

شرایط اخذ به شفعه در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه

دکتر فخرالدین اصغری آقمشهدی *

چکیده

یکی از اسباب مالکیت در فقه و حقوق موضوعه ایران اخذ به شفعه است. مقاله حاضر به بررسی شرایط اخذ به شفعه در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران می پردازد و با عنوان کردن نه شرط و بررسی آنها به این نتیجه می رسد که اکثر این شروط بین فقه و حقوق ایران مشترک است. اما شرط مسلمان بودن شفیع، اختصاص به فقه و شرط انتقال تمام سهم شریک، اختصاص به حقوق موضوعه ایران دارد.

واژه های کلیدی: حق شفعه، مال غیر منقول، مال مشاع

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

رتال جامع علوم انسانی

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران

مقدمه:

یکی از اسباب تملک اخذ به شفعه است (ماده ۱۴۰ قانون مدنی). لیکن، این تملک بر خلاف اصل است. زیرا، مقتضای قاعده تسلیط این است که بدون رضایت مالک نمی‌توان مال او را از ملکیتش خارج کرد. در صورتی که با اخذ به شفعه از سوی شفیع مال به صورت قهری و بدون اراده مشتری از ملکیت او خارج می‌شود. از مخالف اصل و استثنایی بودن حق شفعه این نتیجه گرفته می‌شود که فقط در موارد متیقن می‌توان حق شفعه را جاری دانست و قابل تسری به موارد مشکوک نیست. (شهید ثانی، شرح لمعه، ۱۴۰۳ ق. ۴، ۴۰۴؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱، ص ۵۸۹؛ نجفی، ۱۳۶۲، ۳۷ / ۲۴۲). مقاله حاضر به بررسی شرایط اخذ به شفعه در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه می‌پردازد. این شرایط به اختصار عبارتند از: غیر منقول بودن مال مورد شفعه، مشاع بودن مال مورد شفعه، قابل تقسیم بودن مال مورد شفعه، دو نفر بودن شرکا، انتقال سهم مشاع به وسیله عقد بیع، انتقال تمام سهم شریک، انتقال سهم مشترک به عنوان مبیع، قدرت شفیع بر تأدیه ثمن و مسلمان بودن شفیع. در ذیل این شرایط را مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف - غیر منقول بودن مال مورد شفعه

به موجب ماده ۱۱ قانون مدنی اموال به منقول و غیر منقول تقسیم می‌شوند که اموال غیر منقول از جهت اینکه ذاتاً غیر منقولند و یا به واسطه عمل انسان خود به غیر منقول ذاتی و غیر منقول به واسطه عمل انسان تقسیم می‌شوند (ماده ۱۲ ق. م.). مشهور فقیهان (نجفی، ۳۷ / ۲۴۲-۲۴۳؛ علامه حلی، ۱ / ۵۸۸) حق شفعه را تنها در اموال غیر منقول جاری می‌دانند. مستند این دسته از فقیهان روایت عقبه بن خالد از امام صادق (ع) است که حضرت فرمود: «قضی رسول الله (ص) بالشفعه بین الشركاء فی الارض و المساکن ...» پیامبر حکم فرمود که در زمین و مسکن شرکا حق شفعه دارند. استثنایی بودن حق شفعه نیز مؤید این نظر است. چه آنکه در احکام استثنایی باید به قدر متیقن (غیر منقول بودن مال) اکتفا کرد و از تسری دادن آن به موارد مشکوک (اموال منقول) اجتناب نمود (نجفی، ۳۷/۲۴۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵ ق. ۲۰/۲۹۰). قانون

مدنی نیز در ماده ۸۰۸ از نظر مشهور فقیهان پیروی کرده است. در مقابل، عده ای دیگر از فقیهان (سید مرتضی، ۱۴۱۵ ق.، ص ۴۴۸: شیخ طوسی، النهایه، بی تا، ص ۴۲۳: شیخ صدوق، ۱۴۱۵ ق.، ص ۳۰۴: شیخ مفید، ۱۴۱۰ ق.، ص ۲۴۱) با این استدلال که حق شفعه برای جلوگیری از ضرر است و در این امر فرقی بین مال منقول و غیر منقول نیست حق شفعه را در اموال منقول نیز جاری می دانند. این دسته از فقیهان به روایت یونس از امام صادق(ع)^۱ نیز استناد نموده اند. اما چنانکه برخی فقیهان (حسینی عاملی، بی تا، ۶ / ۳۱۸-۳۱۹؛ بحرانی، ۲۰ / ۲۸۹) گفته اند روایت یونس به دلیل مرسله بودن آن ضعیف است.

حق شفعه در اموال غیر منقول ذاتی قطعاً جاری است. لکن، در جریان آن در غیر منقول به واسطه عمل انسان مانند بنا و درخت بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. مشهور فقیهان در صورتی حق شفعه را در بنا و درخت جاری می دانند که با زمین فروخته شوند که به تبع زمین در آنها نیز حق شفعه وجود دارد ولی در صورتی که بنا و درخت بدون زمین فروخته شوند در آنها حق شفعه وجود ندارد (مقدس اردبیلی، بی تا، ۹ / ۱۶؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ۱۴۰۳ ق.، ۴ / ۳۹۷-۳۹۸؛ نجفی، ۳۷ / ۲۴۷). برخی فقیهان (علامه حلی، تذکره، ۱ / ۵۹۸؛ محقق کرکی، ۱۴۰۸ ق.، ۶ / ۳۴۴) در توجیه عدم وجود حق شفعه در فروش بنا و درخت بدون زمین نوشته اند که بنا و درخت در حکم منقول هستند. آنها در اصل منقول بوده اند و مجدداً منقول خواهند شد گرچه ممکن است زمان آن طولانی باشد. قانون مدنی نیز در ماده ۸۰۹ از نظر مشهور پیروی نموده و مقرر داشته است: "هر گاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود." هر چند به موجب ماده ۱۷ قانون مدنی حیوانات و اشیایی که مالک آنها را برای عمل زراعت اختصاص داده باشد در حکم مال غیر منقول است در صورتی که چنین اموالی بین دو نفر مشترک بوده و یکی از آن دو شریک سهم خود را بفروشد شریک دیگر حق شفعه ندارد. زیرا، چنانکه در ماده مزبور آمده است این اموال فقط از جهت صلاحیت محاکم و توقیف اموال جزو ملک

^۱ الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع ... شیخ حر عاملی، وسائل الشفعة، ج ۱۷، باب ۷ از ابواب شفعه، حدیث ۲.

محسوب شده و در حکم مال غیر منقول است و به این معنا نیست که تمام خصوصیات اموال غیر منقول را دارا باشد.

ب - مشاع بودن مال مورد شفعه

یکی از شرایط تحقق حق شفعه مشاع بودن مال مورد شفعه است. فقیهان در این مسأله اتفاق نظر دارند. لذا، هر گاه زمین یا خانه دو نفر در جوار یکدیگر و متصل به هم باشند و یا آن که خانه یا زمینی در سابق مشترک بین دو نفر بوده و بعداً تقسیم شده باشد در صورت فروش سهم هر یک از آنها به شخص ثالث، دیگری حق شفعه ندارد (مقدس اردبیلی، ۹ / ۱۶؛ موسوی خمینی، بی تا، ۱ / ۵۵۵). در میان فقیهان امامیه تنها ابن عقیل قائل به ثبوت حق شفعه در مال مقسوم شده و برای همسایه حق شفعه قائل است (به نقل از ایضاح الفوائد، ۲ / ۱۹۸).

در صورتی که دو ملک مفروز در ممر و مجرا مشترک باشند و مالک یکی از آن دو ملک، سهم خود را با ممر و مجری بفروشد دیگری حق شفعه دارد. این مسأله مورد اتفاق فقیهان است. به گونه ای که صاحب جواهر می گوید با نظر مخالفی برخوردار نکرده ام (نجفی، ۳۷ / ۲۸۳). قانون مدنی نیز این نظر را پذیرفته و در ماده ۸۱۰ مقرر می دارد: "اگر ملک دو نفر در ممر یا مجری مشترک باشد و یکی از آنها ملک خود را با ممر و مجری بفروشد دیگری حق شفعه دارد."

سؤالی که در اینجا باید به آن پاسخ گفت این است که در خانه هایی که مشمول قانون تملک آپارتمان ها است و هر واحدی دارای سند ششدانگ جدا می باشد هر گاه یکی از مالکین، آپارتمان خود را بفروشد آیا مالک واحد دیگر حق شفعه دارد؟ در بدو امر به نظر می رسد با توجه به اینکه مالکیت آپارتمان ها به صورت مشاعی نیست، حق شفعه وجود ندارد. اما از آنجا که به موجب ماده ۴ آیین نامه اجرایی قانون تملک آپارتمان ها زمین زیر بنا، لوله های آب و راه پله ها مشترک بوده و در نتیجه دارای ممر و مجرای مشترک هستند مشمول ماده ۸۱۰ قانون مائنی بوده و حق شفعه وجود دارد.

ج - قابل تقسیم بودن مال مورد شفعه

یکی دیگر از شروط تحقق حق شفعه نزد مشهور فقیهان امامیه (موسوی خمینی، ۱ / ۵۵۵؛ نجفی، ۲۷ / ۲۵۱؛ علامه حلی، ۱ / ۵۸۹) قابل تقسیم بودن مال مورد شفعه است که قانون مدنی نیز در ماده ۸۰۸ آن را پذیرفته است. مقصود از قابل تقسیم بودن مال مشاع این است که ملک طوری باشد که با تقسیم آن ضرر فاحشی متوجه شرکا نشده و مال بعد از تقسیم نیز قابل استفاده باشد.^۱ دلیل عمده این دسته از فقیهان استثنایی بودن حق شفعه است که باید به قدر متیقن اکتفا کرد. قدر متیقن از وجود حق شفعه مال غیر منقول قابل تقسیم است و نسبت به مال غیر قابل تقسیم اصل عدم جاری می‌شود (محقق سبزواری، ۱۲۶۹ ق.، ۱۰۵؛ فاضل مقداد، التنتیج الرائع، ۴ / ۸۲؛ محقق کرکی، ۶ / ۳۵۳). این دسته از فقیهان به روایت عبدالرحمان ابن ابی عبدالله از امام صادق (ع)^۲ نیز استناد می‌کنند.

گرچه قانون مدنی و مشهور فقیهان حق شفعه را در اموال غیر قابل تقسیم جاری نمی‌دانند اما با توجه به اینکه مبنا و فلسفه حق شفعه جلوگیری از ضرر ناشی از شراکت با فرد جدید است وجود حق شفعه در مال غیر قابل تقسیم مرجح به نظر می‌رسد و از این رو، اصلاح ماده ۸۰۸ قانون مدنی در این خصوص ضروری به نظر می‌رسد. زیرا، در ملک قابل تقسیم در صورت عدم همزیستی و تسالم دو شریک هر یک از آنها می‌تواند با درخواست تقسیم، خود را از این وضع نجات دهد اما در مال غیر قابل تقسیم که این راه حل وجود ندارد تنها راه نجات استفاده از حق شفعه است (سید مرتضی، ۲۱۵؛ شیخ مفید، ۹۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۰، ۲۲۸). البته، اگر فلسفه حق شفعه جلوگیری از ضرر ناشی از تقسیم احتمالی مورد شفعه باشد اختصاص حق شفعه به مال قابل تقسیم کاملاً قابل توجیه خواهد بود. زیرا، در ملک غیر قابل تقسیم احتمال تقسیم و در نتیجه، تحقق ضرر ناشی از آن متفی بوده و موضوع برای حق شفعه وجود ندارد.

^۱ محقق در شرایع (جواهر، ج ۲۷، ص ۲۵۴) می‌نویسد: "و فی ثبوتها فی ... ما تضر قسمته تردد اشبهه انھا لا یثبت و نعی بالضرر ان لا یتفع بعد قسمته".

^۲ عبدالرحمن بن ابی عبدالله عن ابی عن ابی عبدالله (ع) قال: سمعته یقول: الشفعه لا نکون الا لشریک لم یفاسم وسائل الشیعه، ج ۱۷، باب ۳، حدیث ۶).

د - دو نفر بودن شرکا

به موجب ماده ۸۰۸ قانون مدنی در صورتی حق شفعه وجود دارد که تعداد شرکا دو نفر باشد. بنابراین، اگر ملکی بین سه نفر یا بیشتر مشترک باشد و یکی از آنها سهم خود را بفروشد برای شرکا حق شفعه ایجاد نمی شود. این قول مطابق با نظر مشهور فقیهان امامیه است که مستند آنها روایات وارده در این باب است. به عنوان مثال، در روایت یونس از امام صادق (ع) به صراحت آمده است که "و ان زاد علی اثین فلا شفعه" اگر تعداد شرکا بیش از دو نفر باشد حق شفعه وجود ندارد. (شیخ حر عاملی، بی تا، ۱۷ / ۳۲۱). در روایت عبدالله بن سنان از امام صادق (ع) نیز آمده است "... فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه" اگر تعداد شرکا به سه نفر رسید هیچ یک از آنها حق شفعه ندارد (همان). در مقابل، تعداد کمی از فقیهان امامیه نظیر ابن جنید^۱ حق شفعه را در صورتی که تعداد شرکا بیش از دو نفر باشد نیز جاری می دانند.

شایان ذکر است اگر یکی از دو شریک سهم خود را در عقد واحد به چند نفر بفروشد شریک دیگر همچنان حق شفعه دارد. زیرا، هر چند با تعدد خریداران تعداد شرکا از دو نفر بیشتر است ولی در زمان عقد، شرکا بیش از دو نفر نبودند. البته، در نحوه اعمال حق شفعه در این صورت بین فقیهان اختلاف نظر وجود دارد. بعضی از آنها (موسوی خمینی، ۱ / ۵۵۶) عقیده دارند شفیع می تواند نسبت به سهام بعضی از خریداران اخذ به شفعه نماید و نسبت به سهم بقیه خریداران از اعمال آن صرف نظر کند. در واقع، وقتی یکی از شرکا سهم خود را به چند نفر می فروشد عقد مزبور به عقود متعدد منحل می شود و مانند آن است که مالک مزبور سهم خود را به حصه های کوچک به وسیله چند عقد انتقال داده باشد. در این صورت، در اثر هر عقد بیعی که واقع شده حق شفعه برای شریک حاصل می شود که می تواند از آن حق مستقل استفاده بنماید. به عنوان مثال، هر گاه کسی که مالک نصف مشاع از خانه ای است یک دانگ آن را به کسی

^۱ به نقل از جواهرالکلام، ۳۷ / ۲۷۲. مستند این دسته از فقیهان روایتی است که از لحاظ سند ضعیف است. طلحه بن زید از امام صادق (ع) نقل می کند که "الشفعة علی عدد الرجال". شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۲۲، حدیث ۵.

بفروشد و شریک دیگر نسبت به آن اخذ به شفعه کند و بعداً آن مالک یک دانگ دیگر از سهم خود را بفروشد شفیع می تواند نسبت به آن اخذ به شفعه نماید یا آن را واگذارد. برخی مؤلفان حقوقی (امامی، ۱۳۶۴، ۳ / ۱۴) با استناد به ماده ۸۱۲ قانون مدنی از این نظر پیروی کرده اند. ماده مزبور مقرر می دارد: "اگر مبیع متعدد بوده و بعضی آن قابل شفعه و بعضی دیگر قابل شفعه نباشد حق شفعه را می توان نسبت به بعضی که قابل شفعه است بقدر آن بعضی از ثمن اجرا نمود. اما به نظر می رسد این ماده هیچ ارتباطی با محل بحث ما ندارد. چه آنکه در ما نحن فیه سهم تمام افراد قابل شفعه است. در مقابل، برخی دیگر از فقیهان بر آنند که شفیع نمی تواند نسبت به سهم یکی از مشتریان اخذ به شفعه نموده و نسبت به مابقی صرف نظر نماید. او باید نسبت به سهم همه حق شفعه را اعمال کند یا آن که از همه صرف نظر نماید. این نظریه با فلسفه حق شفعه هماهنگ است. زیرا، حق شفعه برای جلوگیری از ضرر است و با اعمال حق شفعه نسبت به سهم بعضی از خریداران ضرر (چه ضرر ناشی از تقسیم احتمالی یا ضرر شرکت) همچنان باقی است. ظاهر ماده ۸۰۸ که مقرر می دارد "شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند..." و همچنین ماده ۸۱۵ که مقرر می دارد "حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید" مؤید این نظر می باشند.

حق شفعه در مورد اشخاص حقوقی

هر گاه هر دو شریک یا یکی از آنها شخص حقوقی باشد آیا حق شفعه دارد؟ گروهی از مؤلفان حقوقی (امامی، ۳ / ۱۵-۱۶؛ نوری، ۱۳۷۴، ۱۳؛ محقق داماد، ۱۳۶۵، ۸۴) با توجه به استثنایی بودن حق شفعه، برای اشخاص حقوقی چنین حقی را قائل نیستند. در مقابل، برخی دیگر از مؤلفان حقوقی (کاتوزیان، ۲۳۱) برای اشخاص حقوقی حق شفعه قائل بوده و در این باره می نویسند: "اگر دو شرکت تجارته مالک زمینی باشند و یکی از آن دو سهم خود را بفروشد دیگری می تواند از حق شفعه استفاده کند. در این فرض، شمار سهامداران شرکتها هیچ

تأثیری در ایجاد حق ندارند. زیرا، تا زمانی که شخصیت حقوقی باقی است تمام دارایی شرکت به این شخصیت تعلق دارد نه به سهامداران یا شریکان.^۱ با توجه به ماده ۵۸۸ قانون تجارت نظریه اخیر درست است. چه آن که ماده مزبور مقرر می‌دارد: "شخص حقوقی می‌تواند دارای کلیه حقوق و تکالیفی شود که قانون برای افراد قائل است مگر حقوق و وظایفی که بالطبع فقط انسان ممکن است دارای آن باشد مانند حقوق و وظایف ابوت، بنوت و امثال ذلک". از جمله حقوقی که اشخاص حقیقی برخوردار هستند حق شفعه است. با وجود چنین حکم عامی تمسک به استثنایی بودن حق شفعه درست نیست و ماده ۸۱۱ قانون مدنی را که برای یکی از مصادیق اشخاص حقوقی (وقف) حق شفعه قائل نیست باید استثنایی بر ماده ۵۸۸ قانون تجارت تلقی کرد.

ماده ۸۱۱ مقرر می‌دارد "اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد". حکم مندرج در ماده مزبور مطابق نظر مشهور فقیهان است. در مقابل، برخی فقیهان نظیر سید مرتضی (انتصار / ۴۵۷) به طور مطلق و برخی دیگر در صورتی که موقوف علیه یک نفر باشد برای وقف قائل به شفعه هستند (به نقل از نجفی، ۳۷ / ۲۶۷ - ۲۶۸). سید مرتضی در توجیه نظر خود گفته است حکمت جعل شفعه رفع ضرر است و بنابراین، فقرا و موارد خیریه از نظر رفع ضرر اولی هستند.

مشهور فقیهان برای اثبات ادعای خود به دو دلیل تمسک می‌کنند: ۱ - عین موقوفه در حقیقت ملک موقوف علیهم است و عموماً آنان متعدد هستند و از آنجا که تعداد شرکا بیش از دو نفر است حق شفعه وجود ندارد. این دلیل از لحاظ حقوق موضوعه ایران درست نیست. زیرا، به موجب ماده ۳ قانون تشکیلات و اختیارات سازمان حج و اوقاف و امور خیریه "هر موقوفه (چه وقف عام و چه وقف خاص) دارای شخصیت حقوقی است" و در نتیجه، وجودی جدا از وجود تشکیل دهندگان و موقوف علیهم دارد. از این رو، اگر یکی از شرکا یا هر دوی آنها شخص حقوقی باشند تعداد شرکا همان دو نفر است. ماده ۸۱۱ نیز مؤید همین امر است چه آنکه مقرر می‌دارد: "اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد ... ۲ - حق شفعه یک حکم استثنایی و خلاف

اصل است. از این رو، باید به قدر متیقن اکتفا کرد و قدر متیقن از وجود حق شفعه موردی است که حصه هر دو شریک ملک طلق باشد.

اگر مال وقفی در مواردی که فروش آن جایز است، فروخته شود نسبت به اینکه شریک دیگر حق شفعه دارد یا خیر فقیهان اختلاف نظر دارند. برخی از فقیهان (موسوی خمینی، ۱ / ۵۵۶) به دلیل تعدد شرکا و یا استثنایی بودن حق شفعه وجود آن را محل اشکال دانسته‌اند. در مقابل، مشهور فقیهان^۱ برای شریک دیگر حق شفعه را جاری می‌دانند. مؤلفان حقوقی (حائری شهاباغ، بی تا، ۷۰۸؛ عبده بروجردی، ۱۳۲۴، ۴۲۰، محقق داماد، ۱۳۶۵، ۸۳، کاتوزیان، ۲۳۲، نوری، ۱۶) نیز این نظر را ترجیح داده‌اند. برای اثبات این نظر در حقوق ایران می‌توان به مفهوم مخالف ماده ۸۱۱ قانون مدنی استناد نمود. از طرفی، اگر نظر قانونگذار این بود که شریک دیگر نیز حق شفعه ندارد آن را اعلام می‌کرد. از سکوت قانونگذار در مقام بیان استفاده می‌شود که شریک مال وقفی که سهم او طلق است دارای حق شفعه می‌باشد (امامی، ۳ / ۵).

• - انتقال سهم مشاع به وسیله عقد بیع

به موجب ماده ۸۰۸ قانون مدنی حق شفعه در صورتی به وجود می‌آید که سهم یکی از دو شریک به وسیله عقد بیع منتقل شود. از این رو، اگر انتقال سهم مشاع به وسیله عقودی مثل صلح و هبه صورت بگیرد حق شفعه تحقق پیدا نمی‌کند. در تأیید این امر ماده ۷۵۹ مقرر می‌دارد: "حق شفعه در صلح نیست هر چند در مقام بیع باشد". مشهور فقیهان نیز (نجفی، ۳۷ / ۲۶۶؛ موسوی خمینی، ۱ / ۵۵۶؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱ / ۲۷۳) معتقدند در صورتی برای شریک حق شفعه وجود دارد که سهم شریک دیگر به وسیله عقد بیع منتقل شده باشد. مستند آنها روایات وارده در این باب است. از جمله آن که امام صادق (ع) می‌فرماید: "الشفعة فی البیوع" (شیخ حر عاملی، ۱۷ / کتاب الشفعة / باب ۲). در مقابل، بعضی از فقیهان نظیر ابن جنید (به

^۱ صاحب جواهر (جواهر الکلام، ۳۷ / ۲۶۹) شهید ثانی (در مسالک)، شهید اول (در دروس) و مؤلف جامع المقاصد را از طرفداران این نظریه می‌داند.

نقل از نجفی، ۳۷ / ۲۶۶) حق شفعه را در موردی که شریک سهم خود را به وسیله هبه (اعم از هبه معوض یا غیر معوض) منتقل کند، جاری دانسته اند. نامبرده در توجیه ادعای خود می نویسد که حق شفعه برای جلوگیری از ضرر است و در این امر فرقی نمی کند که سهم شریک از طریق بیع منتقل شود یا غیر بیع. در نتیجه، ثبوت حق شفعه در بیع و عدم وجود آن در سایر عقود ترجیح بلا مرجح خواهد بود.

به نظر می رسد استدلال مزبور صحیح نباشد. زیرا، چنانکه در مقدمه ذکر شد حق شفعه حکمی استثنایی و خلاف اصل است. بنابراین، هر گاه بخواهیم شفعه را در موردی ثابت بدانیم باید دلیل محکمی وجود داشته باشد. در خصوص ثبوت شفعه در غیر بیع دلیل متقن و محکمی از کتاب، سنت و اجماع وجود ندارد.

و - انتقال تمام سهم شریک

هر گاه یکی از دو شریک قسمتی از سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد آیا برای شریک دیگر حق شفعه به وجود می آید؟ از عبارت ماده ۸۰۸ قانون مدنی استفاده می شود که شریک دیگر دارای حق شفعه نیست. زیرا، ماده مزبور مقرر می دارد: "... یکی از دو شریک حصه خود را به عقد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند ...". کلمه حصه ظهور در تمام حصه دارد. در نتیجه، اگر قسمتی از حصه مورد بیع قرار گیرد حق شفعه وجود نخواهد داشت (محقق داماد، ۴۳). استثنایی بودن حق شفعه مؤید این تفسیر است. در مقابل، فقیهان و برخی مؤلفان حقوقی (کاتوزیان، ۲۳۲) انتقال قسمتی از حصه را مانع حق شفعه نمی دانند. صاحب جواهر که از طرفداران این نظریه است می گوید فکر نمی کنم احدی از فقیهان ملتزم به عدم وجود حق شفعه شود.^۱

^۱ جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۲۲۷: "احتمال عدم ثبوت الشفعة الا مع بیع تمام النصب و لو من اثنين فلا يتحقق شفعة بیع بعض النصب خاصة لا اذن احداً يلتزم به".

ز - انتقال سهم مشترک به عنوان مبیع

مستفاد از ماده ۸۰۸ قانون مدنی این است که در تحقق حق شفعه صرف انتقال سهم مشاع به وسیله بیع کافی نیست. بلکه، انتقال آن باید به عنوان مبیع باشد و الا هر گاه انتقال سهم مشاع به عنوان ثمن باشد مثل اینکه کسی ساختمان فردی را در مقابل سهم مشاع خود از زمین شراکتی بخرد شریک او حق شفعه ندارد. زیرا، گر چه اختلاف بین مبیع و ثمن مانند اختلاف بین عوض و معوض اعتباری است حق شفعه بر خلاف قاعده است و باید به قدر متیقن اکتفا کرد و آن در صورتی است که حصه شریک مبیع قرار گیرد نه ثمن.

ح - قدرت شفیع بر تأدیه ثمن

فلسفه حق شفعه جلو گیری از ورود ضرر به شریک است. بنابراین، اعمال حق مزبور باید به نحوی باشد که موجب ضرر مشتری نگردد و آن در صورتی است که شفیع قدرت بر پرداخت ثمن را داشته باشد (مقدس اردبیلی، ۹ / ۱۹) و الا اگر شفیع با عجز از پرداخت ثمن بتواند حق شفعه را پرداخت کند ضرری که به مشتری وارد می شود بیشتر از ضرری خواهد بود که در اثر عدم اعمال حق شفعه به شفیع وارد می شود و در تعارض دو ضرر باید جلوی ضرر اقوی را گرفت. از ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز این نظر قابل استنباط است. چه آنکه مقرر می دارد: "... شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند." رویه قضایی نیز به این نظر تمایل داشته و عدم تودیع وجه و قیمت مال مورد شفعه را موجب بطلان دعوی می داند.^۱ در منابع فقهی (مقدس اردبیلی، ۹ / ۲۰) آمده است که اگر شفیع مدعی شود ثمن فعلاً در دست من نیست و درخواست مهلت کند باید سه روز به او مهلت داد و اگر مدعی شود که ثمن در شهر دیگری قرار دارد باید به میزانی که بتواند مال را حاضر نماید، مهلت

^۱ کلامه پرونده ۲۳ - ۶ - ۴۸۹۹ مورخ ۲۵ / ۶ / ۶۹ شعبه ۲۳ دیوانعالی کشور. به نقل از پدافقه بازگیر، آرای دیوانعالی کشور در امور حقوقی، ققنوس، ج ۱، ج ۲، ۱۳۷۷، ص ۴۵۶ - ۴۵۷.

داد. البته، نباید آن قدر به تأخیر بیفتند که باعث ضرر مشتری شود. صاحب جواهر (نجفی، ۳۷ / ۲۸۳) می نویسد در این مسأله اختلافی بین فقیهان مشاهده نکرده ام.

شایان ذکر است که اگر مشتری به صورت نسیه معامله کرده باشد شفیع نیز می تواند دادن ثمن را به همان مدت تأخیر بیندازد و در آن زمان حق شفعه را اعمال کند (نجفی، ۳۷ / ۳۸۶؛ منهاج الصالحین، ۲ / ۸۶؛ موسوی خمینی، ۱ / ۵۵۸؛ شیخ صدوق، ۳۰۷). البته، برخی مؤلفان حقوقی (کاتوزیان، ۲۴۶-۲۴۷) علیرغم اینکه چنین راه حلی را در مقام جمع بین دو حق عادلانه می دانند معتقدند ماده ۸۰۸ از این جهت اطلاق دارد و بین موردی که معامله نقد یا نسیه باشد تفصیلی قائل نشده است. در نتیجه، در صورت نسیه بودن معامله نیز شفیع باید ثمن را نقداً پرداخت کند. به نظر می رسد استدلال مزبور درست نیست. زیرا، ماده ۸۰۸ از این جهت مطلق نیست و ناظر به جایی است که مشتری ثمن را پرداخته باشد. چه آنکه قسمت اخیر ماده مزبور مقرر می دارد: "... شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبیه را تملک کند."

راجع به پرداخت ثمن از سوی شفیع نکاتی وجود دارد که در ذیل به بررسی آنها می پردازیم:

نکته اول - هر گاه ثمن عین معین و قیمی باشد به نظر برخی فقیهان (نجفی، ۳۷ / ۳۳۳؛ موسوی خمینی، ۱ / ۵۵۸؛ شیخ طوسی، الخلاف، ۱۴۰۷ ق.، ۲۳۵) شریک حق شفعه ندارد. زیرا، شرط پیدایش حق شفعه قدرت بر تأدیه مثل ثمن است که در صورت قیمی بودن ثمن این امر متعذر است و از طرفی حق شفعه امری استثنایی و خلاف قاعده است و باید به قدر متیقن (مثلی بودن ثمن) اکتفا کرد. روایت علی بن رثاب از امام صادق (ع)^۱ نیز دلالت بر عدم وجود حق شفعه در مورد قیمی بودن ثمن دارد. شاید بتوان گفت ظاهر ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز که مقرر می دارد "... شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد..." مؤید نظریه مزبور است. در مقابل، بسیاری از فقیهان (شهید ثانی، شرح لمعه، ۴ / ۴۰۳؛ محقق حلی، ۴ / ۷۸۱؛ ابن زهره، ۱۴۱۷ ق.، ۳۳۴؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰ ق.، ۳۴۴) حق شفعه را در صورت قیمی

۱ شیخ حر عاملی، وسائل الشیعة، ج ۱۷، باب ۱۱، ص ۳۲۲: "فی رجل اشتری داراً برقمین و متاع و جوهر قال: لیس لاحد فیها شفعه".

بودن ثمن ثابت می‌دانند. دلیل آنها اطلاق و عموم ادله ثبوت شفعه و ضعف سند روایت علی بن رثاب است. علت ضعف سند، چنانکه شهید ثانی نوشته است وجود حسن بن سماعه در سلسله راویان حدیث مزبور است که واقفی مذهب می‌باشد. در استناد به ماده ۸۰۸ نیز چنانکه برخی مؤلفان حقوقی (کاتوزیان / ۲۴۷) نوشته‌اند مقصود قانونگذار از ماده مزبور دادن ارزشی برابر با ثمن است که بدل آن قرار می‌گیرد. بدل ثمن در صورتی که مثلی باشد مثل آن و در صورتی که قیمی باشد پرداخت بهای آن است. ماده ۸۰۸ حکم غالب را بیان می‌کند. پس، نباید پنداشت که چون شریک توان تسلیم مثل مال قیمی را ندارد حق شفعه برای او ایجاد نمی‌شود یا صلاحیت اجرای حق را ندارد.

با قبول اینکه در صورت قیمی بودن ثمن نیز شریک حق شفعه دارد مسأله دیگری که باید مورد بحث قرار گیرد این است که شفیع باید قیمت چه روزی را به مشتری بپردازد (قیمت حین عقد، قیمت زمان اخذ به شفعه یا اعلی‌القیم از تاریخ عقد تا زمان اخذ به شفعه). مشهور فقیهان (شهید ثانی، شرح لمعه، ۴/ ۴۰۳-۴۰۴؛ نجفی، ۳۷/ ۳۴۴؛ مقدس اردبیلی، ۹/ ۳۰) طرفدار نظریه اول هستند چرا که تاریخ عقد زمان تحقق حق شفعه و زمان استحقاق ثمن است. برخی از مؤلفان حقوقی (امامی، ۱۹؛ عبده بروجردی، ۴۲۲) نیز از همین نظر پیروی نموده‌اند. در مقابل، عده‌ای (کاتوزیان، ۲۴۸) بهای زمان اخذ به شفعه را ترجیح داده و نوشته‌اند: "درست است که حق شفعه از تاریخ وقوع بیع برای شریک ایجاد می‌شود ولی باید توجه داشت که تملک سهم مستلزم اجرای حق است و در تاریخ اخذ به شفعه مبادله ثمن و حصه فروخته شده صورت می‌پذیرد. پس، منطقی‌تر است که زمان معاوضه معیار تعیین بهای ثمن باشد. به ویژه که بهای کالاها به طور معمول رو به فزونی است و اگر خریدار ناگزیر شود که بهای ثمن در زمان بیع را بگیرد به ارزشی که در زمان اخذ به شفعه سزاوار آن است، نمی‌رسد". این نظر نمی‌تواند درست باشد. زیرا، اگر ثمن پول هم باشد ارزش آن معمولاً در حال تغییر و تحول است. با این حال، شفیع باید قیمت زمان عقد بیع را بپردازد و لو ارزش پول در زمان اخذ به شفعه کاهش یافته باشد.

نکته دوم - هر گاه مشتری علاوه بر پرداخت ثمن متحمل هزینه های دیگر از قبیل حق دلالی، هزینه تنظیم سند، حق الوکاله و غیره شده باشد شفعی ملزم به پرداخت اینها نیست. زیرا، به موجب ماده ۸۰۸ قانون مدنی " شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبعه را تملک کند ". هزینه های مزبور گرچه از لوازم معامله هستند ولی به آنها " قیمتی که مشتری داده است " صدق نمی کند. فقیهان نیز در کتب فقهی این نظر را اتخاذ کرده اند (موسوی خمینی، ۱ / ۵۵۸؛ نجفی، ۳۷ / ۳۲۶؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ۴ / ۴۰۳. نامبرده(شهید ثانی) در این باره می نویسد: " و يأخذ بالثمن الذی وقع علیه العقد و لا یلزمه غیره من دلاله او وکاله او اجرة نقد و وزن و غیرها لانها لیست من الثمن و ان کانت من توابعه "). در فسخ نیز این چنین است مگر طرفین در هنگام انعقاد قرارداد به گونه ای دیگر توافق کرده باشند.

نکته سوم - هر گاه مشتری بعد از خریدن سهم مشترک یکی از دو شریک متوجه شود که مبیع معیوب بوده و با مراجعه به فروشنده ارزش بگیرد برابر ماده ۸۲۰ قانون مدنی شفعی در ذریع اخذ به شفعه مقدار ارزش را از ثمن کسر می گذارد. زیرا، شفعی باید ثمنی را که خریدار داده است به او بدهد و در مورد مزبور ثمن در حقیقت همان مقداری است که پس از کم کردن ارزش باقی مانده است. البته، اگر مشتری ارزش نگرفته باشد نمی توان او را مجبور به گرفتن آن کرد. در نتیجه، شفعی باید همان ثمن قراردادی را بپردازد.

ط - مسلمان بودن شفعی

یکی دیگر از شروطی که در کتب فقهی (محقق کرکی، ۶ / ۳۶۵؛ علامه حلی، ۱ / ۵۹۰؛ شیخ طوسی، النهایه، ۴۲۴؛ مقدس اردبیلی، ۹ / ۲۶) برای تحقق حق شفعه ذکر شده است، این است که اگر مشتری مسلمان است شفعی نیز باید مسلمان باشد. چه آنکه اخذ به شفعه موجب تملک قهری کافر بر مال مسلمان و تسلط بر او می شود در حالی که به موجب آیه شریفه " و لن یجعل الله للکافرین علی المسلمین سبیلاً (نساء / ۱۴۱) " و حدیث " الاسلام یعلو و لا یعلی علیه "

(عاملی ، باب ۱ از ابواب موانع ارث / حدیث ۱۱) تسلط کافر بر مسلمان نفی شده است . چنانکه برخی فقیهان (خوانساری ، ۱۳۵۵ ، ۶ / ۳۱۸) نوشته اند اگر وجود حق شفعه برای کافر موجب تسلط او بر مسلمان شود پس چرا فقیهان در صورت تحقق سبب یکی از خیارات ، برای کافر حق فسخ قائلند با اینکه در فسخ نیز کافر مال را به صورت قهری از ملک مسلمان خارج می کند .

قانون مدنی ایران در ماده ۸۰۸ هیچ اشاره ای به این شرط ننموده است . با توجه به اینکه قانون مدنی در موارد دیگر که کفار در مقایسه با مسلمانان از برخی حقوق محرومند آنها را مورد اشاره قرار داده ولی در مبحث حق شفعه به آن اشاره نکرده است ، نشانگر این است که از لحاظ قانون مدنی این تفاوت وجود ندارد . به عنوان مثال ، می توان به مواد ۸۸۱ مکرر و ۱۱۹۲ اشاره کرد . به موجب ماده ۸۸۱ مکرر " کافر از مسلم ارث نمی برد و اگر در بین ورثه کافری مسلمان باشد وارث کافر ارث نمی برند اگر چه از لحاظ طبقه و درجه مقدم بر مسلم باشند " . ماده ۱۱۹۲ مقرر می دارد : " ولی مسلم نمی تواند برای امور مولی علیه خود وصی غیر مسلم معین کند " اصل نوزدهم قانون اساسی نیز مؤید این نظر است .

نتیجه گیری

نتایجی که از مقاله حاضر به دست می آید به شرح ذیل است :

۱- در اموال غیر منقول ذاتی حق شفعه وجود دارد ولی در اموال غیر منقول به واسطه عمل انسان مثل بنا و درخت در صورتی حق شفعه وجود دارد که بنا و درخت با زمین فروخته شوند .

۲- در اموال غیر منقول مشاع حق شفعه وجود دارد . مجاورت دو ملک با یکدیگر یا مشاع بودن سابق دو ملک موجب حق شفعه نمی گردد .

۳- در اموال غیر منقول غیر قابل تقسیم حق شفعه وجود ندارد .

- ۴- حق شفعه در صورتی وجود دارد که تعداد شرکا دو نفر باشد. اگر یکی از دو شریک شخص حقوقی باشد او نیز دارای حق شفعه است.
- ۵- حق شفعه در صورتی محقق می شود که انتقال سهم یکی از دو شریک با عقد بیع باشد باشد. از این رو، اگر سهم یکی از دو شریک با عقود دیگر مثل صلح یا هبه منتقل شود، حق شفعه ایجاد نمی شود.
- ۶- اگر یکی از شرکا مقداری از سهم خود را بفروشد از نظر حقوق ایران شریک دیگر حق شفعه ندارد. اما از دیدگاه فقیهان شریک دیگر دارای حق شفعه می باشد.
- ۷- اگر انتقال سهم مشاع به عنوان مبیع باشد حق شفعه وجود دارد. اما در صورتی که انتقال سهم مشاع به عنوان ثمن باشد برای شریک دیگر حق شفعه به وجود نمی آید.
- ۸- شفیع در صورتی می تواند اخذ به شفعه کند که قدرت پرداخت ثمن را داشته باشد.
- ۹- اگر خریدار سهم مشاع، مسلمان و شریک فروشنده، کافر باشد از نظر فقیهان، کافر حق شفعه ندارد. قانون مدنی چنین شرطی را مقرر نداشته است.

فهرست منابع

الف - منابع فارسی

- ۱- امامی سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، ج ۱، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۴.
- ۲- بازگیر یدالله، آرای دیوانعالی کشور در امور حقوقی، ققنوس، ج ۱، ج ۲.
- ۳- حائری شاهباغ سید علی، شرح قانون مدنی، ج ۱، ج ۲، تهران، گنج دانش.
- ۴- عبده بروجردی محمد، حقوق مدنی، کتابفروشی محمد علی علمی، ۱۳۲۴.
- ۵- محقق داماد سید مصطفی، تحلیل فقهی و حقوقی اخذ به شفعه، ج ۱، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵.
- ۶- کاتوزیان ناصر، حقوق مدنی (ایقاع)، ج ۱، یلدا، ۱۳۷۰.
- ۷- نوری رضا، حقوق مدنی (شفعه، وصیت، ارث)، ج ۲، تهران، پازنگ، ۱۳۷۴.

ب - منابع عربی

- ۱- ابن ادریس ، سرائر ، ج ۲ ، قم ، مؤسسه نشر اسلامی ، ۱۴۱۰ ق .
- ۲- ابن زهره ، غنیة النزوع ، ج ۱ ، قم مؤسسه امام صادق (ع) ، ۱۴۱۷ ق .
- ۳- حسینی عاملی ، سید محمد جواد ، مفتاح الکرامه ، ج ۶ ، مؤسسه آل البيت ، بی تا .
- ۴- خوانساری احمد ، جامع المدارک ، ج ۶ ، ج ۲ ، تهران ، صدوق ، ۱۳۵۵ .
- ۵- سید مرتضی ، انتصار ، قم ، مؤسسه نشر اسلامی ، ۱۴۱۵ ق .
- ۶- شهید ثانی ، شرح لمعه ، ج ۴ ، بیروت ، دار احیاء التراث العربی ۱۴۰۳ ق .
- ۷- شهید ثانی ، مسالک الافهام ، ج ۱ ، ج ۱ ، مؤسسه معارف اسلامی ، ۱۴۱۳ ق .
- ۸- شیخ حر عاملی ، وسائل الشیعه ، قم ، مؤسسه آل البيت ، بی تا .
- ۹- شیخ صدوق ، المقنع ، قم ، مؤسسه الهادی ، ۱۴۱۵ ق .
- ۱۰- شیخ طوسی ، الخلاف ، ج ۱ ، قم ، مؤسسه نشر اسلامی ، ۱۴۰۷ ق .
- ۱۱- شیخ طوسی ، النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوی ، قم ، قدس محمدی ، بی تا .
- ۱۲- شیخ مفید ، المقننه ، ج ۲ ، قم ، مؤسسه نشر اسلامی ، ۱۴۱۰ ق .
- ۱۳- علامه حلی ، تذکره الفقهاء ، ج ۱ ، تهران ، المکتبه المرتضویه لاحیاء الآثار الجعفریه ، چاپ سنگی .
- ۱۴- محدث بحرانی ، الحدائق الناضره ، ج ۲۰ ، بیروت ، دارالاضواء ، ۱۴۰۵ ق .
- ۱۵- محقق سبزواری ، کفایه الاحکام ، چاپ سنگی ، تهران ، ۱۲۶۹ ق .
- ۱۶- محقق کرکی ، جامع المقاصد ، ج ۶ ، ج ۱ ، قم ، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث ، ۱۴۰۸ ق .
- ۱۷- مقدس اردبیلی احمد ، مجمع الفائدة و البرهان ، ج ۹ ، قم ، انتشارات جامعه مدرسین ، بی تا .
- ۱۸- موسوی خمینی روح الله ، تحریر الوسیله ، قم ، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان ، ج ۱ .
- ۱۹- میرزای قمی ، جامع الشتات ، ج ۱ ، کیهان ، ۱۳۷۱ .

۲۰- نجفی محمد حسن، جواهرالکلام، ج ۳، ج ۳۷، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی