

## «ارث حق شفعه»

دکتر سیامک ره پیک \*

«۸۱/۵/۲۹»

نویسنده مقاله در ابتدا با ذکر یک مقدمه به تطبیق مفهوم شفعه در برخی نظام‌های حقوقی و تبیین مبانی عرفی اخذ به شفعه پرداخته است. در ادامه مقاله چند موضوع اصلی در ارث حق شفعه مطرح گردیده است. این موضوعات عبارتند از: قابلیت توارث حق شفعه، نحوه تقسیم حق شفعه بین وارث، حق شفعه زوجه، تأثیر اسقاط حق شفعه از سوی برخی از ورثه. مطالب مقاله به صورت استدلالی و با استناد به متون حقوقی و کتب فقهی امامیه و عامه تنظیم شده است.

### کلید واژه‌ها:

شفعه، ارث، زوجه، اسقاط حق شفعه، حقوق تطبیقی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

## مقدمه

## ۱- مفهوم تطبیقی

در فرهنگ‌های لغات، اعم از عمومی و تخصصی، معمولاً (حق) شفعه با کلمه (pre - emption) معادل دانسته شده است. بدون شک «شفعه» اصطلاح خاصی است که با توجه به معنای لغوی آن در خصوص، تأسیس حقوقی مزبور بکار رفته است و بنظر نمی‌رسد بتوان از کلمه (pre - emption) به طور دقیق، به عنوان مترادف شفعه استفاده نمود.

واژه (pre - emption)، به طور کلی انواعی از حق تقدم را در بر می‌گیرد که ممکن است با حق تقدم در شفعه از جهاتی تفاوت داشته باشد. در برخی از فرهنگ‌های حقوقی، در توضیح این واژه، گفته شده است که آن، حق تقدم در خرید مال برای یک فرد نسبت به دیگران می‌باشد که در برخی از موارد توسط قانون و در موارد دیگری از طریق قرارداد ایجاد می‌گردد. دو مورد از موارد بکارگیری این اصطلاح عبارتست از: الف - حق تقدم خریدهای سلطنتی در انگلیس بر سایر خریداران در مواردی که کالا مورد استفاده خانواده سلطنتی است (این حق در ۱۶۶۰ م. منسوخ شد).

ب - در حقوق بین‌الملل، حقی است برای حکومت نسبت به خرید اموال اتباع بیگانه در هنگام انتقال آنها به کشورهای خود (این حق در حال حاضر به موارد خاصی، مانند زمان جنگ محدود شده است)<sup>(۱)</sup>.

در برخی از فرهنگ‌های حقوقی دیگر، (pre - emption) نظریه‌ای است که به وسیله دادگاه عالی آمریکا اتخاذ شده و بر طبق آن، قوانین فدرال بر قوانین ایالتی تقدم و حکومت دارد. همچنین اصطلاح، (pre - emption right) به معنای امتیازی است که دولت به ساکن بخشی از املاک عمومی در مورد خرید آن بخش می‌دهد. شخصی که در زمین عمومی سکونت داشته یا در بخشی از آنها به کشت پرداخته است حق تقدم نسبت به سایر افراد در خرید زمین مزبور دارد. این تعبیر در مورد «حق تقدم سهامداران در خرید سهامی که جدیداً صادر می‌شود» نیز بکار رفته

است<sup>(۱)</sup>.

در حقوق فرانسه نیز تأسیسی به نام حق استرداد<sup>(۲)</sup> وجود دارد که شبیه به شفعه می‌باشد. این حق به طور خاص در اموال منقول وجود دارد (و در برخی از موارد در مجموع اموال منقول و غیر منقول). بنظر برخی از نویسندگان تأسیس حق استرداد از حقوق فرانسه و تأسیس شفعه از حقوق اسلام گرفته شده است.<sup>(۳)</sup>

در حقوق فرانسه حق استرداد مربوط به حق اشاعه‌ای است که به سبب ارث ایجاد شده است. همچنین برخلاف شفعه که تنها با عقد بیع به وجود می‌آید حق استرداد از طریق هر معامله‌ای ممکن است بوجود آید.<sup>(۴)</sup> فلسفه جعل شفعه دفع ضرری است که از ناحیه شریک جدید ایجاد می‌شود ولی در حق استرداد دلیل اصلی ایجاد حق، حفظ اسرار ماترک و جلوگیری از ورود افراد بیگانه در محیط خانواده ذکر شده است.<sup>(۵)</sup> حق استرداد در ماده ۸۴۱ قانون مدنی فرانسه مطرح شده است. البته در قانون مدنی فرانسه انواع دیگری از حق تقدم وجود دارد (ر.ک به مواد ۱۶۹۹-۱۷۰۱) اما ظاهراً تنها تأسیس حق استرداد قابلیت مقایسه با حق شفعه را دارد و از جهت حقوق تطبیقی قابل بررسی و مطالعه است.

به هر حال با توجه به مطالب فوق، نمی‌توان حق شفعه در حقوق داخلی را به طور مطلق با (pre - emption) در حقوق خارجی معادل دانست و چنانچه حق شفعه در مورد مطلق حق تقدم یا حق تقدم در خرید بکار برده شود لازم است توضیحات کافی در تعریف اصطلاح (pre - emption) و انواع آن همانگونه که در برخی از فرهنگ‌های حقوقی مورد توجه بوده است<sup>(۶)</sup> ذکر گردد.

## ۲- مبانی عرفی - حقوقی شفعه

همانگونه که بیان شد شفعه با شرایط خاص خود از اختصاصات حقوق اسلام

1- H.Black, Black's Law Dictionary.

2- retrait d'indivision.

۴- همان، ج ۸ ص ۸۵۱ پاورقی ۱.

۳- عبدالرزاق احمد السنهوری، ج ۸ ص ۸۵۱.

۵- همان، ج ۸ ص ۸۵۲ پاورقی.

۶- دیوان داورى دعاوى ایران در لاهه، فرهنگ اصطلاحات حقوقی (انگلیسی به فارسی).

است. لذا در تبیین مبانی حقوق عرفی آن محدودیت‌هایی وجود دارد و دست یافتن به علت حقیقی جعل چنین حقی، به طور جزئی، تا حدی دشوار است. اما کلیاتی از این مبانی و احتمالاتی از جهت فلسفه حکم مزبور قابل طرح است که بحث از آن مفید خواهد بود:

### الف - مطابق اصل یا خلاف اصل بودن شفعه:

اصل کلی در حقوق اسلام و همچنین حقوق عرفی آن است که هیچ کس نمی‌تواند بدون اجازه در مال دیگری تصرف کند. خروج از این اصل کلی با تحقق اسباب خاصی تجویز شده است.

در حقوق اسلام، با استناد به دلایلی، مانند «لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الا ان تکون تجارة عن تراض»<sup>(۱)</sup> شفعه، خلاف اصل دانسته شده است، زیرا در اخذ به شفعه، تملک شفیع بدون نیاز به رضایت مشتری صورت می‌گیرد. نهایتاً شارع با بیان حکم شفعه، تخصیصی بر حکم عام آیه مذکور وارد نموده و آن را جایز دانسته است. به اعتقاد برخی از بزرگان، در این مورد، تخصیص حکم عام موجب می‌گردد که عرفاً موضوع اخذ به شفعه، عنوان باطل نداشته باشد و به عبارت دیگر، تخصیص حکمی موجب انقلاب و تغییر موضوع از باطل به حق می‌گردد.<sup>(۲)</sup>

البته اصل کلی «عدم جواز تصرف در مال غیر بدون رضایت او» یک اصل حقوقی طبیعی و فطری است و در نظام‌های حقوقی مختلف قاعده دیگری در کنار این اصل، آن تکمیل کرده است که محدوده تسلط مالک را کمتر می‌نماید. در قاعده مذکور، شرط مجوز تصرف در مال غیر؛ یعنی، «رضایت مالک» تغییر نموده و به «رضایت مالک یا قانونگذار» تبدیل شده است. لذا با توجه به این مطلب از جهت کلی توجیهی بر مسأله اخذ به شفعه به موارد مشابه آن در حقوق داخلی و یا در حقوق خارجی وجود دارد. به عبارت دیگر تصرف در مال یا حق غیر با اجازه قانونگذار و علی‌رغم رضایت مالک امری، معقول و منطقی می‌باشد.<sup>(۳)</sup>

۲- امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۱۳۷.

۱- نساء - ۲۹.

۳- سرخسی در مبسوط می‌گوید، شفعه را نمی‌توان به وسیله قیاس اثبات کرد زیرا شفیع بدون رضای مشتری مالک می‌شود و

### ب- مبنای ضرر

در برخی از روایات باب شفعه به قاعده لا ضرر اشاره شده است. شاید این امر یکی از انگیزه‌های مطرح شدن ضرر به عنوان فلسفه حکم شفعه بوده است.<sup>(۱)</sup> در مورد این مبنا، ممکن است اشکالاتی بنظر آید:

اولاً: با توجه به عبارات روایات مورد نظر بعید نیست که جمله «لا ضرر و لا ضرار» که به دنبال حکم شفعه بیان شده است از قول معصوم (ع) نقل نشده باشد بلکه راوی تناسبی بین این دو حکم مشاهده نموده و آنها را در کنار یکدیگر آورده است.<sup>(۲)</sup> ثانیاً- یکی از روایات مورد نظر شخصی است به نام محمد بن عبدالله بن هلال که مجهول می‌باشد و از این جهت روایت ضعف سند دارد.<sup>(۳)</sup>

ثالثاً- با توجه به اینکه در شفعه، ضررهای مختلفی قابل تصور است، تعیین یک یا چند ضرر که مبنای این حکم قرار گیرد از قوت احتمالات مورد نظر می‌کاهد و تعیین و تبیین مبنای حکم را دشوارتر می‌سازد. شاید به همین دلیل، برخی از نویسندگان، به طور کلی «ضرر» را منشاء حق شفعه دانسته‌اند.<sup>(۴)</sup> به طور مثال ممکن است منظور از ضرر، ضرر ناشی از تقسیم احتمالی مال توسط مشتری باشد و یا ضرر آزار و اذیتی که ممکن است مشتری برای شفیع ایجاد کند و همواره مزاحمی برای شفیع تلقی شود مورد نظر باشد<sup>(۵)</sup>. نفس شرکت شفیع با شخص اجنبی (مشتری) نیز می‌تواند موجب ضرر باشد و.... اگرچه برخی از موارد فوق از جهت مبنا قرار گرفتن برای حکم شفعه، قوی‌تر

رساله جامع علوم انسانی

نوعی اکل مال به باطل اتفاق می‌افتد. همچنین شفیع با دفع ضرر از خود به مشتری ضرر می‌رساند که صحیح نیست. لذا ثبوت

شفعه، شرعی است و از راه روایات اثبات می‌گردد. ر.ک. شمس الدین السرخسی، المبسوط، ج ۱۴، ص ۹۰.

۱- ر.ک. فاضل مقداد، نضد القواعد الفقهية، ص ۸۲؛ سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۰۹؛ محسن فیض کاشانی،

مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۷۶.

۲- ر.ک. شیخ الشریعة علامه اصفهانی، قاعده لا ضرر، صص ۱۰ و ۲۳؛ امام خمینی، تهذیب الاصول، ج ۳، صص ۸۴ و ۸۸.

۳- امام خمینی، تهذیب الاصول، ج ۳، ص ۸۸ - عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج ۹، ص ۴۵۲.

۵- محمد حسین آل کاشف العطاء، تحریر المجله، ج ۳ ص ۱۷۹؛ حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۱۲.

بنظر می‌رسند<sup>(۱)</sup> اما به هر حال انتخاب قطعی در آنها، دلیل مرجح معتبری نخواهد داشت. به هر ترتیب، در صورتی که به «ضرر» به عنوان حکمت جعل حق شفعه استناد شود منظور از ضرر، ضرر نوعی است نه شخصی.

### ج- مبنای حق شفیع در مال مشفوع:

احتمال دیگری که در مورد فلسفه جعل حکم شفعه وجود دارد آن است که چون مال مشفوع به صورت مشاع می‌باشد و هر یک از دو شریک در تمام اجزاء مال دارای حقوقی می‌باشند لذا با تحقق شرکت بین دو شریک اول (بایع و شفیع) سلطنت خاصی برای هر یک از دو شریک در سهم طرف مقابل ایجاد می‌گردد که همین سلطه و قدرت، منشاء ظهور حق شفعه است. لذا شرکاء مشاع جهت تصرف در مال مشاع باید مأذون از طرف یکدیگر باشند (ر.ک. ماده ۵۸۱ ق.م.).

بنابراین چون حق مزبور، حق کاملی نیست پس تصرف بایع در سهم خود بدون اشکال است اما از آنجا که به هر حال حق ویژه‌ای برای شریک وجود دارد قدرت برهم زدن معامله به او داده شده است زیرا حق مزبور سابق بر حق مالکیت مشتری است و صرف تملک مشتری، حق شفیع را از بین نمی‌برد. به این ترتیب برای هر یک از دو شریک، حق تقدیمی نسبت به ملکیت سهم طرف مقابل، در برابر اشخاص ثالث وجود دارد و تا زمانی که این حق به نحوی از انحاء ساقط نشده است ملکیت اشخاص ثالث در معرض انحلال می‌باشد. این مبنا از جهاتی نسبت به مبنای سابق، قوی‌تر و اصولی‌تر می‌باشد.

اشکالاتی که ممکن است بر این نظریه وارد شود مربوط به شرایط خاص حق شفعه می‌باشد. به طور مثال با پذیرش این نظریه که حق شفعه تنها در اموال غیر منقول وجود دارد<sup>(۲)</sup> و یا حق مزبور تنها در مواردی تحقق می‌یابد که دو شریک موجود باشند

۱- ر.ک. محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۲۵۳، ایشان نفوذ سلطه شریک در بیع سهم خود را در هر حال ضرری برای شریک دیگر می‌داند و ضرر مورد نظر در شفعه را چنین ضرری می‌داند و به دلیل جلوگیری از این ضرر، حق اولویت برای شفیع قابل شده است.

۲- به طور مثال، در مورد مبنای ضرر و تفکیک بین مال منقول و غیر منقول، برخی از فقهای عامه مبنای شفعه را ضرر ناشی از

ظاهراً برای خروج از اطلاق و عموم مبنای فوق، دلیل مشخص و کافی نمی‌توان یافت. اما اگر در فروض خاصی، نظریات دیگر مانند تعمیم حق شفعه در تمامی اموال و معاملاتی غیر از بیع و جریان شفعه در بیش از دو شریک در یک جا جمع باشند، مبنای مذکور می‌تواند به عنوان یک مبنای عرفی - عقلانی مناسب مطرح گردد. به هر حال حتی با قبول استثنائاتی که فلسفه جعل آنها بر ما مخفی است، مبنای کلی مذکور، ارزش نسبی خود را حفظ خواهد کرد.

در مجموع بنظر می‌رسد ترکیب معقول و منطقی از دو مبنای فوق بتواند حکمت جعل شفعه را بیش از پیش تبیین کند.

### نظریات در ارث حق شفعه

به طور کلی در مورد به ارث رسیدن حق شفعه، در ققه دو نظر وجود دارد:

#### الف) حق شفعه به ارث نمی‌رسد:

تعداد کمی از فقهاء همچون شیخ طوسی در مبسوط،<sup>(۱)</sup> به این نظریه معتقدند. دلایل این گروه به طور خلاصه عبارتست از:

۱- وجود نظریه اکثریت در این مورد؛

۲- روایت منقول از علی (ع) در مورد به ارث نرسیدن شفعه؛<sup>(۲)</sup>

۳- ملکیت وارث، نسبت به مال، ملکیت جدیدی است که به وسیله آن،

استحقاق شفعه پیدا نمی‌شود.<sup>(۳)</sup>

#### ب) حق شفعه به ارث می‌رسد:

سوء مجاورت دانسته‌اند لذا چون قسمت در اموال منقول نوعاً متعارف و بی‌ضرر است شفعه وجود ندارد اما تقسیم در مال غیر منقول چون نوعاً موجب ایجاد مجاورت است، برای جلوگیری از سوء مجاورت احتمالی، شفعه تشریح شده است و به دلیل اینکه مجاورت در مستأجر و مستعبر، دائم نمی‌باشد شفعه نیز وجود ندارد، ر.ک. شرح نووی بر صحیح مسلم در حاشیه ارشاد الساری

لتشرح البخاری، ج ۷، ص ۴۶؛ شمس الدین السرخسی، المبسوط، ج ۱۴، ص ۹۵.

۱- شیخ طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۱۱۳.

۲- شیخ حر عاملی، وسائل الشیعه، ج ۱۷، باب ۱۲ از ابواب الشفعه، «عن طلحة بن زید عن جعفر عن ابيه عن علي (ع) قال: ... لا

تورث الشفعة». ۳- سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۱۷.

نظریه مشهور فقهاء، شفعه را قابل توارث می‌داند. این گروه ابتدائاً دلایل نظریه اول را رد نموده‌اند:

۱- ادعای اکثریت در نظریه اول صحیح نیست، زیرا شهرت قوی و نزدیک به اجماع برخلاف آن وجود دارد علاوه بر اینکه نظریه اول با برخی از نظرات عامه مطابقت دارد<sup>(۱)</sup>؛

۲- روایت مذکور از حیث سند ضعیف می‌باشد<sup>(۲)</sup> و صرف نظر از سند، مورد اعراض مشهور است؛<sup>(۳)</sup>

۳- وارث، حق شفعه را که حق مستقلی است به ارث می‌برد و تجدد ملکیت او با اخذ آنچه که مورث او مستحق آن بوده است منافات ندارد.<sup>(۴)</sup>  
اما دلایل نظریه مشهور عبارتست از:<sup>(۵)</sup>

۱- عموماً ادله ارث، مانند آیات: «للرجال نصیب مما ترک الوالدان والاقربون و...» و «یا ولکم نصف ما ترک ازواجکم» (ر.ک. آیات ۹ الی ۱۶ سوره نساء). حق شفعه نیز از متروکاتی است که در آیات ذکر شده است (معا ترک)؛

۲- روایاتی که حقوق را به طور مطلق، جزء موروثات دانسته‌اند<sup>(۶)</sup> قانون مدنی

۱- همان منبع.

۲- همان منبع؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۴۱۲؛ محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۲۶۳؛ شهید ثانی، سالک الافهام، ج

۲، ص ۲۸۰؛ علت ضعف سند، طلحه بن زید است. مرحوم علامه حلی در خلاصه الاقوال فی معرفة الرجال، ص ۲۳۱، طلحه بن

زید ابو الخزرج النهدی الشامی را جزء ضعفاء (با مردودین و متوقفین) ذکر فرموده است و از قول شیخ طوسی نقل می‌فرماید که

شیخ در یک مورد او را بتری دانسته و در جای دیگر او را عامی المذهب و دارای کتاب معتمد معرفی نموده است؛ ر.ک. شیخ

حرعاملی، وسایل الشیعه، ج ۲۰، ص ۲۲۰؛ برای ملاحظه عقاید بتری، ر.ک. المقالات و الفرق، صص ۷، ۱۰، ۱۱، ۱۳، ۱۴، ۱۴۰ و

رجال کثی ص ۱۵۲. ۳- احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۶، ص ۳۳۲.

۴- شهید ثانی، سالک الافهام، ج ۲، ص ۲۸۰؛ احمد خوانساری، جامع المدارک، ج ۶، ص ۳۳۲.

۵- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۴۱۲؛ شهید ثانی، سالک الافهام، ج ۲، ص ۲۸۰؛ فخر المحققین، ایضاح الفوائد، ج ۲، ص

۲۲۰؛ محسن فیض کاشانی، مفاتیح الشرایع، ج ۳، ص ۸۲.

۶- «ماترک المیت من حق فلواته»، ر.ک. وافی، ج ۳، ص ۱۴۸، ابواب الموارث؛ محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۲۳، ص



نظریه مشهور را در این زمینه پذیرفته است.<sup>(۱)</sup>

### تقسیم حق شفعه

در نحوه تقسیم حق شفعه وارث نیز اختلاف وجود دارد. نظریه قوی بر اساس عموماً ادله ارث، تقسیم را بر طبق سهام ورثه دانسته است و در مقابل، نظریه ضعیف تری، تقسیم را به طور تساوی و بر اساس تعدد ورثه صحیح دانسته است.<sup>(۲)</sup> برخی از بزرگان نیز در اصل ارث حق شفعه و نحوه تقسیم بر اساس سهام ارث اشکال نموده‌اند.<sup>(۳)</sup>

در خصوص ارث حق شفعه برای زوجه، فقهاء به دلیل مستقل بودن این حق، زوجه را در زمره وراثت حق شفعه قرار داده‌اند.<sup>(۴)</sup>

برخی از حقوقدانان در این مورد قایل به تفصیل شده‌اند؛ یعنی هرگاه متعلق حق شفعه از اموالی باشد که زوجه از ارث آن محروم است، مانند اراضی، زوجه نصیبی از حق شفعه نخواهد داشت و چنانچه متعلق حق شفعه، زمینی است که دارای ابنیه و اشجار باشد زوجه فقط به مقدار رُبع یا ثمن از قیمت ابنیه و اشجار از بقیه وراثت دریافت می‌دارد.<sup>(۵)</sup>

گروهی از ایشان نیز تملک از راه حق شفعه را جدای از تملک از طریق ارث دانسته‌اند و زوجه را به طور مطلق مستحق تملک سهم خود از مال مشفوع می‌دانند.<sup>(۶)</sup> ظاهر کلام برخی از بزرگان این است که مشفوع؛ یعنی، مال مورد شفعه بر اساس

۱-۷۵؛ سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۱۷؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۸۰

۱- ماده ۸۲۳؛ المبوط، ج ۳، سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۱۸.

۲- شیخ طوسی، المبوط، ج ۳، سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۱۸.

۳- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۶۰، سؤال ۲۲، برای ملاحظه تفصیل اشکال، ر.ک. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵، صص ۲۲۶ و ۲۲۷.

۴- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۲۶۳؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۸۰؛ علامه حلی و فخر المحققین، ایضاح

الفوائد، ج ۲، ص ۲۲۰؛ شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۴۱۲؛ شیخ طوسی، المبوط، ج ۳، ص ۱۱۳.

۵- حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۳۵. ۶- جعفر جعفری لنگرودی، ارث، ج ۱، صص ۲۳۱ و ۲۳۲.

سهام ارث تقسیم می‌شود و چنانچه زوجه نیز در بین ورثه باشد نسبت به سهم خود از مشفوع ارث می‌برد<sup>(۱)</sup> و تفصیلی بین موارد مختلف قائل نشده‌اند.

بنظر می‌رسد زوجه در هر حال از مال مورد شفعه ارث می‌برد اعم از اینکه مال مزبور، زمین باشد یا ابنیه و اشجار، زیرا آنچه که به ارث می‌رسد حق شفعه است اما مشفوع، جزء ماترک مورث نیست تا زوجه از آن محروم باشد بلکه بر اساس حق شفعه و پس از اخذ به شفعه، مشفوع مستقیماً وارد ملک ورثه می‌گردد لذا ادله محرومیت زوجه از اعیان اراضی و ابنیه و اشجار، شامل این مورد نخواهد شد. رجوع به ظواهر ادله و بلکه نصّ برخی<sup>(۲)</sup> از آنها این امر را روشن می‌سازد.

در بین مذاهب اهل سنت، مذهب مالکی و شافعی و اهل حجاز، شفعه را قابل وارثت می‌دانند<sup>(۳)</sup>. مستند آنها قیاس شفعه با اموال<sup>(۴)</sup> و قائم مقام شدن ورثه می‌باشد<sup>(۵)</sup>. در مقابل، اهل کوفه و حنفی‌ها قایل به عدم توریث در شفعه می‌باشند، زیرا صرف اراده اخذ به شفعه و ترک آن به ارث نمی‌رسد و آنچه با شفعه ثابت می‌شود اراده فوق می‌باشد و سبب شفعه که ملکیت بوده با موت شفیع از بین رفته است و شرکت یا همسایگی ملک برای وارث پس از بیع حادث شده است.<sup>(۶)</sup> مذهب ظاهری نیز با استناد به روایت «ان الشفعة لاتباع ولا توهب ولا تورث»، ارث شفعه را منتفی می‌داند،<sup>(۷)</sup> قانون مدنی سابق مصر شفعه را قابل توریث می‌دانست (ماده ۱۳۸۲). پس از آن در کمیته مجلس سنا در این مورد بحث شد و کمیته به حذف آن نظر داد و حکم توریث یا عدم آن را به نظرات قضایی واگذار کرد. اختلاف اصلی در این کمیته بر سر این مسأله بود که آیا شفعه، حق

۱- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۶۰، مسأله ۲۲، «و کیفیت ارثها انه عند اخذ الورثة بها یقسم المشفوع بینهم علی ما فرض الله فی الموارث فلو خلف زوجة و ابن فالثمن لها و الباقی له...».

۲- شیخ حر عاملی، وسیله الشیعه، ج ۱۷، باب ۶ از ابواب میراث ازدواج، به طور مثال، حدیث ۱: «... ان المرأة لا ترث ماترک زوجها من القرى و الدور...».

۳- محمد حسین آل کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۳، ص ۱۹۲.

۴- ابن رشد، بداية المجتهد، ج ۲، ص ۲۶۰. ۵- شمس الدین السرخسی، المبسوط، ج ۱۴، ص ۱۱۶.

۷- ابن حزم، المحلی، ج ۹، ص ۹۶.

است تا به ارث برسد یا صرفاً سبب یا طریق اکتساب حق است.<sup>(۱)</sup>  
در حال حاضر در قانون مصر، حق شفعه به ارث نمی‌رسد.<sup>(۲)</sup> (ماده ۹۳۵).

### اسقاط حق شفعه توسط وراث

این موضوع در ماده ۸۲۴ قانون مدنی مورد توجه قرار گرفته است.<sup>(۳)</sup> بر طبق یک نظریه ضعیف، حق باقی وراث (در صورت اسقاط حق شفعه برخی از ورثه) از بین می‌رود، زیرا ورثه، قائم مقام مورث خود هستند و همچنانکه اسقاط قسمتی از حق شفعه، توسط مورث موجب اسقاط کل حق شفعه می‌شد در این مورد نیز اسقاط حق شفعه از سوی برخی از ورثه، حق شفعه سایر وراث را از بین می‌برد.<sup>(۴)</sup>

در مقابل، بر اساس نظریه مشهور و قوی که در این مورد وجود دارد حق شفعه حتی در صورتی که تنها یک نفر از ورثه، حق خود را ساقط نکرده باشد باقی می‌ماند و اخذ به شفعه انجام می‌شود، زیرا حق شفعه به تمام ورثه، تعلق گرفته است و از آنجا که حق شفعه یک حق بسیط و واحد می‌باشد لذا با اسقاط حق شفعه برخی از ورثه، تبعیض در حق معنا ندارد و وراث باقی مانده یا باید از حق شفعه استفاده کنند و یا آن را ترک نمایند.<sup>(۵)</sup>

علاوه بر اینکه، اعتقاد به تبعیض در حق شفعه، موجب ورود ضرر به مشتری می‌گردد<sup>(۶)</sup> و این ضرر شرعاً منتفی گردیده است.<sup>(۷)</sup>

۱- عبد الرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج ۹، ص ۴۴۶، پاورقی، نظر قضایی و حقوقی در این مسأله اختلاف دارد ر.ک. همان، ص ۴۶۲.

۲- همان منبع، ص ۴۶۲، مواد مشابه در کشورهای دیگر: ۹۳۹ ق.م لیبی، ۱۱۲۸ ق. عراق، ۱/۲۳۸ ق. لبنان.

۳- ماده ۸۲۴: هر گاه یک یا چند نفر از وراث، حق خود را اسقاط کند باقی وراث نمی‌توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمایند و باید با آن صرف نظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نمایند.

۴- شیخ طوسی، المیسوط، ج ۳، ص ۱۱۱۳؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۸۱.

۵- محمد حسن نجفی، جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۳۹۵.

۶- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، ص ۴۱۲؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ج ۲، ص ۲۸۱.

۷- سید علی طباطبایی، ریاض المسائل، ج ۴، ص ۳۱۷.

بدیهی است کثرت شرکاء در هنگام اخذ به شفعه، لطمه‌ای به حق شفعه نمی‌زند، زیرا حق شفعه در زمانی ایجاد شد که تعداد شرکاء دو نفر بود اما در هنگام اخذ به شفعه، چنین شرطی ضرورت ندارد.

برخی از بزرگان در بقای حق شفعه برای سایر وراث اشکال نموده‌اند، زیرا از یک طرف دلیل معتبری بر این مسأله وجود ندارد و از طرف دیگر قرائن عقلیه، اقتضاء دارد که این حق برای مجموع، ثابت باشد و لازمه این امر آن است که حق شفعه تنها با اسقاط تمام ورثه ساقط شود و تنها با تملک تمام ورثه تملک گردد.<sup>(۱)</sup>

به هر حال در صورتی که نظر مشهور پذیرفته شود؛ یعنی، شفعه به ارث برسد، باید شفعه را مانند دیگر ماترک به نسبت سهم الارث تقسیم نمود. بنابراین، اگرچه حق شفعه، واحد است اما این دلیل که از قرائن اینگونه بدست می‌آید که سقوط حق شفعه با جمع است و تملک نیز با جمع<sup>(۲)</sup>، ظاهراً صحیح بنظر نمی‌رسد، زیرا با توجه به عمومات ادله ارث باید با حق شفعه به همان شیوه برخورد کرد که با سایر ماترک میت عمل می‌شود. نکته قابل توجه در این مورد آن است که در حق شفعه نباید بین حق شفعه و مال مشفوع خلط نمود. اطلاق کلمات فقهاء، عموماً آن است که حق شفعه، بر اساس سهم الارث تقسیم می‌شود، به طور مثال، در موردی که وارث، یک زوجه و یک پسر باشند، زوجه، ثمن از حق و بقیه را پسر به ارث می‌برد.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود آن است که منظور از ثمن حق چیست؟ علت ایجاد این سؤال آن است که در مثال فوق، به هر حال در اخذ به شفعه، قبولی هر دو ورثه، ظاهراً به یک مقدار تأثیر دارد و در مطالبه و اخذ به شفعه، اختلاف سهام مؤثر نیست. البته برخی از فقهاء اشاره فرموده‌اند که با اخذ، مال مشفوع بر اساس سهام تقسیم می‌شود<sup>(۳)</sup>.

با عنایت به عمومات ارث و قواعد خاص شفعه و تحلیل ماهیت اخذ به شفعه و مال مشفوع، نکات زیر را می‌توان به عنوان نتیجه مسأله ارث شفعه ذکر نمود:

۱- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۶۰، مسأله ۲۲؛ امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۶۷.

۲- امام خمینی، کتاب البیع، ج ۵، ص ۲۶۷. ۳- امام خمینی، تحریر الوسیله، ج ۱، ص ۵۶۰.

۱- در ارث شفعه، تنها حق شفعه به ارث می‌رسد؛

۲- اثر تقسیم حق شفعه بر اساس سهام ارث در تقسیم مال مشفوع مشخص می‌شود؛

۳- در صورتی که برخی از وارث از حق شفعه خود صرف نظر کنند، حق شفعه از بین نمی‌رود. دلیل این مسأله، تنها آن نیست که حق، واحد است و نمی‌توان آنرا تجزیه و مضمحل نمود بلکه به دلیل آنکه با وجود حتی یک ورثه، معنا ندارد ما ترک (حق شفعه) از بین رفته تلقی شود؛

۴- پس از اخذ به شفعه، هر تعداد از ورثه که اخذ به شفعه نموده‌اند از مال مشفوع، نصیبی خواهند داشت؛

۵- تقسیم مال مشفوع ارتباطی به ارث ندارد. به عبارت دیگر، آنچه جزء ما ترک مورث بوده است حق شفعه می‌باشد و مال مشفوع در زمان موت شفیع، نهایتاً متعلق حق شفیع است اما ملکیت مال متعلق به مشتری است و قبل از اخذ به شفعه قطعاً مال به شفیع منتقل نشده است لذا جزء ما ترک او نیست و طبیعتاً ورثه مال مشفوع را مستقیماً بر اساس سهام ارث تقسیم نمی‌کنند بلکه افرادی (وراثی) که حق شفعه خود را ساقط نکرده و اخذ به شفعه نموده‌اند چون حق را بر اساس سهام الارث تقسیم کرده‌اند بر اساس همان سهام، مال مشفوع را تقسیم می‌کنند؛

۶- در صورتی که برخی از ورثه، حق شفعه خود را ساقط کنند، با توجه به ادله ارث، آن حق (به نسبت سهم ساقط شده) به وارث دیگر می‌رسد. بنابراین، حق، تبعیض نمی‌شود بلکه سهم کسانی که از آن صرف نظر کرده‌اند به دیگران انتقال می‌یابد.<sup>(۱)</sup> نتیجه این امر با توجه به ادله ارث و مطالب فوق روشن می‌گردد. از نتایج این بحث آن است که وراثی که حق شفعه را ساقط کرده‌اند طبعاً از مال مشفوع نصیبی نخواهند داشت زیرا ملکیت مال مشفوع، مشروط بر وجود حق شفعه بود و در جایی که حق شفعه نیست ملکیت نیز نخواهد بود. از آنجا که مال مشفوع مالی موروثی نیست نتیجه دیگری بدست می‌آید که بر اساس آن، پس از اخذ شفعه، ورثه‌ای که حق شفعه را ساقط کرده‌اند

از مال مشفوع ارث نمی‌برند زیرا دلیلی بر چنین مشارکتی وجود ندارد بلکه همانگونه که گفته شد ادله شفعه و ارث، قاطع بر آن است که مال مشفوع با اخذ به شفعه به ملکیت اخذ کننده درمی‌آید نه آنکه به ملکیت شفیع (مورث) درآید و سپس به وارث منتقل شود؛

۷- در ارث زوجه نیز وضع حق شفعه روشن می‌شود زوجه از حق شفعه ارث می‌برد و در صورتی که از حق خود صرف‌نظر نکند و اخذ به شفعه نماید به نسبت حق شفعه خود از مال مشفوع، نصیبی خواهد داشت اگرچه مال مشفوع، زمین باشد، زیرا زمین مذکور، ماترک میت نیست تا زوجه از آن محروم باشد.

