

بررسی رویکرد فقه شیعه، سنی و قانون مدنی به نقل و انتقال حق شفعه

مهناز طاهری^۱

دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۱۳ پذیرش: ۱۴۰۱/۹/۲۲

چکیده

یکی از حقوق مسلم انسان بر دارایی اش حق بر نقل و انتقال اموال است. توانایی مالک نسبت به هرگونه تصرف در اموال در جملگی نظام‌های حقوقی به‌عنوان یک قاعده کلی است که البته استثنائاتی نیز دارد. هدف این پژوهش، بررسی رویکرد مذهب شیعه، سنی و قانون مدنی به نقل و انتقال حق شفعه، است. این نوشتار به روش توصیفی، تحلیلی و با استفاده از منابع اسنادی به بررسی حق شفعه و اینکه آیا قابلیت نقل و انتقال را دارد، پرداخته است. یافته‌های پژوهش نشان داده است که حق در صورتی که مالیت داشته باشد، می‌تواند منتقل شود و این امر برای حق شفعه قابل اثبات است. از سوی دیگر برای انتقال حق شفعه شرایطی مانند تحقق معامله بیع، اموال غیرمنقول بودن، وجود داشتن شراکت لازم است؛ بنابراین، بر اساس نتایج پژوهش، اولاً، حق در صورتی که مالیت داشته باشد، می‌تواند منتقل شود. ثانیاً، شروط انتقال حق شفعه ثابت‌کننده عدم قابلیت انتقال به غیر است، ثالثاً، در بین فقه شیعه و سنی و احکام قانون مدنی، تفاوتی در حدود و ثغور نقل و انتقال حق شفعه به چشم نمی‌خورد. رابعاً، در خصوص نقل و انتقال حق شفعه به وراثت نیز با این تبیین که وارثان شخص، ادامه‌دهنده شخصیت مالی او هستند، لذا لزومی ندارد که انتقال ارادی به بیگانگان و انتقال قهری به ارث تابع یک حکم باشد، نقل و انتقال حق شفعه به وراثت امکان‌پذیر می‌شود.

کلید واژگان: شفعه، حق شفعه، انتقال، مالک، شراکت، دارایی، مال غیرمنقول.

^۱ دانشجوی دکترا، hr.aban30@gmail.com

مقدمه

یکی از مباحث مهم حقوق بحث شفعه است، از دیدگاه قانون مدنی ایران، یکی از اسباب چهارگانه مالکیت، اعمال شفعه است که به موجب آن شفیع مالک سهم شریک می‌شود. با توجه به تعریف ماده‌ی ۸۰۸ قانون مدنی، هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه و سهم خود را به قصد بیع و فروش به شخص ثالثی منتقل کند، شریک حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. با توجه به اینکه شفعه نوعی حق برای دارنده آن محسوب می‌شود، مبحث چگونگی ماهیت این حق و نقل و انتقال آن مورد بحث قرار می‌گیرد.

برابر متون شرعی، یکی از اسباب تملک، اخذ به شفعه است که یک حق استثنایی و ویژه است و با وجود تسلط و مالکیت یک شخص نسبت به ملکی، شخص دیگری می‌تواند به صورت قهری و بدون موافقت مالکش، آن را تملک نماید، لذا فقها برای تحقق چنین حق استثنایی، شرایطی پیش‌بینی کرده‌اند؛ از جمله این شرایط این است که حصه مشاع به وسیله به شخص ثالث از طریق بیع منتقل شده باشد؛ بنابراین، اگر حصه مذکور، به وسیله سایر عقود غیر از بیع منتقل شده باشد، حق شفعه برای شریک محقق نخواهد شد (مسجد سرائی، پور لطف‌الله، ۱۳۹۷، ص ۴۷۶). با توجه به تقسیمات و تعاریف حق در حقوق اسلام می‌توان گفت از جمله مباحث مهم پیرامون آن بحث حق شفعه و چگونگی اخذ و نقل و انتقال آن در حقوق مدنی و فقه اسلام و مذاهب خمس است، حق شفعه پیش از اسلام نیز وجود داشته است، مخصوصاً در حقوق روم قدیم در موارد متعددی اعمال می‌گردید و همچنین حقوق قدیم فرانسه و کشورهای غربی که تحت تأثیر قانون روم بودند، در موارد زیادی درباره این حق بحث کرده‌اند، ولی با توجه به پیچیدگی و نیازهای امروز تغییراتی پیدا کرده است.

با توجه به اینکه شفعه دارای ویژگی‌هایی است که بر اساس آن فقه و حقوق مدنی از مواد اسباب تملیک شفیع بوده است، اعمال و اخذ به شفعه را در زمره و در ردیف احیا اراضی موات، حیازت اشیاء مباحه، عقود، همچنین تعهدات و ارث دانسته است. در این زمینه تحقیقاتی صورت گرفته است، مانند پژوهشی که عزیزی جوبشهر با عنوان بررسی شرایط حق شفعه از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی انجام داده که به بررسی شرایطی که در فقه و حقوق مدنی برای حق شفعه بیان شده است که به واسطه تحقق این شرایط،

قابلیت انتقال را داشته باشد.

تعریف مفاهیم

۱- نقل و انتقال

انتقال، از مطهرات است و همچنین گردیدن از حالتی به حالتی دیگر یا از حکمی به حکمی دیگر و یا جابه‌جا شدن ملک یا حقی از شخصی به دیگری را انتقال می‌گویند که از انتقال به معنای نخست در باب طهارت سخن رفته و به مفهوم دوم به مناسبت در باب‌های طهارت، صلات، حجر، ضمان، طلاق، ظهار و ارث سخن گفته‌اند. انتقال مصدر باب افتعال از ریشه نقل به معنای از جایی به جای دیگر رفتن، جابه‌جا شدن و... آمده است. در فقه با جابه‌جا شدن مالکیت یک مال از کسی به دیگری است (اسکینی، ۱۳۹۰، ص ۶۲). «نقل و انتقال به معنی جابجا شدن، از جایی به جای دیگر رفتن، نقل کردن، در فارسی به معنی واگذاری چیزی از مال خود به دیگری و نیز درک کردن و دریافت مطلبی است» (آیتی و منتظری، ۱۳۹۵، ص ۲۴).

۲- شفعه

شفعه به ضم شین بر وزن فعله از ریشه شفعت کذا بکذا اتخاذ گردیده است. وقتی که چیزی را با چیز دیگر جفت و پیوست نمایند می‌گویند: «شفعت کذا بکذا»، یعنی آن شئی را با فلان شئی پیوست نمودم البته مرا مطلق پیوستن نیست بلکه آنگاه که با این پیوند تقویت و اعانتی حاصل گردد، از این واژه استفاده می‌شود واژه‌های شفاعت و شفیع نیز از همین ریشه هستند، زیرا شفیع با شفاعت خویش مشفوع را تقویت و اعانت می‌نماید. در برابر «وتر» به معنای تک، پس در موضوع مورد بحث مانند این است که ملک شفیع تک است و به واسطه مبیع، جفت می‌شود. هم‌چنین گفته شده که «شفعه» اسمی برای ملک مشفوع است همانند «لقمه» که اسمی برای شیء ملقوم (بلعیده شده) است، نیز، به معنای تملک ملک مشفوع می‌آید (طریحی، ۱۴۱۶ ق، ۴/ ۳۵۴).

شفعه به استحقاق تملیک سهم فروخته شده شریک شفعه گفته می‌شود. چنانچه یکی از دو شریک ملکی، سهم خود را به فردی سوم بفروشد، شریک دیگر حق دارد با شرایطی سهم فروخته شده را به ملک خود درآورد. چنین استحقاقی را «شفعه» گویند. 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: حقی است که یکی از دو شریک سابق به او داده است آن را تملک کند. حق شفعه در شرایع محقق با این پوسته آورده شده است: «هی استحقاق احد الشریکین حصه شریکه به سبب انتقالها بالبیع» (سلطانپور، ۱۳۹۵، ص ۲۳۷).

لازم به ذکر است که در این زمینه، گرچه دیدگاه مشهور، در متون فقهی موردنظر قرار گرفته، اما ادله و مبانی دیدگاه‌های مخالف، مورد توجه و واکاوی قرار نگرفته است؛ دیدگاه‌های مخالفی که با وجود داشتن مبانی درخور توجه، مغفول مانده و چندان مورد تحلیل و بررسی واقع نشده‌اند؛ به‌گونه‌ای که برای تحقق شفعه، یا چنین شرطی را به‌طور کلی معتبر ندانسته و یا قائل به تفصیل‌اند.

حق شفعه در مذاهب اسلامی

اصل اخذ به شفعه در میان تمام فرق اسلامی رایج است و توسط هیچ‌یک از فقها مورد تردید و انکار قرار نگرفته است، فقط از جابربن زید و ابابکر اصم نقل شده است که اینان منکر چنین اصل حقوقی بوده با این توجیه که شفعه اضرار به ارباب املاک است. زیرا مشتری چنانچه بداند که از او خواهند گرفت اقدام به معامله نمی‌کند و از طرفی شریک هم ممکن است مبادرت به معامله نکند و یا اهمال ورزد و در نتیجه مالک متضرر گردد. در میان قوانین مدنی ممالک اسلامی تنها قانون مدنی سوری از نظریه منکرین شفعه بوده و آن را نفی کرده است، ولی با توجه به اجماع و نصوص مسلم، اعتباری برای قول مخالفین باقی نمی‌ماند و تردیدی در وجود حق اخذ به شفعه در شریعت اسلامی نیست و لذا همان‌طور که اشاره شد هیچ‌یک از فقهای معتبر اهل سنت و یا فقیهان شیعه در اصل آن تردیدی نکرده‌اند.

