

## فصلنامه بین المللی قانون یار

License Number: 78864 Article Cod: 2018Y3N8A2 ISSN-P: 2538-3701

### روند ابقاء، اجرا و اسقاط حق شفعه در فقه و حقوق موضوعه ایران

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۱۱/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۸/۰۲/۱۲)

#### امین حسونند

دانش آموخته بورسیه حقوق دانشکده حقوق دانشگاه امام حسین علیه السلام

#### چکیده

در نظام حقوقی ایران اصل آزادی قراردادها به عنوان قاعده‌ای لاینفک بر تارک حقوق مدنی ایران می‌نشیند تا جایی که مقتضی همین اصل مفهوم آیه شریفه «وفو بالعقود» و حدیث «المومنون عند شروطهم» است. اصل آزادی قراردادها (ماده ۱۰ قانون مدنی) قاعده‌تا در تمام اعمال حقوقی قابل تسری است و انگهی اجرای این اصل در فراز و نشیب تند حقوقی گاه‌با مانع مواجه می‌گردد. از جمله این موانع حق شفعه و به تبع آن اخذ به شفعه است که امریست استثنایی و خلاف قاعده. استثنا از این جهت که اصل بر مالکیت خریدار و تخصیص از این جهت که حق تقدم شفیع بر خریدار مصادق قانونی دارد. در حقوق مدنی ایران اخذ به شفعه تنها موردی است که با بودن مالک در قید حیات، دیگری می‌تواند ملک او را بدون موافقت وی تملک کند، لذا مجوز اجرای این قاعده ضرورتی ایجابی است تا شرایطی تجمیع گردد تا مقنن حق اجرای قاعده خلاف را به تملکات شفیع تزریق کند. علیحده مفروض است حق شفعه تملک قهری و اخذ به شفعه از اسباب ارادی تملک حصه شریک سابق است. نهاد شفعه نظامی دیرینه در فقه و حقوق مدنی ایرانی است که محور مختصات آن در جلد اول باب سوم از مواد ۸۰۸ لغایت ۸۳۴ قانون مدنی پیش بینی شده است. در این مقاله ضمن تحلیل این حق، روند ابقاء تا اجرا را تشریح و ضمن تبیین احکام و شرایط نهاد شفعه، به مطالعه تطبیقی شفعه در نظام حقوقی ایران و فقه امامیه پرداخته می‌شود.

واژگان کلیدی: شفعه، اخذ به شفعه، تملک قهری، آزادی در قراردادها





## بخش اول: کلیات

«شفعه» به ضم شین، سکون فاء و فتح عین در اصل به معنای "تقوین کردن" و فزونی است. در فرهنگ معین شفعه حق همسایگی تعبیر شده است. در قرآن مجید سوره فجر آیه «والشفع و الوتر»، شفیع به معنای جفت آمده است. در کتاب مجمع‌البیان از شفعه در کنار وتر به مخلوقات جهان اعم از زوج و فرد یاد شده است<sup>۱</sup> که عبارت شفعه به معنای زوج در برابر وتر به معنای تک قرار می‌گیرد. به طور اجمال و صرفنظر از مرزبندی تعاریف، شفعه اسمی برای ملک مشفوع است. قانون مدنی حق شفعه را تعریف نکرده است ولی از ماده ۸۰۸ که شرایط حق شفعه را تعریف کرده است می‌توان به تعریف و مفهوم حق شفعه دست یافت. شارحان حقوق مدنی و فقهای امامیه هر کدام به نوعی به تفسیر این حق پرداخته‌اند که به گزیده‌ای مشهور رجوع می‌کنیم:

شهید اول می‌فرماید: «هی استحقاق الشریک الحصه المبیعه فی الشریکه»

مصطفی عدل بیان می‌دارد: شفعه عبارتست از استحقاق یکی از دو شریک به تملک حصه مشاع دیگر از مال غیرمنقول قابل تقسیم در صورتی که شریک مزبور حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالث منتقل نماید<sup>۲</sup>. دکتر کاتوزیان می‌فرماید: حق شفعه حق تملک قهری حصه شریک سابق است از خریدار آن در برابر قیمتی که پرداخته. اگر بنا باشد که شرایط هم در تعریف بگنجد: حقیقت که یکی از دو شریک سابق به او داده است آن را تملک کند. حق شفعه در شرایط محقق با این پوسته آورده شده است: هی استحقاق احد الشریکین حصه شریکه بسبب انتقالها بالبیع. در نص فوق معنا و مفهوم شفعه در فرهنگ و اذهان علما تشریح شد ضمن بسط و تشییت مطلب به جایگاه شفعه در متون فقهی مدنی رجوع می‌کنیم.

## بند اول: جایگاه شفعه در فقه

شفعه عنوان بابی مستقل در فقه است که همه مسائل و احکام مربوط به آن در این باب آمده است شفعه در شرع مقدس امری ثابت و مشروع است اما در مسائل و فروع آن اختلاف نظرها

<sup>۱</sup> خدوی، ابوسعید، مجمع‌البیان، جلد ۱۰، صفحه ۴۵۸.

<sup>۲</sup> عدل، «منصور السلطنه»، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر، آذر ۱۳۴۲، ص ۵۰۵.

شدید و اظهار نظر متفاوت است. تاسیسی مشابه حق شفعه در حقوق قبل از اسلام در زمان جاهلیت در میان اعراب و در حقوق رم قدیم بوده است، اما منبع موثقی که بیانگر جزئیات آن باشد هم اکنون در دسترس ما نیست. حق شفعه را در اصطلاح می‌توان به استحقاق تملک سهم فروخته شده شریک که تحت شرایط و ضوابط خاص حاصل و اعمال می‌گردد تعریف نمود علی‌الحال صرفنظر از تعارضات و ابهامات تاریک تاریخ متون فقهی به گزیده‌ای دیدگاهی فقهای برجسته تامل می‌کنیم:

### بند دوم: شفعه از دیدگاه اهل سنت

آنچه که در این بند به عنوان موضوع بحث می‌شود شفعه از دیدگاه اهل سنت و سیر تاریخی آن از دیدگاه آن مذاهب و شرایط برقراری ای حق می‌باشد در تعریف شفعه تفسیر کرده‌اند: شفعه حق تملک اجباری یک مال است که برای شریک قدیم و علیه شریک جدید ایجاد شده است و به وسیله آن شریک قدیم می‌تواند از جهت دفع ضرر سهمی را که شریک جدید در قبال پرداخت عوضی مالک شده است با پرداخت قیمت خرید آن به وی مالک شود. دلیل مشروعیت علمای اهل سنت اخذ به شفعه خلاف اصل است یعنی اصل تسلیط و مالکیت اقتضا دارد که هرگونه تصرفی برای غیرمالک ممنوع باشد و لذا این حق را که قانون برای شریک قائل شده است استثنایی بر اموال اولیه وارد شده است و از آنجا که محقق در کتاب منهجی برای توجیه این تقارن می‌فرماید: این نکته بدان جهت است که اخذ به شفعه همانند استثنایی می‌باشد که بر عموم حرمت مال غیر به صورت قهری وارد آمده است.

### بخش دوم: شروط حق شفعه از دیدگاه اهل سنت

۱. مشفوع علیه از اموال غیر منقول است.
۲. به نظر می‌رسد بیشتر فقهای اهل سنت برخلاف اهل امامیه معتقدند که برای اثبات و برقرار حق شفعه حداقل باید دو شریک باشد در اینجا ثابت نیست و تداوم شرکا مهم نیست.
۳. از نظر اهل سنت شفعه فقط بایع یکی از شرکا با ثالث برقرار نیست بلکه حتی مورد شفعه به صورت مهریه باشد شریک می‌تواند اخذ به شفعه کند.



۴. حق شفعه از اموال غیر قابل تجزیه است بنابراین یا باید سهم فروخته شده شریک قدیم را بگیرد و یا اینکه همه‌ی آنها را برای مشتری باقی بگذارد.

۵. شفیع بر حسب امکان قورا درخواست اخذ به شفعه کند، زیرا حق شفعه برخلاف قیاس ثابت شده است یک حق فوری و ضعیف می‌باشد.

۶. روایت است چون حق اخذ به شفعه مقدم بر حق مشتری است و استقرار مالکیت وی بر سهم خریداری شده منوط به اسقاط حق شفعه توسط شفیع یا خودداری از آن تصرف در سهم خریداری شده خودداری بکند، ولی قبل از درخواست شفیع یا روشن شدن موضوع وی نسبت به حق شفعه در سهم خریداری شده تصرفی انجام داد تصرف وی صحیح و ناقد است، هرچند مالکیت وی مستقر نشده است به هر حال در ملک خود تصرفی کرده است و حتی این تصرفات سبب اسقاط شدن حق شفیع نمی‌شود.

### بند اول: حق شفعه از دیدگاه و مبانی عرفی

اصل کلی در حقوق اسلام و همچنین حقوق عرفی آن است که هیچ کس نمی‌تواند بدون اجازه در مال غیر تصرف بکند همچنین برابر ماده ۷۵ منشور حقوق شهروندی مصوب ۱۳۹۵: حق مالکیت حق شخصی شهروند محترم است. هیچ شخص یا مقامی نمی‌تواند مالکیت دیگری را سلب یا اموال او را مصادره یا ضبط یا توقیف یا نسبت به حقوق مالی یا مالکیت او و ممانعت، مزاحمت یا محدودیت ایجاد کند مگر به موجب قانون. در حقوق اسلام با استناد به دلایلی مانند آیه شریفه «لا تکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجاره عن تراض» شفعه خلاف اصیل دانسته شده است. زیرا در اخذ به شفعه تملک شفیع بدون نیاز به رضایت مشتری صورت می‌گیرد نهایتاً شارع با بیان حکم شفعه تخصیص بر حکم عام آیه مذکور وارد نموده است و آن را جایز دانسته است و به اعتقاد برخی از بزرگان در این مورد تخصیص حکم عام موجب می‌گردد که عرفاً موضوع اخذ به شفعه عنوان باطل نداشته باشد و به عبارت دیگر تخصیص حکمی موجب انقلاب و تغییر موضوع از باطل به حق گردد.

### بند دوم: حق شفعه از دیدگاه دکترین حقوقی

نظر به اهمیت ویژه‌ای که در سده هجدهم هجری میلادی برای مالکیت خصوصی و احترام به این حق قائل بودند نویسندگان قانون مدنی فرانسه نظریه «اسباب تملک» را چنان آراستند که ارث



و قواعد عمومی تعهد است و قراردادهای نیز در زمره این اسباب قرار می‌گیرد این شهرت و نفوذ نویسندگان قانون مدنی را به تقلید واداشت که ماده ۱۴۰ قانون مدنی را تحت عنوان «اسباب تملک» سیقل زد کتاب دوم قانون مدنی تمام مباحث مربوط به احیاء اراضی موات، حیات، عقود و تعهدات، اخذ به شفعه وارث را در خود جمع کرد در حالیکه هیچ ارتباط و تناسبی بین تقسیم فوق وجود ندارد. حقوق عینی و دینی به هم آمیخت وارث و اخذ به شفعه نیز در آن به غلط افتاد تنها وجه تناسب عناوین این بود که همه وسیله‌ی کسب و تملک مال قرار می‌گرفت برابر بند ۳ ماده ۱۴۰ قانون مدنی اخذ به شفعه یکی از اسباب حق تملک است لیکن این تملک خلاف اصول جاریه است مستنبط از قاعده تسلیط که هر مالک نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع را دارد که برگرفته از مبنای قاعده فقهی "الناس مسلطون علی اموالهم" می‌باشد که اخذ به شفعه با مقتضای اصل تسلیط با تناقض مواجه می‌گردد. چرا که شفیع قهرا و بدون اراده مشتری مال را از ملکیتش خارج می‌کند در دوران تناقضی بین این دو اصل باید از چهره‌ی استثنایی و قدر متیقن شفعه مراد جست که قابل تسری در مقام شک نیست. حق شفعه و اخذ به آن امریست استثنایی و خلاف قاعده. پس باید ضرورتی ایجاب کند تا مقنن تزریق آن را تجویز کند اخذ به شفعه از صلاحیت‌های عمومی نیست امکان استفاده از آن باید به وسیله «اعطا حق ویژه» به وجود آید این تحقیق بر آنست ضمن تبیین شرایط و اوصاف حق شفعه که در باب لاحق تشریح می‌گردد اخذ به شفعه را که چهره‌ی قهری اجرای حق است را متبادر نماید.

## بخش سوم: مختصات و مشخصات حق شفعه در حقوق موضوعه ایران

### بند اول: شفعه حق مالی است

شفعه حق تملک و تحصیل مال است به همین اعتبار است که حق مالی خوانده می‌شود با این حسب صاحب حق (شفیع) می‌تواند از آن بگذرد یا صلح کند این حق به میراث به بازماندگان می‌رسد که مجوز نقل آن در ماده ۸۲۳ ق.م. مقرر است طبق خصوصیت کلی حقوق مالی، حق شفعه قابل نقل مطلق است لکن حق شفعه از این قاعده مستثنی و مستقل است و شریک نمی‌تواند این حق را به ثالثی منتقل کند، چرا که شفعه وسیله دفع ضرر است نه جلب منفعت. این منع خاص به طور مستقیم در خصوص مدنی قابل لمس نیست و اساس آن را می‌توان در سابقه تاریخی و



طبیعت حق جست در نتیجه باید پذیرفت که انتقال ناپذیری شفعه به دلیل مستند این حق استثنایی و طبیعت ویژه آن است و نباید در ماهیت آن تردید کرد<sup>۱</sup>.

### **بند دوم: شفعه حق عینی است**

ماده ۸۰۸ قانون مدنی حق تملک مستقیم را به شفعی داده است که نیازی به الزام و اجرای تعهد ندارد این تملک مستقیم و رجوع به دادگاه صرفاً جنبه اعلامی دارد و نه تاسیسی یا الزام به انتقال سهم. این رابطه حاوی حق انتفاع و تصرف در عین نیست درجه‌ای پایین تر از مالکیت است و در حق تملک خلاصه می‌شود و همین امر باعث شده است که برخی آن را در حکم حق عینی بدانند.

### **بند سوم: حق شفعه به ارث انتقال می‌یابد**

مشهور فقها، مقنن و شارحان قانون مدنی بر قابل توارث بودن حق شفعه متفق القولند، فقط برخی از فقها در این مورد تردید کرده‌اند. وراثت شفعی نایبان وی هستند که قابل نقل بودن حق به وراثت با منطبق حق سازگار است. از طرفی شفعه وسیله دفع ضرر است که مجوزی برای نقل به ثالث نیست، چرا که ضرری که شفعه برای احتراز از آن برقرار می‌شود تحمل شریک ناخوانده، قهری و درخواست تقسیم است. استثنایی بودن تملک قهری نیز به این حربه قوت بیشتری می‌بخشد، زیرا باید حکم شفعه را به گونه‌ای تفسیر کرد که تنها شامل مصرحات شود و توسعه نیابد.

### **بند چهارم: حق شفعه قابل اسقاط است**

اسقاط حق شفعه در زمره ایقاعات است و به اراده شفعی واقع می‌شود. اعراض از حق شفعه ممکن است صریحانه و در قالب صلحنامه باشد یا به صورت ضمنی مانند فروش ملک رویت گردد. صاحب منیه می‌گوید: حقوق، تماماً قابل اسقاط هستند و این امر ملاک تام تمیز بیان حق و حکم است. دکتر کاتوزیان اعلام می‌دارد: «حق شفعه در زمره‌ی حقوق مالی شریک است و در امکان اسقاط آن نباید تردید کرد، شفعی می‌تواند از این حق گذشت و به سهم خویش راضی شود.» جواز اسقاط این حق در ماده ۸۲۲ قانون مدنی داده شده است.



<sup>۱</sup> کاتوزیان، ناصر، درسهایی از شفعه، وصیت، ارث، نشر میزان، چاپ هما، تابستان ۱۳۸۹.

طرح مسئله: آیا رد پیشنهاد فروش سهم شریک اسقاط ضمنی است؟

با استناد به نظر دکترین و رویه مقرر در نظم کنونی رد پیشنهاد فروش، تبریک، تشویق، قبولی در وکالت در بیع به معنای اسقاط ضمنی حق شفعه نیست مگر اینکه قرینه قطعی خلاف آن باشد، چرا که احتمال دارد این اقدامات زمینه‌سازی برای ایجاد حق شفعه باشد.

## بخش چهارم: شرایط ایجاد حق شفعه از منظر دکترین نوین و مدنی

### بند اول: شراکت یا اشاعه رکن اصلی و زمینه ایجاد حق شفعه است

حق شفعه سد ضرری است که تغییر این شخصیت به بار می‌آورد و گامیست در راه تامین وحدت مالک و برهم زدن اشاعه و صلح اجتماعی. شرط اصلی ایجاد حق شفعه «اشاعه در ملک» است و حکم ماده‌ی ۸۱۰ استثنا بوده و اختصاص به ممر و مجری دارد و نمی‌توان به یازی قیاس آن را به دیوار مشترک یا چاه یا آب تسری داد و یا صرف اشتراک سقف بین دو ملک را موجه حق شفعه دانست.

### بند دوم: حق شفعه مختص املاک است

ماده ۸۰۸ شرکت در مال غیرمنقول را مقدمه ایجاد حق شفعه قرار می‌دهد و مفهوم مخالف آن دال بر این است که در مال منقول حق شفعه راه ندارد. در فقه نظم مشهود شفعه را ویژه زمین، خانه، باغ و تابع زمین می‌داند و این حق را به غیرمنقول تبعی تجویز نمی‌کند. این نظر ضابطه اجرای حکم ماده ۸۰۸ را به دست می‌دهد زمین و خانه در هر صورت غیرمنقول است و مشمول حکم شفعه است بنابراین حق شفعه اختصاص به «املاک» دارد، با این حال اگر غیر منقول تبعی با فرض الصاق به زمین و همراه ملک فروخته شود شفعه جاری می‌گردد.

### بند سوم: حق شفعه ویژه ملک قابل تقسیم است

نویسندگان قانون مدنی به پیروی از نظر مشهود در فقه حق شفعه را ویژه ملک قابل تقسیم می‌دانند پس ظاهر این است که ضرر ناشی از درخواست تقسیم را مبنای شفعه دانسته‌اند از این رو حکم استثنایی و خلاف قاعده شفعه را به موردی اختصاص می‌دهد که محل شک نباشد. این در



حالی است که برخی دیگر از علما<sup>۱</sup> مخالف صریح قابل تقسیم بودن ملک هستند چرا که اولاً در نظم کنونی اصولاً تقسیم ملک و اخذ سند مفروزی بر ارزش ملک می‌افزاید، ثانیاً با تقسیم ملک دیگر ضرر ناشی از شراکت با شریک ناخواسته از بین می‌رود. بنابراین ماده ۸۰۸ در خصوص این شرط محتاج اصلاح و بازنگری است.

### **بند چهارم: انتقال سهم در قالب بیع مبنای شفعه است**

مقتن اجرای حق شفعه را مقید به انتقال سهم شریک در لعاب عقد بیع می‌داند دکتین نوین مدنی این شرط را از نظر تحلیلی توجیه ناپذیر می‌داند چرا که نظام حقوقی باید از بازی با الفاظ و نیرنگ‌ها رها شود و به سوی عقلانی شدن گام بردارد. علی‌الحال با عنایت به مفهوم ماده ۸۰۸ مفروض است که انتقال سهم شریک در قالب هبر، مهر، معاوضه و صلح منشا حق شفعه نمی‌شود افزون بر قیود فوق سهم مشاع زمانی مبنای حق شفعه هست که مبیع و به عبارتی شریک فروشنده باشد.

### **بند پنجم: در مرحله ایجاد حق شفعه شمار شریکان دو نفر است**

شرط وجود دو شریک ناظر به زمان ایجاد حق و وقوع بیع است بدیهیست تعهد شرکا در مرحله اجرا مانع شفعه نیست با این قید فروش بخشی از ملک یا فروش ملک به چند خریدار یا تعهد یا تعدد وراث مانع ایجاد حق شفعه نیست. شرط محدود بودن شمار شرکا به دو شخص قابل تسری به اشخاص حقیقی و حقوقی است. فلسفه این تسری در نظریه مشورتی شماره ۷/۴۷۶ قوه ی قضائیه مشهود است. با وجود این ذکر دو نکته واجب است: ۱. چنانچه سهم شریک در برابر یک ثمن فروخته شود چون عقد بیع یکی است حق شفعه باید نسبت به مجموعه سهم خریداران اعمال می‌شود و شفیع حق تبعیض ندارد. ۲. در فرضی که شریک سهم خود را به ترتیب می‌فروشد شریک دیگر در صورتی شفیع شناخته می‌شود که ابتدا نخستین بخش را تملک کند. با گریزی به ماده ۸۲۱ مفروض است حق شفعه فوری است، بنابراین تاخیر در اجرای حق از جهات اسقاط آن است و دادگاه حکم به بی حقی می‌دهد، منتها تاخیری سبب سقوط حق شفعه است که در نظر عرف،

<sup>۱</sup> سید حسن امامی، سید مرتضی علم الهدی، سید مرتضی انصاری





اهمال و تقصیر باشد شروع این مهلت از تاریخ آگاه شدن شفیع به وقوع معامله است. جهل شفیع به میزان ثمن در حکم جهل به وقوع معامله است و در مقام دعوی، اصل بر عدم آگاهی شفیع به شرایط معامله است. عدم آگاهی به حق شفعه و فوری بودن آن مانع سقوط شفعه است، منتها شفیع در مقام اثبات نمی‌تواند به اصل عدم آگاهی متوسل شود، زیرا مطابق ماده ۲ قانون مدنی، اماره آگاهی قانون بر اصل عدم آگاهی مقدم است. در فرآیند اجرای حق تبعیض در اجرا مسموع نیست مفاد این ممانعت را در نص ماده ۸۲۴ قانون مدنی مشایعت می‌نماییم:

«هرگاه یک یا چند نفر از وراثت حق خود را اسقاط کند باقی وراثت نمی‌تواند آن را نسبت به سهم خود اجرا نماید و باید یا از آن صرفنظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نمایند». از طرفی ماده ۸۱۵ تبعیض در اجرا را در قالب دیگر منع می‌کند: «حق شفعه را نمی‌توان نسبت به یک قسمت اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرفنظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید». پس با عنایت به مواد فوق و به حکم قاعده تبعیض در اجرای حق مسموع نیست زیرا خریدار را دچار ضرر ناروا می‌کند.

طرح مساله: آیا در نظم کنونی فعلی خیار بودن بیع مانع از اخذ به شفعه است؟

پاسخ به این پرسش از دیدگاه دکترین مدنی و فقها به شدت محل اختلاف است:

الف: دیدگاه فقها: شیخ طوسی می‌فرماید: اگر سهمی را به خیار شرط بفروشند اگر خیار برای بایع یا هردو باشد حق شفعه نیست، چرا که شفعه منحصرًا واجب می‌شود و اگر ملک به مشتری منتقل شود و اگر خیار برای مشتری باشد شفعه برای شفیع واجب می‌شود چرا که ملک به مجرد عقد برای مشتری ثابت است. محقق حلی بر این باورند: شفیع مستحق اخذ به شفعه است بواسطه عقد و انقضا خیار، چرا که آن وقت لزوم است گفته شده به مجرد عقد مستحق می‌گردد حتی اگر خیار منقضى نشود، بنابر اینکه انتقال به مجرد عقد حاصل می‌شود و این شبهه است اما اگر خیار برای مشتری باشد فقط شفیع مستحق است به مجرد عقد چرا که انتقال محقق شده است.

ب: دیدگاه مقنن و دکترین: برابر ماده ۸۱۴ قانون مدنی «خیار بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست». این حکم فرع بر قاعده ایست که مقنن در ماده ۳۶۴ قانون مدنی انتخاب کرده است و به



موجب آن «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضا خیار...»، زیرا آنچه سبب اصلی ضرر شریک و ایجاد حق شفعه می‌شود انتقال مالکیت آن سهم به دیگری است و عقد بیع مقدمه تحقق این سبب است. پس اگر انتقال منوط به وجود شرطی شود ایجاد حق شفعه نیز با تحقق شرط به وجود می‌آید. در نتیجه هرگاه خیار شرط تاثیری در وقوع انتقال نداشته باشد حق شفعه نیز از تاریخ بیع بوجود می‌آید. علیحده در حقوق کنونی با تاکید بر تخصیص و تقدم ماده ۳۳ و ۳۴ قانون تثبیت بیع خیاری موجب حق شفعه نیست زیرا مملک نیست.

طرح مساله: آیا حق شفعه و اعمال آن در عقد وقف جاری است؟

پاسخ به این پرسش هم با تشتت آرا مواجه است که ابتدا به کلام فقها رجوع می‌کنیم:

الف: دیدگاه فقها: این فهد حلی می‌گوید در مورد این شرط سه قول وجود دارد: قول اول این است که حق شفعه برای موقوف علیهم حتی اگر متعدد باشند وجود دارد مانند مساکین و ناظر اخذ به شفعه می‌کند. قول دوم این است که مطلقاً شفعه برای موقوف علیهم ثابت نیست. قول سوم این است که اگر موقوف علیهم یکی باشد حمایت می‌شود و الا خیر.

ب: دیدگاه مقنن و دکترین: در ماده ۸۱۱ قانون مدنی مقرر است «اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد». دکتر کاتوزیان بر این باورند بر مبنای قوانین اوقاف به نظر می‌رسد که متولی به نام وقف باید چنین حقی را دارا باشد زیرا وقف دارای شخصیت حقوقی است و مالکیت به این شخصیت تعلق دارد و موقوف علیهم منتفع آن هستند پس در فرض ما قطع نظر از شمار موقوف علیهم در حکم وضعی است که در آن دو مالک در عینی شریکند و یکی از آن دو سهم خود را به دیگری می‌فروشد. اگر این تحلیل پذیرفته شود باید گفت ماده ۸۱۱ قانون مدنی که می‌گوید «اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد». در بخشی که مربوط به متولی است مبنای خود را از دست داده و با لوازم حکم قانون اوقاف در مورد شخصیت حقوقی وقف تعارض دارد. با وجود این به دشواری می‌توان نسخ ضمنی قانون مدنی را به استناد تعارض با لوازم قانون جدید پذیرفت و انگهی احتمال دارد مبنای حکم چنانکه بعضی گفته‌اند تعدد موقوف علیهم به طور معمول باشد.



## بخش پنجم: ماهیت حقوقی اخذ به شفعه

مقنن قانون مدنی تعریفی از اخذ به شفعه ارائه نکرده است لکن از آنچه راجع به حق شفعه گفته شد می‌توان به ماهیت حقوقی اخذ به شفعه دست یافت. اخذ به شفعه به معنی گرفتن و اخذ به شفعه گرفتن به استناد حق شفعه است که ماهیت آن یک عمل حقوقی محسوب می‌شود چرا که ارادی است و با انشا تملک سهم فروخته شده در برابر تسلیم ثمن انجام می‌شود در بیانی صریح‌تر اخذ به شفعه یک ایقاع معوض است که تنها با اراده شفیع کارگزار است بدین ترتیب اخذ به شفعه ایقاع است و از جمله اعمال حقوقی یک جانبه به شمار می‌رود که تحققش نیازی به انضمام اراده دیگری ندارد اگرچه کلیه ارکان محقق اعمال حقوقی نظیر انشا را دارد. از خصوصیات بارز اخذ به شفعه در الحاقی بودن ایقاع است. در ایقاع سهم اراده به طور معمول پیوستن و انضمام و الحاق به قالبی پیش ساخته یا احتراز یا انحلال آن است و از این لحاظ به عقود الحاقی می‌ماند که نقش اراده شفیع را نباید معادل قصد مشترک طرفین در قرارداد شمرد. از دیگر خصوصیات که ماهیت این ایقاع را می‌سازد در فوری و تبعی بودن آن است. تبعی از این جهت که نفوذ اخذ منوط به درستی نقل و وسیع و فوریت از آن جهت که مصداق قانونی دارد.

## بند اول: نتایج و آثار حقوقی اخذ به شفعه

اثر اساسی اخذ به شفعه تملک سهم شریک سابق است این تملک تنها با رضای شفیع بوده و نیازی به تنفیذ خریدار ندارد ماده ۸۱۷ قانون مدنی بستری محکم در اثبات این ادعاست که به میزان درک اشاره دارد. در فرض تملک شفیع در نتیجه ی اخذ به شفعه تمام معاملات مشتری باطل و بی اعتبار می‌شود. ابطال قراردادی که تا زمان اخذ به شفعه نافذ بوده از نظر تحلیلی محل ایراد است به همین جهت در توجیه این ابطال گفته می‌شود «مراعی» است که به سختی قابل فهم و هضم است. اثر بعدی اخذ به شفعه در گام سوم تملک نمآتی است. تملک شفیع ناظر به آینده است و در گذشته اثر ندارد. فرآیند تسلط بر منافع در ماده ی ۸۱۹ قانون مدنی مقرر است: «نمآتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می‌تواند بنایی را که کرده یا درختی را که کاشته قلع کند». در دوران بین قول شفیع و خریدار در خصوص بنا و درخت موجود، نظر خریدار مقدم است. زیرا شفیع برخلاف اصل عدم و تاخر



حادث سخن می گوید. حق شفعه از آثار بیع صحیحه است. برابر ماده ۳۶۵ قانون مدنی بیع فاسد اثری در تملک ندارد. فلذا با بیع فاسد تملکی برای مشتری ایجاد نمی شود مشهود است از آثار دیگر حق شفعه و اخذ به آن این است که مبنای بیع منشا حق شفعه در مهلت انعقاد است. از دیگر آثار حق شفعه که منشا اختلاف دکترین و فقهاست در ابطال اقاله است که با استناد به تقدم حق شفعه اقاله کان لم یکن و درک بر عهده‌ی مشتری است.

### بند دوم: دعوای اخذ به شفعه و مستندات آن

دعوای اخذ به شفعه دعوای اعلام تملک مال غیرمنقول است. حق شفعه اگر حق عینی بر مال غیرمنقول هم نباشد بی گمان در حکم آن است و به حق تملیک تعبیر می شود. فلذا رسیدگی به دعوای مربوط به اثبات چنین حقی دعوای راجع به غیرمنقول است. قواعد ظریف اعمال حق شفعه این حق را به حقوق عینی نزدیک ساخته است که در مقام اقامه مشمول ماده ۱۸ قانون مدنی می شود که باید در دادگاه محل وقوع ملک مطرح شود. مستندات دعوای اخذ به شفعه را می توان در ادله مالکیت شفیع، اشاعه در سهم فرخته شده، سند بیع، دلیل اخذ به شفعه و ارجاع تاریخ بیع به دادگاه را خلاصه کرد از پیوست های مهم دیگر دادخواست باید از دلیل پرداخت یا ایداع ثمن نام برد مطابق رویه قضایی حاضر شفیع ثمن را به صندوق دادگاه می سپارد و قبض ایداع را همراه با اظهارنامه رسمی مربوط به اخذ شفعه برای ابلاغ به خریدار می فرستد. حکمی که در باب اعتبار و نفوذ اخذ به شفعه صادر می شود چهره‌ای اعلامی دارد نه حکم تملیک است نه الزام خریدار به انتقال بیع. این انتقال با اراده شفیع واقع است و خواننده‌ی اصلی مشتری است یا مشتریانی که ملک در آخرین معامله در تعریف اوست. مستندات رایج شفیع در اعمال حق شفعه در رویه قضایی فعلی به شرح زیر است:

- سند مالکیت که دلیل مالکیت بر حصه باقی مانده است؛
- اثبات شراکت با بایع با سند مالکیت یا معاینه محلی؛
- اثبات وقوع بیع و انتقال حصه مشاع با استناد به سند بیع حصه شریک؛
- اثبات ادله موجد حق شفعه؛



- اثبات وقوع بیع، تاریخ وقوع و تاریخ اخذ؛

- ارائه مدارک اخذ به شفعه؛

- ادله پرداخت ثمن به خریدار که از طریق تادیه به صندوق دادگستری اثبات می شود.

جهت قرابت بیشتر با منوال قضایی قانونی نمونه دادخواست اخذ به شفعه را در ادامه نمایه می - نمایم. ملاحظه شد که جهت موجد حق شدن شفعه شرایطی لازم است که مقدمه تملک واقع شود و به نوعی زمینه قانونی قهری حصه سابق تسهیل شود. روند شرایط حصول، ابقاء و اجرای حق تبیین گردید که شرایط ویژه و بعضا خلاف قاعده ای را می طلبد که تماما اساس دفع ضرر شریک سابق است. صرفنظر از چهره‌ی استثنایی این حق، تعارضات و تخصیصات قوانین عام و خاص، اختلاف نظر فقها و دکترین به نتیجه گیری منطقی در خصوص این نهاد می پردازیم.

موضوع دادخواست	اخذ به شفعه
دلایل و متضمات	تصویر مصدق سند مالکیت تصویر مصدق قرارداد بیع (اختیاری)
اطلاعات دلایل و متضمات	سند مالکیت شماره ..... مورخ .../.../... قرارداد بیع شماره ..... مورخ .../.../...
هزینه دادرسی	۱- هزینه تقدیم دادخواست. ۲- هزینه دعوای مالی. ۳- هزینه اوراق دادخواست. ۴- هزینه تصدیق پیوست ها
تحقیقات و اقدامات مورد تقاضا	۱. شهادت شهود و مطلعین. ۲- تحقیقات محلی. ۳- اتیان سوگند. ۴- درخواست استعلام. ۵- پرونده استنادی. ۶- سایر دلایل و مستندات. ۷- ارجاع بع کارشناسی. ۸- معاینه محلی.
خواسته های تبعی	دستور موقت - خسارات وارده
بهای خواسته	مالی غیر منقول
	ریاست محترم دادگاه عمومی .....





<p>با سلام به استحضار می‌رساند:</p> <p>نظر به اینکه اینجانب با خواننده در پلاک ثبتی فرعی از اصلی شریک بوده و مشارالیه سهم خود را به آقا/خانم ..... فروخته است، لذا با توجه به اینکه ملک مذکور واجد شرایط قانونی برای اخذ به شفعه بوده لذا با اعمال این حق از مشتری خواسته‌ام که نسبت به قبول وجه پرداختی و پذیرش مالکیت اینجانب همکاری نماید که از این امر خودداری نموده است، بنابراین با تقدیم دادخواست حاضر از دادگاه محترم صدور حکم شایسته مورد استدعاست.</p> <p>با تشکر و تجدید احترام</p>	<p>شرح خواسته</p>
<p>در صورتی که یکی از اقدامات و تحقیقات مورد تقاضا انتخاب شده باشد دلایل و منضمات اختیاری است.</p>	<p>توضیحات</p>
<p>کد فرم: Fk۰۱/۰۰</p>	<p>تایید کننده:</p> <p>تهیه کننده</p>

**فرم دادخواست خدمات قضایی**

**نتیجه‌گیری**

نهاد شفعه و اخذ به آن از مباحث اصیل با چهره‌ای خاص است که در نصوص حقوق مدنی در مقامی استثنایی تثبیت شده است. شارحان قانون مدنی اخذ به شفعه را یکی از اسباب چهارگانه مالکیت با غلبه قهری تعریف می‌کند که از روی قهر و اختیار قابل نقل و انتقال است. حال چون اخذ به شفعه در صلاحیت عمومی اشخاص نیست اجرای این حق باید به وسیله اعطای حق ویژه به وجود می‌آید که اخذ به شفعه مرحله‌ی اجرای آن است که ماهیت اخذ به شفعه از آثار تثبیت حق است. صرفنظر از مجوزات قانونی اخذ به شفعه سوال مشهودی که به ذهن مخاطب متبادر می‌شود

این است که آیا اخذ به شفعه با اصل نسبی بودن قراردادها به تعارض می‌رسد؟ اصل نسبی بودن قراردادها از اصول مسلم حقوقی است که در نظام های حقوقی متفاوتی تجویز شده است. با استناد به این اصل هیچ کس نمی‌تواند بدون موافقت شخص ثالث نفع یا ضرری را ایجاد یا اسقاط کند. با رعایت این اصل، ثالث نمی‌تواند تملک مشتری را اسقاط و اضمحلال کند، مگر در موارد مصرح قانونی. همین استثنا خاص مجرای را تزریق می‌کند که شفعه به طور ظریفانه تملکی استثنایی را اعمال کند تا جایکه مقنن را وادار به تخصیص اصل نسبی بودن می‌کند. اخذ به شفعه امروزه از استثنائات اصل نسبی بودن قراردادهاست که شفعه می‌تواند با استناد به آن از مالکیت خریدار اجتناب نماید. علیحال با توجه به چهره خاص، استثنایی و خلاف اصل بودن این حق در مقام استیفا و استعمال باید به قدر متیقن اکتفا کرد. تصریح طبیعت خلاف قاعده بودن حق شفعه تاریخچه‌ای طولانی دارد که در برخی کشورها که حقوقشان ریشه در روم دوم دارد با شرایط متفاوتی مشاهده می‌شود. در حقوق ایران نظام حاکم بر اموال تمام حقوق جز موارد استثنا را دربر می‌گیرد و هر جا شک در عدم پوشش این اصل داشته باشیم با تمسک به اصل عدم آن را مضمول قاعده می‌دانیم.



## منابع و مأخذ

۱. قرآن مجید، طرح و تالیف مهدی محمودیان، تهران، معاونت تربیت و آموزش عقیدتی سیاسی سپاه.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیة، چاپ بیست و نه، ۱۳۸۸، جلد ۳.
۳. ایتی سید محمدرضا، امینی علیرضا، تحریرالروضه فی الشرح العمه، انتشارات گنج دانش، چاپ بیست و یک، ۱۳۸۸.
۴. خدری، ابوسعید، مجمع البیان فی التفسیر القرآن، جلد ۱۰، انتشارات دارالمرتضی، بیروت، ۱۴۲۷ هجری.
۵. سلطانی، ابوالفضل، طاهریان، سیروان، لطیفانی، سیامک. حق شفعه، نشر جاودانه جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۶.
۶. طوسی، محمدبن حسن بن علی، المبسوط فی الفقه الامامیه، انتشارات مکتبه الرضویه، تهران، ۱۳۷۸.
۷. عدل، منصور السلطنه، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر، آذر ۱۳۴۲.
۸. کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران، نشر میزان، چاپ بیست و شش، ۱۳۸۸.
۹. کاتوزیان، ناصر. شفعه، وصیت، ارث. چاپ پانزدهم. نشر میزان. ۱۳۸۹.
۱۰. کاتوزیان، ناصر. قانون مدنی در نظم کنونی، نشر میزان، چاپ بیست و سوم، ۱۳۸۸.
۱۱. کاتوزیان، ناصر. مقدمه علم حقوق، نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ شصت و شش، ۱۳۸۷.
۱۲. کاتوزیان، ناصر. حقوق مدنی، ایقاع، نشر یلدا، چاپ اول، ۱۳۷۰.
۱۳. محقق داماد، سید مصطفی، ایقاع اخذ به شفعه، چاپ اول، نشر اسلامیة، ۱۳۸۴.
۱۴. محمدبن مکی، شهید اول، لمعه دمشقیه، نشر دارالفکر، چاپ چهل و چهارده، ۱۳۹۱.
۱۵. معین محمد، فرهنگ فارسی، شش جلدی، تهران، موسسه نشر امیر کبیر
۱۶. مقالات





۱۷. آیتی، سیدمحمدرضا، منتظری، زهرا، وضعیت نقل و انتقال حق شفعه در منظر فقه و حقوق مدنی، ۱۳۹۴.
۱۸. محقق داماد، سید مصطفی، اخذ به شفعه، فصلنامه حق، ۱۳۶۴.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
رتال جامع علوم انسانی





پروہشکاه علوم انسانی ومطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی