

وضعیت نقل و انتقال حق شفعه در منظر فقه و حقوق مدنی

سید محمدرضا آیتی*

زهرا منتظری**

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۰۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۹/۲۹

چکیده

یکی از مباحث مهم حقوق مدنی بحث شفعه است. از دیدگاه قانون مدنی ایران، یکی از اسباب چهارگانه مالکیت، اعمال شفعه است که به موجب آن شفیع، مالک سهم شریکش می‌گردد. بنا به تعریف ماده ۸۰۸ قانون مدنی «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه (سهم) خود را به قصد بیع (فروش) به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه‌ی مبیعه را تملک کند.» بدین ترتیب بحث اخذ شفعه از موارد مهم فقه و حقوق مدنی است. از آنجایی که شفعه و مانند آن نوعی حق برای دارنده‌ی آن محسوب می‌شود، مبحث چگونگی ماهیت این حق و غیرقابل انتقال بودن آن به غیر، از مطالب جالب توجه است و اینکه شفعه و حق ناشی از آن ماهیت مالی دارد، طبعاً در بحث اموال قرار می‌گیرد. لذا آنچه در زمینه‌ی اموال موردگفتگو قرار می‌گیرد، در اینجا نیز مورد توجه است. در بحث پیش رو به این نتیجه می‌رسیم که حق شفعه از جمله حقوق مالی است که از روی اجبار و اختیار قابل انتقال به غیر است، ولی در محدوده‌ی انتقالات ارادی با نوعی محدودیت روبرو هستیم و آن نیز این است که چون حق شفعه وابسته به اصل ملکیت مال غیرمنقول است به صورت تبعی منتقل می‌شود و می‌توان آن را به طور مجزا و مستقل به دیگری منتقل نمود و همین مبحث آن را از سایر حقوق مالی جدا می‌سازد. لازم به یادآوری است که تحقیق در این نوشتار به صورت کتابخانه‌ای صورت گرفته است.

کلید واژه‌ها: بیع، حق، شفعه، ضرر، قانون مدنی، مبیع.

* استاد رشته الهیات فقه و مبانی حقوق اسلامی، عضو هیئت علمی دانشگاه آزاد واحد علوم تحقیقات.

** مربی رشته الهیات فقه و مبانی حقوق اسلامی، عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور واحد ماهدشت، دانشجوی دکتری.

مقدمه

با توجه به تعاریف و تقسیمات حق در حقوق اسلامی می‌توان گفت از جمله مباحث مهم پیرامون آن، بحث حق شفعه؛ اسباب و چگونگی اخذ آن است که هم در فقه اسلامی و هم در حقوق مدنی ایران طرح شده است. حق شفعه پیش از اسلام نیز وجود داشته است مخصوصاً در حقوق رم قدیم، در موارد متعدد اعمال می‌شده است و حقوق قدیم فرانسه و کشورهای غربی که تحت تأثیر قانون رم بوده‌اند، در موارد زیادی درباره‌ی این حق بحث کرده‌اند ولی بر اساس نیازهای امروز و هم زمان با پیچیدگی‌های جوامع تغییراتی یافته است (سنهوری، ۱۳۹۳، ج ۹: ۱۸۱).

شفعه دارای اوصافی است که براساس آن در فقه و حقوق مدنی از مواد اسباب تملک شفیع بوده است؛ اعمال و اخذ به شفعه را در ردیف احیا اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه و عقود، همچنین تعهدات و ارث دانسته است.

بحث موردنظر ما موضوع چگونگی نقل و انتقال حق شفعه به غیر است، لذا با تحلیل حقوقی به این نکته پرداخته‌ایم که آیا این حق مالی است یا غیرمالی و سپس اینکه آیا به طور اجباری یا ارادی قابل انتقال به غیر است یا خیر؟ مبانی حقوقی این بحث هم به دقت مورد کنکاش قرار گرفته است.

از تحلیل مبانی فقهی در مورد اوصاف حق شفعه این گونه استنباط می‌شود که موضوع انتقال حق شفعه در فقه اسلام عمدتاً مبتنی بر قاعده لا ضرر است، بنابراین بدیهی است آنچه می‌تواند اصل مشروعیت آن را اثبات نماید نص «بنای عقلا» و «عرف» است.

در نتیجه می‌توان گفت جعل ماهیت حقوقی انتقال شفعه برای جبران ضرر ناشی از شرکت و همچنین برای جبران ضرر ناشی از تقسیم است و نه جلب منفعت.

بررسی و نقد انتقال حق شفعه

در این مبحث هدف، شرح این نکته است که آیا حق شفعه قابل انتقال به غیر است یا خیر؟

مبانی نقل شفعه در فقه

انتقال حق شفعه در خصوص اموال غیر منقول در فقه امامیه تا زمان محقق حلی و علامه حلی ایجاد شفعه، انتقال آن نسبت به همه‌ی اموال جاری بوده است و اینان حجت آن را مستند به دلیل اجماع و روایات می‌دانستند و آن را مستند به سخن رسول گرامی اسلام (ص) می‌نمودند: قال رسول الله (ص): «الشفعه بین الشركاء فی الارضین والمساکین» و قال: «لا ضرر ولا ضرار» (حر عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱: ۱۱۲).

در مذهب مالکی شفعه را به زمین، باغ و آنچه متعلق به زمین است یعنی اموالی که ثابت باشد مربوط می‌دانند و باید غیر قابل

انتقال باشد مانند چاه، نهر و ...

در مذهب حنفی انتقال شفعه را در مورد چاه صحیح دانسته ولی در عرصه خانه و راه، صحیح ندانسته است (خوانساری، ۱۲۹۵: ۱۳۴).

در این مکتب هر گاه کسی سهم مشاع خود را از درخت و بنا به تبع زمین محل آنها بفروشد و یا به غیر انتقال دهد، شریک می‌تواند آن را اخذ به شفعه نماید، ولی چنانچه سهم مشاع از درخت و بنا بدون زمین محل آن فروخته شود، اگر چه قطعه زمینی از محل دیگر هم پیوست آن شود، شریک حق شفعه پیدا نخواهد کرد.

در مواردی مانند منازل و خانه‌ها اگر فروشنده در یک معامله کالایی را با سهم مشاعی که از خانه‌اش مشترک دارد و یا سهم مفروز (جدا شده) از خانه‌ای را با سهم مشاع از خانه‌ای دیگر را بفروشد و انتقال از این طریق باشد شریک او تنها در سهم مشاع حق شفعه دارد و می‌تواند اخذ به شفعه نموده و آن چه از کل بها که در مقابل این سهم قرار گرفته است را به مشتری بپردازد. هر چند که نزدیک تر به احتیاط آن است که رضایت طرفین رعایت شود (مغنیه، ۱۳۹۸: ۱۴۰).

در فقه اسلامی ثابت شدن حق شفعه به شرط آن است که سهم انتقالی به وسیله بیع منتقل شده باشد، پس اگر شریک خود را صدق یا فدیة طلاق خلع قرار دهد و یا به کسی ببخشد شریک دیگر حق شفعه ندارد (یزدی، ۱۳۵۴: ۳۰).

وضعیت انتقال شفعه در خصوص اموال قابل تقسیم:

منظور از تقسیم، نوع «اجباری» آن است به این شرط که از تقسیم ضرری متوجه کسی نگردد.

فقه‌های امامیه در خصوص تفکیک و تقسیم شفعه و انتقال، آن را در قالب بیع و صلح تحلیل کرده‌اند و آن را تمیز حق هر یک از شرکا پنداشته‌اند هر چند که مستلزم نظر رد مال است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۹۰).

گرچه تقسیم بنا به تعریف بعضی از فقها تمیز حق تعریف شده ولی نباید آن را با معاملات بیع، صلح یا هبه معوض اشتباه گرفت.

به نظر تعدادی از حقوق دانان تقسیم به این منظور انجام می‌شود که به جای سهم مشاع منتشر در مجموع، بخش معینی از مال به هر شریک داده شود تا در آن مالکیت مستقل پیدا کند. همین مبادله سهم مشاع یا بخش معین از آن باعث شده است تا بعضی تقسیم را نوعی بیع تلقی کنند که در آن دو مال با هم مبادله می‌شود.

این پندار در مورد تقسیم به رد، یعنی در جایی که سهام تبدیل نمی‌شود و باید مقدار سرانه را به یکی از صاحبان بپردازند تقویت شده است، زیرا در برابر تمام یا بخشی از سهام مشاع به او مال دیگری که به طور معمول پول است پرداخته می‌شود و از نظر ماهیت به بیع شباهت دارد (همان، ۱۲۱).

برابر ماده‌ی ۵۸۹ ق.م نیز هر شریک المال می‌تواند هر وقت

بخواید تقاضای تقسیم مال مشترک را بنمایید.

بنابراین تقسیم در واقع معامله خاصی است و عمل تقسیم کاشف از قصد و رضای طرفین به آن معامله می باشد و به اصطلاح معامله با تمیز حق صورت می گیرد انتقال شفعه در خصوص افراز مال مشاع:

از نظر فقهی در مال مشاع پس از تقسیم، هر یک از شرکا، مالک مستقل سهم خود خواهد بود و هر تصرفی که بخواید می نماید و به حصه دیگران حقی ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۱، ج ۳: ۱۲۵).

عدم افراز سهم: از شرایط ثبوت شفعه آن است که شراکت به گونه مشاع باشد. بنابراین، شریکی که سهمش از زمین و مانند آن، تعیین و تفکیک شده، حق شفعه ندارد، مگر خانه که در صورت داشتن راه مشترک، چنانچه شریک، سهم مفروز خود را همراه سهم مشترک خویش از راه، به دیگری بفروشد، برای شریک وی حق شفعه ثابت می گردد؛ لیکن در اینکه اشتراک در آب- مانند چاه- نیز حکم اشتراک در راه را دارد یا نه و نیز در الحاق باغ و زمین به خانه، اختلاف است (همان، ۱۲۶). هرگاه ملک غیر مشمول شفعه- مثلاً زمین قسمت شده- همراه ملک مشمول شفعه- چون زمین قسمت نشده- فروخته شود، حق شفعه تنها در ملک مشمول شفعه جاری است و نه تمامی مورد معامله.

لازم است تقسیم مال مشاع به تراضی انجام شود زیرا اعتبار خود را از قرارداد می گیرد و در مواردی که تقسیم نتیجه ی حکم دادگاه باشد در حدود مفاد حکم از اعتبار امر مختوم برخوردار است (ره پیک، ۱۳۷۹: ۵).

ماده ی ۵۵۹ قانون مدنی نیز تصریح می کند تقسیم، بعد از آنکه صحیحاً واقع شد، لازم است و هیچ یک از شرکا نمی تواند بدون رضای دیگران، از آن رجوع کند.

شفیع می تواند تمام حصه ی خود را انتقال دهد. بعضی از فقهای امامیه حق شفعه را در موردی که شریک بعضی از حصه خود را انتقال می دهد نیز موجود می دانند، در صورتی که شریک قسمتی از سهم خود را به کسی بفروشد و سپس قسمت دیگر را به قصد بیع به همان کس واگذار نماید، شریک دیگر می تواند نسبت به هر دو قسمت اخذ به شفعه نماید، زیرا با فروش و انتقال قسمت اول، حق اخذ به شفعه برای شریک به وجود می آید و عدم اعمال آن تا فروش قسمت دیگر موجب سقوط حق شفعه نمی گردد (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۴۷) و (محقق حلی، ج ۳: ۱۴۰۱: ۱۲۱).

از اطلاق ماده ی ۸۰۸ قانون مدنی نیز چنین استنباط می گردد که حق اخذ به شفعه برای شریک در صورتی ایجاد می شود که شریک دیگر تمامی حصه خود را به شخص ثالث انتقال دهد و اگرچه چنانچه بعضی از سهم خود را واگذار نماید چنین حقی به وجود نمی آید.

بنابراین شریک می تواند نسبت به هر دو قسمت و یا یکی

از آن دو اخذ به شفعه کند. همچنین در صورتی که شریک دیگر قسمتی از سهم خود را به یک نفر و قسمت دیگر را به شخص دیگری از طریق بیع واگذار نماید، برای شریک دیگر نسبت به هر کدام از قسمت واگذار شده حق شفعه باقی خواهد بود و بیع قسمت دیگر، حق شفعه نسبت به سهم یا قسمت دیگر را از بین نخواهد برد (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۶۸).

انتقال حق شفعه در مال غیر منقول مشاع

در ایجاد حق شفعه مال مورد نظر باید بین دو شریک مشاع باشد با توجه به ماده ی ۵۷۱ ق.م که شرکت را اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحوه ی اشاعه بیان نموده این تصور را می رساند که اشاعه فقط در مورد عین، مصداق دارد، در صورتی که اشاعه در منفعت و اشاعه در دین یا طلب نیز مصداق دارد.

مانند مورد اجاره که در اثر فوت مستأجر به ورثه منتقل شده باشد یا چند نفر خانه ای را با هم اجاره کنند. و اشاعه در طلب زمانی است که طلبکار فوت می کند و طلب او از مدیون به وراثت او منتقل می شود و تمام ورثه به میزان سهمشان به نحوه ی اشاعه شریک هستند ولی حق شفعه فقط در عین غیر منقول خواهد بود نه هر مال مشاع.

انتقال شفعه با توجه به اقسام اشاعه

اشاعه ی ارادی: این اشاعه تنها با قصد و اراده مالک به وجود می آید که می توان ضمن انعقاد عقدی از عقود معین باشد. مثل این که چند نفر با هم محلی را اجاره کنند یا در عمل بنا به دلالی اشاعه را به وجود آورند مثل این که اموال هم جنس خود را با هم مخلوط کرده و با هم شریک شوند (احمدی طباطبایی، ۱۳۴۴: ۵۵).

اشاعه ی قهری: در آن اراده ی مالک یا مالکان نقشی ندارد، بلکه قهراً حاصل می شود. به این صورت که شخصی فوت کند و مالکیت اموال متوفی به صورت مشاع به ورثه ی او منتقل می شود و یا یک حادثه مثل باد که محصول برداشت شده دو کشاورز همسایه را با هم مخلوط کند نیز موجب تحقق اشاعه است (امامی، ج ۳: ۱۳۴۹: ۱۰۲).

در حقیقت در اشاعه ی قهری واقعه ای موجب تحقق این نوع اشاعه است. در هر دو صورت هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع یا ضرر سهیم اند و هر یک از آنان می توانند بدون رضایت شریک یا شرکای دیگر به نسبت سهم خود هرگونه تصرف حقوقی از قبیل فروش- صلح- وقف هبه و... نماید (ره پیک، ۱۳۷۰: ۶۸).

به این ترتیب در هر دو مورد از اشاعه خواه مبنایش ارادی یا قهری باشد حق شفعه جاری خواهد بود.

وضعیت انتقال شفعه در خصوص شرکا

از شرایط شفعه شرط برمشاع بودن دو شریک است نه بیشتر، گرچه در این مورد اختلاف نظر است. در این مورد مذهب حنفی و مالکی معتقد است تعداد شرکا خللی در اعمال شفعه ایجاد نمی‌کند (مغنیه، ۱۳۹۸: ۱۴۰).

اما در ماده‌ی ۸۰۸ قانونی مدنی به تبعیت از فقه امامیه تصریح گردیده است چنانچه تعداد شرکا بیشتر باشد دیگر حق شفعه وجود نخواهد داشت. اگر در ایجاد حق شفعه شرکا متعدد باشند، بعضی از علما قائل به عدم اجرای حق شفعه هستند و «اشطرطنا أن یکون واحدا، لأنّ الشیء إذا کان مشترکا بین اکثر من اثنین فباع احدهم لم یستحقّ شریکه الشفعه، به دلیل اجماع الطائفة» (الانتصار، ۱۳۹۷: ۲۳۲).

مثلاً اگر چند نفر در مالکیت یک قطعه زمین به طور مشاع شریک باشند و یکی از آنها حصه‌ی خودش را به فرد ثالثی بفروشد، سایر شرکا حقی برای اجرای حق شفعه ندارند.

در صورتی که مال غیر منقول بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک سهم خود را به چند نفر طی یک عقد انتقال دهد شریک دیگر می‌تواند نسبت به تمامی آن سهم اخذ به شفعه نماید زیرا در زمان عقد، شرکا دونه‌ی می‌باشند و تعدد خریداران بعدی تأثیری در حق شفعه ندارد.

پس برای اسقاط حق شفعه که در آینده کامل می‌شود نفس شراکت کافی است زیرا منشأ اصلی حق شفعه وابستگی شریک است (ره‌پیک، ۱۳۷۹: ۱۰۴)

چگونگی انتقال و تصرفات حقوقی در مال مشاع و شفعه ایجاد شده

منظور از تصرفات حقوقی، انجام معاملات نسبت به مال مشاع است. معاملات می‌تواند به دو شکل واقع گردد:

معامله‌ی فضولی

مستفاد از ماده‌ی ۵۸۳ ق.م. که هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را به طور جزئی یا کلی به شخص ثالثی منتقل کند این است که هر یک از شرکا می‌تواند در مال مشترک نسبت به سهم خود هر نوع تصرف حقوقی را انجام دهد، خواه این تصرف ناقل عین باشد یا ناقل منفعت لذا برطبق ماده‌ی ۵۸۱ ق.م. تصرفات هر یک از شرکا در صورتی که بدون اذن یا خارج از اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات فضولی می‌باشد و ناظر به تصرفات خارج از سهم شریک است و این تصرفات از جهت آن که تصرف در اموال دیگران است فضولی بوده و تابع اجازه بعدی آنهاست و شفعه نیز از این موارد مستثنی نیست (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۴۴).

لذا در معامله فضولی شفعه راه ندارد.

و باید گفت معامله نسبت به سهم خود که در این مورد چون تصرف قانونی است حق شفعه اعمال می‌گردد.

منظور از تصرف در ماده‌ی ۵۸۱ ق.م. برخلاف اطلاق این ماده تصرف حقوقی است و تصرف فضولی بدون تصرف عملی

نیز اختصاص به تصرف در سهم سایر شرکا دارد. زیرا برطبق قاعده کلی هر مالکی می‌تواند در ملک خود هر نوع تصرفی را به انجام برساند و ملک یاد شده را به شخص یا اشخاص مورد نظر منتقل کند مگر آن که قانون منع نموده باشد که در اینجا منع قانونی نیز وجود ندارد.

تصرفات مادی را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

تصرفات مادی بدون اذن سایر شرکا: در مال مشاع در مورد تصرفات مادی تنها به اذن سایر شرکا مجاز می‌شود و انتفاع و تصرف در مال مشاع بی اذن شریک ممنوع است، به طوری که مالک مشاع بدون اذن شریکان حق تصرف مادی که مستلزم تصرف در سهم دیگران است را ندارد و شریک متخلف در حکم غاصب است (امامی، ج ۳، ۱۳۴۹: ۷۴).

تصرفات مادی با اذن شفیع: در این نوع تصرف چون با اذن صورت گرفته اشکالی به نظر نمی‌رسد.

در تصرفات مادی بدون اذن سایر شرکا، شفیع ملک مشاع هر چند سهم ناچیزی از آن ملک را در اختیار داشته باشد برای تصرفات مادی خود باید از دیگر شرکا اذن بگیرد و شرکای دیگر در صورت تصرف شریک می‌توانند مانع او شوند. این تحلیل را قانون مدنی پذیرفته و آن را در ماده‌ی ۵۸۲ ق.م. «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است» بیان داشته و در ماده‌ی ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی نیز آمده است، در مواردی که حکم خلعی علیه متصرف ملک مشاع به نفع قسمتی از ملک مشاع صادر شده باشد از تمام ملک خلعی می‌شود اما تصرف محکوم له در ملک خلعی شده مشمول مقررات املاک مشاعی است، نیست؛ ولی در صورت مأذون بودن، اقدامش قانونی می‌باشد.

اما شرکا می‌توانند هر وقت بخواهند از اذن خود رجوع کنند و بعد از آن دیگر تصرف شریک مأذون غیرقانونی خواهد بود مگر آنکه اذن یا اسقاط حق رجوع، در ضمن عقد لازمی درج شده باشد (احمدی طباطبایی، ۱۳۴۴: ۱۰۸).

دکتر امامی بیان می‌دارد: «شفعه در زمره‌ی حقوق مالی شریک است و در امکان اسقاط آن تردید نباید کرد. شریک می‌تواند از این امتیاز بگذرد و به سهم خود قانع شود. ماده‌ی ۸۲۲ قانون مدنی در مقام تأیید همین قاعده اعلام می‌کند: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود» (امامی، ج ۳، ۱۳۴۹: ۳۰).

چگونگی اعمال شفعه در مال تبعی

طبق ماده‌ی ۸۱۰ قانون مدنی که تصریح می‌نماید اگر ملک دونفر در ممر یا 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. «قانون مدنی در ماده‌ی مذکور به طور استثنا حق شفعه را در بیع ملک مفروزه اعتبار مشاع بودن ممر یا مجری قرار داده است. لذا از این استثنا نمی‌توان تجاوز نمود و در موردی که دو مالک ملک مفروزه که در حوض یا آب انبار با یکدیگر شریک باشند و یکی از آن دو سهم خود را بفروشد حق شفعه را نمی‌توان جاری ساخت، زیرا نمی‌توان از روح مسأله حقوقی که بر خلاف قاعده‌ی کلی است استفاده نمود و در اشیاء و نظایر حکم آن را جاری ساخت» (همان).

ایجاد شفعه با قصد بیع و چگونگی انتقال آن

وفق ماده‌ی ۸۰۸ قانون مدنی، شفعه در صورتی ایجاد می‌گردد که یکی از دو شریک سهم خود را به وسیله‌ی عقد بیع واگذار نماید و صراحت به انتقال از طریق بیع دارد؛ چنانچه مال غیر منقول توسط یکی از شرکاء به وسیله‌ی غیر از عقد بیع به فرد دیگری واگذار گردد برای شریک دیگر حق شفعه به وجود نخواهد آمد.

بنابراین چنانچه شریک سهم خود را به سببی از اسباب دیگر مانند معاوضه، صلح، هبه و یا آنکه آن را صدق در نکاح زوجه خود قرار دهد حق شفعه برای شریک دیگر موجود نمی‌شود. قول مزبور مشهور بین فقهای امامیه می‌باشد (خوانساری، ۱۳۹۵: ۵۹).

لذا انتقال مال غیر منقول به طرق و سببی غیر از بیع به دیگری مانع از ایجاد حق اخذ به شفعه می‌گردد. پس یکی از شرایط ایجاد این حق برای شریک، انتقال مال غیر منقول مشترک به وسیله‌ی بیع آن هم به طور صحیح می‌باشد و اگر بیع به طور صحیح واقع نشود حق شفعه نیز به وجود نمی‌آید. بنا براین در ثابت شدن حق شفعه باید سهم انتقالی به وسیله‌ی بیع صحیح منتقل شده باشد، پس «اگر شریک سهم خود را صدق یا فدیة خلع قرار دهد و یا به کسی ببخشد شریک دیگر حق شفعه ندارد» (شیخ طوسی، ج ۲: ۱۳۶۸: ۵۷).

علامه حلی نیز می‌نویسد: اگر در بیع دلالت بر رضایت شریک بر مبیع نباشد شفعه وی باطل است (علامه حلی، ج ۵: ۱۴۰۵: ۳۵۱).

از آن جایی که هدف از ایجاد حق شفعه جلوگیری از ورود ضرر به شریک در مال غیر منقول می‌باشد باید دید اگر مال مشاع به سببی غیر از بیع به غیر واگذار گردد آیا به شریک صاحب حق شفعه که دیگر حق شفعه‌ای نخواهد داشت ضرر وارد می‌شود یا خیر؟ این موضوع بحث مستقل است که مشخص نیست چگونه توجیه می‌گردد. شخص شفیع زمانی می‌تواند به مشتری مراجعه و مبیع را به تملک خویش درآورد که مبیع به ملکیت مشتری درآمده باشد و اگر پس از بیع مشخص گردد که معامله‌ی انجام شده بنا به دلایلی باطل بوده است، مثلاً فروشنده اهلیت نداشته،

مبیع به ملکیت مشتری در نیامده است تا شفیع بخواهد آن را به جای او تملک کند؛ زیرا طبق ماده‌ی ۳۶۵ قانون مدنی «بیع فاسد اثری در تملک ندارد» همچنین ماده‌ی ۸۱۳ قانون مدنی می‌گوید: «در بیع فاسد حق شفعه نیست» (امامی، ج ۳: ۱۳۴۹: ۳۰)؛ لذا بیع هم باید صحیح و قانونی باشد.

نقل شفعه به شخص ثالث و آثار آن

از شرایط ایجاد حق شفعه وجود شخص ثالث است. در اجرای حق شفعه فقها فرموده‌اند: وقتی یکی از دو شریک معامله کرد، این حق فوراً برای شریک مقابل پیش می‌آید. یعنی تا معامله با فرد ثالث صورت نگرفته هنوز حقی موجود نیست که بتوان اجرایی کرد. و تا هنگامی که معامله‌ای با فرد ثالث صورت نگرفته اگر یکی از دو شریک فوت کردند هنوز حقی موجود نشده که به ورثه منتقل بشود.

ابن زهره حلی در شروط استحقاق شفعه می‌گوید: «أن يتقدم عقد بیع ینتقل معه الملك إلى المشتري» (حلی، ۱۴۱۷: ۲۳۲) و در ادامه بعد از بیان شش شرط برای اجرای حق شفعه می‌فرماید: «اشترط حق تقدم عقد البیع، لأن الشفعة لا یستحق قبله بلا خلاف و لا تستحق بما لیس به بیع من هبه، أو صدقة، أو مهر زوجة، أو ما اشته ذلك، به دلیل إجماع الطائفة» (همان).

شرط مسلمانی در حق شفعه و نقل آن و دیدگاه نوین فقهی

مسلمان بودن از شرایط شفعه است لذا شفیع باید مسلمان باشد در غیر این صورت حق شفعه وجود ندارد و کافر حق اخذ شفعه ندارد. وقتی کافری یا یک مسلمان در ملک شراکت دارد و آن مسلمان سهم خود را به یک مسلمان دیگر بفروشد، کافر حق ندارد به استناد قاعده‌ی شفعه این معامله را باطل کند و سهم شریکش را خودش بخرد در حالی که می‌دانیم اگر او مسلمان بود چنین حقی را داشت (همان، ۲۳۷).

ولی چنانچه خریدار کافر باشد، حق شفعه برای کافر نیز ثابت خواهد بود (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶).

در کتب فقهی نیز یکی دیگر از شرایط حق شفعه را مسلمان بودن شفیع دانسته و گفته‌اند چنانچه مشتری مسلمان ولی شفیع غیر مسلمان باشد، شفعه ثابت نمی‌باشد ولی اگر هر دو غیر مسلمان باشند و یا مشتری مسلمان و بایع کافر باشد حق شفعه متصور است.

مشهور فقهای امامیه، با این نظر موافق بوده و مستند خود را چنین ذکر می‌کنند:

آیه‌ی شریفه‌ی «لن یجعل الله للکافرین علی المؤمنین سبیل» یعنی خداوند هیچ نوع سلطه‌ای به نفع کافران علیه مؤمنین قرار نداده است. به موجب این آیه که مستند یکی از قواعد فقهی تحت قاعده نفی سبیل قرار گرفته، فقها معتقدند کلیه حقوقی که توسط شارع برای افراد علیه یکدیگر قرار داده شده در مواردی که

ذی حق غیر مسلمان باشد مرفوع دانسته شده است و چون شفعه نیز از چنین حقوقی است لذا در ما نحن فیہ اعمال نمی‌گردد. در این زمینه روایتی که از رسول اکرم (ص) از طریق عامه واصل شده است که آن حضرت فرمود: لا شفعه لذمی علی مسلم. یعنی شفعه برای ذمی علیه مسلمان نمی‌باشد بنابراین به موجب این روایت صریحاً شفعه برای غیر مسلمان نفی گردیده است (همان، ۲۳۷).

از حضرت امام صادق (ع) روایت شده است که فرمود: لیس للیهود و النصارى شفعه. یعنی برای یهود و نصاری شفعه نیست (نوری، ج ۱۰، ۱۳۹۲: ۲۷۱).

شفعه یک نوع تملک بدون اسباب تملک است و مانند احیای اراضی موات می‌باشد و لذا همانطور که کفار نمی‌توانند با احیای اراضی موات کشور اسلامی مالک آن شوند مالک مال مورد شفعه نیز نمی‌توانند بشوند.

ابوحنیفه و شافعی و مالک و اوزاعی گفته‌اند که برای کفار نیز همانند مسلمانان حق شفعه وجود دارد زیرا که شفعه خیاری است که برای شفیع به خاطر نفی اضرار جعل گردیده و مسلمان و کافر در آن مساویند (مغنیه، ۱۳۹۸: ۱۴۰). استدلال فوق از سوی فقهای امامیه مردود شناخته شده زیرا که اینان شفعه را خیار نمی‌دانند بلکه آن را یک سبب تملک قهری می‌دانند بنابراین به استناد آیه ی شریفه مشارالیها برای کافران چنین حقی ثابت نمی‌باشد (حلی، ج ۳، ۱۴۰۱: ۱۲۱).

فتوای فقهای معاصر نیز بر عدم حق شفعه به نفع کافر تصریح دارند (بزدی، ج ۲، ۱۳۵۴: ۱۲۱)؛ بنابراین به استناد این فتوا دادگاه‌ها باید به همین منوال عمل کنند و در این مسأله فرقی نمی‌کند که شخص مسلمان ملک را از مسلمان خریده باشد یا از کافر. بنابراین چنانچه شفیع و بایع هر دو کافر ولی مشتری مسلمان باشد شفعه وجود ندارد ولی همانطور که گفته شد اگر بایع و مشتری کافر ولی شفیع مسلمان باشد حق شفعه ثابت است.

انتقال شفعه در خصوص حقوق مالی و عینی بودن حق

نقل شفعه در خصوص حقوق مالی: حق مالی آن است که متعلقش مال باشد، مانند حق تحجیر و حق غیر مالی حقی است که ارزش اقتصادی ندارد مانند حق زوجیت، حق ابوت و بنوت (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۲۴).

حق مالی وسیله ی تملک و تحصیل مال است و شفیع نیز به این اعتبار که صاحب حق است می‌تواند از آن بگذرد یا در برابر گرفتن امتیازی با خریدار صلح کند (محقق حلی، ۱۴۰۱: ۲۶۴). با این وجود با توجه به مالی بودن حق شفعه، این حق قابل انتقال نیست و به طور معمول حقوق مالی قابل انتقال به دیگران است و ارزش آن را همین دادوستد معین می‌کند. در حالی که استفاده از حق شفعه ویژه شریک است و او نمی‌تواند آن را به رایگان و یا در برابر مبلغی به دیگران واگذار کند و علاوه بر این شفعه وسیله ی رفع ضرر است نه جلب منفعت (کاتوزیان،

۱۳۶۹: ۱۲۵) و (انصاری، ج ۳، ۱۳۷۱: ۱۲۵).

با این توضیح که اگر شخص بخواهد حق شفعه ی خود را به دیگری بفروشد، چون خریدار شرکتی در ملک ندارد امکان اجرای حق را نمی‌یابد، لذا حق شفعه بدین صورت قابلیت انتقال به دیگران را ندارد.

شارع مقدس نیز این حق را به کسی داده است که در حین بیع شریک بایع بوده است و هر گاه شخص انتقال گیرنده در زمان بیع هیچ سمتی را دارا نباشد، حق شفعه به او منتقل نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۲۶).

درضمن، «... جهل یا آگاهی شفیع به وجود حق شفعه برای او و نیز تصریح به انتقال حق شفعه یا عدم آن تأثیری ندارد؛ زیرا حق شفعه بر خلاف قاعده می‌باشد و ماده ی ۸۰۸ قانون مدنی فقط آن را به شریک داده است...» (امامی، ج ۳، ۱۳۴۹: ۳۰). همچنین استثنایی بودن تملک قهری نیز به این تمایل قوت بیشتری می‌بخشد، زیرا باید حکم شفعه را به گونه ای تفسیر کرد که تنها شامل «مصرحات» شود و توسعه نیابد» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۲۶).

قانون مدنی ایران در ماده ی ۸۲۳ انتقال «حق شفعه» را جایز دانسته است، «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود.»

نقل شفعه در خصوص حقوق عینی

دکتر امامی، شفعه را در حکم حق عینی می‌داند و به دنبال این نظر می‌نویسد:

«از نظر تحلیلی حق شفعه را نمی‌توان از حقوق عینی مانند حق وثیقه در رهن و یا حق در مال بازداشت شده بوسیله ی قرار تأمین و اجرائیات دادگاه و ثبت اسناد دانست، زیرا حقوق مزبور فعلیت دارد، ولی حق شفیع هنوز فعلیت پیدا ننموده است و چنانکه از مواد ۸۰۸ و ۸۱۶ معلوم می‌شود، حق مزبور مانند حق اولویت در تملک به شمار می‌رود که آثار حق عینی را دارا است. به عبارت دیگر حق شفعه منشأ حق تملک بوسیله ی شفیع می‌باشد...» (امامی، ۱۳۸۵: ۲۱۶).

و عقیده دارد حق عینی تبعی است و مدیون می‌تواند با پرداخت اصل دین آن را از بین ببرد و سقوط دین به ابراء و تهاتر و دلیل دیگر نیز حق عینی را ساقط می‌کند؛ در حالی که، حق شفعه اصیل است و تابع هیچ تعهدی نیست.

ولی تردید درباره ی فعلیت نداشتن حق عینی در شفعه ناشی از این گمان است که حق عینی باید حاوی مالکیت یا یکی از شاخه های آن (حق انتفاع و ارتفاق) باشد و از این دیدگاه باید اصلاح شود که حق شفعه در حدود مفاد خود (امکان تملک قهری) فعلیت دارد، ولی مقدمه و وسیله ی تحصیل مالکیت است و این امر از وصف عینی آن نمی‌کاهد، چنانکه حق تحجیر و رهن را در زمره ی حقوق عینی می‌آورند، هر چند که صاحب حق هیچ مالکیتی بر موضوع آن ندارد (همان، ۲۱۸).

توانایی پرداخت ثمن

شفیع باید بالفعل یا بالقوه توانایی پرداخت ثمن را داشته باشد. بنابراین، در صورت ناتوانی وی از پرداخت ثمن به مشتری و یا طفره رفتن و تأخیر در پرداخت آن، حق شفیع باطل می شود، مگر آن که خریدار راضی شود صبر کند.

چنانچه شفیع مدعی باشد ثمن در اختیار او است، لیکن فعلاً نزدش حاضر نیست، سه روز به او مهلت داده می شود و اگر بگوید در شهری دیگر است تا زمان دستیابی به آن - هر چند بیش از سه روز طول بکشد - به وی مهلت داده می شود، به شرط آن که در زمان متعارف اقدام کند (طباطبایی، ج ۲، ۱۴۰۴: ۳۰۸).

حق شفیع با عجز از پرداخت ثمن

از ذیل ماده ی ۸۰۸ قانون مدنی که می گوید: «شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه ی مبیعه را تملک کند» چنین استفاده می شود که شرط دیگر اعمال حق شفیع و اخذ آن این است که شریک قادر به پرداخت ثمن باشد و در صورت عجز از پرداخت، حقوق او ساقط می گردد. از قانون مدنی در تفصیل مسأله بیش از این نمی توان استفاده کرد ولی در کتب فقهی شقوقی را مطرح ساخته اند که همگی از متن حدیث ذیل مستفاد می گردد.

علی بن مهزیار می گوید که از حضرت باقر (ع) سؤال کردم: درباره ی شخصی که شفیع زمینی را درخواست کرده و به دنبال تهیه ی ثمن رفته است ولی نتوانسته ثمن آن را تهیه نماید، آیا شریک صاحب در صورتی که بخواهد مال خویش را بفروشد چه باید بکند؟ آیا می تواند بفروشد یا باید صبر کند تا شریک او (شفیع) بیاید تا ثمن را پرداخت نماید و یا اگر نتوانست آن گاه به فروش برساند؟ حضرت باقر (ع) پاسخ فرمود: اگر در همان شهر به دنبال تهیه ی ثمن می گردد به او سه روز مهلت می دهند در صورت پرداخت ثمن در اختیار او قرار می گردد و گرنه صاحب زمین مال خویش را به هر کس که خواست می تواند بفروشد و حق شفیع ساقط می گردد ولی اگر شفیع برای تهیه ثمن محتاج است که مالی را از بلد دیگر حمل کند، برای جهت استمهال نماید در این صورت به مقدار رفت و برگشت حمل مال مزبور به اضافه سه روز به وی مهلت می دهند اگر پرداخت کرد مال به وی تحویل والا حق شفیع وی ساقط می گردد.

مشهور فقهای امامیه به استناد به حدیث فوق گفته اند: در صورتی که شفیع از مشتری استمهال نماید مشتری موظف است طبق تفصیلی که در روایت آمده است به وی مهلت دهد و پس از انقضای مهلت مقرر و عدم پرداخت ثمن، حق شفیع او ساقط می گردد (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶).

نقد و بررسی

با دقت در گفته های فقهای امامیه می بینیم که ایشان به طور

مطلق فتوا نداده بلکه معتقدند که چنین امری مفید است به آن که ادای مهلت به شفیع، موجب ورود خسارت به مشتری نگردد و گرنه چنین حقی برای شفیع، متصور نخواهد بود و شریک موظف به قبول استمهال نیست بلکه بلافاصله در صورت فوق و با توانایی شفیع می تواند مبادرت به معامله نماید.

نقطه ابهامی که در روایت مذکور وجود دارد این است که ظاهر آن دال به راین است که مورد سؤال مربوط به قبل از بیع و انتقال حصه ی شریک می باشد و حال آن که فقها در موضوع شفیع طبق شقوق مندرج در حدیث فتوا داده اند و مورد فتوای آنان همان شفیع لغوی و اصطلاحی است یعنی بعد از انتقال و نه قبل از وقوع معامله.

در رابطه با این ابهام بعضی گفته اند که فقها از طریق اعمال یک قیاس خفی چنین فتوایی داده اند. صاحب ریاض گفته است از قبیل تنفیح مناط قطعی است نه قیاس خفی.

ولی این گونه توجیها قابل پذیرش نیست زیرا هیچ یک از فقها قائل نیستند که قبل از بیع حق شفیع با ادای مهلت سه روزه توسط بایع و عجز شفیع ساقط می شود، به طوری که اگر پس از فروش قادر شود، نتواند از مشتری اخذ به شفیع نماید با این حالت در این مورد «اصل» وجود ندارد تا بتوان فرع را بر آن قیاس نمود و یا از آن موارد دیگری را تنفیح مناط کرد. در حالی که در عمل قیاس نخست لازم است اصل مسلمی وجود داشته باشد آنگاه فرعی را بر آن قیاس نمود (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۶۸).

آثار فسخ حق شفیع

به نظر می رسد گذشته از موضوع اسقاط حق شفیع در مورد فوق مستنبط از ادله و نصوص شفیع سقوط حق در هر دو مورد است زیرا ادله مزبور دلالت بر لزوم مالکیت شفیع تا هنگام اخذ به شفیع را دارد. به عبارت دیگر (شریک) حق اخذ به شفیع دارد و شریک کسی است که در هنگام اخذ مالک حصه ی مشترک باشد و چنانچه قبل از اخذ، مبادرت به فروش نموده باشد، دیگر بر او صدق شریک نخواهد کرد و لذا اخذ به شفیع نمی تواند بنماید.

وانگهی چنانچه حکمت جعل شفیع دفع ضرر باشد در چنین صورتی است که با سلب مالکیت از شریک ضرر منتفی، موردی ندارد (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶۱) و (ممقانی، ۱۴۱۰: ۴۴۵).

همچنین اصل استصحاب هم قابل جریان نمی باشد، زیرا که از شرایط جریان استصحاب بقای موضوع است، در حالی که در ما نحن فیه، موضوع (شریک) عوض شده و لذا نمی توان حکم سابق (وجود حق شفیع) را استصحاب نمود (ره پیک، ۱۳۷۹: ۱۰۴).

با توجه به مطالب ذکر شده معلوم می گردد که به هیچ وجه علم و جهل دخالتی در مسأله ندارد و نمی توان تفصیلی را که دسته ی اول از فقها قائل شده اند پذیرفت.

پس باید گفت ظاهر در سقوط آن است در صورت علم و

جهل هر دو، چنانکه مذهب علامه چنین است به جهت آنکه بقای ملک جزء سبب است پس سبب اخذ مرکب است از ملک و بقای آن و حدیث شریفه «لا شفعه الا لشریک غیر مقاسم» چون مشتق حقیقت و متلبس به مبدأ است و بر این صدق نمی کند، در این حال شریک غیر مقاسم و جهل و علم او را در احکام وضعی مدخلیتی نیست (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۶۸).

رویه ی حقوقی نقل شفعه

حق شفعه دارای حق تعقب است، به دلیل اجرای حق؛ در موردی که از طرف خریدار تملک می شود، برای تحقق آن باید ملکیت همی انتقال گیرندگان از آغاز باطل شود و به خریدار بازگردد.

۲-۳ حق شفعه حاوی حق تقدم است

طلبکاران انتقال دهنده یا انتقال گیرنده ی ورشکسته نمی توانند مانع اخذ به شفعه ی شریک شوند و حقی که با نخستین فروش سهم برای شفیع ایجاد می شود بر حقوق همی طلبکاران (و حتی صاحبان حقوق عینی آینده) رجحان دارد» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۲۱).

امامی بیان می دارد: «شفعه در زمره ی حقوق مالی شریک است و در امکان اسقاط آن تردید نباید کرد. شریک می تواند از این امتیاز بگذرد و به سهم خود قانع شود. ماده ی ۸۲۲ قانون مدنی در مقام تأیید همین قاعده اعلام می کند «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود» (امامی، ج ۳، ۱۳۴۹: ۳۰).

درانتقال حق شفعه تبعیض جایز نیست

فقها در آثار خویش متعرض این امر شده اند که شخص شفیع نمی تواند حق شفعه ی خویش را تبعیض نماید به این معنا که آن را نسبت به قسمتی از مبیع اجرا کرده و نسبت به قسمت دیگر رها کند. در این مورد به بیان کلام تنی چند از فقها می پردازیم.

محقق حلی می گوید: شفیع نمی تواند حق خویش را تبعیض نماید، بلکه یا باید کل آن را اخذ کند یا تمام را رها نماید (محقق حلی، ج ۳، ۱۴۰۱: ۲۸۵).

شهید دوم در شرح بیانات محقق حلی می نویسد: دلیل این امر (عدم جواز تبعیض) آن است که حق شفیع مجموع من حیث المجموع است و به دلیل اضرائی که در تبعیض بر مشتری وارد می آید، بنا نمودن این حق که برای دفع اضرائی است بر اضرائی دیگر مناسب نیست (شهید ثانی، ج ۱۲، ۱۳۹۴: ۳۱۰).

بحرانی نیز بیان می دارد «به دلیل اضرائی که در تبعیض بر مشتری وارد می آید، امر آشکارتر در تعلیل این است که به مقتضای ادله ی عقلی و نقلی، از لحاظ کتاب و سنت عدم اخذ به شفعه است، پس در جواز اخذ به آن بر آنچه دلیل بر آن اقامه شده است اقتضای می شود و اخبار وارده در مورد شفعه با توجه

به کثرت و تعددشان، منحصرأ به اعتبار مجموع وارد شده اند و جدای از آن ها، صحتشان موقوف بر دلیل است (شیخ بحرانی، ج ۸، ۱۴۰۵: ۳۱۶).

قانون مدنی نیز به پیروی از نظر مشهور فقها در ماده ی ۸۱۵ مقرر می دارد: «حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید.»

شفعه در اسناد تجاری

اسناد تجاری در قانون تجارت تعریف نشده و حقوق دانان برای این اسناد دو مفهوم عام و خاص منظور داشته اند.

اسناد تجاری به معنای عام به تمامی اسنادی که مابین بازرگانان در روابط تجاری مورد استفاده قرار می گیرد اطلاق می شود که علاوه بر برات، سفته و چک، اسنادی نظیر: قبض انبار، اسناد در وجه حامل، بارنامه های حمل و نقل، اوراق بهادار، اوراق قرضه، اوراق سهام و ... را شامل می شود.

لیکن اسناد تجاری به معنای خاص تنها شامل: برات، سفته و چک می شوند. ویژگی مشترکی که این موارد را از دیگر اسناد تجاری متمایز می کند این است که: این اسناد هم معرف وجه و طلب بوده و هم قابل ظهر نویسی و انتقال می باشند، در صورتی که دیگر اسناد تجاری هیچگاه این دو خصوصیت را با هم ندارند یعنی چنانچه قابل انتقال باشند مثل ورقه سهام دیگر معرف وجه و طلب نیستند و اگر معرف وجه و طلب باشند مثل بارنامه دیگر قابل انتقال نیستند.

از دیگر خصوصیات مشترک برات، سفته و چک این است که: هر سه سند وسیله پرداخت هستند. صرف دادن این اسناد به طلبکار پرداخت بدهی به شمار نمی رود تا موجب براثت مدیون گردد. هر سه سند وسیله کسب اعتبار هستند. در واقع تاجر با دادن اسناد تجاری مدت دار و پذیرش آن از سوی فرسندگان کالا و خدمات به واسطه ی این اسناد کسب اعتبار می کند. هر سه سند معرف وجه نقد و پول بوده و ارزش آنها معادل مبلغی است که در خود این اسناد قید شده است. هر سه سند معرف طلب دارنده آن محسوب می شوند. عمر هر سه سند معمولاً کوتاه است. هر سه سند دارای تمبر مالیاتی هستند، مبلغ تمبر برات و سفته به تناسب مبلغ آنهاست اما تمبر چک صرف نظراً از مبلغ آن ثابت است اما این که آیا شفعه به این اسناد تعلق می گیرد باید گفت چون این اسناد در زمره ی اموال منقول هستند بنا به نص قانون مدنی موجب حق شفعه در آن ها وجود ندارد هر چند که از لحاظ قانونی قابل توثیق و تضمین می باشند ولی نص قانون چنین اجازه ای نمی دهد.

انتقال حق شفعه از طریق ارث

نقل حق شفعه به باز ماندگان شفیع: این امر مورد قبول مشهور فقها است و قانون مدنی نیز در ماده ی ۸۲۳ مقرر می دارد: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می شود»

بر آن مهر تأیید می زند.

گرچه آیات مربوط به ارث عام می باشند و نیز برخی روایات مربوط به ارث نیز به گونه ای هستند که حق شفعه را شامل می شوند، ولی برخی از فقها شمول آیات ارث بر مورد انتقال حق شفعه به ارث را مورد تردید قرار داده اند، چنانکه «شیخ حر عاملی» نیز در روایت مربوط به مردود بودن ارث حق شفعه بیان داشته است: «... دلالت خاص اقوی از عام می باشد» (عاملی، ج ۲۵: ۱۴۱۰: ۴۰۷).

برخی از فقها نیز گفته اند: گرچه شفعه مانند حق خیار است (یعنی به ارث می رسد) ولی مانند حق نفقه ی زوجه نیست. و شاید حق شفعه حق ثابتی برای خود شفیع باشد تا زمانی که زنده است و به وراثت او منتقل نمی شود و تمسک به عموم ادله ی ارث متوقف بر این است که این امر ثابت گردد که حق شفعه از حقوق قائم به شخص مورث نیست (فیض کاشانی، ج ۱۰: ۱۴۱۴: ۱۷۵).

پس باید گفت شفعه به ارث برده می شود و کیفیت آن با اشکالی که در بردن آن هست چنین است که اگر ورثه اخذ به شفعه کردند مال مشفوع طبق تقسیمی که خدای تعالی در ارث کرده بین ورثه تقسیم می شود، بنابراین اگر صاحب اخذ به شفعه از دنیا برود و همسری و پسری از او به جای مانده باشد یک ششم آن ملک به همسرش می رسد و بقیه را فرزند می برد، و اگر پسر و دختر از او مانده باشد مشفوع سه قسمت می شود دو قسمت را پسر و یکی را دختر می برد و بدون موافقت همه ورثه یک نفر نمی تواند اخذ به شفعه کند، حال اگر بعضی از ورثه از حق شفعه ی خود چشم پوشند آیا باز هم نسبت به بقیه حق شفعه هست یا نه مسأله مورد اشکال است (نجفی، ج ۳۷: ۱۳۶۷: ۲۸۱).

بعضی از بزرگان با استناد به ادله ی عمومی ارث و سایر دلایل رأی به جواز ارث «حق شفعه» داده اند. این عده حتی سهام مربوط به هر یک از وراثت را نیز معلوم نموده اند. در میان فقهای اهل سنت نیز همین اختلاف نظر البته با کمی تفاوت در ادله و نیز تفاوت در میزان سهام هر یک از وراثت در بیان کسانی که قائل به جواز ارث «حق شفعه» هستند به چشم می خورد (مغویه، ۱۳۹۸: ۱۴۰).

قانون ایران در ماده ی ۸۲۳ انتقال «حق شفعه» را جایز دانسته است و عقیده دارد حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراثت او منتقل می شود.

دلایل انتقال حق شفعه به وسیله ی ارث

کسانی که می گویند: «إِنَّ الشَّفْعَةَ تَوَرَّثُ»، دلایلی را ذکر کرده اند از جمله ی آن ها می توان به موارد ذیل الذکر اشاره کرد:

دلیل اول؛ آیات

آیات متعددی که در قرآن کریم در مورد مسأله ی ارث هست و دستور داده است که هر مسلمانی که از دنیا برود ما

ترک اش به وراثت می رسد اطلاق دارد و شامل به ارث رسیدن «حق شفعه» هم می شوند چرا که «حق شفعه» نیز جزء ما ترک می باشد، چه این که اگر کسی «حق شفعه» را از به ارث رسیدن استثنا کند باید دلیل محکمی بر این خروج ارائه نماید: «لأنه إذا كان حقاً للميت، يستحقه وارثه مثل سائر الحقوق، لعموم الآيات، و من أخرج شيئاً منها، فعليه الدلالة» (حلی، ج ۲: ۱۴۱۰: ۳۸۵). «حق الشفعه مما ترک، فتكون مشموله لعموم الآيات الإرث الداله على إرث ما ترک» (خوانساری، ج ۶: ۱۴۰۵: ۳۳۱).

از جمله ی این آیات می توان به موارد زیر اشاره کرد:

«لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا» (نساء ۷/۴)

«لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ» (قرآن، نساء: ۱۱).
«لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ» (قرآن، نساء: ۱۲)

دلیل دوم؛ روایت

دلیل دیگری که در به ارث رسیدن «حق شفعه» مطرح شده است فرمایش پیامبر اعظم (صلی الله علیه و آله) است که در وسائل الشیعه مراجعه و روایت به این صورت است: «محمد بن علی بن الحسین باسناده عن النضر بن سوند، عن یحیی الحلی، عن ایوب بن عطیة الحذاء قال: سمعت ابا عبد الله علیه السلام یقول: کان رسول الله صلی الله علیه و آله یقول: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه و من ترک ما لا فللوارث» (حرّ عاملی، ج ۱۷: ۱۴۱۴: ۵۵۱). در سخن ابن ماجه همچنین آمده: «قال رسول الله صلی الله علیه و سلم: من ترک ما لا فلورثته» (ابن ماجه قزوینی، ۱۳۸۰: ۸۰۷).

دلیل سوم؛ قاعده لا ضرر

یکی از دلایلی که بعضی از علماء در اثبات ارث «حق شفعه» مطرح کرده اند قاعده ی «لا ضرر» است، «ثبت لدفع الضرر» (خوانساری، ج ۶: ۱۴۰۵: ۳۳۱) و (کرکی، ج ۶: ۱۴۱۰: ۴۴۷). «ثابت لدفع الضرر» (علامه حلی، ج ۵: ۱۴۱۳: ۳۴۷).

به این بیان که هر انسانی که با فرد دیگری در مالی شریک می شود با ملاحظه مسائل جانبی بسیاری اقدام به این کار می کند، چرا که غیر از مسائل مالی، مسأله ی اعتماد و نیز درستکاری و غیره در شراکت، نوعی تسلط شریک بر شریک هم وجود دارد «فإنه بدخوله علی الشریک سلط الشریک علیه» (علامه حلی ج ۱: ۱۳۶۸: ۵۵۸).

حالا اگر شریک فردی باشد که از حیث اخلاقی، رفتاری و اعتقادی با فرد مقابل هم خونی و سنخیت نداشته باشد ضررهای قابل توجه مالی و غیر مالی می تواند بر فرد وارد شود که چه بسا بعضی اوقات غیر قابل جبران نیز باشد. لذا شارع مقدس بر اساس این قاعده ی کلی که از ضرر رساندن بر هر مسلمانی نهی

فرموده و از ضرر رسیدن به هر فرد مسلمانی نیز آزرده خاطر می‌گردد، جواز این حق را برای شریک تشریح فرموده است. در فرمایش امام صادق علیه السلام هست که حضرت فرمودند: «قضى رسول الله صلى الله عليه و آله بين الشركاء فى الأرضين و المساكن، ثم قال صلى الله عليه و آله: لا ضرر و لا ضرار»، و در فرمایش دیگر آن حضرت فرمودند: «الشفعة جائزة فى كل شيء و لأن الشفعة تثبت لاجل الضرر بالمشاركة» همان ضرری که می‌توانست متوجه شریک اصلی بشود، احتمال رسیدنش به وراثت هم هست بلکه هیچ فرقی از این حیث بین شریک اصلی و وراثت نیست.

دلیل چهارم؛ شفعه حقی مثل سایر حقوق

عده‌ای از موافقان با جواز ارث «حق شفعه» معتقدند که شفعه یکی از حقوق مسلم شرعی است که هر صاحب ملکی با داشتن شرایط لازم در مقابل شریک خود دارد، لذا چون شفعه حق است بنابراین دلایلی که دلالت بر ارث ما ترک دارند می‌توانند به طور کلی شامل شفعه نیز بشوند چرا که شفعه نیز یکی از حقوقی است که ما ترک حساب می‌شود، پس قابل ارث می‌باشد: «إذا كان ذلك حقاً للحی، ثابتاً له، يملك المطالبة به، فورثته يقومون مقامه فى جميع املاکه و هذا من جمله املاکه» (شیخ طوسی، ج ۳، ۱۴۱۷: ۴۳۶). «کل ما للمیت من حق یقتضی أن یرثه ورثته إلا ما خرج به دلیل خاص» (علامه حلی، ج ۴، ۱۴۰۹: ۷۷۹).

دلیل پنجم؛ حق شفعه در معنی نوعی خیار است

عده‌ای از موافقان نظریه‌ی به ارث رسیدن حق شفعه هم اظهار کرده‌اند که: «الشفعة فى معنى الخيار» (خوانساری، ج ۶، ۱۳۵۵: ۳۳۱). به این بیان که شفعه اگر چه حق مستقلی است ولی در واقع نوعی خیار است که برای دفع ضرر از شریک وضع شده است چه این که قاعده‌ی «لا ضرر و لا ضرار فى الاسلام» (شیخ صدوق، ج ۳، ۱۴۰۴: ۴۵) و «حر عاملی، ج ۱۷، ۱۴۱۴: ۳۱۷». همان طور که در خیار قدرت عمل دارد در شفعه نیز قدرت اظهار وجود و اعمال نظر دارد بلکه قاعده‌ی لاضرر در شفعه قوی‌تر و با نفوذتر از خیار و جاهای دیگر می‌باشد چرا که اگر «حق شفعه» اجرا نشود به طرف ضرر زیادی وارد می‌شود تا وقتی که حق خیار اجراء نشود (خوانساری، ج ۶، ۱۳۵۵: ۳۳۱). لذا همان طور که خیار به عنوان یک حق قابل انتقال از متوفی به ورثه می‌باشد لاجرم شفعه نیز این قابلیت را باید داشته باشد. در میان بزرگان و علمای اهل سنت نیز کسانی هستند که قائل به جواز به ارث رسیدن «حق شفعه» شده‌اند از جمله شافعی و مالک نظر به جواز داده‌اند. «عن الشافعی: أن إمرأته و ابنه فى ذلك سواء، یعنی فى استحقاقها لجميع الورثة، لایختصر بها بعضهم دون بعض» (شیخ طوسی، ج ۱۴، ۱۳۶۸: ۳۴۵). «قال الشافعی فیما اذا مات الشفیع قبلان یاخذ فلورثته أن یاخذوا ما كان یاخذہ أبوهم بینهم علی العدد امرأته و ابنه فى ذلك سواء» (مغنیه، ۱۳۹۴: ۴۷۷).

وضعیت انتقال شفعه

فوریت در شفعه: بعضی از بزرگان یکی از شرایط شفعه را «فوریت» می‌دانند (انصاری، ج ۵، ۱۳۷۲: ۲۱۵).

همین این مفهوم را می‌رساند که پیش از تحقق شرایط، هنوز حق شفعه ای نیست که بحث شود آیا منتقل می‌شود یا نه؟ بلکه وقتی شرایط ایجاد شد امکان اجرای این حق پیش می‌آید که یکی از آن شرایط هم معامله با فرد ثالث از طرف یکی از دو شریک است.

قذف و وضعیت انتقال شفعه: در بحث قذف که بعضی از قائلین به ارث حق شفعه به عنوان شاهد بر مدعای خود آورده‌اند می‌گویند همان طور که حق قذف به ارث می‌رسد پس حق شفعه هم به ارث باید برسد، پاسخ این است که اگر بعد از فوت فرد، کسی مرده را دشنام دهد که اگر زنده بود حد قذف پیش می‌آمد آیا کسی قائل هست به این که حق قذف از مرده به ورثه اش منتقل می‌شود؟ بلی اگر کسی بگوید اولیای میتی که دشنام شده حق دارند نسبت به دشنام دهنده اقامه‌ی دعوا کنند، پاسخ این است که این حق از متوفی به ارث نرسیده بلکه خود این افراد این حق را دارند. بنابر این حق قذف هم اگر در زمان حیات متوفی ایجاد نشده به ارث نمی‌رسد و همچنین «حق شفعه» هم اگر در زمان حیات فرد موجبات اش فراهم نشده به ارث نمی‌رسد (سنهوری، ج ۹، ۱۳۹۳: ۱۲۱).

حق رجوع و شفعه: یکی دیگر از مواردی که حق هست ولی به ارث نمی‌رسد «حق رجوع» در طلاق رجعی است. اگر مردی زنش را به طلاق رجعی طلاق دهد و قبل از سرآمد مدت عده بمیرد، آیا ورثه‌ی این متوفی می‌توانند به عنوان ارث ادعای رجوع نمایند؟ مسلماً این حق به ارث نمی‌رسد زیرا مالی نیست. لذا این طور نیست که هر حقی قابل ارث رسیدن باشد بتوان «حق شفعه» را هم داخل آن‌ها دانست و قائل شد به این که چون همه‌ی حقوق به ارث می‌رسند پس حق شفعه همچنین است. بلکه باید به ادله محکم استناد نمود.

بحث و نتیجه‌گیری

حق شفعه که از جمله اسباب تملک در حقوق مدنی ما شناخته شده دارای احکام و آثار متعددی است که در جای خود مورد بحث تفصیلی قرار گرفته است.

آنچه مورد بحث ماست این است که آیا این حق قابل انتقال قهری یا ارادی به غیرهست؟

این موضوع معرکه‌ی آرای فقهای امامیه و اهل سنت است و منشأ آن نیز بحث از مالی بودن و تبعات پیرامون آن می‌باشد.

مسئلاً حق شفعه از حقوق مالی است ولی فرقی با سایر حقوق مالی مثل حق سرقتی، حق تحجیر و... در این است که این حقوق فی نفسه قابل انتقالند و به ارث می‌رسند، اما حق شفعه که حکمت وضع آن رفع ضرر از شریک دیگر است فاقد این جنبه می‌باشد زیرا اگر شریک به قصد دفع ضرر از خود مبادرت به اعمال حق شفعه می‌کند، نباید مبادرت به نقل آن به دیگری کند زیرا با منشاء آن که لاضرر باشد منافات دارد لذا به عقیده اکثر فقها از جمله شیخ انصاری و حقوق مدنی، این حق به رسمیت شناخته نشده است و نمی‌توان آن را مشمول عموم مال و حقوق مالی دانست.

اما در زمینه‌ی به ارث رسیدن آن بحث ساده‌تر است زیرا اگر مبنای وضع حق شفعه را دفع ضرر بدانیم بین مورث و وارث تفاوتی وجود نخواهد داشت و منشاء ضرر برای هر دو وجود دارد.

به اضافه این که تمام حقوق مادی و مالی قابل انتقال از طریق ارث اند و عموماً ارث شامل حق شفعه هم می‌شود.

از طرف دیگر نظام حاکم بر اموال و عموماً آن تمام حقوق جزء موارد استثناء را در بر می‌گیرد و هر جا شک در عدم پوشش این اصل داشته باشیم با تمسک بر اصل عدم آن را مشمول قاعده می‌دانیم.

نهایتاً باید به محدودیت این حق اکتفا کنیم و آن را فقط شامل زمین و بنای غیر منقول دانست و بر سایر اموال منقول و نیز اسناد مالی تسری ندهیم زیرا شفعه فی نفسه خلاف اصل است و باید به قدر متیقن آن اکتفا نمود.

منابع

قرآن کریم، ترجمه بهاء الدین خرمشاهی، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی
ابن ادریس حلی، ابو جعفر محمد بن منصور. (۱۴۱۰ ه.ق). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه اسلامی ابن مطهر، علی. (۱۹۹۰). ارشاد الازهان. بیروت: مطبعه البیروت.

ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم. (۱۴۱۰). لسان العرب. بیروت: انتشارات دارالفکر.

احمدی طباطبایی، سید جواد. (۱۳۴۴). اخذ به شفعه در حقوق مدنی ایران و فقه اسلام. تهران: چاپخانه‌ی زندگی.

امامی، سید حسن. (۱۳۴۹). حقوق مدنی. جلد ۳. چاپ سوم. تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامییه.

انصاری، مرتضی. (۱۳۷۲). کتاب المکاسب. قم: مجمع الذخایر الاسلامیه.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۷۰). ترمینولوژی حقوق. چاپ پنجم. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.

حر عاملی، شیخ محمد ابن حسن. (۱۴۱۴). رسائل الشیعه

فی مسائل الشرعیه. قم: مؤسسه آل بیت (ع).
حسینی زبیدی، محمد مرتضی. (۱۳۹۸ ه.ق). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: المکتبه الحیاه.

حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر ابن حسن. (۱۳۷۴). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. جلد ۲. تهران: مؤسسه الاعلمی.

حلی، یحیی. (۱۴۰۵ ه.ق). ابن سعید الجامع للشرایع. قم: مؤسسه‌ی آل البیت.

خوانساری، حاج شیخ موسی نجفی. (۱۲۹۵ ه.ق). منیه الطالب فی حاشیه المکاسب. تهران: چاپ سنگی.

خوانساری، احمد. (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. تهران: مکتبه صدوق.

دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۷). لغت نامه دهخدا. چاپ دوم. تهران: مؤسسه‌ی انتشارات دانشگاه تهران.

ره پیک، حسن. (۱۳۷۹). حقوق مدنی اخذ به شفعه. چاپ اول. تهران: انتشارات خرسندی.

سنهوری، عبدالرزاق. (۱۳۹۳ ق). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. بیروت: دارالاضواء.

طباطبایی، سید علی. (۱۴۰۴ ه.ق). ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل بیت (ع).

طبرسی، حسن ابی علی الفضل. (۱۴۱۶). تفسیر مجمع البیان. الطبعة الاولى. بیروت: مؤسسه الاعلمی للمطبوعات.

طریحی، فخرالدین. (۱۳۹۵ ق). مجمع البحرین. بیروت: انتشارات دار و مکتبه الهلال.

..... (بی تا). تفسیر غریب القرآن. قم: انتشارات زاهدی.

طوسی، ابی جعفر محمد ابن حسن. (۱۳۶۳). الاستبصار. قم: دارالکتب الاسلامیه.

طوسی، محمد بن حسن بن علی. (۱۴۰۱ ه.ق). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: انتشارات مکتبه المرتضویه.

عاملی، زین الدین علی (شهید ثانی). (۱۳۹۴). مسالک الافهام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دارالاضواء.

..... (۱۴۱۰ ه.ق). الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه. بیروت: انتشارات مؤسسه اعلمی.

عاملی، محمد ابن جمال الدین (شهید اول). (۱۴۱۲ ه.ق). الدروس الشرعیه فی فقه امامیه. چاپ اول. قم: مؤسسه‌ی نشر اسلامی.

عدل، مصطفی. (۱۳۴۲). حقوق مدنی. تهران: انتشارات امیرکبیر.

علامه حلی، ابی منصور حسن ابن یوسف. (۱۳۶۸). مختلف الشیعه. قم: مؤسسه‌ی نشر اسلامی.

علم الهدی، مرتضی. (۱۴۱۸ ه.ق). الانتصار. قم: مؤسسه‌ی نشر اسلامی.

- عمید، حسن. (۱۳۴۵). فرهنگ عمید. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- فیض کاشانی، محمد محسن. الوافی. (۱۴۱۴ هـ ق). چاپ اول. اصفهان: انتشارات مکتبه الامام امیرالمؤمنین (ع).
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۶۹). مقدمه‌ی علم حقوق و مطالعه در نظام حقوق ایران. چاپ دوازدهم. تهران: انتشارات به نشر.
- (۱۳۷۰). حقوق مدنی، ایقاع (نظریه‌ی عمومی ایقاع معین)، چاپ اول، تهران: انتشارات یلدا.
- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۷۷). اخذ به شفعه و وصیت. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق حلی. (۱۴۰۱). شرایع الاسلام. بیروت: دار الاضواء.
- معروف الحسنی، هاشم. (۱۴۰۷). الولایه، الشفعه، الاجاره. بیروت: مطبعه اعلمی.
- مغنیه، محمد جواد، الفقه علی مذاهب الخمسه، دارالکتب، بیروت، ۱۳۹۴ ق.
- موسوی خمینی، روح الله. (۱۳۶۴). تحریر الوسیله. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسوی خوئی، ابوالقاسم. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. نجف: مدینه العلم.
- نجفی، شیخ محمدحسن. (۱۳۶۷). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. چاپ سوم. تهران: انتشارات دار الکتب الاسلامیه.
- نوری، رضا. (۱۳۷۲). شفعه، وصیت، ارث، اسباب ثلاث تملک در حقوق مدنی. چاپ اول. تهران: شرکت انتشاراتی پاژنگ.
- نوری، میرزا حسین. (۱۳۹۲). مستدرک الوسائل. قم: آل البیت.
- یزدی، سید محمد کاظم. (۱۳۵۴ ش). عروه الوثقی. تهران: انتشارات آخوندی.

