

## واکاوی فروش عین مورد شفعه توسط مشتری از منظر فقه و حقوق

فاطمه کریمی\* / سید محمدصادق طباطبائی\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۷/۱۳

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۱/۰۳

### چکیده

بر اساس قانون مدنی، حقّ شفعه، مانع از تصرفات مشتری در سهم خریداری شده نبوده و تصرفات مشتری در مبیع صحیح است. با وجود این، ماده ۸۱۶ قانون مدنی، اجرای این حقّ را موجب بطلان معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه دانسته است. با توجه به این که صحت عقد در ابتدا و بطلان آن پس از اعمال حقّ شفعه، در حقوق ما امری استثنائی است لازم است حکم مذکور با بررسی پیشینه فقهی موضوع، تفسیر و مبنای آن تبیین گردد تا پاسخ پرسش های اساسی قابل طرح در این زمینه روشن شود: نخست این که مبنای وضعیّت تصرفات مشتری قبل و بعد از اخذ به شفعه چیست؟ آیا حکم بطلان در ماده ۸۱۶ قانون مدنی در معنای حقیقی خود به کار رفته است؟ اگر حقّ شفعه به مال مورد شفعه تعلق گرفته است چرا این حقّ، مانع تصرفات مشتری در مبیع نیست؟ در این زمینه، دیدگاه های متعددی چون بطلان، عدم نفوذ، مراعی بودن، انفساخ و عدم قابلیت استناد از جانب فقها و حقوقدانان عنوان گردیده، اما مبنای این دیدگاه ها نامعلوم است. در این نوشتار پس از بررسی و نقد دیدگاه های موجود به این نتیجه می رسیم که حقّ شفعه به عین مبیع تعلق گرفته اما فروش آن توسط مشتری صحیح است؛ زیرا انتقال عین، خللی به حقّ شفعه وارد نکرده و اجرای حقّ شفعه، موجب انفساخ بیع می شود و این حکم با اراده طرفین عقد بیع و اصل صحت عقود سازگاری بیشتری دارد.

**کلیدواژه:** حقّ شفعه، انفساخ، بطلان، عدم قابلیت استناد، مراعی، تعلق حقّ غیر.

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران

\*\* دانشیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران (نویسنده مسئول) Tabatabaei@ase.ui.ac.ir

## مقدمه

به موجب ماده ۸۰۸ ق.م: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصّه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حقّ دارد قیمتی که مشتری داده است به او بدهد و حصّه مبیعه را تملک کند. این حقّ را حقّ شفعه و صاحب آن را شفیع می گویند.» بنابراین حقّ شفعه در اثر بیع سهم مشاع توسط یکی از شرکاء، برای شریک دیگر ایجاد می شود و این حقّ به مبیع تعلق می گیرد و شفیع می تواند با پرداخت ثمن خریدار به وی حصّه مشاع را تملک کند.

مشهور فقها معتقدند که تصرف در عین متعلق حقّ غیر، ممنوع است و تعلق حقّ غیر نسبت به عین، موجب عدم نفوذ تصرفات در آن عین می شود (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۲۹/۴؛ نائینی، ۱۴۱۳: ۳۷۳/۲؛ خوئی، بی تا: ۱۵۳/۵؛ اصفهانی، ۱۴۱۸: ۶۹/۳؛ آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۱۰۶-۱۰۷).

با وجود این، مطابق نظر مشهور در فقه (شهید اول، ۱۴۱۷: ۳۷۲/۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۶۱؛ علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۷۵/۴؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۱/۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۵۴/۳؛ حلی، ۱۴۰۵: ۲۷۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۴۷/۱؛ خوئی، ۱۴۱۰: ۷۷/۲) که قانون مدنی نیز از آن پیروی نموده - مشتری قبل از این که شفیع حقّ خود را اجرا نماید، مالک مبیع است و حقّ هرگونه تصرفی را در ملک خود دارد و ماده ۸۱۹ ق.م. نیز نماء آت ایجاد شده قبل از اخذ به شفعه را در صورتی که منفصل باشد مال مشتری می داند. همچنین ماده ۸۱۶ ق.م. مقرر می دارد: «اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد باطل می نماید.» از آنجا که معاملات قبل از اخذ به شفعه صحیح است و پس از آن باطل می شود، سؤالاتی از این قبیل مطرح می شود: با وجود تعلق حقّ شفیع به مال مورد شفعه، چرا معاملات مشتری

نسبت به آن صحیح دانسته شده است؟ با وجود صحّت معاملات مشتری در مال مورد شفعه، چرا پس از اخذ به شفعه معاملات باطل می شود؟

فقها و حقوقدانان، پیرامون وضعیّت معاملات مشتری قبل و بعد از اخذ به شفعه دیدگاه های مختلفی ابراز نموده اند؛ عده ای از آنان معاملات واقع شده نسبت به مال مورد شفعه را غیر نافذ دانسته اند که در صورت اخذ به شفعه توسط شفیع باطل می گردند (طباطبائی قمی، ۱۴۲۶: ۲۹۰/۸ غ طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۴۳/۲؛ نوین و خواجه پیری، ۱۳۷۸/۲۳۶-۲۳۷)؛ عده ای نیز معاملات را صحیح و آن را مراعی به اخذ به شفعه دانسته اند (خمینی، بی تا: ۵۵۹/۱؛ محقق داماد، قبولی و ساعتچی، ۱۹/۱۳۹۴)؛ عده ای نیز معاملات را صحیح دانسته و معتقدند به دلیل تقدّم حق شفیع بعد از اخذ به شفعه، این تصرّفات باطل می شوند (شهید اول، ۱۴۱۷: ۳۷۲/۳؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۱/۶؛ علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۲۵۱/۱۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۹۴؛ خوئی، ۱۴۱۰: ۷۷/۲؛ محقق داماد، ۱۴۲۶: ۸۶) و عده ای نیز قائل به صحّت تصرّفات از آغاز و انفساخ آن پس از اخذ به شفعه می باشند (علامه حلّی، ۱۴۲۰: ۵۷۵/۴؛ حلّی، ۱۴۰۵: ۲۷۸).

با وجود سابقه فقهی موضوع و دیدگاه های متفاوتی که در این زمینه به صورت پراکنده بیان شده است تنها اندکی از حقوقدانان به صورت تخصصی به تحلیل این موضوع پرداخته اند و تنها مقاله منتشر شده در این زمینه، بعد از بررسی دیدگاه صاحب نظران، با ذکر دلایلی وضعیّت تصرّفات مشتری در مورد شفعه را مراعی دانسته است بدون این که مبنای آن را به روشنی تبیین کند.

پژوهش حاضر با نگرشی متفاوت از مقاله مذکور، با توجه به پیشینه فقهی مسأله به ذکر اشکالات وارده بر سایر دیدگاه ها و همچنین بررسی حکم فروش عین مورد شفعه و دلایل و مبنای آن پرداخته است.

هدف از بررسی این موضوع، علاوه بر پاسخگویی به سؤالات مطرح شده، تبیین حکم و مبنای حقیقی مسأله و ارائه تفسیری است که علاوه بر هماهنگی با فقه و مقررات قانون مدنی، با اراده و توافق طرفین عقد نیز سازگار و پذیرای آثار و پیامد های این حکم در روابط طرفین باشد. بنابراین این نوشته متشکل از دو مبحث تحت عناوین حکم فروش عین مورد شفعه و مبنای حکم فروش عین مورد شفعه می باشد که در ادامه به بررسی آنها می پردازیم.

### ۱- حکم فروش عین مورد شفعه

مال مورد شفعه در بین فقها به عنوان عین متعلق حق شفیع، شناخته شده است و با وجود دیدگاه های مخالفی که وجود دارد اکثر فقها معتقدند که حق شفیع به عین مبیع تعلق گرفته است (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۴۳؛ طباطبائی حکیم، بی تا: ۷؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹/۶؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۱۶).

