

بررسی حق شفعه از نظر معیار قابلیت نقل وانتقال

سعید خدادادی (نویسنده
مسئول)

استادیار گروه معارف، دانشگاه لرستان.

محمد ولایتی زاده

مربی گروه معارف دانشگاه امام خامنه ای، رشت - زیباکنار، ایران

ابوالفضل ارشادی تبار

مربی گروه معارف دانشگاه آزاد، برازجان، ایران

فاطمه فرامرزی

سطح چهار رشته فقه خانواده

(حوزه امام حسن مجتبی تهران)

فصلنامه علمی فقه و حقوق نوین

Print ISSN: 2717- 1469
Online ISSN: 2717 – 1477

ISC.SID.NOORMAGZ.MAGIRAN
GOOGLESCHOLAR.ENSANI
www.jaml.ir

سال ۱۴۰۴، سال ششم، شماره ۲۳،

صفحات ۱-۱۴

چکیده

یکی از حقوق مسلم انسان بر اموالش، حق نقل وانتقال آن است. توانایی مالک نسبت به هرگونه تصرف در اموال در جملگی نظام‌های حقوقی به‌عنوان یک قاعده کلی، البته استثنائاتی دارد، موردپذیرش قرار گرفته است. در تحلیل این قاعده کلی، عمده توجه به حقوق مالی محدود است و وجود چنین سلطه مالکانه‌ای در حقوق غیرمادی با تردیدهایی روبروست. امکان نقل وانتقال حقوق غیرمادی و مالیت داشتن و نداشتن آنها با ابهاماتی روبروست. فلذا این نوشتار به روش توصیفی تحلیلی و با استفاده از منابع اسنادی به بررسی حق شفعه و اینکه آیا قابلیت نقل وانتقال را دارد، پرداخته است که دستاوردهایی را به دنبال داشته است، ازجمله اینکه 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 تحقق معامله بیع، اموال غیر منتقول بودن، وجود داشتن شراکت. 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 در مقابل برخی دیگر قائل به عدم انتقال حق شفعه به غیر هستند که برای اثبات مدعای خود دلایلی را ذکر می‌کنند. این قول دارای قوت است.

شفعه، حق شفعه، نقل وانتقال، شراکت.

واژگان کلیدی:

Examining the right of pre-emption in terms of the criterion of transferability

Scientific Journal of Modern
Jurisprudence and Law

Print ISSN: 2717- 1469
Online ISSN: 2717 - 1477

Profile in ISC, SID, Noormags,
Magiran, Ensani,
GoogleScholar
www.jaml.ir

Year 2025, Sixth year, Issue 23

Pages 1-14

Saeed Khodadadi
(Author)

Assistant Professor, Department of Education, Lorestan University.

Mohammad
Velayatizadeh

Instructor, Department of Education, Imam Khamenei University, Rasht-Zibakenar, Iran

abolfazl ershadi tabar

Instructor, Department of Education, Azad University, Borazjan, Iran

Fatemeh Faramarzi

Level 4, Family Jurisprudence (Imam Hassan Mojtaba Seminary, Tehran)

Abstract

One of the indisputable rights of man over his property is the right to transfer it. The ability of the owner to dispose of property in any way has been accepted in all legal systems as a general rule, although there are exceptions. In analyzing this general rule, the main attention is limited to financial rights, and the existence of such ownership dominance in intangible rights is faced with doubts. The possibility of transferring intangible rights and whether or not they have property is faced with ambiguities. Therefore, this article has examined the right of pre-emption and whether it is transferable using a descriptive-analytical method and documentary sources, which has led to some achievements, including that the right can be transferred if it has property, which was proven for the right of pre-emption. Furthermore, for the transfer of the right of pre-emption, conditions such as the realization of a sale transaction, immovable property, and the existence of a partnership are required. But as for whether the right of pre-emption can be transferred to others or not? There are two opinions, some of which believe that it can be transferred, because any right that has value can be transferred, while others believe that the right of pre-emption cannot be transferred to others, citing reasons to prove their claim. This opinion is valid.

Keywords: Preemption, right of preemption, transfer, partnership.

JEL Classification: Jurisprudence - Law - Criminal and Criminology - International Law - Private Law

مقدمه

یکی از مباحث مهم حقوق بحث شفعه است، از نظر و دیدگاه قانون مدنی ایران، یکی از اسباب چهارگانه مالکیت اعمال شفعه می‌باشد 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 حصه‌ی 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. حق شفعه از جمله حقوق مالی است که از روی اجبار و اختیار قابل نقل و انتقال به غیر می‌باشد، ولی در محدوده‌ی انتقالات ارادی با نوعی محدودیت روبرو هستیم، آن هم اینکه چون حق شفعه وابسته به اصل ملکیت مال غیر، مال منقول می‌باشد، به صورت تبعی منتقل می‌شود که می‌توان آن را به طور مجزا و مستقل به دیگری منتقل نمود.

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 می‌باشد، 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 مدتی از مواد اسباب تملیک شفیع بوده است، اعمال و اخذ به شفعه را در زمره و ردیف احیا اراضی موات، حیات 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.

اما در نوشتار حاضر به بررسی چگونگی نقل و انتقال حق شفعه به غیر است به این صورت که برای انتقال حق شفعه شرایطی لازم است که بعد از محقق شدن این شرایط، این سؤال مطرح می‌شود که آیا صاحب حق شفعه می‌تواند آن حق را به غیر منتقل نماید یا خیر؟، لذا با بررسی فقه و حقوق به این سؤال پاسخ داده می‌شود.

مفهوم نقل و انتقال

انتقال مصدر باب افتعال از ریشه «نقل» به معنای از جای به جای دیگر رفتن، جابه‌جا شدن و... آمده است. در فقه با جابه‌جا شدن مالکیت یک مال از کسی به دیگری است (فراهدی، ۱۴۰۹ق: ۱۶۲/۵). نقل و انتقال به معنی جابه‌جا شدن، از جایی بجای دیگر رفتن، نقل کردن، در فارسی به معنی واگذاری چیزی از مال خود به دیگری، و نیز درک کردن و دریافت مطلبی (صاحب بن عباد، ۱۴۱۴ق: ۴۲۱/۵).

اما در اصطلاح نقل و انتقال به معنی انتقال اموال از یک نفر به نفر دیگر را گویند (آیتی و منتظری، ۱۳۹۵: ۲۵). به معنای نقل و انتقال قسمتی از سرمایه شرکت سهامی (اعم از سهامی

پذیرش این اقسام به‌طور هم‌زمان به‌وسیله شارع مقدس باشد. در قرآن کریم، واژه‌هایی از قبیل «أَمْوَالُكُمْ» (نساء: ۲۹)، «مَتَاعًا لَّكُمْ» (نازعات: ۳۳)، «أَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقْنَاكُمْ» (بقره: ۲۵۴)، «جَعَلَ لَكُم مِّنْ بُيُوتِكُمْ» (نحل: ۸۰) فراوان به چشم می‌خورد که حاکی از پذیرش مالکیت خصوصی است. در فقه، ابواب تجارت، رهن، اجاره، غصب و شفعه فرع بر پذیرش مالکیت خصوصی و مالکیت مشاع است. (اصغری آق‌مشهدی، ۱۳۸۵: ۷۷).

فقها در قالب عبارات متفاوت و با مضمونی واحد، حق شفعه (شفیع) به‌منظور استیفای آن اعمال می‌کند. فقها در قالب عبارات متفاوت و با مضمونی واحد، حق شفعه را تعریف کرده‌اند که کامل‌ترین آنها تعریف علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام است: «اشفعه هی استحقاق انتراع الشریک شریک المنتقله عنه بالبیع»، یعنی شفعه عبارات است از استحقاق شریک به تملک حصه شریک دیگر که از طریق بیع به دیگری منتقل شده است. (محقق حلی، ۱۴۰۹ق: ۴/۷۷۶).

مالی بودن حق شفعه

سؤالی که اینجا مطرح می‌شود، اینکه آیا حق شفعه مالی است یا غیرمالی؟ زیرا حق در صورتی که مالی باشد، قابلیت انتقال پیدا کردن را پیدا می‌کند. اما حق در یک تقسیم‌بندی به مالی و غیرمالی تقسیم می‌شود. حق مالی آن است که متعلقش مال می‌باشد، خواه آن مال عین باشد، خواه منفعت، خواه انتفاع و خواه حق (مانند حق تحجیر) (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷: ۲۲۶). حق غیرمالی حقی است که ارزش اقتصادی ندارد، مانند حق زوجیت، حق ابوت و بنوت (همان: ۲۲۳).

اختیار تملک قهری سهم فروخته‌شده را قانون مدنی حق نامیده است؛ امتیازی که قانون به خاطر حفظ منافع شریک

خاص و سهامی عام) است. مطابق با قانون تجارت، نقل‌وانتقال سهام از وظایف مجمع عمومی فوق‌العاده به شمار می‌رود که مانند سایر تصمیم‌گیری‌های این مجمع با تصمیم دوسوم آرای سهامداران حاضر در جلسه قانونی و معتبر خواهد بود (انصاری و طاهری، بیتا، ۱/۴۶۷).

مفهوم حق شفعه

«شفعه» به ضم شین و سکون فاء و فتح عین در اصل به معنای تقویت کردن، یاری‌نمودن و فزونی است، چراکه شفیع، مبیع را به ملک خویش ضمیمه می‌نماید، یعنی ملک خود را به‌واسطه مبیع فزونی می‌بخشد. «شفع» نیز به معنای زوج است در برابر «وتر» به معنای تک، پس در موضوع مورد بحث مانند این است که ملک شفیع تک است و به‌واسطه مبیع، جفت می‌شود. هم‌چنین گفته‌شده 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، ۱۴۱۶ق: ۴/۳۵۴).

شفعه به استحقاق تملیک سهم فروخته‌شده شریک شفعه گفته می‌شود. چنانچه یکی از دو شریک ملکی، سهم خود را به فردی سوم بفروشد، شریک دیگر حق دارد با شرایطی سهم فروخته‌شده 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 است (سلطان‌پور، ۱۳۹۵: ۲۳۷). حق شفعه در شرایع محقق اینگونه آورده است: هی استحقاق احد الشریکین حصه شریکه بسبب انتقالها بالبیع (محقق حلی، ۱۳۸۹: ۴/۷۷۶).

در فقه، همه اقسام مالکیت‌ها مورد تأکید قرار گرفته است و آیات و روایات متعدد و ابواب فقهی گوناگون می‌تواند شاهد

که در ذیل برخی از مهم‌ترین شرایط را مورد بررسی قرار داده می‌شود.

۱. اختصاص حق شفعه از طریق بیع و ادله آن

مشهور فقهای امامیه، تحقق حق شفعه برای شریک را زمانی امکان‌پذیر می‌دانند که به شخص ثالث منتقل شود؛ بنابراین طبق نظر ایشان اگر، «بیع» سهم مشاع از طریق انتقال سهم شریک از طرق دیگری مانند: صدق، صدقه، صلح، هبه، اقرار یا سایر اسباب انتقال ملکیت، به شخص ثالث منتقل شده باشد، شریک دوم هیچ استحقاقی نسبت به مشتری جدید ندارد (بحرانی، ۱۴۰۵ ق: ۲۰ / ۲۹۹). طرفداران این دیدگاه برای اثبات ادعای خود به دلایل زیر استناد جسته‌اند:

دلیل اول: روایات و نقد آن: مهم‌ترین دلیلی که برای اثبات دیدگاه مشهور، مطرح گردیده، روایاتی است که در آنها عنوان بیع ذکر شده است و بدین طریق وارد شده‌اند:

روایت اول: حسنه غنوی از امام صادق (ع) است که حضرت فرمودند: «الشفعه فی البیوع اذا کان شریکا فهو أحق بها بالثمن؛ شفعه در بیع است که اگر شریکی باشد در این صورت، ایشان نسبت به آن با پرداخت ثمن سزاوارتر است» (حرّعاملی، ۱۴۰۹ ق: ۲۵ / ۳۹۶). برای اثبات مدعا از طرق مختلف به روایت مذکور استدلال شده است: برخی معتقدند که، روایت مذکور از طریق مفهوم وصف، بر اختصاص شفعه به بیع دلالت دارد (عاملی، ۱۴۲۷ ق: ۵ / ۵۲۸).

برخی دیگر، روایت را ظاهر در قیدیت دانسته و معتقدند که قید بودن بیع در روایت، اقوی از چیز دیگر است (نجفی، ۱۴۰۴ ق: ۳۷ / ۲۶۶).

به واگذار نموده تا به‌دلخواه از آن استفاده نماید. این حق وسیله تملک و تحصیل مال است و به این اعتبار باید آن را حق مالی شمرد. به همین جهت نیز صاحب حق می‌تواند از آن بگذرد با در برابر امتیازی آن را به خریدار واگذار نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۱۵).

حق شفعه همچنین از طریق ارث به بازماندگان شفیع می‌رسد. این امر مورد قبول مشهور فقهاست (نجفی، ۱۴۰۴ ق: ۳۷ / ۲۷۸)، و قانون مدنی در ماده ۸۲۳ نیز آن را بدین بیان مورد پذیرش قرار داده است: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود» و بر آن مهر تأیید می‌زند. «بدین ترتیب، اختیار شفیع همه اوصاف بارز یک حق مالی را داراست» (همان: ۲۱۶).

شرایط انتقال حق شفعه

در ماده ۸۰۸ قانون مدنی می‌گوید: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه (سهم) خود را به‌قصد بیع (فروش) به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است، به او بدهد و حصه مبیعه (سهم فروخته‌شده) را تملک کند که این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند». اخذ به شفعه یکی از اسباب تملک است که ماده ۱۴۰ قانون مدنی، این موضوع را مورد توجه قرار داده است.

فلذا برای منتقل شدن حق شفعه به شریک و اینکه بتواند آن را به دیگری انتقال دهد، شرایطی در فقه و حقوق مدنی مطرح شده است که این شرایط لازم برای منتقل نمودن حق شفعه است اما سؤال اصلی این است که بعد از محقق شدن این شرایط آیا می‌تواند آن حق را به غیر منتقل نماید یا خیر؟

۲. غیرمنقول بودن

در مورد وجود شفعه در خصوص اموال غیرمنقول، در فقه هیچ‌گونه نظر مخالفی ابراز نشده است و تردیدی در آن نیست، ولی در مورد اموال منقول موضوع مورد اختلاف است. گروهی از فقها از جمله مرحوم شیخ طوسی مفید و صدوق و بسیاری دیگر نظر به شمول شفعه بر اموال منقول نیز داده‌اند و حجیت آن را مستند به روایات و اجماع دانسته‌اند که مستند به سخن پیامبر اکرم (ص) می‌نمودند: «الشفعة بین الشركاء فی الارضین و المساکین ... و قال ... لا ضرر ولا ضرار» (حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ۱۰ / ۱۱۲) از فقیهان اهل سنت نیز حکایت شده است که بعضی معتقدند شفعه در کلیه اموال مشاعی، اعم از منقول و غیرمنقول جریان دارد.

مرحوم محقق در شرایع نخست به نفع پیرامون نظریه شمول شفعه در اموال منقول دو دلیل به شرح زیر بیان نمود؛ هر چند که نهایتاً آن را نپذیرفته و قول مخالف را تقویت کرده است:

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

۲- روایت یونس - یونس از بعضی مشایخ خویش نقل می‌کند که از حضرت صادق (ع) سؤال شد: شفعه برای چه کسی است؟ و در چه چیزی نیست و چه کسی صلاحیت اعمال آن

را دارد؟ آیا در حیوانات شفعه وجود دارد یا خیر؟ و اگر وجود دارد چگونه است؟ آن حضرت در پاسخ فرمود: شفعه در همه چیز جایز است اعم از حیوان، زمین و متاع‌های دیگر، آن‌گاه که بین دو نفر شریک فقط شرکت باشد واحد از شریکین نصیب خویش را به فروش رساند، شرکت دیگر حق اولویت دارد و اگر بیش از دو شریک باشند برای هیچ-یک حق شفعه وجود ندارد (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۳۷ / ۲۷۹).

نظریه این دسته توسط گروه کثیری از فقها مردود شناخته شده و آنان شفعه را فقط در اموال غیرمنقول جاری دانسته‌اند بزرگانی چون طبرسی، راوندی، سلا، شهیدین و حتی به قول علامه در تذکره مشهور فقهای امامیه موافق این نظریه می‌باشند. این دسته فقها پس از تضعیف روایت مورد استناد دسته نخست و اظهار تردید در مسئله می‌گویند: چون موضوع شفعه خلاف اصل اولیه یعنی عدم تسلط بر اموال دیگری است، لذا فقط باید به موضوع متیقن اکتفا نمود و موارد تردید را محکوم به حکم اولیه دانست. از فقهای اهل سنت ابوحنیفه، شافعی و احمد بن حنبل شفعه را در اموال منقول ثابت ندانسته‌اند. و از مالک آرا متفاوت نقل شده و گاهی رأی به شفعه در تمام اموال داده است قانون مدنی ایران به پیروی از مشهور امامیه غیرمنقول بودن را شرط دانسته است (پیشین: ۲۸۲).

در مذهب مالکی شفعه را به زمین و باغ و هر آنچه متعلق به زمین است یعنی اموالی که ثابت باشد، مربوط می‌داند و باید غیرقابل انتقال باشد، مانند نهر و چاه و..... ولی در مذهب حنفی انتقال شفعه را در مورد چاه صحیح ولی در عرصه راه و خانه صحیح ندانسته است (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ۶ / ۱۳۴).

بیان می‌دارد: «اگر ملک دو نفر در ممر یا مجری مشترک باشد ...» و نیز در ماده ۸۱۱ چنین ابراز می‌نماید که: «اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد ...» یکی از شارحان قانون مدنی در این مورد بیان می‌دارد: «... برای اینکه اخذ به شفعه ممکن باشد باید عده شرکا بیش از دو نفر باشد، چه در غیر این صورت یعنی در موردی که عده شرکا بیش از دو نفر باشد معلوم نخواهد بود که کدام شیخ یوسف بحرانی: «پوشیده نماند که مقتضای دلیل عقلی و نقلی کتاب و سنت و اجماع، عدم جواز تصرف در مال غیراست مگر به اذن او، و شفعه برخلاف این ادله است که همه مورد اتفاق و اعتماد فقهاست و نیز همه به قوت آنها اقرار کرده‌اند، عمل کرده و از دلیل خارج شده است، پس ناچاریم که در هر موردی غیر از بیع که ادعای جواز شفعه در آن شده است دلیل واضحی از کتاب یا سنت یا اجماعی که بر آن اعتماد می‌کنند در دست داشته باشیم تا بتوانیم از پوشش این ادله خارج شویم، و نهایت چیزی که ما در اخبار در مورد شفعه یافتیم، جواز شفعه در انتقال فقط با بیع است و بر مدعی جواز شفعه در انتقال به غیر بیع است تا در این مورد دلیل بیاورد تا از عموم ادله قاطع که می‌گوید تصرف در مال غیر جایز نیست مگر به اذن صاحب آن خارج گردد» (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۲۰/۲۹۹).

وضعیت حق انتقال شفعه

از دیدگاه قانون مدنی ایران یکی از اسباب چهارگانه مالکیت، اعمال شفعه است که به موجب آن شفیع، مالک سهم شریکش می‌گردد. بنا به تعریف ماده ۸۰۸ قانون مدنی "هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک، حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او

در این مکتب هر وقت کسی سهم مشاع خویش را از درخت و بنا به تبع زمین محل آن بفروشد یا به دیگری انتقال دهد، شریک می‌تواند آن را اخذ به شفعه کند، ولی چنانچه سهم مشاع از درخت و بنا بدون زمین محل آن فروخته گردد. اگرچه قطعه زمینی از محل دیگر ضمیمه آن کند، شریک حق شفعه پیدا نخواهد کرد. در موادی مانند: خانه‌ها و منازل اگر فروشنده در یک معامله کالایی را با سهم مشاعی که از خانه‌اش مشترک دارد یا سهم مفروض از خانه‌ای را با سهم مشاع از خانه‌ای دیگر را بفروشد، انتقال از این جهت باشد، شریک او تنها سهم مشاع حق شفعه دارد و می‌تواند اخذ به شفعه کند و آنچه از کل بها که در مقابل این سهم قرار گرفته است را به مشتری بپردازد، هرچند نزدیک به احتیاط است که رضاست طرفین رعایت گردد.

۲. لزوم شرکت

منظور این است که حق شفعه برای کسی به وجود می‌آید که با دیگری در مال مورد شفعه در هنگام بیع شریک باشد، به بیان دیگر: اگر قبل از بیع، تقسیم صورت گرفته باشد، حق شفعه وجود نخواهد داشت. و نیز همسایه، حق شفعه ندارد چراکه شریک نیست. قانون‌گذار در ماده ۸۰۸ قانون مدنی، صراحتاً اشتراک در حال مورد شفعه را از شروط ایجاد حق شفعه می‌داند: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد ...» (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ۲۰/۲۹۹).

۳. محدود بودن شرکا به دو نفر

مقنن در مواد چندی از قانون مدنی به لزوم محدود بودن شرکا به دو نفر اشاره کرده و تبعیت خویش از نظر مشهور را ابراز نموده است. در ماده ۸۰۸ می‌گوید: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد ...» در ماده ۸۱۰

صورت دوم این است که شفیع بعد از آگاهی برحق شفعه خود اقدام به انتقال سهم خود کند. در مورد این صورت نیز دو حالت متصور است:

حالت اول این است که شفیع در عقد بیع تصریح به انتقال حق شفعه به خریدار بنماید. حالت دوم این است که شفیع در عقد بیع تصریح به انتقال حق شفعه به خریدار ننماید.

در تمام صور و حالات فوق، می‌توان به قطع بیان نمود که حق شفعه به انتقال گیرنده منتقل نمی‌شود، چراکه شارع مقدس این حق را به کسی داده است که در حین بیع، شریک بایع بوده است و شخص انتقال گیرنده در زمان بیع هیچ سمتی را داده نبوده، لذا حق شفعه به او منتقل نمی‌شود. در این امر، 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: ۳۴).

یکی از حقوقدانان در این زمینه بیان می‌دارد: «تردید در فرضی ایجاد می‌شود که صاحب حق، سهم خود را همراه با همه امتیازهای آن انتقال می‌دهد، زیرا انتقال گیرنده نیز از اشاعه زیان می‌بیند و قائم مقام خاص صاحب حق (شریک) نیز هست. باوجوداین، انتقال نیافتن حق شفعه قوی‌تر است. زیرا، ضرری که شفعه برای احتراز از آن برقرار می‌شود، تحمل شریک ناخوانده و قهری و درخواست تقسیم است. در فرض ما، چون فروش سهم در زمانی انجام می‌شود که خریدار سهم شریک قدیم مالک آن سهم و شریک فروشنده است، خریدار با وضعی ناخواسته روبرو نمی‌شود. برعکس، خریدار نخستین با چنین وضعی روبرو است و می‌تواند مبیع را به قهر تملک کند و از خریدار جدید بگیرد. استثنایی بودن تملک قهری نیز

بدهد، و حصه مبیعه را تملک کند.» بدین ترتیب بحث اخذ به شفعه از موارد مهم فقه و حقوق مدنی است.

از آنجایی که شفعه و مانند آن نوعی حق برای دارنده آن محسوب می‌شود، مبحث چگونگی ماهیت این حق و غیرقابل انتقال بودن آن به غیر، از مطالب جالب توجه است و اینکه شفعه و حق ناشی از آن ماهیت مالی دارد، تبعاً در بحث اموال قرار می‌گیرد. لذا آنچه در زمینه‌ی اموال مورد گفتگو قرار می‌گیرد، در اینجا نیز مورد توجه است.

مسئله این است که آیا شخص شفیع این حق را دارد که حق شفعه به وجود آمده را در برابر دریافت عوضی به دیگران انتقال دهد یا خیر؟ در مورد انتقال حق شفعه به دیگران دو فرض متصور است:

فرض نخست این است که شخص بخواهد حق شفعه خود را مستقل از سهم خود به دیگری بفروشد، در این مورد گفته شده که چون خریدار شرکتی در ملک ندارد از اشاعه یا وجود شریک جدید زیان نمی‌بینند تا امکان اجرای حق را بیابد، لذا حق شفعه بدین صورت قابلیت انتقال به دیگران را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۰).

فرض دوم این است که صاحب حق، سهم خود را همراه با همه امتیازهای آن انتقال دهد، زیرا انتقال گیرنده نیز از اشاعه زیان می‌بیند و قائم مقام خاص شفیع (صاحب حق) نیز هست. در این مورد نیز دو صورت را می‌توان تصور نمود:

صورت اول این است که شفیع قبل از آگاهی برحق شفعه خود اقدام به انتقال سهم خود نماید.

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 منطقی 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، چنانکه گفته شد، 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.

ب) یکی از شرایط ایجاد حق شفعه محدود بودن شریکان ملک به دو شخص است (ماده ۸۰۸ قانون مدنی) در حالی که احتمال دارد وارثان شریک متعدد باشند. ولی در پاسخ این اشکال گفته شده است که شرط محدود بودن شمار شریکان مربوط به مرحله ایجاد حق است نه اجرای آن. در فرض ما، بیع سهم شریک در زمانی واقع شده که ملک بیش از دو شریک نداشته و همین اندازه برای ایجاد حق کافی است و تعدد شریکان در مرحله اخذ به شفعه با استقرار آن منافات ندارد» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۱۸).

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 اجرای آن قید مباشرت شخص مستتر باشد» (عدل، ۱۳۴۲: ۵۱۱).

حق شفعه همچنین از طریق ارث به بازماندگان شفیع می‌رسد. این امر مورد قبول مشهور فقهاست (نجفی، ۱۴۰۴ق: ۳۷/۲۷۸)، و قانون مدنی در ماده ۸۲۳ نیز آن را بدین بیان

به این تمایل قوت بیشتری می‌بخشد، زیرا باید حکم شفعه را به گونه‌ای تفسیر کرد که تنها شامل مصرحات شود و توسعه نیابد» (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۲۱).

در بحث پیش رو به این نتیجه می‌رسیم که حق شفعه از جمله حقوق مالی است که هم قهراً و هم اختیاراً قابل انتقال به غیر است، ولی در محدوده انتقالات ارادی با نوعی محدودیت روبرو هستیم و آن نیز این است که چون حق شفعه وابسته به اصل ملکیت مال غیر منقول است به صورت تبعی منتقل می‌شود و نمی‌توان آن را به طور مجزا و مستقل به دیگری منتقل نمود و همین مبحث آن را از سایر حقوق مالی جدا می‌سازد. (انصاری، ۱۳۷۲: ۲۱۴).

بعضی از بزرگان یکی از شرایط شفعه را «فوریت» می‌دانند (پیشین: ۲۱۵). همین مفهوم را می‌رساند که پیش از تحقق شرایط، هنوز حق شفعه‌ای نیست که بحث شود آیا منتقل می‌شود یا نه؟ بلکه وقتی شرایط ایجاد شد امکان اجرای این حق پیش می‌آید که یکی از آن شرایط هم معامله با فرد ثالث از طرف یکی از دو شریک است.

در اینجا اشکالی مطرح می‌شود که چگونه امکان دارد که حق شفعه به وراثت انتقال پیدا کند، یعنی قابلیت انتقال به غیر را دارد، پس چگونه امکان انتقال به غیر وراثت توسط خود شخص امکان ندارد. در جواب می‌توان گفت قانون‌گذار در ماده ۸۲۳ صراحتاً از نظر مشهور پیروی کرده و چنین حکم می‌دهد: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود».

«این حکم از لحاظ نظری با دو اشکال مهم روبرو است:

الف) می‌دانیم که حق شفعه برای جلوگیری از ضرر شریک است و به همین جهت او نمی‌تواند این حق تملک قهری را به

آیا کسی قائل هست به این که حق قذف از مرده به ورثه اش منتقل می‌شود؟ بلی اگر کسی بگوید اولیای میتی که دشنام شده حق دارند نسبت به دشنام‌دهنده اقامه‌ی دعوا کنند، پاسخ این است که این حق از متوفی به ارث نمی‌رسد، بلکه خود این افراد این حق را دارند. بنابراین حق هم اگر در زمان حیات متوفی ایجاد نشده به ارث نمی‌رسد و همچنین حق «شفعه» هم اگر در زمان حیات فرد موجب‌اتش فراهم نشده به ارث نمی‌رسد (سنه‌وری، ۱۳۹۳: ۱۲۱).

یکی دیگر از مواردی که حق هست ولی به ارث نمی‌رسد حق «رجوع» در طلاق رجعی است. اگر مردی زنش را به طلاق رجعی طلاق دهد و قبل از سرآمد مدت عده بمیرد، آیا ورثه‌ی این متوفی می‌توانند به‌عنوان ارث ادعای رجوع نمایند؟ مسلماً این حق به ارث نمی‌رسد؛ زیرا مالی نیست. لذا این‌طور نیست که هر حقی قابل ارث رسیدن باشد. بتوان حق «شفعه» را هم داخل آنها دانست و قائل شد به این که چون همه‌ی حقوق به ارث می‌رسند پس حق شفعه هم چنین است. بلکه باید به ادله محکم استناد نمود.

بنابراین با این که حق شفعه یک حق مالی است ولی نمی‌توان گفت که چون مانند سایر حقوق مالی، جزء اموال به شمار می‌رود، پس، به‌طور مطلق قابل انتقال است. زیرا: چنان که بارها گفتیم، حق شفعه یک حق استثنایی است. از این‌رو، 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

موردپذیرش قرار داده است: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود» و بر آن مهر تأیید می‌زند. «بدین ترتیب، اختیار شفیع همه اوصاف بارز یک حق مالی را داراست. کانون تردید در این نکته است که به‌طور معمول حق مالی قابل انتقال به دیگران است و ارزش آن را همین امکان دادوستد معین می‌کند، درحالی که استفاده از حق شفعه ویژه شریک است و او نمی‌تواند آن را به‌رایگان یا در برابر مبلغی به دیگران واگذار کند. این منع را قانون مدنی به‌صراحت بیان نکرده است، ولی از سابقه تاریخی و طبیعت حق به‌خوبی استفاده می‌شود: حق شفعه برای جلوگیری از ضرر شریک و از بین بردن ماده نزع در اداره و انتفاع از املاک است؛ به‌بیان 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. درنتیجه 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، ۱۳۷۴: ۲۱۶).

البته در اینجا قول دیگری وجود دارد که قائل به این است که حق شفعه به وراث انتقال پیدا نمی‌کند و برای اثبات مدعای خویش مواردی از حقوق را مطرح می‌کند که به وراث منتقل نمی‌شوند؛ فلذا این حق نیز مانند آن‌هاست:

در بحث قذف که بعضی از قائلین به ارث حق شفعه به‌عنوان شاهد بر مدعای خود آورده‌اند می‌گویند: همان‌طور که حق قذف به ارث می‌رسد پس حق شفعه هم به ارث باید برسد، پاسخ این است که اگر زنده بود حد قذف پیش می‌آمد،

که در قالب بیع باشد؛ فلذا چون فروشنده حق بیع و خریدار آن، بینشان معامله‌ی 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 غیری که شریک نیست، وجود ندارد.

نتیجه‌گیری

بعد از بررسی‌هایی که در زمینه‌ی 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

به وجود آمده بود، سهم شفیع از ملک غیرمنقول، به وراثت 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 نیست به سهم او با ثالث (مشتری) واقع شود، فوت کند، در این صورت، سهم این شریک از ملک مشاع (مشترک) به وراثت او منتقل می‌شود و اگر این وراثت یک نفر باشد و به علت این که با شریک دیگر باقی‌مانده در ملک، دو شریک می‌شوند باز هم حق شفعه برای این وراثت به تبع مالکیت او نسبت به سهم مورث وی وجود خواهد داشت.

پس هرگاه، شریک دیگر ملک، سهم خود را بفروشد، وراثت منحصر شریک دوم، حق شفعه خواهد داشت. برعکس وقتی وراثت شریک متوفی چند نفر باشند، با این که سهم این شریک، به این وراثت منتقل می‌شود دیگر حق شفعه به آنان منتقل نمی‌شود؛ زیرا: در این مورد وجود چند وراثت با شریک دیگر ملک، خارج از بحث شفعه است که از شروط آن، وجود فقط دو مالک بر ملک غیرمنقول قابل تقسیم است.

مورد غیرممکن بودن انتقال حق شفعه، این است که یکی از دو شریک، بدون این که عنوان شفیع را داشته باشد، بخواهد حق شفعه خود را به موجب قرارداد (مثلاً قرارداد بیع) به ثالث انتقال دهد. خواه با سهم خود در ملک مشاع یا بدون آن. در صورت اول، این حق وجود نخواهد داشت تا بتوان آن را انتقال داد؛ زیرا چنین حقی در برابر سهم یکی از دو شریک برای شریک دیگر (شرک باقیمانده در ملک) به وجود می‌آید، نه برای شریک فروشنده سهم خود (حمیتی واقف، ۱۳۹۰: ۱۳).

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

منابع

قرآن کریم

۱. آیتی، سید محمدرضا و منتظری، زهرا (۱۳۹۵)، وضعیت نقل و انتقال شفعه در منظر فقه و حقوق مدنی، نشریه دانش حقوق مدنی، دوره ۵، شماره ۱.
۲. اصغری آقمشهدی، فخرالدین (۱۳۸۵)، شرایط اخذ به شفعه در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲ و ۳.
۳. امامی، سید حسن (۱۳۴۹)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامیه.
۴. انصاری، مرتضی (۱۳۷۲)، مکاسب، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه.
۵. البحرانی، الشیخ یوسف (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة، مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الاولى.
۶. حمیتی واقف، احمدعلی (۱۳۹۰)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات جاودانه.
۷. حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ق)، وسائل الشیعة، ۳۰ جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، قم - ایران، اول.
۸. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۷)، مبسوط در ترمینولوژی، تهران: گنج دانش.
۹. خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، ۷ جلد، مؤسسه اسماعیلیان، قم - ایران، دوم.

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 ثابت‌کننده عدم قابلیت انتقال به غیراست، 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.

بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که با توجه به اینکه حق شفعه، مالیت دارد و همچنین قابل انتقال به وراثت می‌باشد؛ فلذا قابلیت انتقال به غیر را نیز داراست.

سپاسگزاری

از معاونت محترم پژوهشی به خاطر حمایت حمایت معنوی در اجرای پژوهش حاضر سپاسگزاری می‌شود.
از آقای دکتر عبدالله عزیززاده به خاطر بازبینی متن مقاله و ارائه نظرهای ساختاری تشکر و قدردانی می‌شود.
از داوران محترم به خاطر ارائه نظرهای ساختاری و علمی سپاسگزاری می‌شود.
نگارندگان بر خود لازم می‌دانند از آقای دکتر محمد رسول آهنگران به خاطر مطالعه متن مقاله حاضر و ارائه نظرهای ارزشمند سپاسگزاری نمایند.

۱۰. سلطان‌پور، صادق (۱۳۹۵)، بررسی تطبیقی حق شفعه در فقه اهل

سنت و حقوق ایران، مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه، سال ۲،

شماره ۳.

۱۱. سنه‌وری، عبدالرزاق (۱۳۹۳)، الوسيط فی شرح القانون المدنی

الجديد، بیروت، دارالاضواء.

۱۲. صاحب بن عباد، کافی الکفاة، اسماعیل بن عباد (۱۴۱۴ق)، المحيط

فی اللغة، ۱۰ جلد، عالم الكتاب، بیروت - لبنان، اول.

۱۳. طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ق)، مجمع البحرین، ۶ جلد، کتابفروشی

مرتضوی، تهران - ایران، سوم.

۱۴. عاملی، سید محمدحسین (۱۴۲۷ق)، الزبده الفقهیه فی شرح الروضة

البهیة، قم، دارالفقه.

۱۵. عدل، مصطفی (۱۳۴۲)، حقوق مدنی، تهران، انتشارات امیرکبیر.

۱۶. فراهیدی، خلیل بن احمد (۱۴۰۹ق)، کتاب العین - قم، هجرت، چاپ

دوم.

۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، نشر

یلدا.

۱۸. ----- (۱۳۹۳)، حقوق مدنی - ایقاع، شماره ۱۲۳.

۱۹. محقق حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۰۹ق)، شرایع الاسلام فی مسائل

الحلال و الحرام، تهران، استقلال.

۲۰. نجفی، صاحب الجواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ق)، جواهر الکلام فی

شرح شرائع الإسلام، ۴۳ جلد، دار إحياء التراث العربی، بیروت -

لبنان، هفتم.