۱- شفعه در روایات شیعه

روایات درباره‌ی شفعه به دودسته تقسیم می‌شوند: الف) روایاتی که شفعه را در اموال منقول و غیرمنقول غیرقابل تقسیم جایز می‌دانند؛ ب) روایاتی که شفعه را در اموال منقول و غیرمنقول غیرقابل تقسیم جایز نمی‌دانند.

الف) روایاتی که به‌صورت مطلق حق شفعه را در هر چیزی می‌دانند.

پیامبر (ص) فرمودند: «شریک حق شُفعه دارد و شُفعه در هر چیزی هست» (بروجردی،

۱۳۸۶ ق، ج ۲۴، ص ۱۹۹).

از امام صادق (ع) سؤال شد که شفعه برای کیست؟ و در چه چیزی است و آیا در حیوان هم شفعه هست و چگونه است؟ حضرت فرمود: «شفعه مسلّم است در هر چیزی یا زمین یا متاع مادامی که میان دو شریک واقع شود نه بیشتر و اگر یکی سهم خود را به شریکش بفروشد شریک دیگر حقّ شفعه دارد و او به خرید اولویت دارد تا دیگری، اما اگر از دو تن بیشتر شدند دیگر برای هیچ‌یک حقّ شفعه نیست» (شیخ صدوق، ۱۳۶۷ ش، ج ۴، ص ۹۸؛ طوسی، بی تا، ب، ج ۳، ص ۱۱۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۴ ق، ج ۱، ص ۵۸۸؛ بروجردی، ۱۳۸۶ ق، ج ۲۴، ص ۲۱۱).

در کتاب فقه‌الرضا روایت می‌شود که: «حقّ شفعه در هر چیزی از حیوان و املاک و برده ثابت است در صورتی که آن چیز مشترک میان دو نفر باشد، آن گاه یکی از آنان بفروشد، پس شریک وی از بیگانه به آن سزاوارتر است و هرگاه شریکان بیش از دو نفر باشند هیچ‌یک از آنان حقّ شفعه ندارند» (بروجردی، ۱۳۸۶ ق، ج ۲۴، ص ۲۰۵).

امام صادق (ع) فرمودند: «شفعه در هر چیزی جایز است اعم از حیوان یا زمین یا کالا» (کلینی، ۱۳۶۷ ش، ج ۵، ص ۲۸۱؛ حرعاملی، بی تا، ج ۱۷، ص ۳۲۰؛ حرعاملی، بی تا، ب، ج ۸، ص ۲۵۴؛ حسینی‌عاملی، بی تا، ج ۶، ص ۳۱۸؛ سبزواری، بی تا، ج ۱۸، ص ۱۲۷).

الإمامُ الصّادقُ علیه‌السلام: قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَ آلِهِ بَيْنَ الشَّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَ الْمَسَاكِينِ وَ قَالَ: لَا ضَرَرَ وَ لَا ضِرَارَ وَ قَالَ: إِذَا رُقَّتِ الْأَرْفُ وَ حُدَّتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ. امام صادق علیه السلام: رسول خدا صلی الله علیه و آله درباره شرکای در زمین و خانه، حکم به شفعه داد و فرمود: ضرر و زیان زدن به یکدیگر ممنوع است و فرمود: زمانی که حدود اراضی و خانه‌ها مشخص شد (از یکدیگر تفکیک شدند و از حالت مشاع در آمدند) دیگر حقّ شفعه وجود ندارد.

در کتب فقهیه یکی دیگر از شرایط حقّ شفعه را مسلمان بودن شفیع دانسته و گفته‌اند چنانچه مشتری مسلمان ولی شفیع غیرمسلمان باشد، شفعه ثابت نیست ولی اگر هر دو غیرمسلمان باشند و یا مشتری مسلمان و بایع کافر باشد حقّ شفعه متصور است. مشهور فقهای امامیه، با این نظر موافق بوده و مستند خود را چنین ذکر می‌کند: آیه شریفه (لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) یعنی خداوند هیچ نوع سلطه‌ای به نفع کافرین علیه مؤمنین قرار نداده است. به موجب این آیه که مستند یکی از قواعد فقهی تحت

قاعده نفی سیل قرار گرفته، فقها معتقدند کلیه حقوقی که توسط شارع برای افراد علیه یکدیگر قرار داده شده در مواردی که ذیحق غیرمسلمان باشد مرفوع دانسته شده است و چون شفعه نیز از چنین حقوقی است لذا در ما نحن فیه وضع نمی‌گردد.

از حضرت امام صادق (ع) روایت شده است که فرمود: (لیس لليهود و النصارى شفعه) یعنی برای یهود و نصاری شفعه نیست. مرحوم میرزای قیم در کتاب شریف جامع الشتات پس از طرح مسئله و نقل نظریات مختلف آورده‌اند: اظهر سقوط آن است در صورت علم و جهل هر دو، چنانکه مذهب علامه وجهی است به جهت آنکه بقای ملک جز سبب است پس سبب اخذ مرکب است از ملک و بقای آن و حدیث شریفه (لا شفعه الا لشریک غیر مقاسم) چون مشتق حقیقت و متلبس به مبدا است و بر این صدق نمی‌کند، در این حال شریک غیر مقاسم و جهل و علم او را در احکام وضعی مدخلیتی نیست). بیان مرحوم میرزا این است که: سبب برای به وجود آمدن حق اخذ به شفعه مرکب است از: ۱- مالکیت شریک؛ ۲- بقای مالکیت تا زمان اخذ و چنانچه جزئی از سبب مفقود باشد در این صورت حق شفعه پدیدار نخواهد گشت.

مرحوم میرزا موضوع فوق را از عبارت و متون روایات استظهار فرموده و می‌گویند: در روایات بر شخصی که می‌خواهد اخذ به شفعه کند واژه (شریک) اطلاق نموده و این لفظ مشتق است استعمال حقیقی الفاظ مشتق آن است که در معنای بالفعل و به اعتبار زمانی تلبس به مبدا اشتقاق بکار رود. هیچ‌گاه به کسی که زمانی دانشجو بوده و هم‌اکنون استاد است، نمی‌گویند دانشجو و اگر بگویند بی‌گمان استعمال مجازی خواهد بود. همچنین به کسی که در زمان سابق شریک بوده و اکنون با انتقال حصه خویش شرکت را رها کرده، واژه شریک اطلاق نمی‌گردد. مرحوم میرزا در پایان نظرش اضافه می‌نماید که اثر علم و جهل در مسائل تکلیفی است و مدخلیتی در احکام وضعیه ندارد. از فقهای معاصر جامع الفروع نیز از این عقیده پیروی نموده و در صورتی که شفیع از اخذ به شفعه نصیب خود را بفروشد عالمی یا جاهلاً نظر به سقوط حق وی داده است.

این مسئله مورد اتفاق علماء است و صاحب جواهر می‌گوید: من با نظر مخالفی برخورد نکرده‌ام. از شیخ نیز در خلاف ادعای اجماع، حکایت شده است (جواهر ج ۳۷ ص ۳۳۳). مهم‌ترین دلیلی که برای این حکم بدان استناد شده روایات و نصوصی است که در باب وارد گردیده است، از جمله روایت منصور بن حازم مکه از حضرت صادق (ع) می‌پرسد در

مورد محوطه‌ای که در آن چند خانه وجود دارد و راه همه آن‌ها در آن عرصه یکی است اگر بعضی از آن‌ها اقدام به فروش نموده باشند آیا شرکای آن‌ها می‌توانند اخذ به شفعه نمایند؟ با امعان نظر در روایت فوق چند مطلب قابل ذکر است.

حسن بن محبوب از علی بن رثاب از امام صادق (ع) روایت کرده که پرسیدم: مردی خان‌هایی را معامله کرده با یک بنده و مقداری متاع و پارچه و لباس و گوهر، فرمود: «کسی را حق شفعه در این‌ها نیست» (شیخ صدوق، ۱۳۶۷، ص ۱۰۰).

حسن بن محبوب از مالک بن عطیه از ابی بصیر از امام باقر (ع) نقل کرده گوید: سؤال کردم که مردی همسری گرفته و مهریه او را اطاقی از خان‌های که شریک هم دارد قرار داده است، فرمود: جایز است هم برای زوج و هم برای زوجه و هیچ‌یک از شرکا را حق شفعه نیست (شیخ صدوق، ۱۳۶۷، ص ۱۰۲).

حق شفعه از دیدگاه اهل سنت

در اصطلاح، شفعه در فقه مذاهب اهل سنت عبارت است از؛ حق قهری یا استحقاق به ملکیت در آوردن ملک توسط شریک قبلی در مقابل شریک فعلی ما به ازای عوض مال پرداخت شده توسط شریک فعلی است (شافعی، ۱۴۱۰ ق، ص ۱۱۴)؛ (حنفی، ۱۹۹۴ م، ص ۲۸۴)؛ ابن رسلان شافعی، بی‌تا، ص ۲۱۷). در روایات منقول از اهل سنت اختلافی وجود ندارد و شفعه در روایات برای هر چیزی جایز دانسته شده است. از جمله این روایات می‌توان به روایات ذیل اشاره نمود.

رسول خدا فرمود: «شفعه در هر چیزی ثابت است» (بخاری، ۱۴۲۲ ق، ص ۸۷).

حدیث کرد ابوطاهر از ابن وهب از ابن جریج از ابازبیر از رسول خدا که فرمود:

شفعه در هر چیزی است که بتوان شریک شد از زمین، از ربع (بناهای در زمین)، از دیوار و نمی‌توان صلح یا بیع کرد، مگر بعد از عرضه به شریک تا اگر بخواهد اخذ به شفعه کند یا رد نماید، چراکه شریک محقق است به آن حتی اگر اذن دهد (قشیری نیشابوری، بی‌تا، ص ۱۲۲۹).

از جابر بن عبدالله انصاری نقل است که رسول خدا فرمود: «شفعه در هر چیزی است برای شریک درجایی که بتوان به آن طریق شریک را داخل در مال دانست» (طحاوی، ۱۴۱۴ ق، ص ۱۲۶).

رسول خدا فرمود: «شفعه در هر مالی که تقسیم نشده باشد، وجود دارد» (ابن بطلال،

۱۴۲۳ ق، ص ۳۳۵).

از ابن عباس نقل است که رسول خدا فرمود: «شفعه در هر چیزی ثابت است» (قاری، ۱۴۲۲ ق، ص ۱۹۸۴).

مسلم از جابر روایت شده است که گفت: «در هر ملک شرکتی و مشارکتی که تقسیم نشده باشد، پیامبر صلی الله علیه و سلم حکم به شفعه کرده است، خواه منزل یا باغ باشد مالک حق ندارد آن را بفروشد تا از شریک خود اجازه نگیرد و شریک مختار است بین اینکه آن را خود بگیرد و بپذیرد، یا آن را ترک کند. هرگاه شریک بدون اجازه شریک خودش سهم خود را فروخت، شریکش برای تصاحب آن باهمان قیمت، استحقاق تملک آن را دارد و اولویت با وی است» (حرعاملی، بی تا: ص ۴۰۰).

از جابر روایت شده است که پیامبر صلی الله علیه و سلم گفت: من کان له شرک فی نخل أو ربعه فلیس له أن یبیع حتی یؤذن شریکه، فإن رضی أخذ و آن کره ترک (هرکس در باغ خرما یا منزلش شریک داشت او حق ندارد آن را بفروشد تا اینکه از شریکش کسب اجازه کند که شریک اگر راضی شد خود سهم شریک خود را می خرد و اگر دوست نداشت آن را ترک می کند) (طحاوی، ۱۴۱۴، ص ۱۲۶).

به روایت یحیی بن آدم از زهیر از ابوالزبیر و سند روایت به شرط مسلم است. ابن حزم گفته است: شریک حق ندارد سهم خود را بفروشد مگر اینکه اول آن را بر شریک یا شرکای خویش عرضه کند که اگر خواست یا خواستند آن را باهمان قیمت که غیر شرکا می خواهند آن را برای خود بردارند و شریک بدان حق بیشتر دارد و اگر نخواستند دیگر حقشان ضایع می شود و به هرکس بفروشد دیگر حق اعتراض ندارد و اگر پیش از آنکه سهم خود را بر شریک خود عرضه کند، آن را فروخت به غیر شریکش، شریک مخیر است بین اینکه معامله را به حال خود بگذارد یا آن را باطل کند و سهم شریکش را بهمان قیمت که بفروش رفته است، برای خود بردارد و بگیرد (قاری، ۱۴۲۲، ص ۱۹۸۴).

ابن القیم گفته است این مقتضای حکم رسول الله است و معارضی ندارد و حکم قطعی آن است. برخی از علما و از جمله علمای شافعیه امر در حدیث نبوی را بر استحباب حمل کرده اند نه بر وجوب (قشیری نیشابوری، بی تا: ص ۱۲۲۹).

نووی گفته است: این امر بر ندب حمل شده و یاران ما بر آن هستند و پسندیده می دانند که به شریک خود اعلام کند که او می خواهد سهم خود را بفروشد و پیش از این اعلام،

فروختن آن مکروه است نه حرام (ابن حزم، بی تا: ص ۶).

کوشش برای اسقاط حق شفعه جایز نیست، چون این کار موجب اسقاط حق مسلمان می‌شود، چون به طریق مرفوع از ابوهریره روایت شده است: “کاری را که یهودیان مرتکب می‌شدند، مرتکب نشوید که آنان تخطی از اوامر خدا می‌کردند و حلال دانستن حرام‌های خدا را با کوچک‌ترین بهانه و حيله پیش می‌گرفتند؛” و این مذهب مالک و احمد است (ابن حبان، ۱۴۰۸، ص ۵۸۱).

ابوحنیفه و شافعی می‌گویند تلاش برای اسقاط حق شفعه جایز است، بدین گونه که برای او اقرار کند به بعضی از ملک خود تا بدین اقرار شریک او شود سپس باقیمانده را به وی بفروشد یا هبه کند (شافعی، ۱۳۷۰ ق، ص ۱۶۴).

شرایط شفعه و استفاده از آن به شرح زیر است:

چیزی که در آن شفعه واقع می‌شود باید ملک و عقار باشد مانند زمین و خانه و چیزی که به‌طور ثابت بدان‌ها پیوسته است مانند نهال و درخت کاشته شده و ساختمان و در و پنجره و امثال آن‌ها که به‌نگام معامله به‌طور مطلق جزء آن محسوب می‌شوند. چون جابر گفت: پیامبر صلی الله علیه و سلم در هر مال مشترکی که تقسیم نشده باشد، خواه منزل یا باغ، حکم بشفعه را جاری کردند و این مذهب، جمهور فقها است (اصبحی مدنی، ۱۴۱۵ ق: صص ۲۳۴-۲۳۹).

اهل مکه و ظاهریه با این رأی مخالف هستند و همچنین روایتی از احمد و گفته‌اند در هر چیزی شفعه هست، زیرا این ضرر و زیانی که برای شریک در ملک و آب و زمین پیش می‌آید، گاهی در اموال منقول نیز پیش می‌آید و جابر نیز گفته که: پیامبر صلی الله علیه و سلم در هر چیزی حکم به شفعه می‌کرد. ابن القیم گفته است: راویان این حدیث مورد اعتماد هستند و ابن عباس نیز گفته است که پیامبر صلی الله علیه و سلم گفت: “به‌راستی شفعه در هر چیزی هست؛” و مردان راوی آن مورد اعتماد و وثوق هستند، لیکن تنها عیب این حدیث آن است که مرسل است و طحاوی حدیث جابر را گواه بر آن گرفته است که در اسناد آن اشکالی نیست و ابن حزم نیز این رأی را تایید کرده و گفته است: “در هر چیزی که مشترک بین چند فرد باشد و تقسیم نشده باشد و بفروش برسد شفعه واجب است خواه آن چیز قابل تقسیم باشد یا خیر، خواه زمین یا یک درخت یا بیشتر باشد، بنده یا جاریه و کنیز یا شمشیر یا مواد خوراکی یا حیوان یا هر چیزی

باشد که فروخته شود (ابن عسکر، بی تا: ص ۹۸).

کسی که شفیع می شود باید در مال مورد شفعه، شریک باشد و این شرکت باید پیش از عقد بیع واقع شده باشد و نباید سهم طرفین یا شرکا مشخص شده باشد بلکه مشارکت به صورت مشاع باشد، از جابر روایت شده که گفت: "پیامبر صلی الله علیه و سلم در هر چیزی که تقسیم نشده باشد، حکم به شفعه می کرد و هرگاه حدود مشخص می شد و راه جداگانه برای هر قسمت مشخص می گردید، دیگر شفعه ای وجود نداشت." به روایت پنج نفر از محدثین بزرگ یعنی در هر چیزی که بطور مشاع مشترک و قابل تقسیم باشد شفعه ثابت است و هرگاه تقسیم شد و حدود و راهها مشخص گردید، دیگر شفعه ای وجود ندارد. پس هرگاه شفعه برای شریک ثابت شد، در چیزی است که قابل قسم و تقسیم کردن باشد و شریک مجبور خواهد شد که تقسیم کند، مشروط بر آنکه بتواند بمانند پیش از تقسیم از آن نفع و سود ببرد و لذا در چیزی که اگر تقسیم شود از حیز انتفاع بیفتد، شفعه نیست (صعیدی عدوی، ۱۴۱۴: ص ۲۵۲).

در منهای گفته است: و هر چیزی که اگر تقسیم شود، فایده مقصود از آن از میان برود، مانند حمام و آسیاب و غیره، بنا بقول ارجح اصح در آن شفعه ای نیست. مالک از ابن شهاب و از ابوسلمه بن عبدالرحمن و سعید بن المسیب روایت کرده است که: پیامبر صلی الله علیه و سلم در چیزی که بین شرکا تقسیم نشده باشد حکم به ثبوت شفعه می کرد و هرگاه حدود سهم شرکا معین می شد، دیگر شفعه ای نیست؛ و اینست مذهب علی و عثمان و عمرو سعید بن المسیب و سلیمان بن یسار و عمیر بن عبدالعزیز و ربیع و مالک و شافعی و اوزاعی و احمد و اسحاق و عبیدالله بن الحسن و امامیه در کتاب "شرح السنه" آمده است که: "اهل علم اتفاق نظر دارند بر اینکه شفعه برای شریک هست در منزلی که قابل قسمت باشد، که هرگاه یکی از شرکا پیش از تقسیم، سهم خود را بفروشد شفعه در آن ثابت است، پس شرکای وی می توانند سهم او را به شفعه باهمان قیمتی که فروخته است، تصاحب کنند و برای خویش بردارند؛ و اگر آن را به چیزی فروخته بود که قابل قیمت گذاری است مانند جامه و غیر آن شریکها قیمت آن را می پردازند (ابن رشد قرطبی، ۱۴۰۸، ص ۶۵).

لیکن برای این که همسایه حق شفعه ندارد و علمای حنفی با آن مخالفت کرده و گفته اند که شفعه بر حسب ترتیب ثابت است، اول برای شریکی که سهم خود را تقسیم

نکرده است سپس برای شریکی که سهم خود را تقسیم نشده است ولی در راهها یا صحن شریک است، سپس برای همسایه دیواربه دیوار و برخی از علما راه میانه‌ای انتخاب کرده‌اند و گفته‌اند اگر در ملکی شرکت و مساهمت در حقی از حقوق آن ملک وجود داشته باشد، مانند شرکت در راه یا آب یا امثال آن ولی اگر به هیچ وجه مالکین باهم اشتراکی نداشته باشند و راه همه مشخص باشد شفعه‌ای وجود ندارد (نیاوردی، بی‌تا، ص ۱۱۷)؛ و بدانچه که صاحبان سنن با اسناد صحیح از جابر روایت کرده و استدلال نموده‌اند که: پیامبر صلی الله علیه و سلم گفت: الجار أحق بشفعه جار، ینتظر بها و إن کان غائباً إذا کان طریقهما واحداً (همسایه برای شفعه همسایه خویش سزاوارتر است باید منتظر آمدن همسایه باشد اگر غایب باشد مشروط بر آنکه راهشان یکی باشد) (ابن ملقن، ۱۴۲۷، ص ۷۸).

ابن القیم گفته است: احادیث جابر از نظر منطوق و مفهوم بر این مطلب دلالت دارند و داوری و اختلاف از آن‌ها برخاسته است و گفته است: اقوال سه‌گانه در مذهب احمد هست و عادل‌ترین و نیکوترین آن‌ها همین قول سوم است (ابن محاملی شافعی، ۱۴۱۶، ص ۲۶۴).

مالی که در آن شفعه ثابت شده باشد، در برابر یک عوض و بدل مالی از ملکیت صاحبش بیرون رفته باشد، تا شفعه ثابت گردد، علمای حنفی گویند شفعه تنها در چیزی که فروخته شده است، ثابت است، بدین معنی که بفروش رفته یا وجه‌المصالحه قرار گرفته یا در برابر دیه جنایت داده شده یا هبه شده یا بیع در برابر عوض معلوم چون در این صورت هبه نیز در معنی بیع است. پس اگر ملکیت او بدون عوض زایل گردد، دیگر حق شفعه ساقط است مانند هبه بدون عوض یا وصیت کردن یا به ارث رسیدن. در بدایه المجتهد آمده است که: «در باره شفعه در معامله تبدیل زمینی به زمینی اختلاف است سه روایت موجود است: منع و جواز و انتقال بین شرکا و غیر شرکاء که برای شرکا بلاشکال و برای غیر شرکاء جایز نیست» (حصنی، ۱۹۹۴، ص ۲۸۵).

شفیع بلافاصله پس از اطلاع از فروش سهم شریک خود، باید شفعه را به طریق ممکنه مورد اجرا بگذارد و طالب شفعه باشد، چنانچه اطلاع پیدا کرد و بدون عذر طلب شفعه را به تأخیر انداخت، حق شفعه از او ساقط می‌گردد؛ زیرا اگر شفیع بلافاصله حق شفعه خویش را مطالبه نکند و این حق او بر سبیل تأخیر و تراخی باشد، مشتری دچار زیان و

ضرر می‌گردد، چون ملکیت او ثابت نخواهد شد و نمی‌تواند در آن تصرف کند و آن را آباد سازد، زیرا نگران این است که ممکن است تلاش و کوشش او بدون فایده بماند و شفیع آن را تصاحب کند، لذا مطالبه فوری است، همین‌که پس از اطلاع از فروش اقدام نکرد، حق شفعه ساقط می‌گردد و این است مذهب ابوحنیفه و راجح مذهب شافعی و روایتی از احمد: این در وقتی است که شفیع غایب نباشد یا از فروش اطلاع نداشته باشد. ولی اگر غایب بود یا از بیع اطلاع نداشت یا نمی‌دانست که تاخیر در طلب شفعه موجب اسقاط آن می‌شود، در این صورت حق شفعه ساقط نمی‌شود (ابن نجیم، بی‌تا: ص ۱۵۸).

ابن حزم می‌گوید: شفعه حقی است که خداوند آن را ثابت کرده است، پس با ترک طلب شفیع ساقط نمی‌شود، حتی اگر هشتاد سال یا بیشتر باشد، مگر این‌که شخصاً انصراف خود را اعلام نماید؛ و می‌گوید: اینکه گفته‌اند شفعه از آن کسی است که فوراً بدان قیام کند، سخنی است فاسد و نباید به پیامبر صلی الله علیه و سلم نسبت داده شود (کاسانی حنفی، ۱۴۰۶، ص ۲۵۷) و مالک گوید وجوب فوری نیست بلکه در آن گشایش و وسعت هست و ابن رشد گفته است که در این قول مالک اختلاف است که آیا این وقت وسیع محدود است یا خیر؟ یک‌بار گفته است: غیر محدود است و ساقط نمی‌شود مگر اینکه خریدار ساختمانی با تغییرات فراوان در آن پدید آورده و شفیع اطلاع داشته و سکوت پیشه کرده باشد (نسقی، ۱۴۳۲، ص ۵۸۸).

باری دیگر گفته است این مدت، یک سال یا چند ماه یا بیش از یک سال است و بقولی ضعیف از او آمده است تا پنج سال شفعه ساقط نمی‌شود. شفیع باید مبلغی را که مشتری برای خرید آن ملک پرداخته است، به وی مسترد دارد. خواه آن مبلغ یا قیمت آن را به وی بدهد یعنی بهای ملک یا بهای چیزی که ملک را بدان خریده است. در حدیث مرفوعی از جابر آمده است: «پرداخت بها بهتر است» به روایت جوزجانی: اگر شفیع قادر به پرداخت کل بها نباشد، شفعه ساقط می‌گردد (سلمان، بی‌تا، ص ۱۳۹). مالک و علمای حنبلی می‌گویند اگر بهایی که مشتری داده است، همه‌اش یا بعضی از آن نسیه و قرض باشد شفیع هم می‌تواند آن را به صورت نسیه یا قسطی بپردازد، آنگونه که در ضمن عقد بیع مورد توافق طرفین بوده است، مشروط بر آنکه قادر به پرداخت آن باشد یا ضامن معتبری داشته باشد والا باید نقداً بهای ملک را بپردازد تا مشتری ضرر نکند. شافعی و علمای حنفی گویند که شفیع مختار است اگر نقدی

پرداخت، شفعه نقدی است و الا می‌تواند تا سر موعد نسبه آن را به تأخیر بیندازد (مرداوی حنبلی، بی‌تا، ص ۲۸۴).

باید شفیع تمام ملک فروش رفته و سهم شریک خود را بردارد و اگر شفیع بخواهد بعضی از آن را بردارد حق او به کلی ساقط می‌شود و اگر شفیعان متعدد باشند و یکی از آنان حق شفعه را ترک کرد، باقیمانده شرکا باید هم ملک را بردارند والا نمی‌توانند معامله را تقسیم کنند (مقدسی، ۱۴۲۴، ص ۲۳۵).

حق شفعه در قانون مدنی ایران

هرچند قانون مدنی به‌طور صریح متعرض موضوع نشده است ولی از مجموع مواد ۸۰۸، ۸۱۵ و سایر مواد مربوطه چنین به نظر می‌رسد که مقنن قانون مدنی حق شفعه را به موازات هر یک پدیده بیع محقق می‌داند و لذا در موضوع فوق بایستی شقوق مختلف تصور کرد به شرح زیر: هرگاه یکی از شریکین حصه خود را در معامله واحد به چند نفر بفروشد چون بیع واحد واقع شده هرچند که خریداران متعددی، لذا یک حق شفعه به وجود می‌آید و باید یا نسبت به همه حصه شریک اعمال شود یا آنکه از این طریق صرف‌نظر گردد، زیرا در حقیقت اعمال شفعه در مورد سهم یک مشتری به معنای اجرای حق نسبت به یک قسمت از مبیع خواهد بود که وفق ماده ۸۱۵ ممنوع است. ولی اگر شریک حصه خود را به‌موجب چند معامله به مشتریان متعدد بفروشد در این صورت اگر حق شفعه طبق ماده ۸۲۱ در موعد اجرا گردد و با تأخیر انجام نشود مثل آنکه شفیع غائب و یا بی‌اطلاع بوده است پس از انجام معاملات متعدده شفیع می‌تواند هر یک از معاملات را که می‌خواهد به شفعه تملک کند، ولی اگر حق خود را نسبت به معامله مقدم ساقط کند در معامله بعدی حق شفعه نخواهد داشت، چون شرکا بیش از دو نفر خواهند بود. به‌رحال با توجه به اینکه هر بیع یک حق شفعه نسبت به کل مبیع به همراه دارد، در بیع‌های متعدد با رعایت سایر شرایط اعمال شفعه نسبت به هر یک از شفیع بخواهد جایز است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲۹۰).

در مواردی مانند منازل و خانه‌ها اگر فروشنده در یک معامله کالایی را با سهم مشاعی که از خانه‌اش مشترک دارد و یا سهم مفروز (جداشده) از خانه‌ای را با سهم مشاع از خانه‌ای دیگر را بفروشد و انتقال از این طریق باشد شریک او تنها در سهم مشاع حق

شفعه دارد و می‌تواند اخذ به شفعه نموده و آنچه از کل بها که در مقابل این سهم قرار گرفته است را به مشتری بپردازد، هرچند که نزدیک‌تر به احتیاط آن است که رضایت طرفین رعایت شود (مغنیه، ۱۳۹۸، ص ۱۴۰).

انتقال شفعه در مورد افراز مال مشاع

از نظر فقهی در مال مشاع پس از تقسیم، هر یک از شرکا، مالک مستقل سهم خود خواهد بود و هر تصرفی که بخواهد می‌نماید و به حصه دیگران حقی ندارد (محقق حلی، ۱۴۰۱، ص ۱۲۵۳). لازم است تقسیم مال مشاع به تراضی انجام شود زیرا اعتبار خود را از قرارداد می‌گیرد و در مواردی که تقسیم نتیجه حکم دادگاه باشد در حدود مفاد حکم از اعتبار امر مختوم برخوردار است (ره پیک، ۱۳۷۹، ص ۵). ماده ۵۵۹ قانون مدنی نیز تصریح می‌کند تقسیم بعد از آنکه صحیحاً واقع شد، لازم است و هیچ‌یک از شرکا نمی‌تواند بدون رضای دیگران، از آن رجوع کند. شفیع می‌تواند تمام حصه خود را انتقال دهد. از اطلاق ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز چنین استنباط می‌گردد که حق اخذ به شفعه برای شریک در صورتی ایجاد می‌شود که شریک دیگر تمامی حصه خود را به شخص ثالث انتقال دهد و اگر نه چنانچه بعضی از سهم خود را واگذار نماید چنین حقی به وجود نمی‌آید؛ بنابراین شریک می‌تواند نسبت به هر دو قسمت و یا یکی از آن دو اخذ به شفعه کند. همچنین در صورتی که شریک دیگر قسمتی از سهم خود را به یک نفر و قسمت دیگر را به شخص دیگری از طریق بیع واگذار نماید، برای شریک دیگر نسبت به هر کدام از قسمت واگذار شده حق شفعه باقی خواهد بود و بیع قسمت دیگر، حق شفعه نسبت به سهم یا قسمت دیگر را از بین نخواهد برد (محقق داماد، ۱۳۷۷، ص ۶۸).

این شرط مورد اجماع علمای امامیه است و لذا هرگاه دو نفر که مالشان صرفاً در جوار یکدیگر قرار گرفته و یا آنکه قبلاً مشترک یا مشاع بوده و بعداً تقسیم شده باشد و هر قسمت به یکی از شریکین اختصاص یافته در صورت فروش یکی از شریکین به شخص ثالث، حق شفعه منتفی است. توجیه این شرط علاوه بر دلالت نصوص وارده که در آن به صراحت متذکر شده که شفعه وقتی به وجود می‌آید که مال تقسیم نشده باشد و پس از تقسیم دیگر شفعه به وجود نخواهد آمد بسیار روشن است؛ زیرا که اصولاً شفعه در مورد شرکت است و در ما نحن فیه شرکتی نیست تا شفعه مطرح گردد.

البته همان‌طور که گفتیم نسبت به این مسئله اتفاق نظر بلکه اجماع است ولی تنها مخالف از فقهای امامیه ابن عقیل است که وی قائل به ثبوت شفعه در مال مقسوم شده و می‌گوید برای همسایه حق اخذ به شفعه وجود دارد. فقهای حنفی وعده‌ای دیگر از علمای عامه هم به نظریه فوق قائل می‌باشند. بعضی از پیروان این نظریه چنین توجیه می‌نمایند که همسایه غالباً سبب مزاحمت برای مجاورین می‌گردد وای بسا به علت باز نمودن پنجره مشرف به منزل مجاور یا بالا بردن دیوار عمارت خود و جلوگیری از تابش نور به خانه او و اعمالی نظیر اینها سبب آزار و اذیت همسایه می‌گردد، لذا سزاوار است با توجه به فلسفه شفعه و حکمت وضع حق اخذ به شفعه که همانا جلوگیری از ضرر محتمل است در مورد مجاورت نیز که اگر احتمال ضرر در آن بیشتر نباشد کمتر هم نیست، شفعه قابل‌اعمال باشد مضافاً به اینکه احترام به حقوق همسایه طبق نصوص وارده از سوی پیشوایان مذهبی از مسلمانات اسلامی است. ولی این توجیها قابل‌پذیرش نیست، زیرا ضرری که حکمت وضع شفعه است و در نصوص به آن اشاره شده، ضرر ناشی از شرکت است نه مجاورت، وانگهی موضوع شفعه اساساً پیرامون شرکت است و در مجاورت اصولاً شرکت منتفی است و نمی‌توان به خاطر ضرر یا ضررهایی که احیاناً ممکن است همسایه ایجاد نماید به مشتری فعلی ضرر مسلم وارد ساخت و حق مالکیت و سلطنت او را بر مالیش تضییق نمود. روایات و نصوصی هم که در مورد حقوق و احترام همسایه وارد شده، نمی‌تواند مجوز شفعه گردد (ره پیک، ۱۳۷۹، ص ۵).

نقل و انتقال شفعه در مورد اقسام اشاعه

اشاعه ارادی: این اشاعه تنها با قصد و اراده مالک به وجود می‌آید که می‌توان ضمن انعقاد عقدی از عقود معین باشد، مثل این که چند نفر باهم محلی را اجاره کنند یا در عمل بنا به دلایلی اشاعه را به وجود آورند مثل این که اموال هم‌جنس خود را باهم مخلوط کرده و باهم شریک شوند (احمدی طباطبایی، ۱۳۴۴، ص ۵۵).

اشاعه قهری: در آن اراده مالک یا مالکان نقشی ندارد، بلکه قهراً حاصل می‌شود. به این صورت که شخصی فوت کند و مالکیت اموال متوفی به صورت مشاع به ورثه او منتقل می‌شود و یا یک حادثه مثل باد که محصول برداشت شده دو کشاورز همسایه را باهم مخلوط کند نیز موجب تحقق اشاعه است (امامی، ۱۳۴۹، صص ۱۰۲-۱۰۳). در حقیقت

در اشاعه قهری واقعه‌ای موجب تحقق این نوع اشاعه است. در هر دو صورت هر یک از شرکا به نسبت سهم خود در نفع یا ضرر سهیم‌اند و هر یک از آنان می‌توانند بدون رضایت شریک یا شرکای دیگر به نسبت سهم خود هرگونه تصرف حقوقی از قبیل فروش، صلح، وقف، هبه و... نمایند (ره پیک، ۱۳۷۰، ص ۶۸). به این ترتیب در هر دو مورد از اشاعه خواه مبنایش ارادی یا قهری باشد حق شفعه جاری خواهد بود.

نقل و انتقال شفعه در مورد شرکا

از شرایط شفعه شرط بر مشاع بودن دو شریک است نه بیشتر، گرچه در این مورد اختلاف نظر است. در این مورد مذهب حنفی و مالکی معتقد است تعداد شرکا خللی در اعمال شفعه ایجاد نمی‌کند (مغنیه، ۱۳۹۸، ص ۱۴۰)؛ اما در ماده ۸۰۸ قانونی مدنی به تبعیت از فقه امامیه تصریح گردیده است چنانچه تعداد شرکا بیشتر باشد دیگر حق شفعه وجود نخواهد داشت. اگر در ایجاد حق شفعه شرکا متعدد باشند، بعضی از علما قائل به عدم اجرای حق شفعه هستند «و اشطرطنا أن یکون واحدا، لانّ الشئ إذا کان مشترکا بین اکثر من اثنین فباع احدهم لم یستحق شریکه الشفعه، به دلیل اجماع الطائفه» (الانتصار، ۱۳۹۷، ص ۲۳۲).

مثلاً اگر چند نفر در مالکیت یک قطعه زمین به‌طور مشاع شریک باشند و یکی از آنها حصه خودش را به فرد ثالثی بفروشد، سایر شرکا حقی برای اجرای حق شفعه ندارند. در صورتی که مال غیرمنقول بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک سهم خود را به چند نفر طی یک عقد انتقال دهد شریک دیگر می‌تواند نسبت به تمامی آن سهم اخذ به شفعه نماید، زیرا در زمان عقد، شرکا دو نفر می‌باشند و تعدد خریداران بعدی تأثیری در حق شفعه ندارد. پس برای اسقاط حق شفعه که در آینده کامل می‌شود نفس شراکت کافی است، زیرا منشأ اصلی حق شفعه وابستگی شریک است (ره پیک، ۱۳۷۹، ص ۱۰۴).

نحوه انتقال حق شفعه با قصد بیع

وفق ماده ۸۰۸ قانون مدنی، شفعه در صورتی ایجاد می‌گردد که یکی از دو شریک سهم خود را به وسیله عقد بیع واگذار نماید و صراحت به انتقال از طریق بیع دارد؛ چنانچه مال غیرمنقول توسط یکی از شرکا به وسیله‌ای غیر از عقد بیع به فرد دیگری واگذار گردد برای شریک دیگر حق شفعه به وجود نخواهد آمد؛ بنابراین چنانچه شریک سهم خود را به سببی از اسباب دیگر مانند معاوضه، صلح، هبه و یا آنکه آن را صدق در نکاح زوجه خود قرار دهد حق شفعه برای شریک دیگر موجود نمی‌شود. قول مزبور مشهور بین فقهای امامیه است (خوانساری، ۱۳۹۵، ص ۵۹).

لذا انتقال مال غیرمنقول به طرق و سببی غیر از بیع به دیگری مانع از ایجاد حق اخذ به شفعه می‌گردد. پس یکی از شرایط ایجاد این حق برای شریک، انتقال مال غیرمنقول مشترک به وسیله بیع آن هم به‌طور صحیح است و اگر بیع به‌طور صحیح واقع نشود حق شفعه نیز به وجود نمی‌آید؛ بنابراین در ثابت شدن حق شفعه باید سهم انتقالی به وسیله بیع صحیح منتقل شده باشد، پس «اگر شریک سهم خود را صدق یا فدیبه خلع قرار دهد و یا به کسی ببخشد شریک دیگر حق شفعه ندارد» (شیخ طوسی، ۱۳۶۸، صص ۲-۵۷). از آنجایی که هدف از ایجاد حق شفعه جلوگیری از ورود ضرر به شریک در مال غیرمنقول است باید دید اگر مال مشاع به سببی غیر از بیع به غیر واگذار گردد آیا به شریک صاحب حق شفعه که دیگر حق شفعه ای نخواهد داشت ضرر وارد می‌شود یا خیر؟ این موضوع بحث مستقل است که مشخص نیست چگونه توجیه می‌گردد. شخص شفیع زمانی می‌تواند به مشتری مراجعه و مبیع را به تملک خویش درآورد که مبیع به ملکیت مشتری درآمده باشد و اگر پس از بیع مشخص گردد که معامله انجام شده بنا به دلایلی باطل بوده است، مثلاً فروشنده اهلیت نداشته، مبیع به ملکیت مشتری درنیامده است تا شفیع بخواهد آن را به جای او تملک کند؛ زیرا طبق ماده ۳۶۵ قانون مدنی «بیع فاسد اثری در تملک ندارد». همچنین ماده ۸۱۳ قانون مدنی می‌گوید: «در بیع فاسد حق شفعه نیست» لذا بیع هم باید صحیح و قانونی باشد. (امامی، ۱۳۴۹، صص ۳-۳۰).

نقل وانتقال حق شفعه در مورد حقوق مالی

نقل شفعه در خصوص حقوق مالی: حق مالی آن است که متعلقش مال باشد، مانند حق تحجیر و حق غیرمالی حقی است که ارزش اقتصادی ندارد مانند حق زوجیت، حق ابوت و بنوت (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ص ۲۴۴). حق مالی وسیله تملک و تحصیل مال است و شفیع نیز به این اعتبار که صاحب حق است می‌تواند از آن بگذرد یا در برابر گرفتن امتیازی با خریدار صلح کند (محقق حلی، ۱۴۰۱، ص ۲۶۴).

باین‌وجود با توجه به مالی بودن حق شفعه، این حق قابل انتقال نیست و به‌طور معمول حقوق مالی قابل انتقال به دیگران است و ارزش آن را همین دادوستد معین می‌کند. درحالی‌که استفاده از حق شفعه ویژه شریک است و او نمی‌تواند آن را به‌رایگان و یا در برابر مبلغی به دیگران واگذار کند و علاوه بر این شفعه وسیله رفع ضرر است نه جلب منفعت (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۱۲۵؛ انصاری، ۱۳۷۱، صص ۳-۱۲۵). با این توضیح که اگر شخص بخواهد حق شفعه خود را به دیگری بفروشد، چون خریدار شرکتی در ملک ندارد امکان اجرای حق را نمی‌یابد، لذا حق شفعه بدین‌صورت قابلیت انتقال به دیگران را ندارد. شارع مقدس نیز این حق را به کسی داده است که در حین بیع شریک بایع بوده است و هرگاه شخص انتقال گیرنده در زمان بیع هیچ سمتی را دارا نباشد، حق شفعه به او منتقل نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۱۲۶).

ضمن اینکه جهل یا آگاهی شفیع به وجود حق شفعه برای او و نیز تصریح به انتقال حق شفعه یا عدم آن تأثیری ندارد؛ زیرا حق شفعه برخلاف قاعده است و ماده ۸۰۸ قانون مدنی فقط آن را به شریک داده است (امامی، ۱۳۴۹، صص ۳-۳۰). همچنین استثنایی بودن تملک قهری نیز به این تمایل قوت بیشتری می‌بخشد، زیرا باید حکم شفعه را به‌گونه‌ای تفسیر کرد که تنها شامل «مصرحات» شود و توسعه نیابد. قانون مدنی ایران در ماده ۸۲۳ انتقال «حق شفعه» را جایز دانسته است، حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ص ۱۲۶).

نقل وانتقال حق شفعه از طریق ارث

آیات متعددی که در قرآن کریم در مورد مسئله ارث هست و دستور داده است که هر مسلمانی که از دنیا برود ما ترکش به وراثش می‌رسد اطلاق دارد و شامل به ارث رسیدن «حق شفعه» هم می‌شوند چراکه «حق شفعه» نیز جزء ماترک است، چه این که اگر کسی «حق شفعه» را از به ارث رسیدن استثنا کند باید دلیل محکمی بر این خروج ارائه نماید: لانه إذا كان حقاً للميت، يستحقه وارثه مثل سائر الحقوق، لعموم الآيات و من أخرج شيئاً منها، فعليه الدلالة (حلی، ۱۴۱۰، صص ۳۸۲-۳۸۵). حق شفعه مّا ترک، فتكون مشموله لعموم الآيات الإرث الداله على إرث ما ترک «خوانساری، ۱۴۰۵، صص ۳۳۱-۳۳۶). دلیل دیگری که در به ارث رسیدن «حق شفعه» مطرح شده است فرمایش پیامبر اعظم (صلی الله علیه و آله) است که در وسائل الشیعه مراجعه و روایت به این صورت است: محمد بن علی بن الحسین باسناده عن النضر بن سوئد، عن يحيى الحلبي، عن أيوب بن عطية الحذاء قال: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: كان رسول الله صلى الله عليه و آله يقول: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه و من ترک ما لفلوارث (حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ص ۵۵۱). در سخن ابن ماجه همچنين آمده: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم: من ترک ما لفلورثته (ابن ماجه قزوینی، ۱۳۸۰، ص ۸۰۷).

یکی از دلایلی که بعضی از علماء در اثبات ارث «حق شفعه» مطرح کرده‌اند «قاعده لاضرر» است، «تثبت لدفع الضرر» (خوانساری، ۱۴۰۵، صص ۳۳۱-۳۳۶؛ کرکی، ۱۴۱۰، صص ۴۴۶-۴۴۷). ثابت لدفع الضرر (علامه حلی، ۱۴۱۳، صص ۳۴۵-۳۴۷). به این بیان که هر انسانی که با فرد دیگری در مالی شریک می‌شود باملاحظه مسائل جانبی بسیاری اقدام به این کار می‌کند، چراکه غیر از مسائل مالی، مسئله اعتماد و نیز درستکاری و غیره در شراکت، نوعی تسلط شریک بر شریک هم وجود دارد «فإنه بدخوله علی الشریک سلط الشریک علیه» (علامه حلی، ۱۳۶۸، صص ۵۵۱-۵۵۸). حالا اگر شریک فردی باشد که از حیث اخلاقی، رفتاری و اعتقادی با فرد مقابل هم‌خونی و سنخیت نداشته باشد ضررهای قابل توجه مالی و غیرمالی می‌تواند بر فرد وارد شود که چه‌بسا بعضی اوقات غیرقابل جبران نیز باشد. لذا شارع مقدس بر اساس این قاعده کلی که از ضرر رساندن بر هر مسلمانی نهی فرموده و از ضرر رسیدن به هر فرد مسلمانی نیز آزوده‌خاطر می‌گردد، جواز این حق را برای شریک تشریح فرموده است. در فرمایش امام

صادق علیه السّلام هست که حضرت فرمودند: «قضی رسول الله صلی الله علیه و آله بین الشّركاء فی الأرضین و المساکن، ثمّ قال صلی الله علیه و آله: لا ضرر و لا ضرار» و در فرمایش دیگر آن حضرت فرمودند: «الشّفعة جائزة فی کلّ شیء و لأنّ الشّفعة تثبت لاجل الضّرر بالمشاركة» همان ضرری که می‌توانست متوجّه شریک اصلی بشود، احتمال رسیدنش به وراث هم هست بلکه هیچ فرقی از این حیث بین شریک اصلی و وراث نیست (آیتی، ۱۳۹۴، ص ۳۱).

نقل حق شفعه به بازماندگان شفیع: این امر مورد قبول مشهور فقها است و قانون مدنی نیز در ماده ۸۲۳ مقرر می‌دارد: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود». بر آن مهر تأیید می‌زند پس باید گفت شفعه به ارث برده می‌شود و کیفیت آن با اشکالی که در بردن آن هست چنین است که اگر ورثه اخذ به شفعه کردند مال مشفوع طبق تقسیمی که خدای تعالی در ارث کرده بین ورثه تقسیم می‌شود، بنابراین اگر صاحب اخذ به شفعه از دنیا برود و همسری و پسری از او به جای مانده باشد یک‌ششم آن ملک به همسرش می‌رسد و بقیه را فرزند می‌برد، و اگر پسر و دختر از او مانده باشد مشفوع سه قسمت می‌شود دو قسمت را پسر و یکی را دختر می‌برد و بدون موافقت همه ورثه یک نفر نمی‌تواند اخذ به شفعه کند، حال اگر بعضی از ورثه از حق شفعه خود چشم‌پوشند آیا بازهم نسبت به بقیه حق شفعه هست یا نه مسئله مورد اشکال است (نجفی، ۱۳۶۷، صص ۳۷-۲۸۱).

بعضی از بزرگان با استناد به ادلّه عمومی ارث و سایر دلایل رأی به جواز ارث «حقّ شفعه» داده‌اند. این عدّه حتّی سهام مربوط به هر یک از وراث را نیز معلوم نموده‌اند. در میان فقهای اهل سنّت نیز همین اختلاف نظر البتّه با کمی تفاوت در ادلّه و نیز تفاوت در میزان سهام هر یک از وراث در بیان کسانی که قائل به جواز ارث «حقّ شفعه» هستند به چشم می‌خورد (مغنیه، ۱۳۹۸، ص ۱۴۰). قانون ایران در ماده ۸۲۳، انتقال «حقّ شفعه» را جایز دانسته است و عقیده دارد حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود. در پاسخ به این پرسش که آیا حق شفعه به وراث انتقال پیدا می‌کند یا نه، یعنی قابلیت انتقال به غیر را دارد، پس چگونه امکان انتقال به غیر وراث توسط خود شخص امکان ندارد؟ در جواب می‌توان گفت قانون‌گذار در ماده ۸۲۳ صراحتاً چنین حکم می‌دهد: «حقّ شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود».

می‌دانیم که حق شفعه برای جلوگیری از ضرر شریک است و به همین جهت او نمی‌تواند این حق تملک قهری را به دیگران انتقال دهد. پس این سؤال به ذهن می‌رسد که چرا انتقال به وارثان را قانون‌گذار مقرر داشته و انتقال به دیگران را منع کرده است؟ پاسخ قاطع را باید در اخبار مستند شفعه و پیشینه تاریخی قانون مدنی جستجو کرد. ولی از نظر منطق حقوقی نیز می‌توان افزود که وارثان شخص در واقع ادامه‌دهنده شخصیت مالی او هستند و لزومی ندارد که انتقال ارادی به بیگانگان و انتقال قهری به ارث تابع یک حکم باشد. وانگهی، انتقال حق مالی، مانند سایر اموال، مطابق قاعده است و منعی که درباره دیگران وجود دارد نیازمند به دلیل خاص است و ویژه انتقال ارادی. یکی از شارحان قانون مدنی در این زمینه بیان می‌دارد: «حق شفعه قابل اسقاط و قابل انتقال به وارث است، چه نه فقط این حق از جمله حقوق مالی محسوب است، بلکه به هیچ وجه اختصاص به شخص ندارد که در اجرا آن قید مباشرت شخص مستتر باشد» (عدل، ۱۳۹۴، ص ۵۱۱).

«بدین ترتیب، اختیار شفعه همه اوصاف بارز یک حق مالی را داراست. کانون تردید در این نکته است که به طور معمول حق مالی قابل انتقال به دیگران است و ارزش آن را همین امکان دادوستد معین می‌کند، در حالی که استفاده از حق شفعه ویژه شریک است و او نمی‌تواند آن را به رایگان یا در برابر مبلغی به دیگران واگذار کند. این منع را قانون مدنی به صراحت بیان نکرده است، ولی از سابقه تاریخی و طبیعت حق به خوبی استفاده می‌شود: حق شفعه برای جلوگیری از ضرر شریک و از بین بردن ماده نزع در اداره و انتفاع از املاک است؛ به بیان دیگر، شفعه وسیله رفع ضرر است نه جلب منفعت؛ بنابراین، باید در حدود مبنا و حکمت ایجاد حق مورد استفاده قرار گیرد. پس، اگر شریک سهم خود را به دیگری انتقال دهد، حق ساقط می‌شود (چون مبنای ضرر از بین می‌رود) و انتقال گیرنده نیز آن را به دست نمی‌آورد. در نتیجه باید پذیرفت که انتقال ناپذیری شفعه به دلیل مستند این حق استثنایی و طبیعت ویژه آن است و نباید سبب تردید در ماهیت آن شود» (کاتوزیان، ۱۴۰۰، ص ۲۱۶).

بنابراین باینکه حق شفعه یک حق مالی است ولی نمی‌توان گفت که چون مانند سایر حقوق مالی جزء اموال به شمار می‌رود، پس، به طور مطلق قابل انتقال است؛ زیرا حق شفعه یک حق استثنایی است. از این رو، باید دانست که انتقال این حق هم ممکن است و

هم ممکن نیست. یکی از موارد انتقال حق شفعه این است که معامله بیع میان شریک فروشنده سهم خود و مشتری انجام شود. در این هنگام شریک باقیمانده در ملک عنوان شفیع را پیدا می‌کند و لباس شفیع را بر تن می‌کند. هرگاه در این موقع پیش از اخذ به شفعه شفیع فوت کند، حق شفعه که در زمان حیات شفیع به وجود آمده بود، سهم شفیع از ملک غیرمنقول به وارث او منتقل می‌شود و مورد دیگر امکان انتقال حق شفعه، این است که یکی از دو شریک بدون این که معامله‌ای از سوی شریک دیگر نسبت به سهم او با ثالث (مشتری) واقع شود، فوت کند، در این صورت، سهم این شریک از ملک مشاع (مشترک) به وارث او منتقل می‌شود و اگر این وارث یک نفر باشد و به علت این که با شریک دیگر باقی‌مانده در ملک، دو شریک می‌شوند باز هم حق شفعه برای این وارث به تبع مالکیت او نسبت به سهم مورث وی وجود خواهد داشت. پس هرگاه، شریک دیگر ملک، سهم خود را بفروشد، وارث منحصر شریک دوم، حق شفعه خواهد داشت. برعکس وقتی وارث شریک متوفی چند نفر باشند، باینکه سهم این شریک، به این وارث منتقل می‌شود دیگر حق شفعه به آنان منتقل نمی‌شود؛ زیرا: در این مورد وجود چند وارث با شریک دیگر ملک، خارج از بحث شفعه است که از شروط آن، وجود فقط دو مالک بر ملک غیرمنقول قابل تقسیم است. از دیگر ادله‌ای که می‌توان برای عدم قابلیت انتقال حق شفعه به دیگری می‌توان به یکی از شرایط انتقال شفعه استناد کرد، به این صورت که حق شفعه در صورتی می‌تواند منتقل شود که در قالب بیع باشد؛ فلذا چون فروشنده حق بیع و خریدار آن، بینشان معامله بیعی محقق نشده است؛ بنابراین قابلیت انتقال به غیر را نیز ندارد. یکی دیگر از شرایط انتقال حق شفعه این است که شراکت بین طرفین باشد، ولی بین خریدار حق شفعه که همان غیراست و بین مالکین شراکتی در ملک وجود ندارد؛ فلذا این حق نیز قابلیت انتقال یافتن به غیر شریک نیست، وجود ندارد.

نتیجه گیری

بعد از بررسی‌هایی که در زمینه حق شفعه از نظر معیار قابلیت نقل و انتقال داشتن صورت گرفت، نتایجی حاصل شده است، به این صورت که حق در صورتی که مالیت داشته باشد، می‌تواند منتقل شود که این امر برای حق شفعه ثابت شد. دیگر اینکه برای انتقال حق شفعه شرایطی مانند اینکه در صورت تحقق معامله بیع، حق شفعه منتقل می‌شود، اینکه حق شفعه در اموال غیرمنقول قابل انتقال است، دیگر اینکه باید بین طرفین شراکت وجود داشته باشد که حق شفعه بتواند منتقل شود و همچنین شراکت بین افراد محدود به دو نفر باشد؛ اما در مورد اینکه حق شفعه قابلیت انتقال به غیر را دارد یا نه؟ دو قول وجود دارد که برخی قائل به این هستند که می‌تواند منتقل شود؛ زیرا هر حقی که مالیت داشته باشد، می‌تواند منتقل شود و دیگر اینکه همان‌طور که این حق به وراثت منتقل می‌شود، پس به دیگری نیز قابلیت انتقال را دارد.

در مقابل این قول، برخی دیگر هستند که قائل به عدم قابلیت داشتن حق شفعه به غیرند که برای اثبات مدعای خود دلایلی را ذکر می‌کنند: مانند اینکه حق شفعه مانند حق رجوع و قذف است، همان‌طور که آن‌ها قابل انتقال نیستند؛ فلذا این حق نیز قابل انتقال نیست. دیگر اینکه شروط انتقال حق شفعه ثابت کننده عدم قابلیت انتقال به غیر است، مانند اینکه حق شفعه در صورتی که معامله در قالب بیع باشد و اینکه باید بین طرفین شراکت باشد که این شروط در انتقال حق شفعه به غیر موجود نیست؛ فلذا قابل انتقال به غیر نیست، اگرچه حق مالی است، ولی باید به حد یقین اکتفا نمود.

منابع

- (۱) ابن بطلال، علی بن خلف. «شرح صحیح البخاری لابن بطلال»، ریاض، مکتبه الرشد. ۱۴۲۳.
- (۲) ابن حبان، محمد. «الإحسان فی تقریب صحیح ابن حبان»، بیروت، مؤسسه الرسالة. ۱۴۰۸ق.
- (۳) ابن حزم، علی بن أحمد (بی تا). «المحلی بالآثار»، بیروت، دارالفکر.
- (۴) ابن رسلان شافعی (بی تا). أحمد بن حسین، «الزبد فی الفقه الشافعی»، بیروت، دارالمعرفة.
- (۵) ابن رشد قرطبی، محمد بن أحمد. «البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة»، ۱۴۰۸.
- (۶) ابن عابدین حنفی، محمد أمین بن عمر. «رد المحتار علی الدر المختار»، بیروت، دارالفکر. ۱۴۱۲ق.
- (۷) ابن عسکر، عبد الرحمن بن محمد مالکی (بی تا). «إرشاد السائل إلى أشرف المسالك في فقه الإمام مالك»،
- (۸) ابن مازة حنفی، محمود بن أحمد. «المحيط البرهاني في الفقه النعماني فقه الإمام أبي حنيفة»، بیروت، دارالکتب العلمیة. ۱۴۲۴ق.
- (۹) ابن مخاملی شافعی، أحمد بن محمد (۱۴۱۶ق). «اللباب في الفقه الشافعی»، مدینه، دارالبخاری.
- (۱۰) ابن ملقن، عمر بن علی. «التذکره فی الفقه الشافعی لابن الملقن»، بیروت، دارالکتب العلمیة. ۱۴۲۷.
- (۱۱) ابن نجیم، زین الدین بن إبراهیم (بی تا). «البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي».
- (۱۲) احمدی طباطبایی، سید جواد. «أخذ به شفعه در حقوق مدنی ایران و فقه اسلام»، تهران، چاپخانه زندگی. ۱۳۴۴.
- (۱۳) ازهری، صالح بن عبدالسمیع (بی تا). «الثمر الدانی شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني»، بیروت، المکتبه الثقافیة.
- (۱۴) اسکینی، ربیعا (،) «حقوق تجارت»، قم، سمت. ۱۳۹۰.
- (۱۵) أصحی مدنی، مالک بن أنس. «المدونة»، بیروت، دارالکتب العلمیة. ۱۴۱۵ق.

- ۱۶) امامی، سید حسن. «حقوق مدنی»، جلد ۳. چاپ سوم، تهران انتشارات کتابفروشی اسلامیة. ۱۳۴۹.
- ۱۷) امامی، سید حسن، «حقوق مدنی»، تهران، انتشارات مجمع علمی فرهنگی مجد. ۱۴۰۰.
- ۱۸) آیتی، سید محمدرضا و منتظری، زهرا، «وضعیت نقل و انتقال شفعه در منظر فقه و حقوق مدنی»، نشریه دانش حقوق مدنی، دوره ۵، شماره ۱. ۱۳۹۵.
- ۱۹) بخاری، محمد بن إسماعیل «الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلی الله علیه وسلم و سننه و آیامه = صحیح البخاری»، دمشق، دارطوق النجاة. ۱۴۲۲.
- ۲۰) بروجردی، آقا حسین. «منابع فقه شیعه (ترجمه جامع احادیث الشیعه)»، تهران، انتشارات فرهنگ سبز. ۱۳۸۶.
- ۲۱) بغدادی حنفی، غانم بن محمد (بی تا). «مجمع الضمانات، دارالکتاب الإسلام».
- ۲۲) بیروت، دار الغرب الإسلامی.
- ۲۳) جعفری لنگرودی، محمد جعفر. «ترمینولوژی حقوق»، چاپ پنجم، تهران، انتشارات کتابخانه گنج دانش. ۱۳۷۰.
- ۲۴) جعفری لنگرودی، محمدجعفر. «مبسوط در ترمینولوژی»، تهران: گنج دانش. ۱۳۹۴.
- ۲۵) حرعاملی، محمد بن حسن (بی تا). «وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه»، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
- ۲۶) حصنی، ابوبکر بن محمد. «کفایه الاخیار فی حل غایه الاختصار»، دمشق، دارالخیر. ۱۹۹۴م.
- ۲۷) حمیتی واقف، احمد علی، «حقوق مدنی»، تهران، انتشارات جاودانه. ۱۳۹۰.
- ۲۸) خوانساری، حاج شیخ موسی نجفی. «منیه الطالب فی حاشیه المکاسب»، تهران، چاپ سنگی. ۱۲۹۵.
- ۲۹) دسوقی مالکی، محمد بن أحمد (بی تا). «حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر»، بیروت، دارالفکر.
- ۳۰) ره پیک، حسن. «حقوق مدنی اخذ به شفعه»، تهران، انتشارات خرسندی، چاپ اول. ۱۳۷۹.
- ۳۱) ره پیک، حسن. «حقوق مدنی اخذ به شفعه»، چاپ اول، تهران، انتشارات خرسندی. ۱۳۷۹.
- ۳۲) زرکشی حنبلی، محمد بن عبدالله. «شرح الزرکشی»، دارالعبيکان. ۱۴۱۳.

- ۳۳) سبزواری، سید عبدالاعلی (بی تا). «مذهب الاحکام فی بیان حلال و الحرام». قم، دارالتفسیر.
- ۳۴) سلطانپور، صادق، «بررسی تطبیقی حق شفعه در فقه اهل سنت و حقوق ایران»، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، سال ۲، شماره ۳. ۱۳۹۵.
- ۳۵) سلمان، عبدالعزیز بن محمد (بی تا). «الأسئلة والأجوبة الفقهية». بیجا.
- ۳۶) شافعی، محمد بن إدريس. «الأم»، بیروت، دارالمعرفة. ۱۴۱۰ق.
- ۳۷) شیخ صدوق، محمد بن علی. «ترجمه من لا یحضره الفقیه»، تهران، نشر صدوق. ۱۳۶۷.
- ۳۸) شیخ صدوق، محمد بن علی. «ترجمه من لا یحضره الفقیه»، تهران، نشر صدوق. ۱۳۷۶.
- ۳۹) صعیدی عدوی، علی بن أحمد. «حاشیة العدوی علی شرح کفایة الطالب الربانی»، بیروت، دارالفکر. ۱۴۱۴ق.
- ۴۰) صلی الله علیه وسلم، بیروت، «دار إحياء التراث العربی».
- ۴۱) طحاوی، أحمد بن محمد. «شرح معانی الآثار»، مدینه، عالم الکتب. ۱۴۱۴ق.
- ۴۲) طریحی، فخرالدین، «مجمع البحرين»، ۶ جلد، کتابفروشی مرتضوی، تهران - ایران، سوم. ۱۴۱۶.
- ۴۳) طوسی، ابی جعفر محمد ابن حسن «الاستبصار»، قم، دارالکتب الاسلامیه. ۱۳۶۳.
- ۴۴) طوسی، محمد بن حسن (بی تا). «الاستبصار»، تهران، دارالکتب الإسلامیة.
- ۴۵) عدل، مصطفی، «حقوق مدنی»، تهران، انتشارات خرسندی. ۱۳۹۴.
- ۴۶) العربی.
- ۴۷) علامه حلی، حسن بن یوسف (بی تا). «إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان»، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعة المدرسين بقم المشرفة.
- ۴۸) عمرانی شافعی، یحیی بن أبی الخیر. «البيان فی مذهب الإمام الشافعی»، جده، دارالمنهاج. ۱۴۲۱ق.
- ۴۹) قاری، علی بن محمد. «مرقاة المفاتیح شرح مشکاة المصابیح»، بیروت، دارالفکر. ۱۴۲۲ق.
- ۵۰) قدوری، أحمد بن محمد. «مختصر القدوری فی الفقه الحنفی»، بیروت، دارالکتب العلمیة. ۱۴۱۸ق.
- ۵۱) قشیری نیشابوری، مسلم بن حجاج (بی تا). «المسند الصحیح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله».

- ۵۲) کاتوزیان، ناصر. «مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوق ایران»، چاپ دوازدهم، تهران، انتشارات به نشر. ۱۳۶۹.
- ۵۳) کاتوزیان، ناصر، «دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت»، تهران، نشر میزان. ۱۴۰۰.
- ۵۴) کاسانی حنفی، أبو بکر بن مسعود. «بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع»، بیروت، دارالکتب العلمیه. ۱۴۰۶ق.
- ۵۵) کلینی، محمد بن یعقوب. «الفروع من الکافی»، تهران، دارالکتب الاسلامیه. ۱۳۶۷.
- ۵۶) محقق حلی. «شرایع الاسلام»، بیروت، دار الاضواء. ۱۴۰۱.
- ۵۷) محقق حلی، حسن بن یوسف، «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام»، تهران، موسسه الاعلمی. ۱۳۸۹.
- ۵۸) محقق داماد، سید مصطفی. «اخذ به شفعه و وصیت». تهران، مرکز نشر علوم اسلامی. ۱۳۷۷.
- ۵۹) مرداوی حنبلی، علی بن سلیمان، (بی تا). «الإنصاف فی معرفه الراجح من الخلاف»، بیروت، دار احیاء التراث.
- ۶۰) مصر، «شركة مكتبة و مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده».
- ۶۱) مغنیه، محمد جواد. «الفقه علی مذاهب الخمسه»، بیروت، دارالکتب. ۱۳۹۴.
- ۶۲) مقدسی، عبدالرحمن بن ابراهیم. «العدة شرح العمدة»، قاهره، دارالحديث. ۱۴۲۴.
- ۶۳) نجفی، شیخ محمدحسن. «جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام»، چاپ سوم، تهران، انتشارات دارالکتب الاسلامیه. ۱۳۶۷.
- ۶۴) نسفی، عبدالله بن أحمد. «کنز الدقائق، دارالبشائر الإسلامیه». ۴۳۲ق.
- یزدی، سید محمد کاظم. «عروة الوثقی»، تهران، انتشارات آخوندی. ۱۳۵۴.

Examining the approach of Shia, Sunni jurisprudence and civil law to the transfer of the right of intercession

Mahnaz Taheri¹

Abstract

One of the inalienable rights of man over his property is the right to transfer property. The owner's ability to take possession of any property is a general rule in all legal systems, which of course has exceptions. The purpose of this research is to investigate the approach of Shia, Sunni and civil law to the transfer of the right of intercession. This article examines the right of intercession in a descriptive, analytical way and using documentary sources and whether it is transferable. The findings of the research have shown that the right can be transferred if it has property, and this can be proven for the right of intercession. On the other hand, conditions such as realization of the sale transaction, immovable property, existence of a partnership are necessary for the transfer of the right of intercession; Therefore, based on the results of the research, firstly, the right can be transferred if it has property. Secondly, the conditions for the transfer of the right of intercession prove that it cannot be transferred to another. Fourthly, regarding the transfer of the right of intercession to the heirs, with the explanation that the heirs of a person are the continuation of his financial personality, therefore, it is not necessary that the voluntary transfer to foreigners and the forced transfer to inheritance are subject to a ruling, the transfer of the right of intercession to the heirs becomes possible.

Key words: intercession, right of intercession, transfer, owner, partnership, property, immovable property.

¹. PhD student, hr.aban30@gmail.com