عده ای از این فقها معتقدند که حق شفعه پس از ایجاد آن برای شریک، در عین باقی است هرچند که عین مورد شفعه، به غیر انتقال پیدا کند. بنابراین معقول نیست که چنین حقی مانع نفوذ تصرف مشتری در مبیع باشد (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۱۶)؛ همچنین شیخ انصاری در پاسخ به استدلال کسانی که تصرف در زمان خیار را به دلیل تعلق حق غیر به مبیع ممنوع می دانند آن را با حق شفعه مقایسه نموده و تعلق حق شفیع به مبیع را مانع از تصرفات مشتری در آن ندانسته است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹/۶)؛ ایشان به طور ضمنی تعلق حق شفیع به مبیع را پذیرفته اند.

برخی از فقها نیز عین مورد شفعه را متعلق حق شفیع نمی دانند و در مورد جواز قلع درختان در زمینی که مورد حق خیار یا شفعه است، اینگونه استدلال نموده اند: برخلاف عده ای که مالکیت در زمان خیار و شفعه را متزلزل دانسته و معتقدند حق ذوالخیار و شریک به زمین قبل از غرس تعلق گرفته است، بنابراین صاحب حق می

تواند در صورت بازگشت زمین به وی درختان را قطع کند، حقیقت این است که مالکیت در موارد مذکور، متزلزل نیست و جواز رجوع، حکم شرعی است؛ پس زمین متعلق حقّ واقع نشده است و علت جواز قلع درختان، فسخ یا انفساخ است که به موجب آن عین به مالکیت صاحب حقّ برمی گردد (نائینی، ۱۳۷۳: ۸۰/۲).

مشهور فقهای امامیه، تصرّفات مشتری در مال مورد شفعه را قبل از اخذ به شفعه صحیح می دانند (شهید اول، ۱۴۱۷: ۳۷۲/۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۶۱؛ علامه حلّی، ۱۴۲۰: ۵۷۵/۴؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۱/۶؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۴۵۴/۳؛ حلّی، ۱۴۰۵: ۲۷۸؛ سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۴۷/۱؛ خوئی، ۱۴۱۰: ۷۷/۲) و برخی از فقها ادعای اجماع در این زمینه کرده اند (علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۲۵۱/۱۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۹۳/۱۸) با وجود این، در مورد تأثیر اخذ به شفعه در این معاملات بین فقها اختلاف نظر وجود دارد و این دیدگاه ها شامل عدم نفوذ، مراعی، بطلان و انفساخ می باشد.

نظرات حقوقدانان نیز در مورد ماهیت حقّ شفعه، جالب توجه است. حقّ شفعه از نظر بسیاری از حقوقدانان حقّ عینی محسوب می شود؛ زیرا این حقّ به اعتبار مالکیت شفیع در مال مشاع به وجود آمده و از اسباب مالکیت و اکتساب حقوق عینی است و برای وی حقّ تعقیب و تقدّم ایجاد می کند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۶-۱۷؛ احمدی طباطبائی، ۱۳۴۴: ۱۹ و ۲۹؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۴؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۳۴/۵). حقّ تعقیب بدین معنا که شفیع، ملک را در دست هر کس باشد مطالبه می نماید و حقّ تقدّم به این صورت که حقّ شفیع بر حقوق دیگران که بعد از بیع نسبت به مبیع کسب کرده اند، مقدّم می باشد (احمدی طباطبائی، ۱۳۴۴: ۱۹).

از نظر عده ای دیگر از حقوقدانان، حقّ شفعه در حکم حقّ عینی می باشد و نمی توان آن را از قبیل حقوق عینی همچون حقّ رهن و حقّ انتفاع یا حقّ طلبکار در مال بازداشت شده دانست؛ زیرا حقّ شفیع فعلیت ندارد، اما حقوق مذکور فعلیت دارد بلکه حقّ شفعه را می توان شبیه حقّ تحجیر یا حقّ طلبکار نسبت به مالی که برای فرار از

دین مورد معامله قرار گرفته است به شمار آورد؛ چراکه آثار حقّ عینی را دارد؛ بنابراین تفاوت آن با سایر حقوق عینی قابل چشم پوشی است (امامی، ۱۳۷۵: ۳۴).  
عده ای از صاحب نظران نیز شفعه را وسیله کسب حقّ عینی دانسته اند و آن را در ردیف قرارداد و ارث و حیات مباحات از اسباب تملک دانسته و معتقدند که بحث بر سر عینی بودن حقّ شفعه از نظر تحلیلی نادرست است و همانگونه که کسی در مورد قرارداد یا ارث نمی پرسد که حقّ عینی می باشد یا خیر، در مورد شفعه نیز چنین پرسشی صحیح نیست. البته ایشان پس از تحلیل ماهیت شفعه و شبیه دانستن ماهیت آن به چیزی بین رخصت و مالکیت، در نهایت با توجه به قانون مدنی و تحلیل فقها از شفعه آن را نوعی حقّ مالی دانسته اند (یزدانیان، ۱۳۸۴: ۱۴۸).

لازم به ذکر است که در تقسیم حقّ به عینی و دینی، برخی از حقوقدانان اهل سنت، حقّ شفعه را حقّی شخصی (دینی) دانسته اند؛ با این استدلال که هر چند هدف شفع، حصول مالکیت است اما این حقّ با وقوع بیع برای شفع ایجاد می شود که باید شخصاً آن را اعمال کند و نمی تواند به نفع دیگری از آن صرف نظر نماید (احمدی طباطبائی، ۱۳۴۴: ۱۹).

این اختلاف نظرها در تحلیل ماهیت حقّ شفعه، به اختلاف در مبنای تحلیل باز می گردد. این حقوقدانان بر مبنای حقوق غربی، حقّ را به عینی و دینی تقسیم نموده و در این تقسیم بندی در صدد تبیین جایگاه حقّ شفعه برآمده اند.

حقّ شخصی یا دینی رابطه بین شخص دائن و مدیون است که به موجب آن دائن، اعطای مالی یا انجام یا ترک عملی را از مدیون می خواهد و حقّ عینی سلطه ای است که قانون به شخص نسبت به یک عین اعطا می کند؛ یا به عبارت دیگر رابطه ای حقوقی بین شخص و مال بالذات می باشد (السنهوری، ۱۹۹۸: ۱۳/۱).

از آنجا که چنین رابطه ای بین شفع با مال مورد شفعه وجود ندارد، بسیاری از حقوقدانان در این زمینه به تکلف افتاده و مفاهیم حقّ در حقوق اسلامی و حقوق

فرانسه را با هم درآمیخته اند، در صورتی که این دو مفهوم همیشه با یکدیگر مطابقت ندارند (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۱۲).

حقّ شفعه حقّی است برای شریک در عین مبیع که بعد از آگاهی باید فوراً اعمال گردد، در غیر این صورت زایل می‌شود. هرچند که در تحقق اعمال حقوقی یک طرفه، کاشف خارجی نمی‌تواند مؤثر باشد و کاشف فقط جنبه اعلامی و اشهدای دارد ولی در اخذ به شفعه اراده باطنی برای ایجاد آن کافی نیست و نیاز به کاشف دارد که همان اعمال حقّ شفعه به وسیله پرداخت ثمن اول است (نوری، ۱۳۷۴: ۹).

در مورد وضعیّت معاملات مشتری در فاصله عقد بیع تا اخذ به شفعه با توجه به ماده ۸۱۶ قانون مدنی دو فرض را می‌توان در نظر گرفت: نخست فرضی را که شفیع پس از آگاهی به عقد بیع و حقّ شفعه از آن صرف‌نظر نموده و آن را اسقاط کند که معاملات صورت گرفته نسبت به مال موضوع حقّ شفعه صحیح و اثرگذار می‌باشد. دوم، فرضی که شفیع پس از علم به این حقّ، اقدام به اخذ شفعه می‌نماید؛ یعنی با پرداخت ثمن که مشتری در قبال سهم خریداری شده پرداخت نموده است، حقّ خود را اعمال می‌کند که در این صورت، معاملات واقع شده باطل می‌شوند.

