میان دو نفر به نحو مشاع مشترک باشد واحد شریکین حصه خود را

در مزرعه مزبور بانضمام وسایل و ماشین آلات آن به شخص ثالثی بفروشد ، که در این مورد هم فقط شفعه در ملک مزرعه جریان دارد و در وسایل و ماشین آلات به خاطر آنکه از اموال منقول است ، جریان نخواهد یافت . در این گونه موارد ، حصه قابل شفعه تقویم و شفعه نسبت به همان مقدار به مشتری ثمن را پرداخت و حصه مزبور را اخذ مینماید .

مبانی فقهی

این حکم اجماعی است و هیچ نظر مخالفی ابراز نگردیده و دلیل آن هم روشن است ، زیرا آن تعداد متیقنی که داخل در اطلاعات و عمومات شفعه بشود ، همان مقدار مشترک است و عرصه مفروز یا شئی ضمیمه شده صرفاً به خاطر ضمیمه شدن در معامله با عرصه مشترک نمیتواند از نظر حکم متحد گردد .

در این جا فقهاء مسأله‌ای مطرح کرده‌اند که ذکر آن خالی از فائده نیست و آن این است که میگویند : در صورت اخذ به شفعه توسط شریک ، مشتری اختیار فسخ به استناد تبعض صفتیه ندارد ، به دو جهت : اولاً ، مشتری خود اقدام به چنین معامله‌ای کرده و پیش‌بینی این جریان را نیز خود نموده است و ثانیاً اختیار تبعض صفتیه در جایی است که بایع مسیح را به صورت کامل در اختیار مشتری قرار نداده باشد ، ولی در مانحن فیه ، تبعیس در نتیجه اعمال حق شفعه بعد از عقد بیع حاصل شده است پس در ملک مشتری حادث گردیده و از ناحیه بایع صورت نگرفته است تا برای مشتری اختیار ایجاد نماید .

شفعه در بیع فاسد

ماده ۸۱۳ قانون مدنی : « در بیع فاسد حق شفعه نیست . » اگر بیع انجام شده توسط شریک به جهتی از جهات قانونی باطل شناخته شود ، حق شفعه برای شریک دیگر ایجاد نمیگردد .

توجیه این حکم روشن است ، زیرا شفعه مترتب بر انتقال است و انتقال بوسیله بیع باطل صورت نمیگیرد بنابراین حق شفعه هم ایجاد نخواهد شد .

شفعه در بیع خیاری

ماده ۸۱۴ قانون مدنی : « خیاری بودن بیع مانع از اخذ شفعه نیست . » در اینجا دو مطلب وجود دارد که نباید بایکدیگر خلط گردد یکی این که چنانچه بیع انجام شده توسط شریک ، خیاری باشد (برای بایع ، یا برای مشتری و یا برای هر دو) آیا برای شفعه قبل از انقضای زمان خیار حق شفعه وجود می‌یابد ، یا آنکه پدید آمدن حق شفعه موکول به انقضای خیار است و قبل از آن حق شفعه مطرح نخواهد بود ؟

مطلب دیگر این که در التزام حق شفعه با حق خیار کدام مقدم است؟ آیا شفعه حق خیار را از بین میبرد (اعم از اینکه مطالبه آن مقدم بر اعمال خیار باشد و یا مؤخر) یا آن که اعمال خیار، حق شفعه را باطل میسازد؟ (اعم از اینکه اعمال خیار مقدم بر اخذ به شفعه باشد و یا مؤخر).

بنظر میرسد قانون مدنی در ماده فوق فقط متعرض مطلب اول میباشد و در این خصوص متذکر شده که خیاری بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست یعنی حق اخذ به شفعه برای شفیع با انجام بیع پدید میآید و میتواند بلافاصله مطالبه به شفعه نماید، اما در خصوص مطلب دوم یعنی این که در صورت مطالبه شفعه در زمان وجود خیار حق خیار چه خواهد شد ساکت است و مراجع به این مطلب در مباحث آتی توضیح خواهیم داد.

لازم به ذکر است که چون شفیع در بیع خیاری میتواند بلافاصله اخذ به شفعه نماید، لذا با توجه به فوری بودن شفعه (موضوع ماده ۸۲) چنانچه در این امر تسامح ورزد، حق وی ساقط خواهد شد.

مبانی فقهی

مانخواست به تحلیل مبانی فقهی مطلب اول، سیردازیم و سپس مبانی مطلب دوم را متعرض خواهیم شد.

برای بیع خیاری سه حالت مقصود است و فتهای عظام در هر مورد نظرات گوناگون ابراز داشته اند هر چند که قانون مدنی بطور کلی موضوع را مطرح نموده است.

الف - خیار برای مشتری باشد.

ب - خیار برای بایع باشد.

ج - خیار برای طرفین باشد.

در صورت اول، بی تردید به مجرد عقد، شریک حق اخذ به شفعه دارد. در این نظر چندین قول مخالف در بین فتهای امامیه وجود ندارد مرحوم علامه در تذکره گفته است مدلول این نظر از متفردات مذهب امامیه میباشد.^۱

در بیان علمای عامه ابوحنیفه و شافعی موافق با نظر فوق میباشند ولی مالک میگوید حق شفعه پس از انقضاء خیار ایجاد میگردد^۲ وجه فتوای علمای امامیه این است که انتقال به صورت کامل حاصل است و شفعه بر انتقال مترتب میباشد.

و اما صورت دوم و سوم: خلاف و مبسوط و مهذب و غنیه گفته اند در موردی که خیار

۱ - جواهر، ج ۲۷، ص ۳۲۲ - تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۵۹۹ - منهاج المتقین مسقانی، ص ۴۴۶

۲ - حق الملكية دکتر کامل مرسی بک، ج ۱، ص ۱۰۰

برای بایع یا برای هر دو باشد، حق شفعه وجود ندارد^۱.
 عده کثیری از فقهای امامیه از جمله مرحوم علامه حلی^۲ و شهیدین^۳ با نظر فوق مخافند و
 قائل به ثبوت شفعه میباشند. محقق در شرایع^۴ این نظریه را اقوی دانسته و قانون مدنی ایران
 نیز از این نظریه پیروی نموده است.

به موجب این نظریه، وجود خیار برای بایع مانع اخذ به شفعه نیست، کما اینکه اخذ به
 شفعه توسط شفیع، خیار بایع را ساقط نمیکند، بلکه پس از اخذ به شفعه، بایع میتواند
 اعمال خیار بنماید که در این صورت حصه میبوه به وی مسترد خواهد شد و در غیر اینصورت
 در تملک شفیع باقی خواهد ماند.

مبنای این دو نظر بر اختلافی که در بیع خیاری بین فقهاء وجود دارد، استوار است
 توضیحاً اینکه: در سوادری که معامله بیع با قید خیار برای بایع انجام میگردد، در بین فقهاء
 این اختلاف نظر وجود دارد که آیا انتقال به مجرد عقد حاصل شده و لزوم آن متوقف بر
 انقضاء مدت خیار است یا آنکه مادام که زمان خیار منقضی نشده مالکیت بایع زایل نگشته
 و انتقال متوقف بر انقضاء خیار میباشد؟ و از آنجا که شفعه را مترتب بر انتقال دانسته اند لذا هر
 کدام از این دو نظر در موضوع شفعه، یکی از دو قول را ثمره میبخشد.

البته این اختلاف تنها در مورد خیار بایع است نه خیار مشتری زیرا در مورد خیر
 مشتری همانطور که گفته شد بلا تردید انتقال از حین بیع صورت میگیرد.
 قانون مدنی ایران در موارد متعدد با وجود خیار بایع، قائل بر انتقال بیع به مشتری
 از حین عقد شده است^۵.

در ماده ۳۶۴ قانون مدنی به صراحت گفته شده: «... در بیع خیاری مالکیت
 از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار...» و لذا در مسأله مورد بحث نیز بطور
 مطلق گفته است: «خیاری بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست» یعنی عقد بیع را برای
 ثبوت حق شفعه کافی دانسته است.

علمای عامه اکثراً معتقدند که خیار بایع مانع خروج مبیع از تملک اوست و لذا حق
 شفعه را بعد از لزوم بیع محقق میدانند در ماده ۲۶۱.۲۶۲.۱.۲۶۳.۱.۲۶۴.۱.۲۶۵.۱.۲۶۶.۱.۲۶۷.۱.۲۶۸.۱.۲۶۹.۱.۲۷۰.۱.۲۷۱.۱.۲۷۲.۱.۲۷۳.۱.۲۷۴.۱.۲۷۵.۱.۲۷۶.۱.۲۷۷.۱.۲۷۸.۱.۲۷۹.۱.۲۸۰.۱.۲۸۱.۱.۲۸۲.۱.۲۸۳.۱.۲۸۴.۱.۲۸۵.۱.۲۸۶.۱.۲۸۷.۱.۲۸۸.۱.۲۸۹.۱.۲۹۰.۱.۲۹۱.۱.۲۹۲.۱.۲۹۳.۱.۲۹۴.۱.۲۹۵.۱.۲۹۶.۱.۲۹۷.۱.۲۹۸.۱.۲۹۹.۱.۳۰۰.۱.۳۰۱.۱.۳۰۲.۱.۳۰۳.۱.۳۰۴.۱.۳۰۵.۱.۳۰۶.۱.۳۰۷.۱.۳۰۸.۱.۳۰۹.۱.۳۱۰.۱.۳۱۱.۱.۳۱۲.۱.۳۱۳.۱.۳۱۴.۱.۳۱۵.۱.۳۱۶.۱.۳۱۷.۱.۳۱۸.۱.۳۱۹.۱.۳۲۰.۱.۳۲۱.۱.۳۲۲.۱.۳۲۳.۱.۳۲۴.۱.۳۲۵.۱.۳۲۶.۱.۳۲۷.۱.۳۲۸.۱.۳۲۹.۱.۳۳۰.۱.۳۳۱.۱.۳۳۲.۱.۳۳۳.۱.۳۳۴.۱.۳۳۵.۱.۳۳۶.۱.۳۳۷.۱.۳۳۸.۱.۳۳۹.۱.۳۴۰.۱.۳۴۱.۱.۳۴۲.۱.۳۴۳.۱.۳۴۴.۱.۳۴۵.۱.۳۴۶.۱.۳۴۷.۱.۳۴۸.۱.۳۴۹.۱.۳۵۰.۱.۳۵۱.۱.۳۵۲.۱.۳۵۳.۱.۳۵۴.۱.۳۵۵.۱.۳۵۶.۱.۳۵۷.۱.۳۵۸.۱.۳۵۹.۱.۳۶۰.۱.۳۶۱.۱.۳۶۲.۱.۳۶۳.۱.۳۶۴.۱.۳۶۵.۱.۳۶۶.۱.۳۶۷.۱.۳۶۸.۱.۳۶۹.۱.۳۷۰.۱.۳۷۱.۱.۳۷۲.۱.۳۷۳.۱.۳۷۴.۱.۳۷۵.۱.۳۷۶.۱.۳۷۷.۱.۳۷۸.۱.۳۷۹.۱.۳۸۰.۱.۳۸۱.۱.۳۸۲.۱.۳۸۳.۱.۳۸۴.۱.۳۸۵.۱.۳۸۶.۱.۳۸۷.۱.۳۸۸.۱.۳۸۹.۱.۳۹۰.۱.۳۹۱.۱.۳۹۲.۱.۳۹۳.۱.۳۹۴.۱.۳۹۵.۱.۳۹۶.۱.۳۹۷.۱.۳۹۸.۱.۳۹۹.۱.۴۰۰.۱.۴۰۱.۱.۴۰۲.۱.۴۰۳.۱.۴۰۴.۱.۴۰۵.۱.۴۰۶.۱.۴۰۷.۱.۴۰۸.۱.۴۰۹.۱.۴۱۰.۱.۴۱۱.۱.۴۱۲.۱.۴۱۳.۱.۴۱۴.۱.۴۱۵.۱.۴۱۶.۱.۴۱۷.۱.۴۱۸.۱.۴۱۹.۱.۴۲۰.۱.۴۲۱.۱.۴۲۲.۱.۴۲۳.۱.۴۲۴.۱.۴۲۵.۱.۴۲۶.۱.۴۲۷.۱.۴۲۸.۱.۴۲۹.۱.۴۳۰.۱.۴۳۱.۱.۴۳۲.۱.۴۳۳.۱.۴۳۴.۱.۴۳۵.۱.۴۳۶.۱.۴۳۷.۱.۴۳۸.۱.۴۳۹.۱.۴۴۰.۱.۴۴۱.۱.۴۴۲.۱.۴۴۳.۱.۴۴۴.۱.۴۴۵.۱.۴۴۶.۱.۴۴۷.۱.۴۴۸.۱.۴۴۹.۱.۴۵۰.۱.۴۵۱.۱.۴۵۲.۱.۴۵۳.۱.۴۵۴.۱.۴۵۵.۱.۴۵۶.۱.۴۵۷.۱.۴۵۸.۱.۴۵۹.۱.۴۶۰.۱.۴۶۱.۱.۴۶۲.۱.۴۶۳.۱.۴۶۴.۱.۴۶۵.۱.۴۶۶.۱.۴۶۷.۱.۴۶۸.۱.۴۶۹.۱.۴۷۰.۱.۴۷۱.۱.۴۷۲.۱.۴۷۳.۱.۴۷۴.۱.۴۷۵.۱.۴۷۶.۱.۴۷۷.۱.۴۷۸.۱.۴۷۹.۱.۴۸۰.۱.۴۸۱.۱.۴۸۲.۱.۴۸۳.۱.۴۸۴.۱.۴۸۵.۱.۴۸۶.۱.۴۸۷.۱.۴۸۸.۱.۴۸۹.۱.۴۹۰.۱.۴۹۱.۱.۴۹۲.۱.۴۹۳.۱.۴۹۴.۱.۴۹۵.۱.۴۹۶.۱.۴۹۷.۱.۴۹۸.۱.۴۹۹.۱.۵۰۰.۱.۵۰۱.۱.۵۰۲.۱.۵۰۳.۱.۵۰۴.۱.۵۰۵.۱.۵۰۶.۱.۵۰۷.۱.۵۰۸.۱.۵۰۹.۱.۵۱۰.۱.۵۱۱.۱.۵۱۲.۱.۵۱۳.۱.۵۱۴.۱.۵۱۵.۱.۵۱۶.۱.۵۱۷.۱.۵۱۸.۱.۵۱۹.۱.۵۲۰.۱.۵۲۱.۱.۵۲۲.۱.۵۲۳.۱.۵۲۴.۱.۵۲۵.۱.۵۲۶.۱.۵۲۷.۱.۵۲۸.۱.۵۲۹.۱.۵۳۰.۱.۵۳۱.۱.۵۳۲.۱.۵۳۳.۱.۵۳۴.۱.۵۳۵.۱.۵۳۶.۱.۵۳۷.۱.۵۳۸.۱.۵۳۹.۱.۵۴۰.۱.۵۴۱.۱.۵۴۲.۱.۵۴۳.۱.۵۴۴.۱.۵۴۵.۱.۵۴۶.۱.۵۴۷.۱.۵۴۸.۱.۵۴۹.۱.۵۵۰.۱.۵۵۱.۱.۵۵۲.۱.۵۵۳.۱.۵۵۴.۱.۵۵۵.۱.۵۵۶.۱.۵۵۷.۱.۵۵۸.۱.۵۵۹.۱.۵۶۰.۱.۵۶۱.۱.۵۶۲.۱.۵۶۳.۱.۵۶۴.۱.۵۶۵.۱.۵۶۶.۱.۵۶۷.۱.۵۶۸.۱.۵۶۹.۱.۵۷۰.۱.۵۷۱.۱.۵۷۲.۱.۵۷۳.۱.۵۷۴.۱.۵۷۵.۱.۵۷۶.۱.۵۷۷.۱.۵۷۸.۱.۵۷۹.۱.۵۸۰.۱.۵۸۱.۱.۵۸۲.۱.۵۸۳.۱.۵۸۴.۱.۵۸۵.۱.۵۸۶.۱.۵۸۷.۱.۵۸۸.۱.۵۸۹.۱.۵۹۰.۱.۵۹۱.۱.۵۹۲.۱.۵۹۳.۱.۵۹۴.۱.۵۹۵.۱.۵۹۶.۱.۵۹۷.۱.۵۹۸.۱.۵۹۹.۱.۶۰۰.۱.۶۰۱.۱.۶۰۲.۱.۶۰۳.۱.۶۰۴.۱.۶۰۵.۱.۶۰۶.۱.۶۰۷.۱.۶۰۸.۱.۶۰۹.۱.۶۱۰.۱.۶۱۱.۱.۶۱۲.۱.۶۱۳.۱.۶۱۴.۱.۶۱۵.۱.۶۱۶.۱.۶۱۷.۱.۶۱۸.۱.۶۱۹.۱.۶۲۰.۱.۶۲۱.۱.۶۲۲.۱.۶۲۳.۱.۶۲۴.۱.۶۲۵.۱.۶۲۶.۱.۶۲۷.۱.۶۲۸.۱.۶۲۹.۱.۶۳۰.۱.۶۳۱.۱.۶۳۲.۱.۶۳۳.۱.۶۳۴.۱.۶۳۵.۱.۶۳۶.۱.۶۳۷.۱.۶۳۸.۱.۶۳۹.۱.۶۴۰.۱.۶۴۱.۱.۶۴۲.۱.۶۴۳.۱.۶۴۴.۱.۶۴۵.۱.۶۴۶.۱.۶۴۷.۱.۶۴۸.۱.۶۴۹.۱.۶۵۰.۱.۶۵۱.۱.۶۵۲.۱.۶۵۳.۱.۶۵۴.۱.۶۵۵.۱.۶۵۶.۱.۶۵۷.۱.۶۵۸.۱.۶۵۹.۱.۶۶۰.۱.۶۶۱.۱.۶۶۲.۱.۶۶۳.۱.۶۶۴.۱.۶۶۵.۱.۶۶۶.۱.۶۶۷.۱.۶۶۸.۱.۶۶۹.۱.۶۷۰.۱.۶۷۱.۱.۶۷۲.۱.۶۷۳.۱.۶۷۴.۱.۶۷۵.۱.۶۷۶.۱.۶۷۷.۱.۶۷۸.۱.۶۷۹.۱.۶۸۰.۱.۶۸۱.۱.۶۸۲.۱.۶۸۳.۱.۶۸۴.۱.۶۸۵.۱.۶۸۶.۱.۶۸۷.۱.۶۸۸.۱.۶۸۹.۱.۶۹۰.۱.۶۹۱.۱.۶۹۲.۱.۶۹۳.۱.۶۹۴.۱.۶۹۵.۱.۶۹۶.۱.۶۹۷.۱.۶۹۸.۱.۶۹۹.۱.۷۰۰.۱.۷۰۱.۱.۷۰۲.۱.۷۰۳.۱.۷۰۴.۱.۷۰۵.۱.۷۰۶.۱.۷۰۷.۱.۷۰۸.۱.۷۰۹.۱.۷۱۰.۱.۷۱۱.۱.۷۱۲.۱.۷۱۳.۱.۷۱۴.۱.۷۱۵.۱.۷۱۶.۱.۷۱۷.۱.۷۱۸.۱.۷۱۹.۱.۷۲۰.۱.۷۲۱.۱.۷۲۲.۱.۷۲۳.۱.۷۲۴.۱.۷۲۵.۱.۷۲۶.۱.۷۲۷.۱.۷۲۸.۱.۷۲۹.۱.۷۳۰.۱.۷۳۱.۱.۷۳۲.۱.۷۳۳.۱.۷۳۴.۱.۷۳۵.۱.۷۳۶.۱.۷۳۷.۱.۷۳۸.۱.۷۳۹.۱.۷۴۰.۱.۷۴۱.۱.۷۴۲.۱.۷۴۳.۱.۷۴۴.۱.۷۴۵.۱.۷۴۶.۱.۷۴۷.۱.۷۴۸.۱.۷۴۹.۱.۷۵۰.۱.۷۵۱.۱.۷۵۲.۱.۷۵۳.۱.۷۵۴.۱.۷۵۵.۱.۷۵۶.۱.۷۵۷.۱.۷۵۸.۱.۷۵۹.۱.۷۶۰.۱.۷۶۱.۱.۷۶۲.۱.۷۶۳.۱.۷۶۴.۱.۷۶۵.۱.۷۶۶.۱.۷۶۷.۱.۷۶۸.۱.۷۶۹.۱.۷۷۰.۱.۷۷۱.۱.۷۷۲.۱.۷۷۳.۱.۷۷۴.۱.۷۷۵.۱.۷۷۶.۱.۷۷۷.۱.۷۷۸.۱.۷۷۹.۱.۷۸۰.۱.۷۸۱.۱.۷۸۲.۱.۷۸۳.۱.۷۸۴.۱.۷۸۵.۱.۷۸۶.۱.۷۸۷.۱.۷۸۸.۱.۷۸۹.۱.۷۹۰.۱.۷۹۱.۱.۷۹۲.۱.۷۹۳.۱.۷۹۴.۱.۷۹۵.۱.۷۹۶.۱.۷۹۷.۱.۷۹۸.۱.۷۹۹.۱.۸۰۰.۱.۸۰۱.۱.۸۰۲.۱.۸۰۳.۱.۸۰۴.۱.۸۰۵.۱.۸۰۶.۱.۸۰۷.۱.۸۰۸.۱.۸۰۹.۱.۸۱۰.۱.۸۱۱.۱.۸۱۲.۱.۸۱۳.۱.۸۱۴.۱.۸۱۵.۱.۸۱۶.۱.۸۱۷.۱.۸۱۸.۱.۸۱۹.۱.۸۲۰.۱.۸۲۱.۱.۸۲۲.۱.۸۲۳.۱.۸۲۴.۱.۸۲۵.۱.۸۲۶.۱.۸۲۷.۱.۸۲۸.۱.۸۲۹.۱.۸۳۰.۱.۸۳۱.۱.۸۳۲.۱.۸۳۳.۱.۸۳۴.۱.۸۳۵.۱.۸۳۶.۱.۸۳۷.۱.۸۳۸.۱.۸۳۹.۱.۸۴۰.۱.۸۴۱.۱.۸۴۲.۱.۸۴۳.۱.۸۴۴.۱.۸۴۵.۱.۸۴۶.۱.۸۴۷.۱.۸۴۸.۱.۸۴۹.۱.۸۵۰.۱.۸۵۱.۱.۸۵۲.۱.۸۵۳.۱.۸۵۴.۱.۸۵۵.۱.۸۵۶.۱.۸۵۷.۱.۸۵۸.۱.۸۵۹.۱.۸۶۰.۱.۸۶۱.۱.۸۶۲.۱.۸۶۳.۱.۸۶۴.۱.۸۶۵.۱.۸۶۶.۱.۸۶۷.۱.۸۶۸.۱.۸۶۹.۱.۸۷۰.۱.۸۷۱.۱.۸۷۲.۱.۸۷۳.۱.۸۷۴.۱.۸۷۵.۱.۸۷۶.۱.۸۷۷.۱.۸۷۸.۱.۸۷۹.۱.۸۸۰.۱.۸۸۱.۱.۸۸۲.۱.۸۸۳.۱.۸۸۴.۱.۸۸۵.۱.۸۸۶.۱.۸۸۷.۱.۸۸۸.۱.۸۸۹.۱.۸۹۰.۱.۸۹۱.۱.۸۹۲.۱.۸۹۳.۱.۸۹۴.۱.۸۹۵.۱.۸۹۶.۱.۸۹۷.۱.۸۹۸.۱.۸۹۹.۱.۹۰۰.۱.۹۰۱.۱.۹۰۲.۱.۹۰۳.۱.۹۰۴.۱.۹۰۵.۱.۹۰۶.۱.۹۰۷.۱.۹۰۸.۱.۹۰۹.۱.۹۱۰.۱.۹۱۱.۱.۹۱۲.۱.۹۱۳.۱.۹۱۴.۱.۹۱۵.۱.۹۱۶.۱.۹۱۷.۱.۹۱۸.۱.۹۱۹.۱.۹۲۰.۱.۹۲۱.۱.۹۲۲.۱.۹۲۳.۱.۹۲۴.۱.۹۲۵.۱.۹۲۶.۱.۹۲۷.۱.۹۲۸.۱.۹۲۹.۱.۹۳۰.۱.۹۳۱.۱.۹۳۲.۱.۹۳۳.۱.۹۳۴.۱.۹۳۵.۱.۹۳۶.۱.۹۳۷.۱.۹۳۸.۱.۹۳۹.۱.۹۴۰.۱.۹۴۱.۱.۹۴۲.۱.۹۴۳.۱.۹۴۴.۱.۹۴۵.۱.۹۴۶.۱.۹۴۷.۱.۹۴۸.۱.۹۴۹.۱.۹۵۰.۱.۹۵۱.۱.۹۵۲.۱.۹۵۳.۱.۹۵۴.۱.۹۵۵.۱.۹۵۶.۱.۹۵۷.۱.۹۵۸.۱.۹۵۹.۱.۹۶۰.۱.۹۶۱.۱.۹۶۲.۱.۹۶۳.۱.۹۶۴.۱.۹۶۵.۱.۹۶۶.۱.۹۶۷.۱.۹۶۸.۱.۹۶۹.۱.۹۷۰.۱.۹۷۱.۱.۹۷۲.۱.۹۷۳.۱.۹۷۴.۱.۹۷۵.۱.۹۷۶.۱.۹۷۷.۱.۹۷۸.۱.۹۷۹.۱.۹۸۰.۱.۹۸۱.۱.۹۸۲.۱.۹۸۳.۱.۹۸۴.۱.۹۸۵.۱.۹۸۶.۱.۹۸۷.۱.۹۸۸.۱.۹۸۹.۱.۹۹۰.۱.۹۹۱.۱.۹۹۲.۱.۹۹۳.۱.۹۹۴.۱.۹۹۵.۱.۹۹۶.۱.۹۹۷.۱.۹۹۸.۱.۹۹۹.۱.۱۰۰۰.۱.۱۰۰۱.۱.۱۰۰۲.۱.۱۰۰۳.۱.۱۰۰۴.۱.۱۰۰۵.۱.۱۰۰۶.۱.۱۰۰۷.۱.۱۰۰۸.۱.۱۰۰۹.۱.۱۰۱۰.۱.۱۰۱۱.۱.۱۰۱۲.۱.۱۰۱۳.۱.۱۰۱۴.۱.۱۰۱۵.۱.۱۰۱۶.۱.۱۰۱۷.۱.۱۰۱۸.۱.۱۰۱۹.۱.۱۰۲۰.۱.۱۰۲۱.۱.۱۰۲۲.۱.۱۰۲۳.۱.۱۰۲۴.۱.۱۰۲۵.۱.۱۰۲۶.۱.۱۰۲۷.۱.۱۰۲۸.۱.۱۰۲۹.۱.۱۰۳۰.۱.۱۰۳۱.۱.۱۰۳۲.۱.۱۰۳۳.۱.۱۰۳۴.۱.۱۰۳۵.۱.۱۰۳۶.۱.۱۰۳۷.۱.۱۰۳۸.۱.۱۰۳۹.۱.۱۰۴۰.۱.۱۰۴۱.۱.۱۰۴۲.۱.۱۰۴۳.۱.۱۰۴۴.۱.۱۰۴۵.۱.۱۰۴۶.۱.۱۰۴۷.۱.۱۰۴۸.۱.۱۰۴۹.۱.۱۰۵۰.۱.۱۰۵۱.۱.۱۰۵۲.۱.۱۰۵۳.۱.۱۰۵۴.۱.۱۰۵۵.۱.۱۰۵۶.۱.۱۰۵۷.۱.۱۰۵۸.۱.۱۰۵۹.۱.۱۰۶۰.۱.۱۰۶۱.۱.۱۰۶۲.۱.۱۰۶۳.۱.۱۰۶۴.۱.۱۰۶۵.۱.۱۰۶۶.۱.۱۰۶۷.۱.۱۰۶۸.۱.۱۰۶۹.۱.۱۰۷۰.۱.۱۰۷۱.۱.۱۰۷۲.۱.۱۰۷۳.۱.۱۰۷۴.۱.۱۰۷۵.۱.۱۰۷۶.۱.۱۰۷۷.۱.۱۰۷۸.۱.۱۰۷۹.۱.۱۰۸۰.۱.۱۰۸۱.۱.۱۰۸۲.۱.۱۰۸۳.۱.۱۰۸۴.۱.۱۰۸۵.۱.۱۰۸۶.۱.۱۰۸۷.۱.۱۰۸۸.۱.۱۰۸۹.۱.۱۰۹۰.۱.۱۰۹۱.۱.۱۰۹۲.۱.۱۰۹۳.۱.۱۰۹۴.۱.۱۰۹۵.۱.۱۰۹۶.۱.۱۰۹۷.۱.۱۰۹۸.۱.۱۰۹۹.۱.۱۱۰۰.۱.۱۱۰۱.۱.۱۱۰۲.۱.۱۱۰۳.۱.۱۱۰۴.۱.۱۱۰۵.۱.۱۱۰۶.۱.۱۱۰۷.۱.۱۱۰۸.۱.۱۱۰۹.۱.۱۱۱۰.۱.۱۱۱۱.۱.۱۱۱۲.۱.۱۱۱۳.۱.۱۱۱۴.۱.۱۱۱۵.۱.۱۱۱۶.۱.۱۱۱۷.۱.۱۱۱۸.۱.۱۱۱۹.۱.۱۱۲۰.۱.۱۱۲۱.۱.۱۱۲۲.۱.۱۱۲۳.۱.۱۱۲۴.۱.۱۱۲۵.۱.۱۱۲۶.۱.۱۱۲۷.۱.۱۱۲۸.۱.۱۱۲۹.۱.۱۱۳۰.۱.۱۱۳۱.۱.۱۱۳۲.۱.۱۱۳۳.۱.۱۱۳۴.۱.۱۱۳۵.۱.۱۱۳۶.۱.۱۱۳۷.۱.۱۱۳۸.۱.۱۱۳۹.۱.۱۱۴۰.۱.۱۱۴۱.۱.۱۱۴۲.۱.۱۱۴۳.۱.۱۱۴۴.۱.۱۱۴۵.۱.۱۱۴۶.۱.۱۱۴۷.۱.۱۱۴۸.۱.۱۱۴۹.۱.۱۱۵۰.۱.۱۱۵۱.۱.۱۱۵۲.۱.۱۱۵۳.۱.۱۱۵۴.۱.۱۱۵۵.۱.۱۱۵۶.۱.۱۱۵۷.۱.۱۱۵۸.۱.۱۱۵۹.۱.۱۱۶۰.۱.۱۱۶۱.۱.۱۱۶۲.۱.۱۱۶۳.۱.۱۱۶۴.۱.۱۱۶۵.۱.۱۱۶۶.۱.۱۱۶۷.۱.۱۱۶۸.۱.۱۱۶۹.۱.۱۱۷۰.۱.۱۱۷۱.۱.۱۱۷۲.۱.۱۱۷۳.۱.۱۱۷۴.۱.۱۱۷۵.۱.۱۱۷۶.۱.۱۱۷۷.۱.۱۱۷۸.۱.۱۱۷۹.۱.۱۱۸۰.۱.۱۱۸۱.۱.۱۱۸۲.۱.۱۱۸۳.۱.۱۱۸۴.۱.۱۱۸۵.۱.۱۱۸۶.۱.۱۱۸۷.۱.۱۱۸۸.۱.۱۱۸۹.۱.۱۱۹۰.۱.۱۱۹۱.۱.۱۱۹۲.۱.۱۱۹۳.۱.۱۱۹۴.۱.۱۱۹۵.۱.۱۱۹۶.۱.۱۱۹۷.۱.۱۱۹۸.۱.۱۱۹۹.۱.۱۲۰۰.۱.۱۲۰۱.۱.۱۲۰۲.۱.۱۲۰۳.۱.۱۲۰۴.۱.۱۲۰۵.۱.۱۲۰۶.۱.۱۲۰۷.۱.۱۲۰۸.۱.۱۲۰۹.۱.۱۲۱۰.۱.۱۲۱۱.۱.۱۲۱۲.۱.۱۲۱۳.۱.۱۲۱۴.۱.۱۲۱۵.۱.۱۲۱۶.۱.۱۲۱۷.۱.۱۲۱۸.۱.۱۲۱۹.۱.۱۲۲۰.۱.۱۲۲۱.۱.۱۲۲۲.۱.۱۲۲۳.۱.۱۲۲۴.۱.۱۲۲۵.۱.۱۲۲۶.۱.۱۲۲۷.۱.۱۲۲۸.۱.۱۲۲۹.۱.۱۲۳۰.۱.۱۲۳۱.۱.۱۲۳۲.۱.۱۲۳۳.۱.۱۲۳۴.۱.۱۲۳۵.۱.۱۲۳۶.۱.۱۲۳۷.۱.۱۲۳۸.۱.۱۲۳۹.۱.۱۲۴۰.۱.۱۲۴۱.۱.۱۲۴۲.۱.۱۲۴۳.۱.۱۲۴۴.۱.۱۲۴۵.۱.۱۲۴۶.۱.۱۲۴۷.۱.۱۲۴۸.۱.۱۲۴۹.۱.۱۲۵۰.۱.۱۲۵۱.۱.۱۲۵۲.۱.۱۲۵۳.۱.۱۲۵۴.۱.۱۲۵۵.۱.۱۲۵۶.۱.۱۲۵۷.۱.۱۲۵۸.۱.۱۲۵۹.۱.۱۲۶۰.۱.۱۲۶۱.۱.۱۲۶۲.۱.۱۲۶۳.۱.۱۲۶۴.۱.۱۲۶۵.۱.۱۲۶۶.۱.۱۲۶۷.۱.۱۲۶۸.۱.۱۲۶۹.۱.۱۲۷۰.۱.۱۲۷۱.۱.۱۲۷۲.۱.۱۲۷۳.۱.۱۲۷۴.۱.۱۲۷۵.۱.۱۲۷۶.۱.۱۲۷۷.۱.۱۲۷۸.۱.۱۲۷۹.۱.۱۲۸۰.۱.۱۲۸۱.۱.۱۲۸۲.۱.۱۲۸۳.۱.۱۲۸۴.۱.۱۲۸۵.۱.۱۲۸۶.۱.۱۲۸۷.۱.۱۲۸۸.۱.۱۲۸۹.۱.۱۲۹۰.۱.۱۲۹۱.۱.۱۲۹۲.۱.۱۲۹۳.۱.۱۲۹۴.۱.۱۲۹۵.۱.۱۲۹۶.۱.۱۲۹۷.۱.۱۲۹۸.۱.۱۲۹۹.۱.۱۳۰۰.۱.۱۳۰۱.۱.۱۳۰۲.۱.۱۳۰۳.۱.۱۳۰۴.۱.۱۳۰۵.۱.۱۳۰۶.۱.۱۳۰۷.۱.۱۳۰۸.۱.۱۳۰۹.۱.۱۳۱۰.۱.۱۳۱۱.۱.۱۳۱۲.۱.۱۳۱۳.۱.۱۳۱۴.۱.۱۳۱۵.۱.۱۳۱۶.۱.۱۳۱۷.۱.۱۳۱۸.۱.۱۳۱۹.۱.۱۳۲۰.۱.۱۳۲۱.۱.۱۳۲۲.۱.۱۳۲۳.۱.۱۳۲۴.۱.۱۳۲۵.۱.۱۳۲۶.۱.۱۳۲۷.۱.۱۳۲۸.۱.۱۳۲۹.۱.۱۳۳۰.۱.۱۳۳۱.۱.۱۳۳۲.۱.۱۳۳۳.۱.۱۳۳۴.۱.۱۳۳۵.۱.۱۳۳۶.۱.۱۳

یعنی در بیع به شرط خیار، شفعه فقط وقتی جاری است که صاحب خیار تنها مشتری باشد ولی اگر با بیع صاحب خیار باشد تا زمانی که خیار منقضی نگردد، شفعه جاری نمیگردد و اما خیار عیب و خیار رویت مانع ثبوت شفعه نیستند.

در خاتمه این بحث مجدداً یادآوری میشود که در نزد فقهای امامیه، حکم مورد سوم (که طرفین صاحب خیارند) همانند مورد دوم که خیار برای با بیع است میباشد.

راجع به مطلب دوم، یعنی معارضه حق خیار و حق شفعه و تقدم هر یک بر دیگری، میان فقهای امامیه، اختلاف نظر بسیار است:

بعضی از فقهاء قائل به تفصیل میان اقسام خیارات شده‌اند. مثلاً میان خیار شرط و خیار عیب و خیار تبعض صفقه فرق نهاده و گفته‌اند که: خیارات از نوع خیار شرط پدیده‌ای است موازی با عقد و ناشی از آن، ولی سایر خیارات دارای چنین خصوصیتی نیستند و این تفاوت، مؤثر در حاکمیت و محکومیت هر کدام خواهد بود.

بعضی دیگر معیار تقدم را زمان اعمال حق دانسته و گفته‌اند چنانچه شفیع زودتر اعمال شفعه نماید، حق خیار ساقط و چنانچه صاحب خیار قبل از اخذ به شفعه، اعمال خیار فسخ کند حق شفعه ساقط میگردد.

دسته سوم، میان خیار با بیع یا خیار مشتری تفاوت قائل شده‌اند، در خیار با بیع به تقدم حق

خیار نظر داده و در مورد خیار مشتری حق شفعه را مقدم دانسته‌اند.^۱

هر چند قائلین به تفصیل اخیر در توجیه نظریه خویش دلائل و تحلیلهائی ارائه داده‌اند

ولی دلیل محکمی جهت تفصیل وجود ندارد.

بنظر میرسد که حق شفعه همانطور که گفته شد به موازات انتقال یعنی از حین انجام

معامله پدید میآید و وجود خیار هم برای اخذ آن مانعی محسوب نخواهد شد، اعم از اینکه

خیار برای با بیع یا برای مشتری. ولی چنانچه قبل از انقضای خیار شفیع مبادرت به اخذ

نماید، حق خیار برای صاحب حق کماکان باقی میماند زیرا جهتی برای اسقاط حق بوجود

نیامده است و مقتضای استصحاب بقای آنست و بنابراین هرگاه پس از انجام اخذ به شفعه

صاحب خیار از حق قانونی خویش استفاده کند، اخذ به شفعه بکنار لم یکن میگردد.

به دیگر سخن اینکه هر چند وجود خیار مانع اخذ به شفعه نمیشود ولی اثر اخذ بنحو

مراعی و مشروط بر عدم اعمال خیار فسخ خواهد بود و تا وضعیت خیار روشن نگردیده عمل

اخذ استقرار نخواهد یافت، زیرا هر چند به موازات بیع انتقال صورت گرفته ولی منجز نبوده

بانکه بعلت وجود خیار متزلزل بوده است.

در صورت عکس یعنی چنانچه صاحب خیار قبل از اخذ به شفعه اعمال حق نماید و

۱ - برای تفصیل بیشتر نسبت به نظریات فوقی مراجعه شود به: جواهر الکلام، ج ۳۷ ص ۲۲۲ به بعد.

تذکره الفقهاء، ج ۱ ص ۵۹۹ - شرح لمعه، ج ۲ ص ۱۸ و ۱۹ - مسالک الافهام، ج ۲ ص ۲۲۲.

معامله را بر هم زند حق اخذ به شفعه ساقط خواهد شد ، زیرا موضوع حق شفعه یعنی انتقال منتفی شده است .

تبعض در شفعه

ماده ۸۱۵ قانون مدنی : « حق شفعه را نمیتوان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع انجام نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجراء نماید . »

مبانی فقهی

فقهاء در این حکم اتفاق نظر دارند و همه میگویند حق شفعه قابل تجزیه نمیباشد در بیان وجه این حکم گفته شده است که : اولاً - تبعض در اخذ شفعه موجب ضرر مشتری است و با حکمت شفعه که خود برای جلوگیری از ضرر شریک تشریح گردیده است، منافات دارد ، و ثانیاً حق شفیع به مجموع تعلق گرفته (همانند حق خیار) و باید یا اعمال نماید و یا ترک کند .^۱ ثالثاً - از روایات و نصوص وارده چنین متبادر است که تمامی ثمن توسط شفیع پرداخت میگردد و تمام مال دریافت میشود (فشریکه احق به من غیره بالثمن^۲) و حتی اگر شریک مبادرت به اخذ جزئی از مبیع نماید ، فقهاء گفته اند که به خاطر فوری بودن شفعه ، حق اوساقت میگردد

البته این مطلب با آن چه که قبلاً در مبحث فروش جزئی از مبیع گفته شد مبینی بر این که هر گاه شریک جزئی از حصه خویش را بفروشد شریک دیگر حق اخذ به شفعه نسبت به همان جزء را دارد و یا اگر در چند معامله بفروشد ، حق شفعه نسبت به هر کدام از اجزاء برای شفیع وجود دارد ، به هیچ وجه منافات ندارد زیرا در مانحن فیه اعمال شفعه در جزئی از حصه مبیعه موجب ضرر مشتری خواهد بود ، در حالی که در موارد گذشته که خود شریک حصه خویش را به اجزاء متعددی تقسیم نموده و یا فقط مبادرت به بیع جزئی از حصه خویش نموده است ، هیچ گونه ضرری از ناحیه اعمال حق شفعه از ناحیه شریک بر مشتری وارد نمیگردد .

و حتی صاحب جواهر اضافه میکند : « بعید نیست که حق شفعه همانند حق قصاص قابل تجزیه نباشد و حتی اگر مشتری به تجزیه رضایت دهد شفیع نتواند به نحو تبعض حق خویش را اعمال نماید .^۳ »

البته از ادله شفعه ، نیز میتوان همین نتیجه را استنباط نمود ، زیرا مستفاد میگردد که حق شفعه به تمامی مال به حالت جمعی تعلق گرفته و نسبت به بعضی آن قابل اعمال نیست و

۱ - شرح لمعه ، ج ۲ ص ۱۸۰

۲ - وسائل الشیعه ، کتاب شفعه ، باب ۷

۳ - جواهر الکلام ، ج ۳۷ ، ص ۳۲۵ .

قدر متیقن از روایات و نصوص هم همین است .

عدای عامه همانند فتوهای امامیه قائل به عدم تبعیض شفعه هستند در ماده ۱۰۴۱ . المجله آمده است : « الشفعة لا تقبل التجزی بناء علی ذلک لیس للشفیع حق لان یاخذ مقدار من العقار المشفوع و ترک باقیه » یعنی شفعه تجزیه بردار نیست ، بنا بر این شفیع حق ندارد مقداری از حصه را اخذ و بقیه را رها کند .

شارحین المجله در ذیل ماده فوق مینویسند حکم ماده فوق مربوط به وقتی است که مبیع واحد باشد و چنانچه با بیع حصه را به چند نفر بفروشد یعنی خریداران چند نفر و فروشنده یک نفر باشد ، شفیع میتواند سهم بعضی را اخذ و مابقی را ترک کند .

ابطال معاملات قبل از اخذ به شفعه

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 مینماید . »

سوالی فقهی مساله

موضوع مقرر در ماده ۸۱۶ قانون مدنی را فقهاء به شکل دیگری مطرح نموده اند . مرحوم معتق (ره) در شرایط میفرماید : « اگر مشتری حصه سبیعه را قبل از اخذ به شفعه فروخته باشد شفیع میتواند بیع را فسخ نموده و از مشتری اول حصه را مطالبه نماید و نیز میتواند مستقیماً از مشتری دوم اخذ کند ولی اگر مشتری آن را وقف نموده باشد و یا آن را مسجد قرار دهد ، شفیع میتواند آن عمل را زایل و اخذ به شفعه کند . »

به عبارت دیگر معاملات انجام شده بر حصه سبیعه توسط مشتری را بر دو نوع دانسته اند :

الف - معاملاتی که در آنها شفعه جریان دارد ، مثل بیع

ب - معاملاتی که شفعه در آنها جریان ندارد مثل وقف یا هبه .

اگر معاملات انجام شده بر روی حصه سبیعه از نوع اول باشد ولو آنکه معاملات متعدده صورت گرفته ، شفیع همانند تعاقب ایادی ، به هر کدام که مایل است میتواند مراجعه نماید . ولی اگر معاملات از نوع دوم یعنی نظیر وقف انجام شده باشد ، شفیع با اعمال حق شفعه خویش وقف را ابطال مینماید و حتی اگر ائینه ای هم در آن بنیان شده باشد میتواند تخریب کند .

در نوع اول ، چنانچه مثلاً سه معامله انجام گرفته باشد شفیع میتواند به هر کدام از ایادی رجوع نموده و اخذ به شفعه کند و همان ثمنی را که آن مشتری به فروشنده داده پرداخت نماید . اگر شفیع به خریدار اول مراجعه کند و او مثلاً هزار تومان به عنوان ثمن پرداخته بوده شفیع یا پرداخت همان مبلغ حصه سبیعه را تحویل بگیرد ، حال اگر مشتری

۱ - شرح المجلة سلیم رستم ، چاپ سوم (بهریت) ص ۵۸۸

۲ - شرایط الاسلام - جواهر الکلام ، ج ۳۷ ، ص ۳۵۲ .

دوم با پرداخت دوهزار و سومی با پرداخت هزار تومان معامله کرده باشند به ترتیب سومی جهت اخذ ثمن پرداختی به دومی و دومی به اولی مراجعه مینماید .

ولی اگر شفیع به دومی مراجعه کند ، در حقیقت میتوان گفت معامله اول را امضاء نموده و معامله بعدی را باطل کرده است که در این مورد شفیع با پرداخت دو هزار تومان (ثمن پرداختی توسط مشتری دوم) حصه بیعه را تحویل میگیرد و خریدار بعدی هم به فروشنده دوم مراجعه و پول خویش را دریافت میکند .

اگر شفیع مستقیماً به آخرین مشتری مراجعه نمود، بدین معنی است که دو معامله قبلی را تنفیذ و معامله سوم را باطل کرده است و لذا همان مبلغ پرداختی آخرین مشتری را تحویل و حصه را مسترد میسازد .

توجیه این حکم کاملاً روشن است زیرا هر کدام از معاملات انجام گرفته ، سبب مستقلی برای پدید آمدن حق شفعه میباشد و تبعاً معاملات بعدی صحیح است هر چند که منوط به اجازه شفیع است .^۱

با اسعان نظر در ماده ۸۱۶ قانون مدنی میتوان گفت که ماده مذکور با همان اختصار بیانگر تمامی مطالب فوق است ، زیرا کلمه مشتری مندرج در آن ، منحصر به همان مشتری نخستین نیست که شریک با او معامله کرده است ، بلکه با هر کدام از خریداران تطبیق میکند و بنابر این به موجب همین ماده اگر شفیع از مشتری میانی اخذ به شفعه نماید ، معاملات انجام شده توسط این مشتری قبل از اخذ به شفعه (که همان معامله با مشتری سوم است) باطل میگردد .

بطلان معاملات انجام شده پس از عقد بیع و قبل از اخذ به شفعه بخاطر آن است که زمان پدید آمدن حق شفعه اسبق است و لذا شفیع به موجب حق سابق خویش ، میتواند معاملات انجام شده را کان لم یکن سازد .

اقاله بیع

بی تردید پس از اخذ به شفعه توسط شفیع ، با بیع و مشتری نمی توانند معامله را اقاله نمایند . حال سخن در اینست که هر گاه پس از انجام بیع ، مشتری و بایع با تراضی یکدیگر معامله را اقاله نمایند آیا مشمول حکم ماده ۸۱۶ قانون مدنی است و اقاله باطل است یا آنکه بالعکس با اقاله ، حق شفعه از شفیع ساقط میگردد ؟

از قانون مدنی به صراحت حکم این مساله روشن نمیگردد زیرا در ماده مذکور فقط متعرض معاملات انجام شده قبل از اخذ به شفعه شده است و اقاله از انواع معاملات اصطلاحی محسوب نمیگردد مگر آنکه منظور از کلمه معامله در این ماده را هر گونه

عملیات انجام شده بدانیم که آن هم خلاف ظاهر است .
 رویه جاریه در محاکم نیز ظاهراً بر مبنای معامله نبودن اقاله است برای نمونه دادنامه
 شماره ۱۴ مورخه ۲۳/۱/۳۱ شعبه ۳۱ دادگاه عمومی تهران عیناً آورده میشود .
 . . . « در خصوص دعوی آقای وکیل به طرفیت و
 به خواسته اخذ به شفعه در انتقال سه دانگ مشاع از ششدانگ خانه پلاک
 صرف نظر از اینکه معلوم نیست که کل ششدانگ خانه مورد بحث از نظر ضوابط و مقررات
 قانونی قابل تقسیم باشد چون حسب اقرار نامه رسمی شماره دفترخانه اسناد رسمی
 شماره مورد معامله واقعه بین و اقاله گردیده و مورد
 معامله کماکان در مالکیت خانم مستقر گردیده و مورد خارج از شمول ماده ۸۱۶
 قانون مدنی که مورد استفاده وکیل خواهان قرار گرفته نمیباشد زیرا اقاله از جمله عقود و
 معاملات نیست بنابه مراتب چون با وصف اقاله اخذ به شفعه منتفی است لذا حکم بر رد
 دعوی خواهان صادر و اعلام میشود »
 ملاحظه میشود که دادگاه اقاله را معامله محسوب نموده و مشمول ماده ۸۱۶ ندانسته
 است .

تعلیل فقهی مساله

فقههای عظام مساله را متعرضند و در مورد آن دو نظر ارائه شده است. مشهور معتقدند با انجام
 اقاله حق شفعه ساقط نمیگردد بلکه اخذ به شفعه اقاله انجام شده را بر هم میزند این نظر را
 چنین توجیه مینمایند که حق شفعه به موازات عقد ایجاد میگردد و متباین نمیتواند با
 اقاله آن را اسقاط نمایند مضافاً به اینکه اقاله عقد را از حین اعلام منسوخ میکند و اثر
 قهرائی ندارد و از طرفی حق شفعه چون بر اقاله سبق دارد شفیع میتواند به موجب حق
 سبق خویش اقاله انجام شده را ابطال نماید^۱ و اخذ به شفعه کشف از بطلان اقاله مینماید
 و لذا ثمن حاصله پس از اقاله مال مشتری است و ثمن مال بائع است .^۲
 قول دیگر که قوی تر بنظر میرسد این است که : اقاله حق شفعه را ساقط مینماید^۳
 این نظریه راسی توان چنین توجیه نمود که :

اولاً، اثر اقاله انحلال عقد است و با اقاله مجدداً بیع به بائع منتقل میشود و در موقع
 اخذ به شفعه دیگر مشتری مالک بیع نیست تا شفیع بتواند با دادن ثمن آن را تسک
 کند و صرف وجود منشاء حق شفعه قبل از اقاله موجب بطلان آن نمیگردد بعبارت دیگر

۱ - شرح لمعه، ج ۳ ص ۲۰ - القواعد الفقهیه علامه بجنوردی - شرایع الاسلام و جواهر الکلام ج ۳۷

ص ۳۴۷ .

۲ - منهاج الصالحین خوئی، ج ۱ مسئله ۳۶۷ .

۳ - حاشیه آیت الله گلپایگانی بر وسیله النجاة اصفهانی، شفعه، مسئله ۱۷ .

با انجام اقاله موضوع شفعه منتفی شده است همانطور که اگر قبل از اقاله اخذ به شفعه انعام
 میشد، محلی برای اقاله باقی نمیماند.
 ثانیاً - اقاله معامله نیست تا با اعمال شفعه کان لم یکن گردد. زیرا اقاله انحلال معامله
 است نه معامله، و بنابراین نمیتوان گفت که با اعمال شفعه در زمان متأخر اقاله باطل
 میشود، بلکه با اقاله محلی برای شفعه باقی نخواهد ماند.

* *

*
