

اخذ به شفعه



سید مصطفی محقق داماد

کلیات

۱ - واژه شفعه

شفعه به ضم شین بر وزن فعله از ریشه شفعت کذا بکذا اتخاذ گردیده است . وقتی که چیزی را با چیز دیگر جفت و پیوست نمایند ، میگویند : شفعت کذا بکذا ، یعنی آن شی را با فلان شی پیوست نمودم . البته مراد ، مطلق پیوستن نیست ، بلکه آن گاه که با این پیوند تقویت و اعانتی حاصل گردد ، از این واژه استفاده میشود . واژه‌های شفاعت و شفیع نیز از همین ریشه هستند ، زیرا شفیع با شفاعت خویش مشفوع را تقویت و اعانت مینماید^۱ در اصطلاح فقهی و حقوقی نیز اخذ به شفعه به حالتی اطلاق میشود که کسی سهم شریکش را اخذ و سهم خود پیوست هد و یرمال خویش بیفزاید لذا بر خلاف آن چه که بعضی پنداشته‌اند ریشه لغوی شفعه یک معنی بیشتر ندارد .^۲

۱ - رجوع شود به تذکرة الفقهاء ، ج ۱ ، ص ۵۸۸ - شرح لمعه ، ج ۲ ، ص ۱۷ .

۲ - مبسوط شیخ : « الشفعة الزیادة وذلك ان المشتري يشفع نسیب الشریک یزید به بعد انکان ناقصاً کانه کان وترافصار شفعاً » ، ج ۳ ، ص ۱۰۶ ، چاپ تهران .

۲ - شفعه قبل از اسلام

هر چند منبع موثقی که بیانگر جزئیات موضوع شفعه قبل از طلوع اسلام باشد در دست نیست ولی نظر به اینکه یکی از منابع حق شفعه قاعده نفی اضرار به غیر است^۱، و همان طور که در بحث قواعد فقه ذیل قاعده لاضرر متذکر شده ایم قاعده نفی ضرر قبل از هر چیز متکی بر حکم عقل میباشد^۲، لذا شاید بتوان نتیجه گرفت که موضوع اخذ به شفعه در جوامع قبل از اسلام نیز اعمال میگردد است. البته لازم به ذکر است که حق شفعه با حدود و ضوابط خاصی که هم اکنون در حقوق اسلامی مطرح است از احکام تأسیسی باید محسوب گردد، زیرا حق شفعه تنها بر محور موضوع نفی ضرر دور نمیزند؛ بلکه به موجب نصوص و روایات واصله، شرایط و ضوابط خاصی بر آن حاکم است که ای بسا با قاعده لاضرر متعین نمیشد. مواردی از عدم انطباق شفعه با قاعده نفی ضرر در مباحث آتی مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۳ - شفعه در حقوق فرانسه

در حقوق قدیم فرانسه، به پیروی از حقوق روم، شفعه دامنۀ وسیعی داشته ولی در حقوق فعلی آن دیار شفعه به سه مورد ذیل محدود و منحصر گردیده است:

۱- شفعه در مورد دعوی^۳

۲- شفعه مربوط به ارث^۴

۳- شفعه در اشاعه^۵

الف - شفعه در مورد دعوی

قانون مدنی فرانسه به موجب ماده ۱۶۹۹ به طرف دعوی حق داده است که چنانچه طرف مقابل، مال مورد نزاع را در مقابل عوض به غیر منتقل نماید با تأدیۀ قیمت واقعی و مخارج قانونی و خسارات وارده به خریدار، مال را تملک نماید. فلسفۀ این حق ظاهراً جلوگیری از رباخواری و سوء استفاده کسانی است که با معاضۀ مورد دعوی باصلاح شرخری مینمایند.^۶

۱- در حدیث آمده است: «قضى رسول الله بالشفعة وقال لا ضرر ولا ضرار». یعنی رسول خدا به شفعه قضاوت کرد و فرمود ضرر و ضرار در اسلام منتفی است (در باره این حدیث بعداً بحث خواهد شد) تهذیب شیخ طوسی، ج ۷، ص ۱۶۴.

۲ رجوع شود به کتاب قواعد فقه، اثر نگارنده، ذیل بحث قاعده لاضرر.

3) Retrait lititegieu

4) Retrait successoral

5) Retrait dindivision

6) RIPER et Boulanger, No 1614

ب - شفعه مربوط به ارث

این حق از حقوق رم قدیم اتخاذ شده و در حقوق امروزه بیشتر کشورهای غربی شناخته شده است. ظاهراً فلسفه آن حفظ اموال و اسرار خانواده و از آثار فرهنگ مالکیت خانوادگی است. به موجب ماده ۸۴۱ قانون مدنی فرانسه، ورثه حق دارد که هرگاه یکی از آنان سهم الارث مشاع خود را از ترکه به اجنبی انتقال دهد، وجهی را که منتقل الیه پرداخته، به وی بپردازد و حصه را تملک نماید و اجنبی را از شرکت در ماترک و در نهایت دخالت در امر خانواده طرد نماید.^۱

ج - شفعه اشاعه

به موجب ماده ۱۴۰۸ قانون مدنی فرانسه به زن حق داده شده است که چنانچه زن و شوهری در مال غیر منقول به نحو مشاع شرکت داشته باشند، موقع انحلال قرارداد مالی زوجین، زوجه بتواند مال غیرمنقول را با پرداخت قیمت به نفع خود تملک نماید.^۲

د - خلاف اصل بودن شفعه

اخذ به شفعه از مسائل خلاف اصل است، یعنی اصل تسلیط و مالکیت اقتضاء دارد که هرگونه تصرفی برای شیرمالک ممنوع باشد و لذا این حقی را که قانون برای شریک قائل شده استثنایی است که بر اصل اولیه وارد شده است. از آنجا که محقق در شرایع و نیز سایر فقهاء، بحث شفعه را پس از کتاب غضب بلافاصله مطرح نموده اند، لذا مرحوم صاحب جواهر در شرح شرایع برای توجیه این تقارن میفرماید: این نکته بدان جهت است که اخذ به شفعه همانند استثنائی میباشد که بر عموم حرمت اخذ مال غیر به صورت قهری وارد آمده است.

ه - دلائل مشروعیت شفعه

دلیل خروج شفعه از عموم مزبور که در واقع دلیل مشروعیت حق اخذ به شفعه محسوب میگردد، اجماع و سنت واصله میباشد که از طریق خاصه و عامه به صورت تواتر واصل شده است؛^۳ که در ذیل مباحث آینده، بان اشاره خواهد شد. هر چند در مورد شفعه و شرایط تحقق آن در میان روایات تفاوت هایی نیز وجود دارد، ونی در اثبات اصل شفعه در موارد مشترک تردیدی باقی نمیماند.

۱ - الملكية والحقوق العينية .

۲ - الملكية والحقوق العينية .

۳ - جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۲۷۳ - صحیح البخاری، الشفعه حدیث ۱ والشركة حدیث ۸ -

صحیح مسلم، مساقاة حدیث ۱۳۴ - تهذیب شیخ طوسی ج ۷، ص ۱۶۴ .

۶ - محدودیت شفعه

با توجه به خلاف اصل بودن شفعه ، فقهاء تنها در موارد متیقنه فتوی به اخذ به نفعه داده و در موارد مشکوک طبق اصول و عمومات عمل ننوده و با اخذ به شفعه موافقت ننموده‌اند .

۷ - شفعه در مذاهب اسلامی

اصل اخذ به شفعه در میان تمام فرق اسلامی رایج است و توسط هیچ یک از فقهاء مورد تردید و انکار قرار نگرفته است . فقط از جابربن زید و ابابکر اصم نقل شده است که ینان منکر چنین اصل حقوقی بوده ، با این توجیه که شفعه اضرار به رباب املاک است . زیرا مشتری چنانچه بداند که از او خواهند گرفت اقدام به معامله نمیکند و از طرفی شریک هم ممکن است مبادرت به معامله نکند و یا اهماال ورزد و در نتیجه مالک متضرر گردد^۱ . در میان قوانین مدنی مالک اسلامی تنها قانون مدنی سوری از نظریه منکرین نفعه پیروی نموده و آنرا نفی کرده است .^۲

ولی با توجه به اجماع و نصوص مسلم ، اعتباری برای قون مخالفین باقی نمیماند و تردیدی در وجود حق اخذ به شفعه در شریعت اسلامی نیست و لذا همانطور که اشاره شد هیچیک از فقهای معتبر هل سنت و یا فقیهان شیعه در اصل آن تردیدی نکرده‌اند .

شفعه در قانون مدنی ایران

۱ - تعریف شفعه

در قانون مدنی ایران تعریفی برای شفعه نیامده و تنها به ذکر احکام و نتایج شفعه کتفاء گردیده است . ولی در کتب فقهی چنین تعریفی شده است که با توجه به احکام مذکوره در قانون مدنی هم همین تعریف مستناد میگردد : « الشفعة هی استحقاق الشریک الحصة

۱ - راجع به دعوی اجماع بر مشروعیت شفعه و نقل نظریات مخالفین رجوع شود به : الدغنی ، این قدامه ، ج ۵ ، ص ۲۵۵ - مغنی المحتاج شریینی ، ج ۲ ، ص ۲۹۶ - التجرالزخار ، احمدین یحیی ، ج ۴ ، ص ۳ - در جواهر الکلام ، ج ۳۷ ص ۲۷۳ آمده است : قول مخالف ، صرفاً حکایت است . چون به اثبات نرسیده قابل توجه نمیباشد ، به خصوص آنکه در مورد جابربن زید اتهام خارجی گری نیز وجود دارد .

۲ - الحق و الحکم ، عدنان البکاء ، ص ۱۹۸ - الملكية فی الشریعة الاسلامیة ، ج ۲ ، ص ۱۹۳ .

المیعة فی شرکتہ»^۱ یعنی شفعه استحقاق تملک یکی از دو شریک از حصه فروخته شده شریک دیگر است. از تعریف فوق استنباط میگردد که شفعه حتی است قانونی برای یکی از دو شریک که بدون رضایت مشتری برقرار گردیده و داخل در عقود و معاملات و سایر اسباب تملک نمیباشد.

قانون مدنی، عنوان قسمت سوم از کتاب دوم را حق شفعه قرارداد و در اسباب تملک اخذ به شفعه را در ردیف احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء سباحه و عقود و تعهدات وارث دانسته است.^۲

ممکن است در بادی امر از این ترتیب چنین استنباط گردد که در حقیقت سبب سوم تملک، حق شفعه است، ولی باید توجه داشت که حق شفعه صرفاً یک حق قانونی است و نمیتوان آن را از اسباب تملک، همانند حیازت و یا عقود معاملاتی، محسوب نمود. زیرا که عقود و معاملات اسباب تملیک و تملک میباشند و در مورد شفعه پس از آن که شفیع حق خویش را اعمال نمود تملک حاصل میگردد. و لذا در عبارت فقهاء شفعه صرفاً «استحقاق» تفسیر و تعریف شده است.

۲ - فلسفه شفعه

در میان شارحین قانون مدنی ایران چنین مرسوم است که در مقام شرح این قانون، همانند سایر قوانین، به تجزیه و تحلیل نظر قانونگذار و غرض و هدف وضع و جعل قانون و شناخت فلسفه آن پرداخته و اگر قید و شرط و توسعه و تضییقی در قانون ملاحظه کنند به همان دید به بحث و بررسی میپردازند ولی قیاس قانون مدنی با سایر قوانین عادی و مصوبات پارلمانی اشتباهی واضح است، زیرا مسلم است که قانون مدنی ایران از فقه امامیه اتخاذ کرده و حتی تبویب ابواب و تنظیم و ترتیب مواد آن هم عیناً به ترتیب کتب فقه امامیه تدوین یافته است. برای نمونه اگر همین کتاب شفعه با منابع و متون فقهی مانند مختصر علامه و یا شرایع محقق مقایسه شود به خوبی مدعای ما به اثبات خواهد رسید.

۱ - شرح لعمه، ج ۲، ص ۱۷ - مرحوم علامه در قواعد ص ۲۰۹ چنین تعریف کرده است: «می استحقاق الشریک انتزاع حصه شریکه المنتقلة عنه بالبیع» یعنی شفعه حق داشتن شریک است نسبت به گرفتن حصه فروخته شده بصیبه نظر میرسد کلمه اخذ که در سرفصل قانون مدنی در باب شفعه آمده از این تعریف اتخاذ شده باشد که عیناً ترجمه کلمه «انتزاع» است.

۲ - قانون مدنی در ماده ۱۴۰ مقرر میدارد:

تملك حاصل میشود:

۱ - باحیاء اراضی موات و حیازت اشیاء سباحه.

۲ - بوسیله عقود و تعهدات.

۳ - بوسیله اخذ به شفعه.

۴ - وارث.

باتوجه به این نکته ، یافتن غرض قانونگذار برای اضافه شدن فلان شرط و قید و یا انگیزه استثناء و خروج موردی از سوارد کار بیهوده‌ای است .

قانون مدنی در جمهوری اسلامی ایران ، که البته در سنایسه با گذشته چندان تغییری هم در آن ایجاد نگشته ، از نظر اصل سواد و نویسه و تضییق و استثناء و شمول تابع فقه امامیه است . و ریشه همه آن را بایستی در منابع فقه (کتاب ، سنت ، اجماع و عقل) بدست آورد . احکامی هم که از این منابع توسط صاحب نظران استنباط میگردد و در دسترس ما قرار میگیرد بیشتر اوقات هیچگونه توجیهی برای آن نشده است . مثلاً اگر در منابع فقهی از نظر ربا میان اشیاء مکیل و سوزون با اشیاء معدود توفیر نهاده شده ، هیچگونه توضیحی در مورد فلسفه این تفاوت بما نداده‌اند . و اگر هم در توجیه این احکام مطالبی بنظر برسد نمیتوان بطور قطع آنها را علت جعل حکم از سوی شارع دانست و بردار آن تعمیم و یا تقیید نمود . البته برخی از احکام بر قواعدی از قبیل لاضرر و لاضرر و امثال آن متکی است و نیز نصوص و روایاتی هم دال بر آن است که بطور صریح علت جعل را توضیح میدهد ، که در این گونه موارد طبق مقررات و اصول فقهی تعمیم و تضییق میباشد .

در مورد شفعه بعضی از حقوقدانان معاصر در شرح قانون مدنی چنین پنداشته‌اند که منشاء حق شفعه قاعده لاضرر است ولی بطوری که در مقدمه توضیح داده شد ، منشاء این حق ، اجماع و نصوص متواتره‌ای است که از معصومین (ع) واصل گردیده است . البته در بعضی نصوص به قاعده لاضرر اشاره شده است ولی این غیر از آن است که منشاء حق ، قاعده لاضرر باشد ، و آثار عملی زیادی بر این دو بیان بار میگردد .

ما در آینده خواهیم گفت که ضرری که در نصوص به آن اشاره شده و شفعه به منظور جلوگیری از آن وضع گردیده ، محض است و معلوم نیست که منظور کدامین ضرر است ؟ آیا ضرر شرکت است ، یا ضرر احتمالی که در اثر درخواست تقسیم و افراز ممکن است حاصل گردد و یا . . . ؟ که هر کدام از این احتمالات نتایجی از نظر فقهی در بر خواهد داشت .

۳ - شرایط اخذ به شفعه

ساده ۸۰۸ - قانون مدنی : هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر شریک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخصی ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه سببه را تملک‌کننده بدد . این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع میگویند .

۱- برای توضیح بیشتر نسبت به منابع فقه ، مراجعه شود به کتاب اصول فقه ، دفتر دوم منابع فقه ، اثر نگارنده .

۲- مجموعه حقوقی سال پنجم ، شماره ۱۵ ، ص ۳۹۲ .

این ماده برای بوجود آمدن حق شفعه شرایط زیر را متذکر شده است :

الف - مال غیرمنقول باشد .

ب - مال قابل تقسیم باشد .

ج - دو نفر شریک باشند نه بیشتر .

د - مال مشترک باشد به نحو اشاعه نه مفروز .

ه - انتقال به وسیله عقد بیع صورت گرفته باشد .

اینک به بحث در مورد هر یک از شرایط فوق سپرداریم :

الف - غیر منقول بودن مال

در مورد وجود شفعه در خصوص اموال غیرمنقول ، در فقه هیچگونه نظر مخالفی ابراز نشده است و تردیدی در آن نیست ، ولی در مورد اموال منقول موضوع مورد اختلاف است . گروهی از فقهاء از جمله مرحوم شیخ طوسی ، مفید و صدوق و بسیاری دیگر نظر به شمول شفعه بر اموال منقول نیز داده‌اند^۱ از فقیهان اهل سنت نیز حکایت شده است که بعضی معتقدند شفعه در کلیه اموال مشاعی ، اعم از منقول و غیرمنقول ، جریان دارد^۲

مرحوم محقق در شرایط نخست به نفع پیروان نظریه شمول شفعه در اموال منقول دودلیل به شرح زیر بیان نموده ؛ هر چند که نهایتاً آنرا نپذیرفته و قول مخالف را تقویت کرده است :

۱ - به طور کلی جعل و وضع قانون شفعه به خاطر جلوگیری از یک ضرر محتمل است . زیرا که مشتری ، یعنی شریک جدید ، ممکن است از حق مالکیت خویش استفاده کرده و درخواست تقسیم و افراز نماید و این تقسیم و افراز موجب ورود ضرر و خسارت بر شریک شود . لذا شارع مقدس با وضع حق اخذ به شفعه از این ضرر محتمل جلوگیری نموده است . بدیهی است که این جهت در اموال منقول و غیرمنقول مشترک الوجود است . ما این توجیه را در ذیل شرط دوم نقد و بررسی خواهیم کرد .

۲ - روایت یونس - یونس از بعضی متابعین خویش نقل میکند که از حضرت صادق (ع) سؤال شد : شفعه برای چه کسی است ؟ و در چه چیزی نیست و چه کسی صلاحیت اعمال آن را دارد ؟ و آیا در حیوانات شفعه وجود دارد یا خیر ؟ و اگر وجود دارد چگونه میباشد ؟ آن حضرت در پاسخ فرمود : شفعه در عمد چیز جائز است ، اعم از حیوان ، زمین و متاعهای دیگر ، آن گاه که بین دو نفر شریک فقط شراکت باشد واحد از شریکین نصیب خویش را به فروش رساند ، شریک دیگر حق اولویت دارد و اگر پیش از دو شریک باشند برای هیچ یک

۱ - رجوع شود به ایضاح الفوائد فی خصال الحقیقین ، ج ۲ ، ص ۱۹۸ - جواهر الکلام ، ج ۳۷ ، ص ۲۴۱ -

تذکره علامه ، ج ۱ ، ص ۵۸۷ - منهاج المتلین مستقانی ، ص ۴۴۵ .

۲ - رجوع شود به المهملی ابن حزم ج ۹ ص ۱۰۱ - المعنی ابن قدامه ، ج ۵ ، ص ۲۵۸ - سبل السلام

حق شفعه وجود ندارد.^۱

نظریه این دسته توسط گروه کثیری از فقهاء سردود شناخته شده و آنان شفعه را فقه در اموال غیرمنقول جاری دانسته‌اند. بزرگانی چون طبرسی، راوندی، سلار، شهیدین و حتی به قول علامه در تذکره مشهور فقهای امامیه موافق این نظریه میباشند. این دسته فنهاء پس از تضعیف روایت مورد استناد دسته نخست و اظهار تردید در مسئله میگویند: چون موضوع شفعه خلاف اصل اولیه یعنی عدم تسلیط بر اموال دیگری میباشد، لذا فقط باید به موضوع متیقن اکتفاء نمود و موارد تردید را محکوم به حکم اولیه دانست.^۲

از فقهای اهل سنت، ابوحنیفه و شافعی و احمد بن حنبل شفعه را در اموال منقول ثبت ندانسته‌اند. و از مالک آراء متفاوت نقل شده و گاهی رأی به شفعه در تمام اموال داده است.^۳ قانون مدنی ایران به پیروی از مشهور امامیه، غیر منقول بودن را شرط دانسته است.

ب - قابل تقسیم بودن مال

در مورد این شرط میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. گروهی از آنان، مانند محقق حلی در مختصر النافع^۴ و بعضی دیگر از قدما و متأخرین امامیه^۵ و بعضی از علمای اهل سنت^۶ این شرط را پذیرفته‌اند و به صراحت بر اعتبار آن تنصیر نموده‌اند. دلیل آنان چند چیز است:

۱- روایاتی که در این باب وارده شده، صرفاً در آنها موضوعاتی مشخص را نام برده و از آنها شفعه را نفی نموده‌است، مانند نهر، طریق حمام، آسیاب و امثال آنها^۷ و هرچند آن موضوعات را به غیر قابل تقسیم بودن توصیف نکرده است ولی این عنوان وجه مشترکی است که توسط این دسته فقهاء برداشت شده، و بنظر آنان تنها وجه مشترکی است که میتواند وجود داشته باشد.

۲- روایت نبوی جابر که از طریق عامه نقل گردیده که رسول الله (ص) فرمود: «انما جعلت الشفعة فیالم یقسم»^۸ یعنی شفعه در چیزهایی است که قسمت نشده است.

۱ - وسائل الشیعه، کتاب الشفعه، باب ۷، حدیث ۲.

۲ - تذکره الفقهاء علامه حلی، ج ۱، ص ۵۸۸، افسست قم - شرایع الاسلام و جواهرالکلام،

ج ۳۷، ص ۲۴۲.

۳ - کتاب الملكية والحقوق العينية، ج ۴، ص ۲۱۲ - للباب، میدانی، ج ۲، ص ۱۹۸.

۴ - متن مختصر النافع و شرح جامع المدارک، ج ۶، ص ۳۱۳.

۵ - رجوع شود به تحریر علامه، افسست مشهد، ص ۱۴۵.

۶ - المعنی، ابن قدامه، ج ۲۵، ص ۲۵۹.

۷ - التهذیب طوسی، ج ۷، ص ۱۶۵ و ۱۶۶ - الاستبصار، ج ۳، ص ۱۱۸.

۸ - سنن بیهقی، ج ۶، ص ۱۰۲ - صحیح بخاری با کمی تفاوت همان را نقل کرده است. (بیوع، حدیث

بیان استدلال به حدیث فوق به شرح زیر است :

همیشه کلمه « لم » در مواردی استعمال میشود که امکان اثبات باشد و از این جهت با « لا » تفاوت دارد و به عبارت دیگر « لم » در موارد نفی بصورت عدم و بلکه استعمال میشود ولی « لا » به معنای سلب مطلق است ؛ منظور از سلب به صورت عدم و بلکه مواردی است که امکان اثبات وجود داشته باشد و لذا هیچگاه نمیگویند « السیف لم یقسم » یعنی شمشیر تقسیم نشده است ، بلکه میگویند : « السیف لایقسم » زیرا شمشیر شی غیرقابل تقسیم است ؛ بنابراین عبارت رسول الله (ص) رساننده آن است که شفعه در خصوص اموالی است که قابل قسمت بوده ولی هنوز به حال اشاعه باقی مانده باشد نه آنهایی که اصلاً قابل قسمت نمیشوند .

۳- استناد به اصل : توضیح این که همانطور که در مقدمه گفته شد ، اصل اولیه این است که تصرف در اموال دیگران بدون رضایت صاحب مال ممنوع است و چون شفعه یک موضوع خلاف اصل است ، بنابراین فقط باید به موارد متیقن اکتفاء نمود و در موارد مشکوک مطابق اصل عمل کرد . البته با توجه به ضعف بودن دو دلیل قبل ، مهمترین مستند اکثر فقهای که چنین نظری را داده‌اند همین دلیل اخیر است .

گروه دیگری از فقهاء نظریه قابل تقسیم بودن مال را مردود دانسته و با وارد ساختن خدشه در مستندات آن با تمسک به عمومات واصله در موضوع ۳ به عموم و شمول شفعه نظر داده‌اند . این گروه روایات مورد استدلال مخالفین را به ضعف سند و دلالت مخدوش نموده و میگویند ، روایات دسته اول به هیچ وجه رساننده این نکته نمیشوند ، زیرا که اولاً در این روایات صرفاً مواردی از موضوعات که شفعه در آن جریان ندارد نامبرده شده بدون آنکه جهت و علت عدم جریان را توضیح دهد ، بنابراین نمیتواند دال بر آن باشد که علت عدم جریان شفعه ، غیرقابل تقسیم بودن مال است . ثانیاً مورد اشاره شده در روایات ، از نظر نوعی ، خود قابل بحث است زیرا چه بسا حماسها و نهرهای کبار وجود دارد که امکان قسمت در آنها متصور است ، و لذا با توجه به اینکه در روایات بطور مطلق آمده و شفعه را در آنها نمی نموده‌است لذا نمیتوان وجد آن را صرفاً عدم امکان قسمت دانست .

مرحوم شهید اول در متن کتاب معهه این مسئله را به تردید واگذار کرده ، ولی مرحوم محقق در شرایع مسئله را این چنین مطرح نموده است :

« در ثبوت شفعه در نهرها و راهها و حماسها و آنچه قسمت شدن آنها موجب ضرر و

۱- جواهر الکلام ، ج ۲۷ ، ص ۲۴۳ .

۲- المعنی ابن قدامه ، ج ۵ ، ص ۲۵۶ - نهایة المحتاج ، ج ۵ ، ص ۱۹۳ .

۳- الاحکام ترمذی ، حدیث ۳۴ - صحیح مسلم ، ساقاة ، حدیث ۱۳۵ - المحلی ابن حزم ، ج ۹

ص ۱۰۳-۱۰۴ و التهذیب ، ج ۷ ، ص ۱۶۴ .

خسارت است ، تردید وجود دارد ولی اتوی آن است که بگوئیم شفعه در این گونه موارد نیست ، مقصودمان از ضرر آن است که بعد از قسمت شدن قابل استفاده نباشد .^۱

نقد و بررسی

با امعان نظر در کلام مرحوم محقق در بیان شرط قبل و نیز در مورد مانحن فیه ، چنین معلوم میگردد که به نظر این بزرگوار اولاً فلسفه جعل و وضع قانون شفعه جلوگیری از ضرر محتمل است ، و ثانیاً منظور از ضرر محتمل این است که مشتری ، یعنی شریک جدید ، با استفاده از حقوق قانونی خود درخواست انراز و تقسیم نماید و این امر موجب ضرر و خسارت بر شریک دیگر خواهد بود . و لذا به نظر محقق در بحث سابق الذکر ، همین دلیل میتواند مثبت شمول و سریان اخذ به شفعه در اموال منقول گردد و در مواردی که عین غیر قابل تقسیم است ، به نحوی که اگر تقسیم گردد از حیز انتفاع ساقط خواهد شد و به همین دلیل هیچگاه منتقل الیه مبادرت به چنین امری نخواهد کرد ، ایشان معتقدند که شفعه در این گونه اموال منتفی است .

بنظر میرسد این توجیه با توجه به اصول و سبانی فقه امامیه نمیتواند بدون مأخذ و منبع شرعی مورد پذیرش باشد زیرا که در این صورت به اصطلاح فقهی ، دلیل استحسانی خواهد بود که از نظر فقهای امامیه و جاهتی ندارد . و لذا باید مأخذ و منبع استنباطی مرحوم محقق مشخص شود که چه میباشد . تنها مأخذی که برای استنباط مرحوم محقق بنظر میرسد روایت عقبه بن خالد است که وی از حضرت صادق (ع) نقل میکنند که آن حضرت فرمود : « قضی رسول الله . . . (ص) بالشفعه بین الشركاء فی الارض والمساکین و قال لا ضرر ولا ضرار و قال اذا ارقت الارف و حددت الحدود فلا شفعة .^۲ » یعنی رسول الله (ص) به شفعه قضاوت کرد در بین شرکاء در زمین و مساکین و سپس فرمود لا ضرر ولا ضرار و نیز فرمود وقتی که دیوار بندی و حائل گذاری شد و حدود معلوم گردید دیگر شفعه نیست .

ولی با دقت در روایت فوق چنین استنباط میگردد که در چند روایت مزبور دال بر آن است که جعل شفعه به منظور رفع ضرر متحمل بوده است ، لیکن در این روایت مشخص نشده است که ضرر محتملی که شفعه به منظور پیشگیری از ورود آن وضع گردیده ، کدام ضرر است ؟ و دلیلی نداریم که بر ضرر مورد نظر مرحوم محقق حمل نسائیم . مضافاً به این که اصولاً شرکت و به خصوص تجدید شریک خود ضرری قابل توجه میباشند و احتمال آن که همین ضرر مورد توجه رسول گرامی اسلام (ص) بوده باشد ، چندان بعید نیست ، بلکه آن چه میتواند این

۱ - شرایع الاسلام ، جواهر ، ج ۳۷ ، ص ۲۰۱ « وفي ثبوتها في النهر والطريق والحمام وما تدرج قسمته تردد ، شبهة انها لا يثبت و عني بالضرر لا ينتفع بعد قسمته » .

۲ - وسائل الشیعه ، باب ۵ از ابواب شفعه ، حدیث ۱ .

احتمال را تقویت و تأیید نماید این است که حق شفعه با انتقال ملک از شریک به مشتری بوجود میآید ، پس ضروری که ملاک جعل شفعه میتواند باشد بایستی ناشی از همین جهت باشد و حال آنکه احتمال درخواست تقسیم مورد نظر ، سابق بر انتقال بوده نه ناشی از انتقال. زیرا که همان شریک سابق هم قبل از انتقال چنین درخواستی را میتوانست بنماید ، و علی کل حال برای وی چنین حقی وجود داشته است . به عبارت دیگر ، حق درخواست افراز از لوازم شرکت است ، نه از لوازم انتقال و فروش حصه احد از شریکین به شخص ثالث ، تا شفعه بخواهد جلوگیری از چنین ضرری بنماید .

با این بیان معلوم شد که ضرر ناشی از درخواست افراز نمیتواند ملاک جعل و وضع قانون شفعه باشد ، بلکه ضرر مورد نظر رسول الله (ص) به احتمال بسیاری قوی همان پدیدار شدن شریک جدید برای شریک سابق است . و با توجه به آن که اعمال حق شفعه هیچگونه ضرری برای فروشنده ایجاد نمیکند لذا اسلام این حق را برای شریک دیگر قرار داده است .

ج - عدم زیاده بر دو شریک

از ماده ۸۰۸ قانون مدنی به صراحت استفاده میشود که بوجود آمدن حق شفعه مبتنی بر آن است که مال مشترک بین دو شریک بیشتر نباشد بنابراین هرگاه تعداد شرکاء بیش از دو نفر باشند ، به موجب این قانون هیچ یک از شرکاء نمیتوانند ادعای حق شفعه نمایند .

مبنای فقهی شرط فوق :

این موضوع که شفعه در مواردی که تعداد شرکاء بیش از دو نفر باشند قابل ادعا و اعمال نیست ، مبتنی بر فتوای مشهور امامیه است و دلیل آن هم روایت صریحی است که در این باب وارد شده و به صراحت رساننده شرط است . مثلاً در روایت طلحة بن زید به صراحت آمده است: « فان زاد علی اثنين فلا شفعة » یعنی وقتی که شرکاء از دو نفر بیشتر شدند دیگر برای هیچیک شفعه نخواهد بود .

نظریه عامه در مورد تعدد شرکاء

اکثر عامه و افراد قلیلی از فقهاء امامیه برخلاف فتوای مشهور نظر داده اند . مانند ابن جنید در انتصار که شفعه را در عقار برای بیش از دو نفر نیز جاری میداند . هر چند بنظر وی در امثال حیوان ، همانند فتوای مشهور ، برای بیش از دو نفر شفعه منتفی است . مستند این دسته تنها دو روایت سکونی و طلحة بن زید است که امام (ع) فرموده است :

« الشفعة علی عدد الرجال و علی الرجال » یعنی شفعه به عدد افراد است .

۱ - بسوط شیخ طوسی ، ج ۳ ، ص ۱۱۳ .

۲ - وسائل الشیعه ، کتاب الشفعه ، باب ۷ .

۳ - وسائل الشیعه ، کتاب الشفعه ، باب ۷ ، حدیث ۵ .

در ماده ۱۰۱۳، المجله نیز، شفعه با تعدد شرکاء را پذیرفته است :

« اذا تعددت الشفعاء يعتبر عدد الرؤس ولا يعتبر بمقدار السهام یعنی لا اعتبار لمقدار الحصص »

یعنی هر گاه شفعاء متعدد باشند بر اساس تعداد شرکاء محاسبه میشود و مقدار سهام ارزشی ندارد .

نقد و بررسی

همانطور که ملاحظه میشود با توجه به صراحتی که در روایات دسته نخستین وجود دارد که حتی در بعضی موارد به طور صریح آمده است : « فان زاد علی اثنین فلا شفعه »^۱ یعنی پس اگر شریکها بیش از دو نفر باشند دیگر در آن حال شفعه وجود ندارد ، میتوان تعبیر مندرج در عبارت معارض را مطابق با نص مزبور تفسیر کرد و تعارض را منتفی دانست. زیرا در روایت سکونی بیش از این نیامده که : شفعه بر عدد شرکاء است و سهام آنان ، این مضمون میتواند رساننده این مطلب باشد که اگر در مالی سهام بین شرکاء متساوی نبود ، حق شفعه بر اساس افراد به وجود میآید نه بر اساس سهام ، و لزوماً نمیرساند که در موارد بیش از دو شریک نیز شفعه باید وجود داشته باشد ، و لذا با توجه به وجود روایات دسته اول میگوئیم : شفعه حتماً در موارد دو شریک است ، هر چند سهام آنان مختلف باشد .

لازم به ذکر است که مسئله از این جهت فرقی نمیکند که فروشنده یکتفر و شفیع متعدد باشد یا آنکه فروشنده متعدد باشد و شفیع یکتفر باشد ، یعنی چنانچه مثلاً شرکاء سه نفر باشند ، هر چند که دو نفر آنان مبادرت به بیع نمایند ، باز هم شفعه منتفی است . زیرا شرط بوجود آمدن حق شفعه ، وجود تنها دو شریک است و شرکاء بیش از دو نفر مانع از پدید آمدن حق شفعه میگردد .^۲

مسئله ۱

بیع جزئی از حصه توسط شریک : خرگه در مال مشترک بین دو شریک ، احد از شریکین به بیع قسمتی از حصه خویش (نه تمامی آن) مبادرت نماید ، آیا حق شفعه برای شریک دیگر بوجود میآید یا خیر ؟

از عبارت ماده ۸۰۸ قانون مدنی ممکن است چنین استنباط شود که در این گونه موارد شفعه منتفی است ، زیرا میگوید : « یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل نماید » ؛ و در آخر ماده میگوید : « حصه بیعه را تملک نماید . » که این جملات ظهور در تمامی حصه دارد و مفهوم آن دلالت میکند که در

۱- وسائل الشیعه ، کتاب الشفعه ، باب ۷ ، حدیث ۷ .

۲- تحریر الوسیله حضرت امام خمینی مدظله ، کتاب شفعه ، مسأله ۷ .

صورتی که قسمتی از حصه مورد بیع قرار گیرد، شفعه وجود نخواهد داشت. اگر از قانون مدنی این برداشت محقق گردد، بنابراین شرط دیگری به شروط اخذ به شفعه اضافه خواهد شد، و آن به این صورت است که تمامی حصه باید مورد بیع قرار گیرد. ولی این نظر ریشه فقهی ندارد و هیچیک از فقهاء بر آن فتوی نداده‌اند و صاحب جواهر قبول نظر فوق را توسط احدی از فقهاء با استنکار تلقی نموده و میگوید: «لاظن احداً يلتزمه»^۱ یعنی گمان ندارم که هیچ کس به آن ملتزم گردد. بنابراین برای این اشتراط هیچگونه توجه فقهی وجود ندارد، و اگر کسی بخواهد موضوع را چنین استدلال نماید که در صورت وقوع بیع جزئی از حصه تعداد شرکاء متجاوز از دو نفر خواهد بود و لذا شفعه منتفی میگردد، باید گفت چنین توجیهی کاملاً مردود است. زیرا پرواضح است که منظور از تعدد شرکاء بطریقه در فقه که مانع بوجود آمدن حق شفعه میباشد، تعدد سابق بر بیع است نه لاحق. در صورتی که در این مورد پس از بیع، شرکاء از دو نفر تجاوز نموده است و نه قبل از آن و لذا نمیتواند این موضوع توجیهی برای تفصیل فوق باشد.^۲

مسئله ۲

تعدد مشتری: اگر یکی از شریکین حصه خود را یکجا یا تدریجاً به چند نفر بفروشد آیا حق شفعه برای شریک وجود دارد یا خیر؟ و اگر وجود دارد به چه نحو است؟ آیا نسبت به تمامی حصه بطور کل حق اخذ دارد یا اختیار اعمال آن نسبت به بعضی از خریداران و عدم اعمال نسبت به مابقی نیز برای او هست؟

تردید نیست که برای شریک حق شفعه وجود دارد زیرا محدودیت شرکاء قبل از انجام معامله محقق بوده است ولی سخن در نحوه اعمال و حدود اختیارات او است. در فقه نسبت به نحوه اعمال حق شفعه در این مسئله دو قول است: قول اول اینکه شفیع نمی‌تواند نسبت به سهمیه یکی از مشتریان اخذ به شفعه نماید و مابقی را صرف نظر کند، بلکه بایستی سهام همه را اخذ یا آنکه از همه صرف نظر نماید. قول دوم اینکه شفیع می‌تواند سهام بعضی از مشتریان را اخذ و از دیگری صرف نظر کند. فقهای معاصر نظر دوم را اقوی دانسته‌اند.^۳ این بزرگواران تفاوتی هم میان فروش یکجا یا در چند معامله قائل نیستند.

۱ - جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۲۷۷.

۲ - سناجح المتقین معانی، ص ۴۴۵.

۳ - وسیلة النجاة اصفهانی، مسئله ۲ و حواشی بر آن.

نظر قانون مدنی

هر چند قانون مدنی بطور صریح متعرض موضوع نشده است ولی از مجموع مواد ۸۰۸، ۸۱۵ و سایر مواد مربوطه چنین نظر میرسد، که مقنن قانون مدنی حق شفعه را بموازات هر یک پدیده بیع محقق میداند و لذا در موضوع فوق بایستی شقوق مختلف تصور کرد به شرح زیر:

هر گاه یکی از شریکین حصه خود را در معامله واحد به چند نفر بفروشد چون بیع واحد واقع شده، هر چند که خریداران متعدّدند، لذا یک حق شفعه بوجود میآید و باید یا نسبت به همه حصه شریک اعمال شود یا آنکه از این حق صرف نظر گردد، زیرا در حقیقت اعمال شفعه در مورد سهم یک مشتری به معنای اجرای حق نسبت به یک قسمت از مبیع خواهد بود که وفق ماده ۸۱۵ ممنوع است.

ولی اگر شریک حصه خود را بموجب چند معامله به مشتریان متعدّد بفروشد در این صورت اگر حق شفعه طبق ماده ۸۲۱ در موعد اجراء گردد و با تأخیر انجام نشود، مثل آنکه شفیع غائب و یا بی اطلاع بوده است، پس از انجام معاملات متعدده شفیع می تواند هر یک از معاملات را که میخواهد به شفعه تملک کند. ولی اگر حق خود را نسبت به مناسله مقدم ساقط کند در معامله بعدی حق شفعه نخواهد داشت چون شرکاء بیش از دو نفر خواهند بود. بهرحال با توجه به اینکه هر بیع یک حق شفعه نسبت به کل مبیع به همراه دارد، در بیع های متعدّد با رعایت سایر شرایط اعمال شفعه نسبت به هر یک که شفیع بخواهد جایز است.

د - مال مشترک به نحو اشاعه باشد نه مفروز

این شرط مورد اجماع علمای امامیه میباشد و لذا هر گاه دو نفر که مالشان صرفاً درجوار یکدیگر قرار گرفته و یا آنکه قبلاً مشترک یا مشاع بوده و بعداً تقسیم شده باشد و هر قسمت به یکی از شریکین اختصاص یافته در صورت فروش یکی از شریکین به شخص ثالث، حق شفعه منتفی است.

توجیه این شرط علاوه بر دلالت نصوص وارده، که در آن به صراحت متذکر شده که شفعه وقتی بوجود میآید که مال تقسیم نشده باشد و پس از تقسیم دیگر شفعه بوجود نخواهد آمد، بسیار روشن است. زیرا که اصلاً شفعه در مورد شرکت است و در مانحن فیه شرکتی نیست تا شفعه مطرح گردد.

البته همانطور که گفتیم، نسبت به این مسئله اتفاق نظر بلکه اجماع است، ولی تنها مخالف از فقهای امامیه ابن عقیل است که وی قائل به ثبوت شفعه در مال مقسوم شده و

میگوید برای همسایه حق اخذ به شفعه وجود دارد. ^۱ فقهای حنفی و عده‌ای دیگر از علمای عامه هم به نظریه فوق قائل میباشند.

بعضی از پیروان این نظریه چنین توجیه مینمایند که همسایه غالباً سبب مزاحمت برای مجاورین میگردد و ای بسا به علت باز نمودن پنجره مشرف به منزل مجاور یا بالا بردن دیوار عسارت خود و جلوگیری از تابش نور به خانه او و اعمالی نظیر اینها سبب آزار و اذیت همسایه میگردد، لذا سزاوار است با توجه به فلسفه شفعه و حکمت وضع حق اخذ به شفعه که همانا جلوگیری از ضرر محتمل است در مورد مجاورت نیز که اگر احتمال ضرر در آن بیشتر نباشد کمتر هم نیست، شفعه قابل اعمال باشد مضافاً به اینکه احترام به حقوق همسایه طبق نصوص وارده از سوی پیشوایان مذهبی از مسلمات اسلامی است. ولی این توجیها قابل پذیرش نیست، زیرا ضرری که حکمت وضع شفعه میباشد و در نصوص به آن اشاره شده، ضرر ناشی از شرکت است نه مجاورت. و انگهی موضوع شفعه اساساً پیرامون شرکت است و در مجاورت اصولاً شرکت منتفی است و نمیتوان بخاطر ضرر یا ضررهایی که احياناً ممکن است همسایه ایجاد نماید به مشتری فعلی ضرر مسلم وارد ساخت و حق مالکیت و سلطنت او را برمالش تضییق نمود.

روایات و نصوصی هم که در مورد حقوق و احترام همسایه وارد شده، نمیتواند مجوز حنفی شفعه گردد.

۵- شرط پنجم، انتقال از طریق بیع

اگر احد شریکین حصه خویش را از طریق هبه، صلح، صدق، قرارداد و امثال آنها به شخص ثالثی منتقل نماید برای شریک دیگر حق شفعه بوجود نخواهد آمد. این موضوع میرد اتفاق فقهاء میباشد و از کلام شیخ طوسی استشمام اجماع میشود ^۲ و مخالف این نظر هم نادر است که بعداً به کلام آنها اشاره خواهیم کرد.

مستند این شرط روایات و نصوص وارده در باب است، از جمله آن که حضرت صادق (ع) فرموده‌اند: «الشفعة فی البیوع»^۳ که مفهوم آن دلالت بر انحصار شفعه در معاملات ناقله از طریق بیع دارد نه سایر معاملات. و نیز روایات دیگری که در مقام بیان محور پدید آمدن حق شفعه چنین تعبیر میکنند: «... بیع احد همانصیبیه»^۴ یعنی یکی از شریکین حصه خویش

۱- المختلف علامه، ص ۱۲۵، چاپ ۱۳۲۳ هـ.ق. - ایضاح الفوائد، ج ۲ ص ۱۹۸.

۲- رجوع شود به تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۵۹۰. - المعنی ابن قدامة، ج ۵ ص ۲۵۹ - سبل السلام، ص ۲۶۶.

۳- ص ۳ ص ۶۴ - الهدیه، الرغینانی، ج ۷ ص ۴۰۶.

۴- رجوع شود به مبسوط شیخ، ج ۳، ص ۱۱۱ - جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۲۶۶ - حدائق

الناضرة بحرانی، ج ۴ ص ۲۶۲.

۵- الوسایل، باب ۲ از کتاب شفعه، حدیث ۱.

۶- الوسایل، باب ۷ از کتاب شفعه، حدیث ۲.

را بفروشد .

نظریه مخالف

مخالف این مسئله از قدما ، مرحوم ابن جنید است که وی در کلیه انتقالات حتی هبه ، اعم از معوض و غیر معوض ، شفعه را جاری دانسته است . بدین استناد که حکمتی که باعث تشریح حق شفعه در بیع شده است در سایر انتقالات نیز وجود دارد .

مرحوم شهید ثانی در کتاب مسالک وسعت نظر ابن جنید را چندان قابل پذیرش ندانسته و میگوید اگر او نیز همانند بعضی از علمای عامه حق شفعه را اختصاص به عقود معاوضی میداد شایسته تر بود ؛ زیرا اخذ شفعی مال موهوب بدون عوض را بسیار بعید است وانگهی با اقتضای اخذ منافات دارد . یعنی چگونه ممکن است شارع تعدیل حق هبه بدون عوض را از مالک حصه منع نموده و اجازه ندهد که شریک مال خویش را با هر گونه غرض عقلایی به فردی که مورد نظر اوست ببخشد ، و اگر چنین کرد شریک دیگر حق داشته باشد که بدین پرداخت چیزی مال را استرداد نماید ؟ این موضوع با اصل شفعه که برای جلوگیری از ضرر وضع گردیده منافات دارد ، زیرا که خود ضرری است بین به دیگری .

مرحوم شهید هر چند از جهت فوق به این جنید ایراد دارد ولی نظر او را در مخالفت با مشهور در مورد عقود معوضه قابل توجیه میدانم تا آنجا که میگوید : « لادلیل صرح للمشهور » یعنی مشهور دلیل صریحی بر نظر خویش ندارند . زیرا اولاً هر چند روایات و نصوص متذکر « بیوع » شده و با کلمه « باع » شفعه را مطرح نموده اند ولی از این گونه کلمات استفاده حصر نمیگردد و به تعبیر دیگر اثبات شئی نفی ماعدانمیکند . یعنی دلالت ندارد که در غیر مورد بیع شفعه وجود ندارد و ثانیاً حکمت جعل و وضع شفعه ، یعنی جلوگیری از ضرر ، در عقود غیربیع نیز وجود دارد بنابراین علی القاعده باید شفعه در مورد آن نیز جریان داشته باشد .^۱

نقد و بررسی

بنظر میرسد که کلام مرحوم شهید قابل پذیرش نیست و نظر مشهور کاملاً موجه و منطقی است زیرا اولاً همانطور که گفته شد در نصوص چنین تعبیر شده است که : « الشفعة فی البیوع » یعنی شفعه در بیعها است ، و از نظر ادبی هر گاه مستند یعنی نهاد قضیه بصورت معرف یعنی با الف و لام بیاید ، ظهور در حصر دارد و نظیر آن هم در فقه زیاد است . مثل جمله معروف « الطلاق یدمن اخذ بالساق » یعنی طلاق تنها بدست مردان است . ثانیاً همانطور که مکرر گفته شد ، موضوع شفعه همانند سستی و خروجی است از قواعد کلیه

۱ - مسالک الافهام ، ج ۲ ، ص ۲۱۸ - جواهر الکلام ، ج ۳۷ ، ص ۲۶۷ .

اولیه نظیر قاعده تسلیط و عدم جواز تصرف در اموال دیگران بدون رضایت آنان و لذا هیچ نیازی به ادوات دیگری دال بر حصر در مورد احساس نمیشود، و به یقین موارد دیگر خارج از مستثنی قرار خواهند گرفت. ثالثاً کافی است که ظواهر نصوص موجب تردید گردد و با توجه به خلاف اصل بودن، موضوع نمیتواند از حد متیقن خارج و توسعه و شمول یابد.

نظر فقهای اهل سنت

بعضی از فقهای اهل سنت موافق نظریه مشهور امامیه میباشند^۱ ولی علمای حنفی^۲ و حنبلی^۳ در معاملات مالی معوضه که در حکم بیع میباشند، مانند صلح و هبه مشروط، شفعه را ثابت میدانند و در موارد صداق و یا صلح دیه نفی میکنند. اما علمای مالکی تنها در انتقالات بلاعوض مانند وصیت، صدقه، میراث شفعه رانفی نموده و در سایر معاملات اعم از مای و یا غیر مالی ثابت دانسته اند.^۴

در ماده ۱۰۲۱ المجله آمده است: «الشفعة لاتثبت الا بعقد البیع». یعنی شفعه ثابت نمیکردد الا به عقد بیع.

و در ماده ۱۰۲۲ المجله آمده است: «الهبه بشرط العوض فی حکم البیع». یعنی هبه به شرط عوض در حکم بیع است. مواد فوق با فقه حنفی منطبق است.

تبصره - حکم صورتیکه ثمن قیمی باشد

ملاحظه گردید که در ذیل ماده ۸۰۸ آمده است: «..... شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند». از این عبارت چنین مستفاد میگردد که شفیع زمانی میتواند اخذ به شفعه کند که مسائل قیمتی را که مشتری پرداخته است بوی بردارد. حال این سخن مطرح میگردد که چنانچه ثمن اشیاء مثلی باشد، مانند طلا و نقره و سایر اشیاء مثلی، پرداخت قیمت کاملاً آسان و سهل است ولی چنانچه ثمن اشیاء قیمی باشد مانند حیوان، لباس، فرش و امثال آنها، چگونه شفیع قیمتی را که مشتری پرداخته است میتواند به وی بردارد؟ گروهی از فقهاء گفته اند اصولاً در این گونه موارد شفعه ساقط است، زیرا شفیع موظف است مسائل قیمتی را که مشتری پرداخته است به وی بردارد و در مواردی که ثمن پرداخت شده توسط مشتری شئی قیمی باشد به علت فقدان مسائل پرداخت غیر ممکن خواهد بود. مثلاً چنانچه مشتری در مقابل حصه مبیعه یک رأس اسب و یا یک نفر شتر پرداخته باشد، شفیع نمیتواند آن را جبران نماید، زیرا ممکن است

۱ - المحلی ابن حزم، ج ۹، ص ۱۰۸ (.... لاشفعة الا فی البیع وحده).

۲ - المبسوط، سرخسی، ج ۱۴، ص ۱۴۵.

۳ - المغنی، ابن قدامه، ج ۵، ص ۲۶۱.

۴ - المدونة الکبری، ج ۵، ص ۴۴۱ - نهاية المحتاج، ج ۵، ص ۲۱۳.

مشتری یا خریدار برای حیوانات مزبور ویژگیهای خاصی قائل باشد که بهرحال امروز مسائل فاقد آن خصوصیتها خواهد بود.

مستند این نظر علاوه بر استدلال فوق، روایتی است که علی بن رثاب از حضرت صادق (ع) نقل میکند که آن حضرت در باره مردی که خانه‌ای را در مقابل پرده‌ای و مقداری امتعه دیگر خریداری کرد، فرمود هیچکس در آن حق شفعه نخواهد داشت.^۱ مرحوم شیخ طوسی در خلاف و علامه در مختلف و محقق کرکی در جامع المقاصد و بسیاری دیگر از فقهاء بر این عقیده‌اند و از متأخرین نیز محقق در شرایع عمین عقیده را پیروی نموده است.^۲ در مقابل این نظریه، گروهی دیگر معتقدند که در مواردی که ثمن پرداخت شده از اشیاء قیمی است شفعه میتواند با پرداخت قیمت هم عرض به مشتری حصه ویرا تمام نماید. البته در اینجا بعضی قیمت حین عقد و دسته‌ای قیمت هنگام اخذ و بعضی اعلی‌القیمه از وقت عقد تا زمان اخذ را معین نموده‌اند.^۳

به نظر میرسد که نظریه سقوط شفعه در موارد فوف (قیمی بودن ثمن) با سوازین شرعی بیشتر منطبق است. زیرا علاوه بر روایت صریحه‌ای که متن آن گذشت، از نصوص دیگر نیز میتوان همان نتیجه را بدست آورد، مثلاً در تعبیر «الشریک احق من غیره بالثمن»^۴ یعنی شریک به پرداخت ثمن سزاوارتر است از دیگران، پرواضح است که در موارد اشیاء مثلثی با پرداخت مثل در اصطلاح عرف همان ثمن تعویل میگردد ولی در اشیاء قیمی این چنین نمیباشد. گذشته از این همانطور که مکرر گفته‌ایم، شفعه از مسائل خلاف اصل است و کافی است که به هر انگیزه منطقی برای ما ایجاد تردید شود. در این حالت باید به اصول و قواعد حاکم عمل نموده، و لذا شفعه را ماقط بدانیم.

نظر قانون مدنی

در قانون مدنی در مورد این مسئله بطور صریح اظهار نظری نشده ولی میتوان از عبارت ذیل ماده ۸۰۸ همین نکته را استنباط نمود. زیرا که متبادر از واژه «قیمت» همان چیزی است که عرفاً به عوض اشیاء مثلی اطلاق میگردد.

سقوط حق شفعه با عجز از پرداخت ثمن

از ذیل ماده ۸۰۸ قانون مدنی که میگوید: «..... شریک دیگر حق دارد قیمتی

- ۱- وسایل، باب ۱۱ از کتاب شفعه، حدیث ۱.
- ۲- جواهر، ج ۳۷، ص ۳۳۳ - تحریر الوسیله نیز همین نظریه را تقویت نموده است، ج ۱، ص ۵۵۸ - منهاج المتقین ص ۴۴۶.
- ۳- ایضاح الفوائد، چاپ قم، ج ۳، ص ۲۱۰، سنن.
- ۴- وسائل، باب ۲ از کتاب شفعه، حدیث ۱ - سنن بیهقی، ج ۶، ص ۹۰۴.

را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبهد را تملک کند. « چنین استفاده میشود که شرط دیگر اعمال حق شفعه و اخذ آن، این است که شریک قادر به پرداخت ثمن باشد و در صورت عجز از پرداخت، حق او ساقط میگردد.

از قانون مدنی در تفصیل مسأله پیش از این نمیتوان استفاده کرد ولی در کتب فقهی شقونی را مطرح ساخته‌اند که همگی از متن حدیث مستند این مسأله، استفاد میگردند.

علی بن مهزیار میگوید از حضرت باقر (ع) سؤال کردم: در باره شخصی که شفعه زمینی را درخواست کرده و به دنبال تهیه 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 میتواند بفروشد یا باید صبر کند تا شریک او (شفیع) بیاید تا ثمن را پرداخت نماید و یا اگر نتوانست آنگاه بفروش برساند؟ حضرت باقر (ع) پاسخ فرمود: اگر در همان شهر به دنبال تهیه ثمن میگردد او را سه روز مهلت میدهند، در صورت پرداخت ثمن در اختیار او قرار میگیرد وگرنه صاحب زمین مال خویش را به هر کس که خواست میتواند بفروشد و حق شفعه شفیع ساقط میگردد ولی اگر شفیع برای تهیه ثمن محتاج است که مالی را از بلد دیگر حمل کند، و برای این جهت استمهال نماید، در این صورت به مقدار رفت و برگشت و حمل مال مزبور باضافه سه روز به وی مهلت میدهند اگر پرداخت کرد، مال به وی تحویل والا حق شفعه وی ساقط میگردد.

مشهور فقهای امامیه با استناد به حدیث فوق گفته‌اند: در صورتی که شفیع از مشتری استمهال نماید، مشتری موظف است طبق تفصیلی که در روایت فوق آمده است به وی مهلت دهد، و پس از انقضای مهلت متزجره و عدم پرداخت ثمن، حق شفعه او ساقط میگردد.

نقد و بررسی

البته فقهای امامیه، موضوع فوق را بطور مطلق فتوی نداده، بلکه معتقدند که چنین امری مقید است به آنکه ادای مهلت به شفیع، موجب ورود خسارت به مشتری نگردد، وگرنه چنین حقی برای شفیع متصور نخواهد بود. و شریک موظف به قبول استمهال نیست بلکه بلافاصله در صورت فوق و با توانائی شفیع، میتواند مبادرت به معامله نماید.

نقطه ابهامی که در روایت مذکور وجود دارد این است که ظاهر آن دال بر آن است که مورد سؤال مربوط به قبل از بیع و انتقال حصه شریک میباشد و حال آنکه موضوع شفعه مربوط به بعد از انجام انتقال و بیع است. و مشهور فقهای امامیه که مطابق با تفصیل و شقوق مندرج در حدیث فتوی داده‌اند، مورد فتوای آنان همان شفعه لغوی و اصطلاحی است، یعنی بعد از انتقال و نه قبل از وقوع معامله. در رابطه با این ابهام بعضی گفته‌اند که

فقهاء از طریق اعمال یک قیاس خفی چنین فتوایی داده‌اند و صاحب ریاض گفته است از قبیل تنقیح مناط قطعی است (نه قیاس خفی) .

ولی این گونه توجیهاات قابل پذیرش نیست ، زیرا که هیچیک از فقهاء قائل نیستند که قبل از بیع ، حق شفعه شفیع با ادای سهلت سه روزه توسط بایع و عجز شفیع ساقط میشود ، به طوری که اگر پس از فروش قادر شود ، نتواند از مشتری اخذ به شفعه 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 تنقیح مناط کرد . در حالیکه در عمل « قیاس » نخست لازم است اصل مسلمی وجود داشته باشد ، آنگاه فرعی را بر آن قیاس نمود .^۲

شرط اسلام

در کتب فقهیه^۳ یکی دیگر از شرائط حق شفعه را مسلمان بودن شفیع دانسته و گفته‌اند چنانچه مشتری مسلمان ولی شفیع غیرمسلمان باشد ، شفعه ثابت نمیشد ولی اگر هر دو غیر مسلمان باشند و یا مشتری مسلمان و بایع کافر باشد حق شفعه متصور است .

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

۱- آیه شریفه « لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »^۴ یعنی خدوند هیچ نوع سلطه‌ای به نفع کافرین علیه مؤمنین قرار نداده است . به موجب این آیه که مستند یکی از قواعد فقهی تحت عنوان قاعده نفی سبیل قرار گرفته ، فقهاء معتقدند کلیه حقوقی که توسط شارع برای افراد علیه یگدیگر قرار داده شده در مواردی که ذیحق غیر مسلمان باشد سرفوع دانسته شده‌است ، و چون شفعه نیز از چنین حقوقی است لذا در مانحن فیه وضع نمیگردد .

۲- روایتی که از رسول اکرم (ص) از طریق عامه واصل شده است ؛ آن حضرت فرموده : « لاشفعه لذمی علی مسلم » یعنی شفعه برای ذمی علیه مسلمان نمیشد . بنا برین به موجب این روایت صریحاً شفعه برای غیر مسلمان نفی گردیده است .

۳- از حضرت امام صادق (ع) روایت شده است که فرمود : « لیس لليهود والنصارى شفعة » یعنی برای یهود و نصاری شفعه نیست .

۴- شفعه یک نوع تملک بدون اسباب تملک است و مانند احیاء اراضی موات میباشد . و لذا همانطور که کفار نمیتوانند با احیاء اراضی موات مالک آن شوند ، مالک مال مورد شفعه نیز نمیتواند بشوند .

۱- جواهرالکلام ، ج ۳۷ ، ص ۲۸۱ .

۲- رجوع شود به کتاب مباحثی از اصول فقه ، دفتر دوم .

۳- جواهرالکلام ، ج ۳۷ ، ص ۲۷۰ - تذکره علامه ، ج ۱ ، ص ۵۹۰ - منهاج المتقین مقانی ، ص ۴۴۶ .

۴- سوره نساء ، آیه ۱۴۱ .

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. استدلال فوق از سوی فقهای امامیه مردود شناخته شده زیرا که شفعه را خیاری ندانسته بلکه آنرا یک نوع تملک قهری میدانند. بنابراین به استناد آیه شریفه مشارالیها برای کافرین چنین حقی ثابت نمیباشد.^۱

فتوای فقهای معاصر نیز بر عدم حق شفعه بنفع کافر علیه مسلمان مستقر است.^۲ و عمل دادگاهها باید بهمین منوال باشد. در مسئله فرقی نمیکند که شخص مسلمان 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 شفعه ثابت است.^۳

لزوم مالکیت شفیع قبل از بیع و بقاء آن تا هنگام اخذ

از ماده ۸۰۸ قانون مدنی چنین میتوان استنباط کرد که قبل از انجام معامله توسط شریک، مالکیت شفیع باید محقق باشد تا بتواند اخذ به شفعه نماید و در غیر اینصورت چنانچه پس از انجام معامله شریک، شفیع مالک حصه مشاعه شده باشد حق شفعه برای وی متصور نیست. این موضوع از روایات و نصوص وارده در مورد شفعه کاملاً مستفاد میگردد و فقهاء بر آن اتفاق نظر دارند.

علاوه بر وصف فوق، مستتب از قانون مدنی چنین است که مالکیت شفیع باید تا هنگام اخذ ادامه و بقاء داشته باشد تا بتواند اخذ به شفعه نماید و چنانچه قبل از اخذ به شفعه، سهم خویش را فروخته و یا وقف یا هبه کرده باشد، نمیتواند اخذ به شفعه نماید.

البته در موردی که شفیع قبل از اخذ به شفعه سبادت به فروش حصه خود نماید، میان فقهاء اختلاف نظر وجود دارد. بعضی بین حالتی که شفیع از بیع سهم دیگر مطلع بوده با وقتی که از آن بی اطلاع بوده تفاوت قائل شده‌اند: در صورت اول که شریک عالم به فروش سهم دیگر بوده معذراً پس از انجام معامله اقدام به بیع حصه خویش نموده است عمل او را اعراض از حق تلتی نموده و از مصادیق اسقاط ضمنی محسوب دانسته‌اند؛^۴ در صورت دوم که بدون اطلاع از فروش سهم مشترک توسط شریک و ایجاد حق شفعه سبادت به فروش سهم خود نموده، شفعه او را ساقط ندانسته‌اند. زیرا که استحقاق او به اخذ به شفعه

۱ - تذکرة الفقهاء، علامه حلی، ج ۱، ص ۵۹۰.
 ۲ و ۳ - تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۵۷ - وسیلة النجاه، ج ۲، ص ۴۲ - منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۱۳

۴ - در مورد اقسام اسقاط حق بعداً بطور تفصیل بحث خواهد شد.

قبل از فروش سهم خود ایجاد گردیده است. و چون بدون اطلاع از بیع اقدام به فروش نموده، عمل او را که جاهلاً انجام گرفته است نمیتوان اعراض تلقی نمود زیرا که در اعراض عنصر عمد ملحوظ میباشد و با تردید در بقاء حق وی هم محل جریان استصحاب است. ولی بعضی دیگر از فقهاء چنین تفصیلی را نپذیرفته اند و در هر دو صورت شفعه را باقی می‌انند و از ستون فتاوی فقهای معاصر هم نظریه دوم استظهار میگردد؛ هر چند که در صورت اقدام بفروش با علم و آگاهی، مسئله برای آنان روشن تر است.^۱

نقد و بررسی

بنظر میرسد گذشته از موضوع اسقاط حق شفعه در مورد فوق مستنبط از ادله و نصوص شفعه، سقوط حق در هر دو مورد است. زیرا ادله مزبور دلالت بر لزوم مالکیت شفیع تا هنگام اخذ به شفعه را دارد.^۲ به عبارت دیگر «شریک» حق اخذ به شفعه دارد و شریک کسی است که در هنگام اخذ، مالک حصه مشترک باشد و چنانچه قبل از اخذ، مبادرت به فروش نموده باشد، دیگر بر او صدق شریک نخواهد کرد و لذا اخذ به شفعه نمیتواند بنماید.

وانگهی چنانچه حکمت جعل شفعه دفع ضرر باشد در چنین صورتی که با سلب مالکیت از شریک ضرر منتفی است، موردی ندارد. استصحاب هم قابل جریان نمیشد؛ زیرا از شرایط جریان استصحاب بقاء موضوع است، در حالی که در مانحن فیه، موضوع (شریک) عوض شده و لذا نمیتوان حکم سابق (وجود حق شفعه) را استصحاب نمود.

با توجه به مطالب مارالذکر، معلوم میگردد که به هیچ وجه علم و جهل دخلتی در مسئله ندارد و نمیتوان تفصیلی را که دسته اول از فقهاء قائل شده‌اند پذیرفت. مرحوم میرزای قمی در کتاب شریف جامع الشتات پس از طرح مسئله و نقل نظریات مختلف آورده‌اند: «اظهر، سقوط آن است در صورت علم و جهل هر دو، چنانکه مذهب علامه وجهی است، به جهت آنکه بقای ملک، جزء سبب است، پس سبب اخذ مرکب است از ملک و بقای آن، و حدیث شریفه «لاشفعة الا لشریک غیر مقاسم» چون مشتق حقیقت در متلبس به مبدأ است و بر این صدق نمیکند، در این حال شریک غیر مقاسم، و جهل و علم او را در احکام وضعی مدخلیتی نیست.»^۳

۱- وسیلة النجاة، اصفهانی: اذا باع الشفیع نصیبه قبل ان یأخذ الشفعه فالظاهر سقوطها خصوصاً اذا کان بعد علمه بالشفعه - تحریر الوسیله، ج ۲۱ ص ۵۵۷ - منهاج الصالحین، ج ۲ ص ۸۶.

۲- مانند این تعبیرات: «فالشریک احق به من غیره» و یا «لاشفعة الا لشریک غیر مقاسم».

۳- جامع الشتات مرحوم میرزای قمی، چاپ تهران، ص ۵۷۵.

بیان مرحوم میرزا این است که : سبب برای بوجود آمدن حق اخذ به شفعه مرکب است از : ۱- مالکیت شریک ۲- بقای مالکیت تا زمان اخذ . و چنانچه جزئی از سبب مفقود باشد در این صورت حق شفعه پدیدار نخواهد گشت .

مرحوم میرزا موضوع فوق را از عبارات و متون روایات استظهار فرموده و میگویند : در روایات ، بر شخصی که میخواهد اخذ به شفعه کند واژه « شریک » اطلاق نموده و این لفظ مشتق است . استعمال حقیقی الفاظ مشتق آن است که در معنای بالفعل و به اعتبار زمانی تلبس به مبدأ اشتقاق بکار رود . هیچ گاه به کسی که زمانی دانشجو بوده و هم اکنون استاد است ، نمیگویند دانشجو و اگر بگویند بی گمان استعمال مجازی خواهد بود . همچنین به کسی که در زمان سابق شریک بوده و اکنون با انتقال حصه خویش شرکت را رها کرده ، واژه شریک اطلاق نمیگردد .^۱ مرحوم میرزا در پایان نظرش اضافه مینماید که اثر علم و جهل در مسائل تکلیفی است و مدخلیتی در احکام وضعیه ندارد .^۲

از فقهای معاصر ، جامع الفروع نیز از این عقیده پیروی نموده و در صورتی که شفیع قبل از اخذ به شفعه ، نصیب خود را بفروشد عالماً یا جاهلاً ، نظر به سقوط حق وی داده است .^۳

از علمای عامه ، از ردالمحتار نقل شده است که اگر شفیع ملک خویش را که در آن حق شفعه داشته ، قبل از تملک مال مشفوع ، بفروشد حق شفعه اوساقط میگردد ، خواه موقع فروش ملک خود از وقوع معامله ای که برای او ایجاد حق شفعه نموده اطلاع داشته و خواه بی اطلاع بوده باشد . و در حکم فروش است وقتی که ملک خود را وقف نموده و یا مسجد قرار داده باشد .^۴

ضمناً این نکته را باید اضافه نمود که بنابر نظر اتخاذ شده مبنی بر سقوط حق شفعه شریک پس از اقدام به معامله قبل از اخذ به شفعه ، باید گفت که مشتری اول میتواند با مراجعه به مشتری دوم مطالبه و مؤاخذه شفعه را بنماید ، زیرا که پس از معامله نخستین خریدار اول با فروشنده دوم شریک شده است و لذا میتواند پس از انجام معامله دوم در باره خریدار جدید حق شفعه را اعمال نماید .

معاملات غیرناقله شفیع

لازم به ذکر است که آن چه گفته شد مربوط به معاملات ناقله بود ، و چنانچه شفیع مبادرت به معاملات غیر ناقله بنماید ، مثل آنکه پس از وقوع معامله توسط شریک حصه

۱- برای تفصیل بیشتر بحث مشتق ، مراجعه شود به مباحثی از اصول فقه ، دفتر اول ، بحثهای نگارنده .

۲- برای توضیح احکام تکلیفیه و وضعیه رجوع شود به قواعد فقه ، بحثهای نگارنده .

۳- جامع الفروع مرحوم آیت الله بروجردی ، مسئله ۶۱۶ ص ۲۸۸ .

۴- شرح المجله ، سلیم رستم باز ، ج ۲ ، ص ۵۵۴ .

خود را به رهن واگذار دچنین معامله‌ای موجب سقوط حق شفعه وی نمیشود زیرا این گونه معاملات تزلزلی در مالکیت عامل بوجود نمی‌آورد و صدق شریک بروی قابل تردید نیست . مسئله ۱ - هر گاه مالکیت شفیع نسبت به ملک مشترک به موجب عقدی باشد که در آن عقد برای یکی از متعالمین یا هر دو طرف خیار فسخ باشد و در هنگام وقوع معامله شریک دیگر حق خیار منقضی نشده باشد ، خیار فسخ مانعی برای بوجود آمدن حق شفعه نخواهد شد زیرا خیار مانع از مالکیت نیست ، و همانطور که در جای خود بحث شده ، انتقال از زمان معامله صورت میگیرد، پس مالکیت شفیع محقق است هر چند که لزوم آن منوط به انقضای زمان خیار باشد . قانون مدنی نیز در ماده ۳۶۴ مقرر داشته است که :

« در بیع خیار مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضاء خیار . . . »

در فرض فوق چنانچه پس از آنکه شفیع اخذ به شفعه کند معامله از سوی صاحب خیار فسخ گردد و مالکیت شفیع نسبت به حصه مشاعه کان لم یکن تلقی شود ، با توجه به آنکه خیار ، معامله را از حین اعمال منحل میسازد ، باید گفت که حصه اخذ شده از آن شفیع است ، نه مشتری مجدداً میتواند استرداد نماید ، و نه صاحب خیار نسبت به حصه اخذ شده حتی خواهد داشت . زیرا اولاً شفیع در زمان مالکیت خود حصه مزبور را اخذ کرده و بنابراین مال او خواهد بود و نوجبی جهت استرداد مشتری وجود ندارد ؛ و ثانیاً انتقال حصه بموجب اخذ به شفعه بوده و به قائم مقامی صاحب خیار صورت نگرفته تا صاحب خیار ادعای حقی داشته باشد . مسئله ۲ - هر گاه مالکیت شفیع بر اساس عقدی باشد که تحقق آن مبتنی بر تنفیذ باشد ، مانند بیع فضولی و یا بیع مکره ، چنانچه قبل از تنفیذ ، شریک دیگر مبادرت به معامله حصه خویش نماید تحقق شفعه منوط است به این که اجازه کاشف باشد یا ناقل ؛ چنانچه اجازه کاشف باشد ، از آن جایی که در زمان وقوع معامله ، شفیع مالک بوده است حق شفعه خواهد داشت ، ولی چنانچه اجازه را ناقل بدائیم نمیتواند اخذ به شفعه نماید ، چون مالکیت وی محقق نبوده است . ولی اگر قبل از انجام معامله توسط شریک ، تنفیذ از سوی مالک یا قائم مقام قانونی وی صورت گرفته باشد بی تردید شفیع حق اخذ به شفعه را خواهد داشت و جای گفتگویی وجود ندارد* .

* قسمت‌های دیگر این بحث در دفترهای آینده چاپ خواهد شد . انشاء الله .

**

*