ماده ۸۱۶ قانون مدنی - که بر صحت بیع عین مورد شفعه توسط مشتری در ابتدا و بطلان آن پس از اخذ به شفعه دلالت می‌کند - برگرفته از نظر مشهور فقهاست. حقوقدانان در تفسیر این ماده، دیدگاه‌های مختلفی را ابراز نموده‌اند. دیدگاه‌های فقهی و حقوقی موجود در این زمینه شامل عدم نفوذ، مراعی، عدم قابلیت استناد، قابلیت ابطال، بطلان و انفساخ می‌باشد که ذیلاً به بررسی آنها می‌پردازیم:

### ۱-۱- دیدگاه عدم نفوذ

عدم نفوذ در معنای عام به هر عقدی که فاقد اثر حقوقی باشد اطلاق می‌شود، اما در معنای خاص، ویژه عقد ناقصی است که قابلیت کمال دارد و رضایت بعدی موجب حیات حقوقی آن می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۲۰).

ظاهر کلام برخی از فقها بیانگر عدم نفوذ تصرفات مشتری در مال مورد شفعه است؛ زیرا ایشان معتقدند اگر مشتری قبل از اخذ به شفعه مبیع را بفروشد، حق شفعه ساقط نمی شود بلکه شفیع می تواند از مشتری اخذ به شفعه نماید؛ پس بیع دوم باطل می شود و اگر آن را اجازه دهد عقد وی صحیح می شود؛ بنابراین مقتضای صحت عقد با اجازه شفیع، فضولی بودن آن است. سپس اظهار داشته اند که اعتقاد به صحت عقد با اجازه، مشکل است؛ چراکه بیع از مالک آن اصالتاً واقع گردیده است و نهایتاً به خاطر اعمال حق شفعه باطل می شود، پس چگونه می تواند بعد از فرض بطلان، صحیح شود؟ در پاسخ به این سؤال، خود چنین گفته اند: مگر این که گفته شود ملاک صحت عقد در صورت اجازه در عقد فضولی با این عقد، یکی است و چون بقای عقد به اختیار و اراده شفیع بستگی دارد پس اجازه او نیز در این مسأله مؤثر است (طباطبائی قمی، ۱۴۲۶: ۸/۲۹۰).

در ردّ این دیدگاه می توان گفت که عقود قبلی مشتری با اجازه شفیع تصحیح نمی شود بلکه در اثر اسقاط حق شفعه، مانع صحت عقود، برداشته می شود و عقود مذکور مؤثر واقع می شوند. در واقع، شفیع یا حق خود را اعمال می کند و یا آن را اسقاط می کند و اجازه در اینجا معنایی ندارد؛ به عبارت دیگر، به موجب این دیدگاه، اگر معاملات مشتری در عین مورد شفعه غیر نافذ باشد و شفیع اقدام به اخذ شفعه نکند و حق وی به دلیل عدم اقدام فوری ساقط شود، باز هم این معاملات غیر نافذ خواهد بود، در حالی که معاملات مشتری پس از اسقاط حق شفعه صحیح می باشد.

برخی از فقها نیز ضمن بحث در مورد تعلق خیار به عین یا عقد، به مقایسه خیار با حق رهن و حق شفعه پرداخته و گفته اند که حق خیار به عقد تعلق گرفته و نه به عین، تا شبیه حق رهن و حق شفعه باشد و اگر آن را متعلق به عین بدانیم، مقتضای قاعده، منع از تصرف و عدم نفوذ آن تصرف از ابتداست مگر با اذن صاحب حق (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۲/۴۳).



هرچند که این کلام صریحاً به عدم نفوذ فروش عین مورد شفعه اشاره نکرده، اما ظاهراً حاکی از عدم نفوذ تصرفات مشتری در مال مورد شفعه است؛ زیرا حق رهن و شفعه را در کنار یکدیگر و در مقابل حق خیار قرار داده و حق خیار را برخلاف حق رهن و شفعه از شمول قاعده ممنوعیت و عدم نفوذ تصرف در عین متعلق حق غیر خارج دانسته است.

این دیدگاه از این جهت که حق رهن و شفعه را در کنار یکدیگر تحت عنوان حقوق مانع قرار داده است، صحیح نیست؛ زیرا حق رهن با توجه به دلیل خاص (نص صریح) از نفوذ تصرفات منافی جلوگیری می کند، اما حق شفعه برخلاف حق رهن، مانع نفوذ تصرفات نیست. همچنین اذن صاحب حق شفعه، شرط نفوذ تصرفات نیست بلکه اسقاط حق و از بین بردن مانع است که منجر به صحت و نفوذ عقد می شود.

در بین حقوقدانان نیز عده ای معتقدند که مشتری به اعتبار مالکیت خود می تواند نسبت به مورد شفعه معاملاتی را انجام دهد و هیچ کدام از این معاملات مانع اخذ به شفعه نخواهد بود، بلکه پس از اخذ به شفعه این معاملات ابطال می گردد. مفاد ماده ۸۱۶ ق.م. نیز بدین معنا نیست که معاملات مشتری الزاماً باید ابطال گردد بلکه این معاملات، فضولی محسوب می شوند و مانند معاملات فضولی غیر نافذ است؛ بنابراین اگر شفیع این معاملات را تنفیذ کند نافذ و معتبر بوده و در صورتی که تنفیذ ننماید آن معامله فاقد اثر حقوقی خواهد بود (نویسنده و خواجه پیری، ۱۳۷۸: ۲۳۶-۲۳۷؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۳۴/۵).

در رد این دیدگاه می توان گفت که حق شفعه طبق ماده ۸۲۱ ق.م. فوریت دارد و بعد از آگاهی از فروش سهم مشاع توسط شریک، شفیع باید ظرف مهلتی که عرف تعیین می کند اخذ به شفعه نماید وگرنه حق شفعه زایل می شود و با زوال حق شفیع، معاملات صورت گرفته برای صحت نیازمند تنفیذ شفیع نیست، در صورتی که بر اساس دیدگاه عدم نفوذ، تا وقتی صاحب حق تنفیذ نکند معامله صحیح نمی شود.

البته عده ای از حقوقدانان، معاملات مشتری را همچون معاملات فضولی، مراعی به اجازه شفیع یا سقوط حقّ وی دانسته اند (امامی، ۱۳۷۵: ۳۹). با توجه به این که در فقه، عقد فضولی (در معنای خاص)، عقدی موقوف محسوب می شود که در صورت تنفیذ مالک، صحّت خود را باز می یابد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۰۱-۱۰۲) و وضعیّت عدم نفوذ، اعمّ از وضعیّت موقوف و مراعی است در این دیدگاه، بین حالات مختلف عدم نفوذ، خلط شده است.

از آثار عقد غیر نافذ (موقوف) این است که در صورت ردّ، عقد از ابتدا باطل و در صورت تنفیذ از لحظه وقوع مؤثّر واقع می شود. همچنین عقد غیر نافذ از ابتدا به دلیل نبودن شرط یا جزء سبب، ناقص است و با پیوستن جزء یا تحقق شرط، کامل و اثرگذار می شود؛ در حالی که معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه به طور کامل شکل گرفته است و برای صحّت، به پیوستن جزء سبب یا تحقق شرط نیاز ندارد. همچنین نمی توان اخذ به شفعه را ردّ معامله تلقی نمود؛ چراکه تنفیذ یا ردّ معامله یعنی اعلام رضایت یا عدم رضایت نسبت به عقدی که به دلیل فقدان عنصر رضا، غیر نافذ است در حالی که معاملات مشتری در مال مورد شفعه در زمان مالکیت وی صورت گرفته و از ابتدا صحیح بوده است.

## ۲-۱- دیدگاه مراعی

به موجب این دیدگاه، حکم تصرّفات مشتری در مال مورد شفعه، معلق به این است که مشتری اخذ به شفعه نموده یا این که حقّ خود را اسقاط نماید. اگر اخذ به شفعه نمود کاشف از بطلان تصرّفات بعد از آن بوده و اگر حقّ خود را اسقاط نمود کاشف از صحّت تصرّفات از زمان وقوع است. برخی از فقها پس از بیان حکم تصرّفات مشتری پس از اخذ به شفعه این احتمال را بدین گونه مطرح نموده اند:

اگر تصرّف مشتری در مورد شفعه بیع باشد، شفیع حقّ دارد از مشتری اول به همان ثمنی که داده است اخذ به شفعه نماید؛ پس بیع دوم باطل می شود، همچنین حقّ دارد

از خریدار دوم به همان ثمنی که داده است اخذ کند، پس فروش اولی صحیح است. اگر بیع ها از دو مورد بیشتر شوند، شفیع حق دارد از مشتری اول به همان ثمنی که داده است اخذ به شفعه نماید و همه بیع های بعدی باطل می شوند و می تواند از مشتری آخر اخذ به شفعه کند؛ پس بیع های قبلی صحیح می شوند و همچنین است اگر به غیر بیع تصرف کرده باشد مانند وقف و غیر آن، پس او حق دارد که اخذ به شفعه کرده و تصرفات مشتری را باطل نماید و احتمال دارد که صحت بیع های بعدی و تصرفات غیر بیع، مراعی و معلق به عدم اخذ به شفعه، باشد و گرنه از اصل باطل می باشد و در آن تردید است (خمینی، بی تا: ۵۵۹/۱).

دیدگاه مراعی به عنوان یکی از حالات عدم نفوذ در فقه عنوان گردیده است (کریمی، ۱۳۹۲: ۱۵۹).

به نظر می رسد با توجه به قطعیت کلام فقها در مورد صحت تصرفات مشتری قبل از اخذ به شفعه نمی توان این تصرفات را مراعی دانست؛ زیرا به موجب دیدگاه مراعی، وضعیت تصرفات تا کشف واقع، نامعلوم و یا به عبارتی غیر نافذ است. عدم نفوذ به معنای عام، همان عدم تأثیرگذاری است که وضعیت موقوف و مراعی را در بر می گیرد؛ اما عدم نفوذ به معنای خاص، وضعیت عمل حقوقی موقوف است که تنها پس از اجازه صحیح و در صورت رد، باطل می شود. مراعی وضعیتی است که در آن عمل حقوقی به دلیل وجود مانع، اثرگذار نبوده و از بین رفتن مانع، موجب بازگشت آثار عمل حقوقی می شود. به عبارت دیگر، به وضعیت حقوقی، زمانی مراعی گفته می شود که سبب آن وضع حقوقی کاملاً محقق شده است و حالت انتظاری جز رفع جهل وجود ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۰۱).

عده ای از حقوقدانان وضعیت مراعی را نوعی وضعیت مستقل در کنار وضعیت صحت، بطلان و عدم نفوذ، فرض نموده و معتقدند که این وضعیت زمانی کارآمد است که نسبت به حق شخص ثالث که جنبه احتمالی دارد معامله ای واقع شود و

مالکیت بالقوه یا طلب شخص ثالث نادیده گرفته شود (کریمی و شعبانی، ۱۳۹۶: ۶۸۳).

به نظر می‌رسد مراعی، وضعیّت مستقلّی از وضعیّت عدم نفوذ نیست و یکی از حالات عدم نفوذ به معنای اعمّ می‌باشد. در واقع این دیدگاه، از دیدگاه عدم نفوذ و از دل نظریه کشف بیرون آمده است.

عده ای از پیروان این دیدگاه معتقدند که وضعیّت مراعی، ناظر به زمانی است که روشن شدن وضعیّت قرارداد مانند عقد معلق نیاز به مشخص شدن وضعیّت دیگری دارد و زمانی که نتوان در مورد صحّت یا بطلان عقد در همان لحظه وقوع تصمیم گرفت، عقد را صحیح فرض نموده و سرنوشت آن را مراعی به روشن شدن وضعیّت دیگری می‌دانیم (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۹).

ظاهراً فرض صحّت عقد در این نظر با توصیفی که از وضعیّت مراعی شد، تناسب ندارد؛ زیرا وضعیّت عقد در دیدگاه مراعی نامشخص است و پس از تحقّق یا عدم تحقّق امری، وضعیّت صحّت یا بطلان عقد آشکار می‌شود. در حالی که صحیح دانستن عقد به معنای تعیین حکم برای وضعیّت است که هنوز روشن نشده است و این تلاشی است برای هماهنگ کردن حکم قانونی تصرّفات مشتری قبل از اخذ به شفعه (صحّت) با دیدگاه مراعی که وضعیّت عقد در آن نامشخص بوده و تا کشف واقع، بی‌اثر یا غیر نافذ است.

همچنین اگر بپذیریم عقد از ابتدا با تمام شرایط و اسباب ایجاد گردیده و کامل است بنابراین وضعیّت عقد جز صحّت نمی‌تواند باشد و این که بعد از اخذ به شفعه معامله ای را که با تمام شرایط محقّق گردیده است از آغاز باطل بدانیم و آثار آن را تا قبل از اخذ به شفعه نپذیریم با اصل صحّت عقد و اراده طرفین سازگار نیست.

وضعیّت مراعی از جهت تعلیق آن به امری محتمل، به وضعیّت عدم نفوذ شباهت دارد، اما تفاوتی که قائلین این دیدگاه بین وضعیّت مراعی و عدم نفوذ ذکر نموده اند

این است که در وضعیّت مراعی، حقّ شخص ثالث بر موضوع قرارداد، قطعی نیست بلکه حقّ احتمالی بوده؛ بنابراین ضمانت اجرای آن نیز باید با آن تناسب داشته باشد؛ در صورتی که در معامله فضولی حقّ مالک بالفعل بر مورد معامله تعلق گرفته است و ضمانت اجرای آن نیز با طبیعت این حقّ متناسب می باشد (کریمی و شعبانی، ۱۳۹۶: ۶۸۶).

به نظر می رسد ادّعای قطعی نبودن یا احتمالی بودن حقّ اشخاص ثالث در قرارداد، از نظر تحلیلی صحیح نیست؛ چراکه حقّ شفیع قبل از معاملات مشتری و به محض تملیک حصّه مشاع به مشتری، ایجاد و قطعی گردیده است اما آن چه قطعیت نیافته و احتمالی می باشد اجرای حقّ، یعنی اخذ به شفعه است؛ بنابراین بهتر است گفته شود چون اجرای حقّ، محتمل است وضعیّت تصرّفات صورت گرفته نسبت به آن نیز احتمالی است.

### ۳-۱- دیدگاه بطلان

عده ای صریحاً حکم تصرّفات مشتری را در مبيع پس از اخذ به شفعه، بطلان دانسته اند (شهید اول، ۱۴۱۷: ۳۷۲/۳؛ کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۱/۶؛ علامه حلّی، ۱۴۱۴: ۲۵۱/۱۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۹۴؛ خوئی، ۱۴۱۰: ۷۷/۲). دلیلی که این فقها برای قول به بطلان تصرّفات مشتری پس از اخذ به شفعه ذکر نموده اند تقدّم حقّ شفیع نسبت به مال مورد شفعه است. البته عده ای نیز ضمن بیان انواع تصرّفات مشتری نسبت به عین، از اختیار شفیع برای اخذ به شفعه از بیع اول یا سایر بیع ها سخن گفته و اخذ به شفعه از بیع دوم یا سوم را دلیل امضای بیع اول دانسته اند (کرکی، ۱۴۱۴: ۴۱۱/۶؛ خوئی، ۱۴۱۰: ۷۷/۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹: ۵۹۴/۱۸).

به نظر می رسد این عبارت، یعنی «امضای بیع اول» چندان با پذیرش دیدگاه بطلان همخوانی ندارد مگر این که گفته شود قائلین بطلان در اصل، معتقد به عدم نفوذ این تصرّفات هستند که در صورت اخذ به شفعه، تصرّفات انجام شده با عدم تنفیذ شفیع

مواجهه و باطل می شوند؛ یا این که با توجه به دیدگاه برخی از فقها بگوئیم چون اسقاط حق، نیازمند مبرز انشایی است و این امر منحصر به اجازه می باشد و رضایت باطنی صلاحیت اسقاط حق را ندارد، این دسته از فقها امضای بیع یا اعلام رضایت به بیع را به کار برده اند (عراقی، ۱۴۱۴: ۷۹/۵).

بعضی نیز از حق شفیع برای ابطال معاملات مشتری سخن گفته اند. در واقع، به کار بردن واژه ابطال می تواند تعبیر دیگری از بطلان معامله پس از اخذ به شفعه باشد (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۶۱؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۴۵۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۲/۲۵۲) یا این که فقها آن را مسامحتاً و به جای انفساخ عقد به کار برده اند. در هر حال، با توجه به این که فقها در بحث شفعه در کنار واژه بطلان، از فسخ یا انفساخ نیز سخن گفته اند به طور مطلق نمی توان گفت که منظور ایشان از بطلان یا ابطال معامله توسط شفیع، بطلان به معنای خاص آن باشد مگر این که صراحتاً و در تمامی کلامشان در این موضوع، به بطلان عقد مشتری اشاره کرده باشند.

البته برخی از فقها نیز صریحاً از واژه بطلان برای بیان حکم این تصرفات استفاده ننموده، بلکه گفته اند اگر مشتری مبیع را وقف نموده یا آن را مسجد قرار داده باشد شفیع می تواند اذن به تصرف داده یا کل آن را زایل کند (سبزواری، ۱۴۲۳: ۱/۵۴۷).

در بین حقوقدانان نیز عده ای، معاملات مشتری را پس از اخذ به شفعه باطل دانسته اند. از نظر ایشان توجیه حکم بطلان معاملات پس از اخذ به شفعه با توجه به ظاهر ماده ۸۱۶ قانون مدنی و نظر مشهور فقها کاملاً روشن است؛ زیرا هر کدام از معاملات، سبب مستقلی برای پدید آمدن حق شفعه بوده و تبعاً معاملات بعدی صحیح است. بطلان این معاملات به این خاطر است که حق شفعه زودتر پدید آمده است؛ بنابراین شفیع به موجب حق سابق خویش می تواند معاملات انجام شده را باطل سازد (محقق داماد، ۱۴۲۶: ۸۶). عده ای از صاحب نظران نیز علت بطلان تصرفات را پس از اخذ به

شفعه، حقّ عینی شفیع نسبت به مبیع و تقدّم آن بر حقّ مشتری دانسته اند (احمدی طباطبائی، ۱۳۴۴: ۹۹).

هرچند که حکم به بطلان معاملات مشتری در مال مورد شفعه با ماده ۸۱۶ قانون مدنی و نظر مشهور فقها مطابقت دارد اما با توجه به این که بطلان در کلام فقها در بسیاری از موارد به معنای انفساخ به کار رفته است و حتی این امر به قانون مدنی نیز سرایت نموده و نمونه آن در ماده ۴۹۶ قانون مدنی در باب اجاره مشهود است، نمی توان تنها به استناد این ظواهر حکم به بطلان معاملات مشتری در مال مورد شفعه داد؛ زیرا بطلان به معنای بی اعتباری معامله مشتری از آغاز و نادیده گرفتن تمام آثار عقدی است که از ابتدا به طور صحیح واقع شده است.

#### ۴-۱- دیدگاه عدم قابلیت استناد

عقدی که به طور صحیح بین طرفین منعقد می شود نه تنها برای طرفین ایجاد التزام می کند بلکه به عنوان رویداد اجتماعی در برابر اشخاص ثالث هم قابل استناد است، اما در شرایط خاص، مثلاً عدم رعایت قانون، عقد در روابط طرفین نافذ و در مقابل اشخاص ثالث غیر قابل استناد است. عقد غیر قابل استناد با عقد باطل یکسان نیست؛ زیرا عقد باطل مطلقاً بی اعتبار است و در روابط طرفین و در عالم اعتبار اثری ندارد، در حالی که عقد غیر قابل استناد، غیر نافذ نسبی است؛ یعنی در برابر دیگران در حکم باطل است ولی نسبت به طرفین عقد، پیمانی نافذ و مورد احترام می باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۲۱).

از نظر برخی از حقوقدانان معنای بطلان معاملات مشتری پس از اخذ به شفعه، عدم قابلیت استناد معاملات خریدار در برابر شفیع است؛ به عبارت دیگر، نفوذ تصرفات خریدار ملازمه با بطلان حقّ شفعه دارد و موضوع آن را از بین می برد؛ بنابراین به منظور حفظ حقّ شریک که مقدّم بر حقّ مشتری است معاملات منافی با حقّ شفعه در برابر شفیع قابل استناد نمی باشد و مانند این است که هیچ معامله ای صورت نگرفته و

و آزادانه می تواند مبیع را از مشتری اخذ نماید (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۴۸)؛ این در حالی است که قانونگذار در ماده ۸۱۶ ق.م. معاملات مشتری در مورد شفعه را باطل می داند و ظاهر این ماده با استدلال فوق منافات دارد. علاوه بر این که عدم قابلیت استناد ضمانت اجرایی است که ریشه در فقه و حقوق ما نداشته و تعیین ضابطه برای آن دشوار می باشد مخصوصاً در باب شفعه که در مبنای فقهی مقررات آن تردیدی نیست. همچنین کاربرد عدم قابلیت استناد جایی است که طرفین بدون رعایت قانون، اقدام به معامله نموده اند در صورتی که معاملات مشتری خلاف قانون نبوده و قانون او را از تصرف در مورد شفعه منع نکرده است.

#### ۵-۱- دیدگاه قابلیت ابطال

برخی از مفسران معاملات مشتری نسبت به مال مورد شفعه را قابل ابطال دانسته اند (طالب احمدی، ۱۳۸۴: ۱۵۴).

عقد قابل ابطال، عقدی است که اشخاص مورد حمایت قانون می توانند آن را از لحظه انعقاد بی اعتبار نمایند؛ بنابراین به عقدی که بطلان آن نسبی است گفته می شود. در واقع، قابلیت ابطال ضمانت اجرای بطلان نسبی عقد است. قانونگذار برای حمایت از حقوق اشخاص ثالث سرنوشت عقد را به آنها می سپارد تا بتوانند ابطال آن را از دادگاه بخواهند. عقد قابل ابطال همچون عقد غیر نافذ، قابل تنفیذ می باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳/۳۳۰).

به نظر می رسد دیدگاه قابلیت ابطال که تکمیل کننده نظریه عدم قابلیت استناد معاملات مشتری در مقابل شفیع می باشد علاوه بر ایراداتی که قبلاً در مورد نظریه عدم قابلیت استناد مطرح گردید با این ایراد مواجه است که لزوم مراجعه به مراجع قضایی برای درخواست ابطال معاملات مشتری نسبت به مال مورد شفعه را اقتضا می کند، در حالی که با توجه به مواد مربوط به حق شفعه در قانون مدنی برای اخذ به شفعه و بطلان معاملات لزومی به درخواست ابطال از مراجع قضایی نمی باشد. البته پیروان این



دیدگاه، قابل ابطال بودن معاملات را مشروط به رأی مقام قضایی نمی دانند بلکه معتقدند که ابطال معامله ممکن است به اراده هر یک از طرفین یا شخص ثالث به صورت مستقیم و غیر مستقیم صورت پذیرد (طالب احمدی، ۱۳۸۴: ۱۵۵).

#### ۶-۱- دیدگاه انفساخ

حکم دیگری که از کلام فقها پیرامون اخذ به شفعه و تأثیر آن بر معاملات مشتری می توان به دست آورد، انفساخ است. عده ای از فقها معتقدند که شفیع مخیر است که با پرداخت ثمن بیع اول از مشتری اخذ به شفعه نماید و با فسخ بیع اول، عقود بعد از آن منفسخ می شود و در صورتی که عقد بعدی بیع باشد و از آن اخذ به شفعه شود عقد اول صحیح و عقود بعد از آن منفسخ می گردند (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۵۷۵/۴؛ حلی، ۱۴۰۵: ۲۷۸).

عده ای نیز در این زمینه گفته اند که شفیع می تواند معاملات مشتری را ابطال کند، اما با توجه به این که ایشان، تعلق حق شفعه به مبیع را مانع لزوم تصرفات واقع شده از طرف مالک دانسته اند می توان گفت ابطال معاملات در اثر اخذ به شفعه به معنای انفساخ آنهاست نه بطلان از آغاز، علاوه بر این که ایشان در بیان حکم تصرف در زمان خیار آن را به حق شفعه مانند کرده و گفته اند که حق شفعه مانع مشتری از انتقال عین نمی شود و تنها فرق بین آنها در این است که شفعه، سلطنت برای نقل جدید است و شفیع با اخذ به شفعه مالکیتی را که قبل از آن مستقر شده است به خود منتقل می کند برخلاف خیار که سلطنت برای رفع عقد و ارجاع ملک به حالت سابق خود می باشد و این تفاوت در حکم مسأله مؤثر نیست، علاوه بر این که مالکیت در شفعه، به دلیل ابطال تصرفات مشتری به خاطر حق شفعه متزلزل تر است (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰/۴ و ۱۴۹).

تشبیه حقّ شفعه به خیار نیز دلیل دیگری است که اثبات می کند تعلق حقّ شفعه به مبیع، مانع لزوم تصرّفات واقع شده از طرف مشتری است؛ در نتیجه حکم به انفساخ بیع پس از اخذ به شفعه نسبت به حکم بطلان آن از آغاز، قابل قبول تر است.

با توجه به دیدگاه مذکور، تردید حاصل می شود که حقّ شفعه به حصّه مشاع (عین مبیع) تعلق گرفته است یا به عقدی که نسبت به عین مورد شفعه واقع شده است؟ چرا که اگر حقّ شفعه به عین تعلق گرفته بود بایستی مانع از تصرّفات منافی با آن باشد در صورتی که انتقال عین مورد شفعه هیچ مانعی با حقّ شفیع نداشته، بلکه تصرّفات مشتری در مال مورد شفعه صحیح و نافذ است.

برخی از فقها معتقدند که حقّ شفعه به عین تعلق نگرفته و عقد در شفعه و خیار متزلزل نیست و جواز رجوع به مشتری، حکم شرعی و منشأ آن فسخ یا انفساخ عقد است که در نتیجه آن، عین به مالک باز می گردد (نائینی، ۱۳۷۳: ۸۰/۲).

در فرض پذیرش این دیدگاه این پرسش مطرح می شود که در صورت شباهت حقّ شفعه و حقّ خیار، چرا پس از فسخ عقد در نتیجه خیار، معاملات بعدی نسبت به عین، منفسخ نمی شود بلکه مبیع در حکم تلف و مالک قبلی مستحقّ بدل (مثل یا قیمت مبیع) است، اما پس از اخذ به شفعه، معاملات باطل یا منفسخ می شوند و حصّه به شفیع باز می گردد؟

برای پاسخ به این پرسش از استدلال یکی از فقها، در مقایسه حقّ شفعه و حقّ جنایت با حقّ رهن می توان استفاده نمود که گفته اند: هر چند که به دلیل فتاوی و نصّ حدیث «الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف» و همچنین ارتکاز ذهنی، تصرّف در عین مرهونه به دلیل تعلق حقّ مرتهن به آن (در صورتی که ملک راهن باشد) ممنوع است اما تفاوتی که حقّ رهن با حقّ جنایت و حقّ شفعه دارد این است که در رهن، مالیت عین مرهونه بیش از مملوک بودن آن اعتبار دارد؛ بنابراین بر اساس قاعده بدلیت، مبدل (عین مرهونه) صلاحیت انتقال به بدل را دارد؛ یعنی در صورت جواز

فروش عین مرهونه، عوض عین مرهونه، در رهن قرار می گیرد. این در حالی است که در حق جنایت و حق شفعه، عنوان جانی و حصه مشاع که در موضوع حق داخل هستند صلاحیت اعتبار بدلیت را ندارند تا با فروش آنها حق از مبدل (جانی و حصه مشاع) به بدل آنها انتقال یابد (عراقی، ۱۴۱۴: ۷۹/۵).

با توجه به کلام این فقیه بزرگوار، می توان علت انفساخ عقود مشتری نسبت به مبیع را لزوم بازگشت حصه مشاع به مالکیت شریک (شفیع) دانست؛ چراکه هدف از جعل حق شفعه برای شفیع جلوگیری از تضرر وی بوده تا از طریق اخذ به شفعه بتواند مالک حصه مشاع گردد؛ بدین ترتیب با اخذ به شفعه و فسخ عقد بیع نمی توان حکم به صحت معاملات بعدی مشتری و دریافت بدل داد؛ زیرا التزام به چنین حکمی، نقض غرض است و بود و نبود چنین حقی برای شریک متضرر، یکسان می باشد؛ بنابراین تعلق حق شفیع به عین مورد شفعه امری مسلم است.

برخی از فقها صحت تصرفات مشتری را قبل از اخذ به شفعه نشانه مصون ماندن دلایل صحت آن از معارضه با تعلق حق شفیع به مال مورد شفعه دانسته و معتقدند قیاس حق شفعه با حق رهن، قیاسی مع الفارق است و تعلق حق شفیع مانند تعلق حق دیان به ترکه است که از تصرف وارث در ترکه جلوگیری نمی کند و دیان، در صورت عدم پرداخت دین توسط وارث می تواند معاملات را فسخ کنند (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۵۲/۳۷).

هرچند که صاحب این دیدگاه درصدد توجیه صحت معاملات مشتری با وجود حق شفعه و فسخ بعدی آن پس از اخذ به شفعه است اما قیاس حق شفعه با حق وراثت در ترکه متوفی صحیح نیست؛ زیرا اگر وراثت دین خود را از مالی غیر از ترکه نیز دریافت کنند، حق آنها زایل می شود و در عین ترکه، حقی نخواهند داشت در صورتی که حق شفعه صرفاً متعلق به عین است که یا با اخذ به شفعه اجرا یا با صرفنظر کردن از آن اسقاط می شود.

برخی از شارحان قانون مدنی، در تفسیر ماده ۸۱۶، اخذ به شفعه را به خیار تشبیه نموده و آن را از حین فسخ مؤثر می دانند؛ هرچند صریحاً حکم معاملات مشتری را روشن نکرده اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۴۱۳). عده ای نیز ضمن بررسی نظریه عدم نفوذ مراعی، به تصرفات مشتری در مورد شفعه نیز به صورت گذرا اشاره نموده ولی به دلیل صحّت تصرفات مشتری در مال مورد شفعه و این که اخذ به شفعه از مشتری صورت می پذیرد و نه از شریک (فروشنده)، انفساخ عقد را از مراعی بودن آن قابل قبول تر می دانند (کریمی، ۱۳۹۱: ۱۶۹).

برخی از صاحب نظران این دیدگاه را مخالف ظاهر ماده ۸۱۶ ق.م. دانسته و تعبیر بطلان به انفساخ را بدون قرینه صحیح نمی دانند (محقق داماد و دیگران، ۱۳۹۴: ۶). اما به نظر می رسد ماده ۸۱۹ ق.م. که در مورد مالکیت منافع عین مورد شفعه قبل از اخذ به شفعه می باشد، قرینه ای است بر این که منافع منفصل ایجاد شده در زمان مالکیت مشتری، به وی تعلق دارد؛ پس عقد واقع شده نمی تواند از ابتدا باطل و بی اثر باشد و این مسأله زمانی روشن تر می شود که تصرف مشتری در مبیع از نوع بیع باشد؛ بنابراین با فروش مبیع توسط مشتری و اختیار شفیع در اخذ به شفعه از هر کدام از خریداران (نه از فروشنده) مشخص می گردد تفاوتی از نظر وضعیّت بین این دو عقد از جهت مالکیت تبعی منافع در زمان صحّت عقد نیست. بنابراین، در صورت فسخ و اخذ به شفعه نسبت به عقد اول، عقد دوم منفسخ می گردد و باطل دانستن آن از ابتدا با حقّ به وجود آمده برای مالک منافع دارد؛ چراکه مالکیت او کامل و بدون نقص بوده است و منافع ایجاد شده در زمان مالکیت وی بر مبیع، به وی تعلق دارد.

از آنجا که دیدگاه انفساخ، از ایرادات وارده به سایر دیدگاه ها مصون است و وجود قرینه، اختلاف ظاهری آن را با ماده ۸۱۶ ق.م. توجیه می کند و هماهنگ با اصل صحّت عقود و مبانی فقهی است بر سایر دیدگاه ها در این زمینه ارجحیت دارد.

## ۲- مبانی حکم فروش عین مورد شفعه

اکثر فقها و حقوقدانان در مورد اخذ به شفعه و تأثیر آن بر تصرفات مشتری به دو مبنای اصلی تحت عنوان تعلق حق شفیع به مورد شفعه و قاعده لاضرر اشاره نموده اند که به بررسی آنها می پردازیم:

### ۲-۱- تعلق حق شفیع به مورد شفعه

بسیاری از فقها و حقوقدانان تعلق حق شفیع را به عین مبیع موجب زوال تصرفات پس از اخذ به شفعه دانسته اند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰/۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۱۶؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۳۴/۵؛ احمدی طباطبائی، ۱۳۴۴: ۱۹؛ امامی، ۱۳۷۵: ۳۹/۳)؛ عده ای نیز تعلق حق به عین را به دو صورت دانسته اند: نخست، تعلق حق به عین به نحوی که به سایر نقل و انتقالات بعدی هم سرایت کند و دوم، تعلق حق به عین به نحوی که با انتقال زائل گردد و تعلق حق شفیع به مال مورد شفعه را از نوع نخست دانسته اند (اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۱۶). برخی از فقها نیز از تعلق حق شفیع به مورد شفعه سخن گفته و آن را به تصرفات ورثه در ترکه (متعلق حق طلبکاران) تشبیه نموده اند (طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱: ۱۶۲). معدودی از صاحب نظران نیز معتقدند که حق شفعه به عین تعلق نگرفته و حکم به فسخ یا انفساخ تصرفات مشتری پس از اخذ به شفعه، ناشی از حکم شرع است (نائینی، ۱۳۷۳: ۸۰/۲)؛ این اختلاف نظرها ناشی از اختلاف فقها در پاسخ به این مسأله است که آیا تعلق حق غیر نسبت به عین، مانع صحّت و نفوذ تصرفات مالک در عین می شود یا خیر؟

عده ای از فقها در پاسخ به این سؤال معتقدند که تعلق حق غیر، همواره مانع صحّت و نفوذ عقد نیست و اگر انتقال موجب زوال حق نگردد منافاتی بین حق غیر و تصرف مالک نخواهد بود (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۳۰/۴؛ اصفهانی، ۱۴۰۹: ۱۱۶) اما برخی تعلق حق غیر را نسبت به عین، مانع دانسته اند ولی عین مورد شفعه را متعلق حق غیر نمی دانند (نائینی، ۱۳۷۳: ۸۰/۲).

با توجه به این که مالک به دلیل حفظ حقّ غیر از تصرّف در عین مال بازداشته شده و در صورتی که تصرّف منافاتی با حقّ غیر نداشته باشد این حکم نیز برداشته می شود، می توان گفت تعلق حقّ شفعه به عین، مانع از نفوذ تصرّفات مشتری نیست؛ زیرا با انتقال عین نیز حقّ شفیع محفوظ بوده و زایل نمی شود و به نظر می رسد این امر، ناشی از شراکت شفیع در عین مورد شفعه باشد.

## ۲-۲- قاعده لاضرر

عده ای نیز مبنای حقّ شفیع برای اخذ به شفعه را قاعده لاضرر دانسته و اخذ به شفعه را وسیله ای برای دفع این ضرر عنوان نموده و آن را محدود کننده سلطه مشتری نسبت به مال مورد شفعه دانسته اند (احمدی طباطبائی، ۱۳۴۴: ۱۱-۱۲)؛ از این منظر، شفعه وسیله ای برای رفع ضرر معرفی گردیده است و نه جلب منفعت (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۶).

ضرری بودن فروش سهم شریک به شخص ثالث، علت حکم به ثبوت حقّ شفعه برای شفیع، عنوان گردیده و تحمّل شریک جدید، مصداق ضرر دانسته شده است که برخی از فقها در ردّ این نظر چنین اظهار نظر نموده اند: رفع ضرر، علت تشریح شفعه نیست بلکه از آثار و نتایج تشریح شفعه می باشد؛ زیرا بعد از جعل حقّ شفعه است که بایع و مشتری، حقّ مخالفت با صاحب حقّ را ندارند و ممانعت و مخالفت با این حقّ ضرر محسوب می شود؛ پس ضرر نفی شده همان مزاحمت بایع و مشتری برای حقّ شریک است؛ بنابراین ایراداتی که به جریان قاعده لاضرر در مورد مسأله شفعه وارد شده است؛ از جمله مخالفت آن با سلطنت بایع و مشتری و دائر مدار بودن حقّ شفعه بر وجود یا عدم ضرر، منتفی می گردد؛ زیرا حقّ شفعه، معلول قاعده لاضرر نیست، بلکه برای شریک سلطنت (حقّ) شفعه ایجاد می گردد و بر این سلطنت آثاری مترتب است از جمله جلوگیری از ممانعت مشتری از اعمال حقّ شفعه؛ به عبارت دیگر، ثبوت حقّ شفعه موجب این است که بایع و مشتری نتوانند از اعمال حقّ شریک ممانعت به عمل

آورند؛ زیرا ممانعت خود نوعی ضرر است که نفی گردید (عراقی، ۱۴۱۸: ۳۵ و ۳۶ و ۱۵۸ و ۱۵۹).

البته برخی از حقوقدانان شفعه را از منظر قاعده لاضرر امری خلاف قاعده دانسته و معتقدند که از منظر قاعده لاضرر، شفعه به صورت محدود و استثنائی باید تفسیر شود و این قاعده دامنه شفعه را محدود می نماید (یزدانیان، ۱۳۸۴: ۱۶۸).

به نظر می رسد هرچند که قاعده لاضرر مستقیماً بر بطلان یا انفساخ تصرفات مشتری دلالت نمی کند اما با منع مشتری و بایع از تضييع حق شفیع، زمینه اجرای اخذ به شفعه و بازگشت حصه مشاع به شریک را فراهم می آورد؛ بنابراین حکم به صحّت این تصرفات با وجود فسخ شفیع، مصداق ضرری است که به موجب این قاعده نفی گردیده است.

## نتیجه گیری

از مجموع مطالب مطرح شده به نتایج ذیل اشاره می گردد:

۱- تعلق حق شفیع به عین مورد شفعه، مانع تصرفات مشتری در آن نیست؛ زیرا تعلق حق غیر در صورتی مانع تصرفات مالک در مال می گردد که تصرف، موجب زوال آن حق گردد و در مورد حق شفعه به دلیل خصوصیت موضوع، تعلق حق مانعیتی ایجاد نمی کند و با انتقال آن حق شفعه زائل نمی شود.

۲- از بین دیدگاه های ارائه شده در مورد وضعیت معاملات مشتری بعد از اخذ به شفعه، دیدگاه بطلان، با ظاهر ماده ۸۱۶ ق.م. قانون مدنی هماهنگی دارد، اما با اصل صحّت و اراده متعاقدین سازگار نیست؛ علاوه بر این که شفیع مال را از خریدار اخذ می کند و نه از شریک (فروشنده)، تا قائل به بطلان تصرفات با اخذ به شفعه باشیم.

۳- این که گفته می شود شفیع می تواند تصرفات را ابطال کند ناظر به انجام این عمل به اراده شفیع است، در صورتی که اگر عقد، فاقد یکی از شرایط اساسی باشد

طبق اصول حاکم بر شکل گیری عقد، عقد از ابتدا فاقد اثر و باطل است؛ بنابراین نخستین برداشت از به کارگیری این لفظ، تأیید دیدگاه عدم نفوذ است؛ چراکه به دلیل فقدان رضا عقد غیر نافذ است. اگر شخص به معامله ای که بدون این شرط محقق شده، رضایت ندهد عقد را ابطال نموده و بر اساس نظریه کشف، این عدم رضایت از آغاز اثر می کند. دومین برداشت از این واژه، نظریه قابلیت ابطال نسبت به عقود غیر قابل استناد است که با توجه به عدم پیشینه فقهی، نمی توان گفت اراده فقیه بر این امر واقع شده است. بنابراین، منظور فقیه از ابطال عقد، اعمال حق شفعه است که فقها آن را به خیار نیز تشبیه نموده اند و با اعمال آن عقد فسخ گردیده و آثار صحّت عقد نیز در مالکیت مشتری ایجاد می شود؛ بنابراین شفیع عین را از مشتری اخذ می کند و نه از بایع.

۴- انفساخ را نمی توان به معنای بطلان در نظر گرفت ولی فقها بطلان را عموماً به جای انفساخ، بسیار به کار برده اند.

۵- پذیرش هر کدام از دیدگاه های بطلان، عدم نفوذ (مراعی یا موقوف) یا انفساخ، آثار و نتایجی را به بار می آورد که از آن جمله به مالکیت نماء آت و منافع عقد از زمان وقوع تا زمان اخذ به شفعه می توان اشاره نمود. اگر بطلان یا عدم نفوذ (که در نهایت، به بطلان عقد منجر گردد) را بپذیریم منافع، متعلق به مالک پیش از عقد خواهد بود، در حالی که با وجود صحّت عقد پیش از اخذ به شفعه، چنین نتیجه ای پذیرفتنی نیست و تنها پذیرش دیدگاه انفساخ است که علاوه بر هماهنگی با مقررات قانونی و مبانی فقهی با اراده و خواست طرفین عقد نیز سازگاری دارد.

## منابع

- آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق)، **حاشیه المکاسب**، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.



- احمدی طباطبائی، سید جواد (۱۳۴۴)، اخذ به شفعه در حقوق مدنی ایران و فقه اسلام، تهران: چاپخانه زندگی.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۰۹ق)، **الإجازه**، ج ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- اصفهانی، محمدحسین (۱۴۱۸ق)، **حاشیه کتاب المکاسب**، ج ۳، قم: أنوار الهدی.
- السنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸م)، **مصادر الحق فی الفقه الاسلامی: دراسه مقارنه بالفقه الغربی**، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.
- امامی، سید حسن (۱۳۷۵)، **حقوق مدنی (شفعه، وصایا، ارث)**، ج ۳، ج ۱۲، تهران: اسلامیه.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **کتاب المکاسب**، ج ۴، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ق)، **کتاب المکاسب**، ج ۶، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق)، **مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام**، ج ۱۲، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۴۹)، **حقوق مدنی: رهن - صلح**، تهران: ابن سینا.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹)، **مجموعه محشای قانون مدنی**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسینی عاملی، سید جواد (۱۴۱۹ق)، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه**، ج ۱۸، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق)، **تحریر الأحكام الشرعیه علی مذهب الإمامیه**، ج ۴، قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق)، **تذکره الفقهاء**، ج ۱۲، قم: مؤسسه آل البيت (ع).
- حلی، یحیی بن سعید (۱۴۰۵ق)، **الجامع للشرائع**، قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
- خمینی (امام)، سید روح الله (بی تا)، **تحریر الوسیله**، ج ۱، قم: دار العلم.
- خوئی، سید ابو القاسم (۱۴۱۰ق)، **منهاج الصالحین**، ج ۲، ج ۲۸، قم: مدینه العلم.
- خوئی، سید ابو القاسم (بی تا)، **مصباح الفقاهه**، ج ۵، بی جا: بی نا.
- سبزواری، محمدباقر (۱۴۲۳ق)، **کفایه الأحكام**، ج ۱، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- طالب احمدی، حیب (۱۳۸۴)، **معاملات قابل ابطال در حقوق ایران**، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ۳، ۱۴۵-۱۶۲.
- طاهری، حیب الله (۱۴۱۸ق)، **حقوق مدنی**، ج ۵، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- طباطبائی حکیم، سید محسن (بی تا)، **نهج الفقاهه**، قم: ۲۲ بهمن.
- طباطبائی قمی، سید تقی (۱۴۲۶ق)، **مبانی منهاج الصالحین**، ج ۸، قم: قلم الشرق.
- طباطبائی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق)، **حاشیه المکاسب**، ج ۲، چ ۲، قم: اسماعیلیان.
- طوسی (شیخ الطائفه)، محمد بن حسن (۱۴۰۷ق)، **الخلافا**، ج ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۷ق)، **الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه**، ج ۳، چ ۲، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۱۰ق)، **اللمعه الدمشقیة فی فقه الإمامیه**، بیروت: دار التراث - الدار الإسلامیه.
- عراقی، آقا ضیاء الدین (۱۴۱۴ق)، **شرح تبصره المتعلمین**، ج ۵، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
- عراقی، آقا ضیاء الدین (۱۴۱۸ق)، **قاعده لاضرر**، قم: دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، **دوره مقدماتی حقوق مدنی (درس‌هایی از شفعه، وصیت، ارث)**، چ ۸، تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کرکی (محقق)، علی بن حسین (۱۴۱۴ق)، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، ج ۶، چ ۲، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
- کریمی، عباس (۱۳۹۱)، **تلاشی برای ساماندهی نظریه عدم نفوذ مراعی**، دیدگاه‌های حقوق قضائی، ۵۸، ۱۵۶-۱۸۸.
- کریمی، عباس؛ شعبانی کندسری، هادی (۱۳۹۶)، **وضعیت حقوقی «مراعی» به عنوان وضعیت در عرض صحت، بطلان و عدم نفوذ**، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۴، ۶۸۳-۷۰۲.
- محقق داماد، سید مصطفی؛ قبولی درافشان، سید محمدمهدی؛ ساعتچی، علی (۱۳۹۴)، **تحلیل وضعیت حقوقی معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه**، آموزه‌های فقه مدنی، ۱۱، ۳-۲۱.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۲۶ق)، **ایقاع - اخذ به شفعه**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

- نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳ق)، **منیه الطالب فی حاشیه المکاسب**، ج ۲، تهران: المکتبه المحمديه.

- نائینی، میرزا محمدحسین (۱۴۱۳ق)، **المکاسب و البیع**، ج ۲. قم: مؤسسه النشر الاسلامی.

- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، **جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام**، ج ۳۷، چ ۷، بیروت: دار إحياء التراث العربی.

- نعمت اللهی، اسماعیل (۱۳۸۹)، **تحلیل فقهی حقّ عینی و حقّ دینی و مفاهیم مرتبطه**، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۳، ۱۳۲-۱۰۹.

- نوری، رضا (۱۳۷۴)، **شفعه، وصیت، ارث: اسباب ثلاثه تملک در حقوق مدنی**، چ ۲، تهران: پاژنگ.

- نوین، پرویز؛ خواجه پیری، عباس (۱۳۷۸)، **حقوق مدنی ۸: ارث، وصیت، اخذ به شفعه**، تهران: کتابخانه گنج دانش.

- یزدانیان، علیرضا (۱۳۸۴)، **تفاوت آثار شفعه از منظر حقوق اموال و قاعده لاضرر**، مقالات و بررسی ها، ۳، ۱۴۵-۱۷۱.





پروشکاه علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی