

## وضعیت نقل و انتقال حق شفعه در منظر فقه و حقوق مدنی

سید محمدرضا آیتی\*

زهرا منتظری\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۰۲/۰۹؛ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۰۹/۲۹

### چکیده

یکی از مباحث مهم حقوق مدنی بحث شفعه است. 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 (سهم) خود را به قصد بیع (فروش) به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند». بدین ترتیب بحث اخذ 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، طبعاً در بحث اموال قرار می‌گیرد. لذا آنچه در زمینه اموال مورد گفتگو قرار می‌گیرد، در اینجا نیز مورد توجه است. در بحث پیش رو به این نتیجه می‌رسیم که حق شفعه از جمله حقوق مالی است که از روی اجبار و اختیار 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 غیرمنقول است به صورت تبعی منتقل می‌شود و می‌توان آن را به طور مجزا و مستقل به دیگری منتقل نمود و همین مبحث آن را از سایر حقوق مالی جدا می‌سازد. لازم به یادآوری است که تحقیق در این نوشتار به صورت کتابخانه‌ای صورت گرفته است.

**کلید واژه‌ها:** بیع، حق، شفعه، ضرر، قانون مدنی، مبیع.

\* استاد رشته الهیات، فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات (نویسنده مسئول).

## مقدمه

با توجه به تعاریف و تقسیمات حق در حقوق اسلامی می توان گفت از جمله مباحث مهم پیرامون آن، بحث حق شفعه؛ اسباب و چگونگی اخذ آن است که هم در فقه اسلامی و هم در حقوق مدنی ایران طرح شده است. حق شفعه پیش از اسلام نیز وجود داشته است مخصوصاً در حقوق رم قدیم، در موارد متعدد اعمال می شده است و حقوق قدیم فرانسه و کشورهای غربی که تحت تأثیر قانون رم بوده اند، در موارد زیادی درباره این حق بحث کرده اند ولی بر اساس نیازهای امروز وهم زمان با پیچیدگی های جوامع تغییراتی یافته است (سنهوری، ۱۳۹۳: ۱۸۱/۹).

شفعه دارای اوصافی است که براساس آن در فقه و حقوق مدنی از مواد اسباب تملک شفیع بوده است؛ اعمال و اخذ به شفعه را در ردیف احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه و عقود، همچنین تعهدات و ارث دانسته است.

بحث موردنظر ما موضوع چگونگی نقل وانتقال حق شفعه به غیر است، لذا با تحلیل حقوقی به این نکته پرداخته ایم که آیا این حق مالی است یا غیرمالی و سپس اینکه آیا به طور اجباری یا ارادی قابل انتقال به غیر است یا خیر؟ مبانی حقوقی این بحث هم به دقت مورد کنکاش قرار گرفته است.

از تحلیل مبانی فقهی در مورد اوصاف حق شفعه این گونه استنباط می شود که موضوع انتقال حق شفعه در فقه اسلام عمدتاً مبتنی بر قاعده لا ضرر است، بنابراین بدیهی است آنچه می تواند اصل مشروعیت آن را اثبات نماید نص «بنای عقلا» و «عرف» است.

در نتیجه می توان گفت جعل ماهیت حقوقی انتقال شفعه برای جبران ضرر ناشی از شرکت و همچنین برای جبران ضرر ناشی از تقسیم است و نه جلب منفعت.

## بررسی و نقد انتقال حق شفعه

در این مبحث هدف، شرح این نکته است که آیا حق شفعه قابل انتقال به غیر است یا خیر؟

### مبانی نقل شفعه در فقه

#### انتقال حق شفعه در خصوص اموال غیر منقول

در فقه امامیه تا زمان محقق حلی و علامه حلی ایجاد شفعه، انتقال آن نسبت به همه اموال جاری بوده است و اینان حجت آن را مستند به دلیل اجماع و روایات می دانستند و آن را مستند به سخن رسول گرامی اسلام (ص) می نمودند:

قال رسول الله (ص): «الشفعه بین الشركاء فی الارضین والمساکین» و قال: «لا ضرر ولا ضرار» (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۱۲/۱۰).

در مذهب مالکی شفعه را به زمین، باغ و آنچه متعلق به زمین است یعنی اموالی که ثابت باشد مربوط می دانند و باید غیر قابل انتقال باشد مانند چاه، نهر و ...

در مذهب حنفی انتقال شفعه را در مورد چاه صحیح دانسته ولی در عرصه خانه و راه، صحیح ندانسته است (خوانساری، ۱۲۹۵: ۱۳۴).

در این مکتب هر گاه کسی سهم مشاع خود را از درخت و بنا به تبع زمین محل آن ها بفروشد و یا به غیر انتقال دهد، شریک می تواند آن را اخذ به شفعه نماید، ولی چنانچه سهم مشاع از درخت و بنا بدون زمین محل آن فروخته شود، اگر چه قطعه زمینی از محل دیگر هم پیوست آن شود، شریک حق شفعه پیدا نخواهد کرد.

در مواردی مانند منازل و خانه ها اگر فروشنده در یک معامله کالایی را با سهم مشاعی که از خانه اش مشترک دارد و یا سهم مفروز (جدا شده) از خانه ای را با سهم مشاع از خانه ای دیگر را بفروشد و انتقال از این طریق باشد شریک او تنها در سهم مشاع حق شفعه دارد و می تواند اخذ به شفعه نموده و آن چه از کل بها که در مقابل این سهم قرار گرفته است را به مشتری بپردازد. هر چند که نزدیک تر به احتیاط آن است که رضایت طرفین رعایت شود (مغنیه، ۱۳۹۸: ۱۴۰).

در فقه اسلامی ثابت شدن حق شفعه به شرط آن است که سهم انتقالی به وسیله بیع منتقل شده باشد، پس اگر شریک سهم خود را صداق یا فدیة طلاق خلع قرار دهد و یا به کسی ببخشد شریک دیگر حق شفعه ندارد (یزدی، ۱۳۵۴: ۳۰).

وضعیت انتقال شفعه در خصوص اموال قابل تقسیم: منظور از تقسیم، نوع «اجباری» آن است به این شرط که از تقسیم ضرری متوجه کسی نگردد.

فقههای امامیه در خصوص تفکیک و تقسیم شفعه و انتقال، آن را در قالب بیع و صلح تحلیل کرده اند و آن را تمیز حق هر یک از شرکا پنداشته اند هر چند که مستلزم نظر رد مال است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۹۰).

گرچه تقسیم بنا به تعریف بعضی از فقها تمیز حق تعریف شده ولی نباید آن را با معاملات بیع، صلح یا هبه معوض اشتباه گرفت.

به نظر تعدادی از حقوق دانان تقسیم به این منظور انجام می شود که به جای سهم مشاع منتشر در مجموع، بخش معینی از مال به هر شریک داده شود تا در آن مالکیت مستقل پیدا کند. همین مبادله سهم مشاع یا بخش معین از آن باعث شده است تا بعضی تقسیم را نوعی بیع تلقی کنند که در آن دو مال با هم مبادله می شود.

این پندار در مورد تقسیم به رد، یعنی در جایی که سهام تبدیل نمی شود و باید مقدار سرانه را به یکی از صاحبان بپردازند تقویت شده است، زیرا در برابر تمام یا بخشی از سهام مشاع به او مال دیگری که به طور معمول پول است پرداخته می شود و از نظر ماهیت به بیع شباهت دارد (همان، ۱۲۱).

برابر ماده ۵۸۹ ق.م نیز هر شریک المال می تواند هر وقت بخواهد تقاضای تقسیم مال مشترک را بنماید.

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: ۶۸).

### انتقال حق شفعه در مال غیر منقول مشاع

در ایجاد حق شفعه مال مورد نظر باید بین دو شریک مشاع باشد با توجه به ماده ۵۷۱ ق.م که شرکت را اجتماع حقوق مالکین متعدد درشی واحد به نحوه اشاعه بیان نموده این تصور را می‌رساند که اشاعه فقط در مورد عین، مصداق دارد، در صورتی که اشاعه در منفعت و اشاعه در دین یا طلب نیز مصداق دارد. مانند مورد اجاره که در اثر فوت مستأجر به ورثه منتقل شده باشد یا چند نفر خانه‌ای را با هم اجاره کنند. و اشاعه در طلب زمانی است که طلبکار فوت می‌کند و طلب او از مدیون به وراثت او منتقل می‌شود و تمام ورثه به میزان سهمشان به نحوه اشاعه شریک هستند ولی حق شفعه فقط در عین غیرمنقول خواهد بود نه هر مال مشاع.

### انتقال شفعه با توجه به 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 با هم محلی را اجاره کنند یا در عمل بنا به دلایلی اشاعه را به وجود آورند مثل این که اموال هم جنس خود را با هم مخلوط کرده و با هم شریک شوند (احمدی طباطبایی، ۱۳۴۴: 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 با هم مخلوط کند نیز موجب تحقق اشاعه است (امامی، ۱۳۴۹: ۱۰۲/۳).

درحقیقت 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: ۶۸). به این ترتیب در هر دو مورد از اشاعه خواه مبنایش ارادی یا قهری باشد حق شفعه جاری خواهد بود.

### وضعیت انتقال شفعه در خصوص شرکا

از شرایط شفعه شرط برمشاع بودن دو شریک است نه بیشتر، گرچه در این مورد اختلاف نظر است. در این مورد مذهب حنفی

بنابراین تقسیم درواقع معامله خاصی است و عمل تقسیم کاشف از قصد و رضای طرفین به آن معامله می‌باشد و به اصطلاح معامله با تمیز حق صورت می‌گیرد.

### انتقال شفعه در خصوص 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: ۱۲۵/۳).

عدم افراز سهم: از شرایط ثبوت شفعه آن است که شراکت به گونه مشاع باشد. بنابراین، شریکی که سهمش از زمین و مانند آن، تعیین و تفکیک شده، حق شفعه ندارد، مگر خانه که در صورت داشتن راه مشترک، چنانچه شریک، سهم مفروز خود را همراه سهم مشترک خویش از راه، به دیگری بفروشد، برای شریک وی حق شفعه ثابت می‌گردد؛ لیکن در اینکه اشتراک در آب - مانند چاه - نیز حکم اشتراک در راه را دارد یا نه و نیز در الحاق باغ و زمین به خانه، اختلاف است (همان: ۱۲۶).

هرگاه ملک غیر مشمول شفعه - مثلاً زمین قسمت شده - همراه ملک مشمول شفعه - چون زمین قسمت نشده - فروخته شود، حق شفعه تنها در ملک مشمول شفعه جاری است و نه تمامی مورد معامله.

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: ۵).

ماده ۵۵۹ قانون مدنی نیز تصریح می‌کند تقسیم، بعد از آنکه صحیحاً واقع شد، لازم است و هیچ یک از شرکا نمی‌تواند بدون رضای دیگران، از آن رجوع کند.

شفیع می‌تواند تمام حصه خود را انتقال دهد.

بعضی از فقهای امامیه حق شفعه را در موردی که شریک بعضی از حصه خود را انتقال می‌دهد نیز موجود می‌دانند، در صورتی که شریک قسمتی از سهم خود را به کسی بفروشد و سپس قسمت دیگر را به قصد بیع به همان کس واگذار نماید، شریک دیگر می‌تواند نسبت به هر دو قسمت اخذ به شفعه نماید، زیرا با فروش و انتقال قسمت اول، حق اخذ به شفعه برای شریک به وجود می‌آید و عدم اعمال آن تا فروش قسمت دیگر موجب سقوط حق شفعه نمی‌گردد (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۴۷؛ محقق حلی، ۱۴۰۱: ۱۲۱/۳).

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 اگرچه 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

و مالکی معتقد است تعداد شرکا خللی در اعمال شفعه ایجاد نمی‌کند (مغنیه، ۱۳۹۸: 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 اشطرننا أن یکون واحدا، لأنّ الشیء إذا کان مشترکا بین اکثر من اثنین فباع احدهم لم یتستحقّ الشفعة، به دلیل اجماع الطائفة» (الانتصار، ۱۳۹۷: ۲۳۲).

مثلاً اگر چند نفر در مالکیت یک قطعه زمین به طور مشاع شریک باشند و یکی از آن‌ها حصه خودش را به فرد ثالثی بفروشد، سایر شرکا حتی برای اجرای حق شفعه ندارند.

در صورتی که مال غیر منقول 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 دونه‌فرو 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: ۱۰۴)

## چگونگی انتقال و تصرفات حقوقی در مال مشاع و شفعه ایجاد شده

منظور از تصرفات حقوقی، انجام معاملات نسبت به مال مشاع است. معاملات می‌تواند به دو شکل واقع گردد:

### معامله فضولی

مستفاد از ماده ۵۸۳ ق.م که هر یک از شرکا می‌تواند بدون رضایت شرکای دیگر سهم خود را به طور جزئی یا کلی به شخص ثالثی منتقل کند این است که هر یک از شرکا می‌تواند در مال مشترک نسبت به سهم خود هر نوع تصرف حقوقی را انجام دهد، خواه این تصرف ناقل عین باشد یا ناقل منفعت لذا برطبق ماده ۵۸۱ ق.م تصرفات هر یک از شرکا در صورتی که بدون اذن یا خارج از اذن باشد فضولی بوده و تابع مقررات فضولی می‌باشد و ناظر به تصرفات خارج از سهم شریک است و این تصرفات از جهت آن که تصرف در اموال دیگران است فضولی بوده و تابع اجازه بعدی آن‌هاست و شفعه نیز از این موارد مستثنی نیست (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۴۴).

لذا در معامله فضولی شفعه راه ندارد.

و باید گفت معامله نسبت به سهم خود که در این مورد چون تصرف قانونی است حق شفعه اعمال می‌گردد.

منظور از تصرف در ماده ۵۸۱ ق.م برخلاف اطلاق این ماده، تصرف حقوقی است و تصرف فضولی بدون تصرف عملی نیز اختصاص به تصرف در سهم سایر شرکا دارد. زیرا برطبق قاعده

کلی هر مالکی می‌تواند در ملک خود هر نوع تصرفی را به انجام برساند و ملک یاد شده را به شخص یا اشخاص مورد نظر منتقل کند مگر آن که قانون منع نموده باشد که در اینجا منع قانونی نیز وجود ندارد.

تصرفات مادی را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

**تصرفات مادی بدون اذن سایر شرکا:** در مال مشاع در مورد تصرفات مادی تنها به اذن سایر شرکا مجاز می‌شود و انتفاع و تصرف در مال مشاع بی اذن شریک ممنوع است، به طوری که مالک مشاع بدون اذن شریکان حق تصرف مادی که مستلزم تصرف در سهم دیگران است را ندارد و شریک متخلف در حکم غاصب است (امامی، ۱۳۴۹: ۷۴/۳).

**تصرفات مادی با اذن شفیع:** در این نوع تصرف چون با اذن صورت گرفته اشکالی به نظر نمی‌رسد.

در تصرفات مادی بدون اذن سایر شرکا، شفیع ملک مشاع هر چند سهم ناچیزی از آن ملک را در اختیار داشته باشد برای تصرفات مادی خود باید از دیگر شرکا اذن بگیرد و شرکای دیگر در صورت تصرف شریک می‌توانند مانع او شوند. این تحلیل را قانون مدنی پذیرفته و آن را در ماده ۵۸۲ ق.م «شریکی که بدون اذن یا در خارج از حدود اذن تصرف در اموال شرکت نماید ضامن است» بیان داشته و در ماده ۴۳ قانون اجرای احکام مدنی نیز آمده است، در مواردی که حکم خلعی علیه متصرف ملک مشاع به نفع قسمتی از ملک مشاع صادر شده باشد از تمام ملک خلعی می‌شود اما تصرف محکوم له در ملک خلعی شده مشمول مقررات املاک مشاعی است، نیست؛ ولی در صورت مأذون بودن، اقدامش قانونی می‌باشد.

اما شرکا می‌توانند هر وقت بخواهند از اذن خود رجوع کنند و بعد از آن دیگر تصرف شریک مأذون غیرقانونی خواهد بود مگر آنکه اذن یا اسقاط حق رجوع، در ضمن عقد لازمی درج شده باشد (احمدی طباطبایی، ۱۳۴۴: ۱۰۸).

دکتر امامی بیان می‌دارد: «شفعه در زمره حقوق مالی شریک است و در امکان اسقاط آن تردید نباید کرد. شریک می‌تواند از این امتیاز بگذرد و به سهم خود قانع شود. ماده ۸۲۲ قانون مدنی در مقام تأیید همین قاعده اعلام می‌کند: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود» (امامی، ۱۳۴۹: ۳۰/۳).

### چگونگی اعمال شفعه در مال تبعی

طبق ماده ۸۱۰ قانون مدنی که تصریح می‌نماید اگر ملک دونه‌فرو در ممر یا مجری مشترک باشد و یکی از آن‌ها ملک خود را با حق ممر یا مجری بفروشد دیگری حق شفعه دارد اگر چه در خود ملک مشاعاً شریک نباشد ولی اگر ملک را بدون ممر یا مجری بفروشد، دیگری حق شفعه ندارد. «قانون مدنی در ماده مذکور به طور استثنا حق شفعه را در بیع ملک مفروزه اعتبار مشاع بودن ممر یا مجری قرار داده است. لذا از این استثنا نمی‌توان تجاوز

## نقل شفعه به شخص ثالث و آثار آن

از شرایط ایجاد حق شفعه وجود شخص ثالث است. در اجرای حق شفعه فقها فرموده‌اند: وقتی یکی از دو شریک معامله کرد، این حق فوراً برای شریک مقابل پیش می‌آید. یعنی تا معامله با فرد ثالث صورت نگرفته هنوز حقی موجود نیست که بتوان اجرایی کرد و تا هنگامی که معامله‌ای با فرد ثالث صورت نگرفته اگر یکی از دو شریک فوت کردند هنوز حقی موجود نشده که به ورثه منتقل شود.

ابن زهره حلبی در شروط استحقاق شفعه می‌گوید: «أن يتقدم عقد بيع ينتقل معه الملك إلى المشتري» (حلبی، ۱۴۱۷: ۲۳۲) و در ادامه بعد از بیان شش شرط برای اجرای حق شفعه می‌فرماید: «اشترط حق تقدم عقد البيع، لأن الشفعة لا يستحق قبله بلا خلاف و لا تستحق بما ليس به بيع من هبة، أو صدقة، أو مهر زوجة، أو ما اشبه ذلك، به دليل إجماع الطائفة» (همان).

## شرط مسلمانی در حق شفعه و نقل آن و دیدگاه نوین فقهی

مسلمان بودن از شرایط شفعه است لذا شفیع باید مسلمان باشد در غیر این صورت حق شفعه وجود ندارد و کافر حق اخذ شفعه ندارد. وقتی کافری و مسلمان در ملکی شراکت دارد و آن مسلمان سهم خود را به یک مسلمان دیگر بفروشد، کافر حق ندارد به استناد قاعده شفعه این معامله را باطل کند و سهم شریکش را خودش بخرد در حالی که می‌دانیم اگر او مسلمان بود چنین حقی را داشت (همان: ۲۳۷).

ولی چنانچه خریدار کافر باشد، حق شفعه برای کافر نیز ثابت خواهد بود (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶).

در کتب فقهی نیز یکی دیگر از شرایط حق شفعه را مسلمان بودن شفیع دانسته و گفته‌اند چنانچه مشتری مسلمان ولی شفیع غیر مسلمان باشد، شفعه ثابت نمی‌باشد ولی اگر هر دو غیر مسلمان باشند و یا مشتری مسلمان و بایع کافر باشد حق شفعه متصور است.

مشهور فقهای امامیه، با این نظر موافق بوده و مستند خود را چنین ذکر می‌کنند:

آیه شریفه «لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» یعنی خداوند هیچ نوع سلطه‌ای به نفع کافران علیه مؤمنین قرار نداده است. به موجب این آیه که مستند یکی از قواعد فقهی تحت قاعده نفی سبیل قرار گرفته، فقها معتقدند کلیه حقوقی که توسط شارع برای افراد علیه یکدیگر قرار داده شده در مواردی که ذی حق غیر مسلمان باشد مرفوع دانسته شده است و چون شفعه نیز از چنین حقوقی است لذا در ما نحن فیه اعمال نمی‌گردد.

در این زمینه روایتی که از رسول اکرم (ص) از طریق عامه واصل شده است که آن حضرت فرمود: لا شفعه لذمی علی مسلم. یعنی شفعه برای ذمی علیه مسلمان نمی‌باشد بنابراین به موجب این روایت صریحاً شفعه برای غیر مسلمان نفی گردیده است

نمود و در موردی که دو مالک ملک مفروز که در حوض یا آب انبار با یکدیگر شریک باشند و یکی از آن دو سهم خود را بفروشد حق شفعه را نمی‌توان جاری ساخت، زیرا نمی‌توان از روح مسئله حقوقی که بر خلاف قاعده کلی است استفاده نمود و در اشباه و نظایر حکم آن را جاری ساخت» (همان).

## ایجاد شفعه با قصد بیع و چگونگی انتقال آن

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 غیر منقول توسط یکی از شرکاء 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 صداق در نکاح زوجة خود قرار دهد حق شفعه برای شریک دیگر موجود نمی‌شود. قول مزبور مشهور بین فقهای امامیه می‌باشد (خوانساری، ۱۲۹۵: ۵۹).

لذا انتقال مال غیر منقول 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 غیر منقول مشترک به وسیله بیع آن هم به طور صحیح می‌باشد و اگر بیع به طور صحیح واقع نشود حق شفعه نیز به وجود نمی‌آید. بنا براین در ثابت شدن حق شفعه باید سهم انتقالی به وسیله بیع صحیح منتقل شده باشد، پس «اگر شریک سهم خود را صداق یا فدیه خلع قرار دهد و یا به کسی ببخشد شریک دیگر حق شفعه ندارد» (شیخ طوسی، ۱۳۶۸: ۵۷/۲).

علامه حلی نیز می‌نویسد: اگر در بیع دلالت بر رضایت شریک بر مبیع نباشد شفعه وی باطل است (علامه حلی، ۱۴۰۵: ۳۵۱/۵).

از آن جایی که هدف از ایجاد حق شفعه جلوگیری از ورود ضرر به شریک در مال غیر منقول می‌باشد باید دید اگر مال مشاع به سببی غیر از بیع به غیر واگذار گردد آیا به شریک صاحب حق شفعه که دیگر حق شفعه‌ای 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 در نیامده 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» (امامی، ۱۳۴۹: ۳۰/۳)؛ لذا بیع هم باید صحیح و قانونی باشد.

(همان: ۲۳۷).

از حضرت امام صادق (ع) روایت شده است که فرمود: لیس لیهود و النصراری شفعه. یعنی برای یهود و نصاری شفعه نیست (نوری، ۱۳۹۲: ۲۷۱/۱۰).

شفعه یک نوع تملک بدون اسباب تملک است و مانند احیای اراضی موات می باشد و لذا همانطور که کفار نمی توانند با احیای اراضی موات کشور اسلامی مالک آن شوند مالک مال مورد شفعه نیز نمی توانند بشوند.

ابوحنیفه، شافعی، مالک و اوزاعی گفته اند که برای کفار نیز همانند مسلمانان حق شفعه وجود دارد زیرا که شفعه خیار است که برای شفیع به خاطر نفی اضرار جعل گردیده و مسلمان و کافر در آن مساویند (مغنیه، ۱۳۹۸: ۱۴۰). استدلال فوق از سوی فقهای امامیه مردود شناخته شده زیرا که اینان شفعه را خیار نمی دانند بلکه آن را یک سبب تملک قهری می دانند بنابراین به استناد آیه شریفه مشارالیها برای کافران چنین حقی ثابت نمی باشد (حلی، ۱۴۰۱: ۱۲۱/۳).

فتوای فقهای معاصر نیز بر عدم حق شفعه به نفع کافر تصریح دارند (یزدی، ۱۳۵۴: ۱۲۱/۲)؛ بنابراین به استناد این فتوا دادگاه ها باید به همین منوال عمل کنند و در این مسئله فرقی نمی کند که شخص مسلمان ملک را از مسلمان خریده باشد یا از کافر. بنابراین چنانچه شفیع و بایع هر دو کافر ولی مشتری مسلمان باشد شفعه وجود ندارد ولی همانطور که گفته شد اگر بایع و مشتری کافر ولی شفیع مسلمان باشد حق شفعه ثابت است.

## انتقال شفعه در خصوص حقوق مالی و عینی بودن حق

نقل شفعه در خصوص حقوق مالی: حق مالی آن است که متعلقش مال باشد، مانند حق تحجیر و حق غیر مالی حقی است که ارزش اقتصادی ندارد مانند حق زوجیت، حق ابوت و بنوت (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۲۲۴).

حق مالی وسیله تملک و تحصیل مال است و شفیع نیز به این اعتبار که صاحب حق است می تواند از آن بگذرد یا در برابر گرفتن امتیازی با خریدار صلح کند (محقق حلی، ۱۴۰۱: ۲۶۴). با این وجود با توجه به مالی بودن حق شفعه، این حق قابل انتقال نیست و به طور معمول حقوق مالی قابل انتقال به دیگران است و ارزش آن را همین دادوستد معین می کند. در حالی که استفاده از حق شفعه ویژه شریک است و او نمی تواند آن را به رایگان و یا در برابر مبلغی به دیگران واگذار کند و علاوه بر این شفعه وسیله رفع ضرر است نه جلب منفعت (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۲۵؛ انصاری، ۱۳۷۱: ۱۲۵/۳).

با این توضیح که اگر شخص بخواهد حق شفعه خود را به دیگری بفروشد، چون خریدار شرکتی در ملک ندارد امکان اجرای حق را نمی یابد، لذا حق شفعه بدین صورت 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 هر گاه شخص انتقال گیرنده در زمان بیع هیچ سمتی را دارا نباشد، حق شفعه به او منتقل نمی شود (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۲۶).

در ضمن، «... 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 بر خلاف قاعده می باشد و ماده ۸۰۸ قانون مدنی فقط آن را به شریک داده است...» (امامی، ۱۳۴۹: ۳۰/۳).

همچنین استثنایی بودن تملک قهری نیز به این تمایل قوت بیشتری می بخشد، زیرا باید حکم شفعه را به گونه ای تفسیر کرد که تنها شامل «مصرحات» شود و توسعه نیابد» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۱۲۶).

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 می شود».

## نقل شفعه در خصوص حقوق عینی

دکتر امامی، شفعه را در حکم حق عینی می داند و به دنبال این نظر می نویسد:

«از نظر تحلیلی حق شفعه را نمی توان از حقوق عینی مانند حق وثیقه در رهن و یا حق در مال بازداشت شده به وسیله قرار تأمین و اجرائیات دادگاه و ثبت اسناد دانست، زیرا حقوق مزبور فعلیت دارد، ولی حق شفیع هنوز فعلیت پیدا ننموده است و چنانکه از مواد ۸۰۸ و ۸۱۶ معلوم می شود، حق مزبور مانند حق اولویت در تملک به شمار می رود که آثار حق عینی را دارا است. به عبارت دیگر حق شفعه منشأ حق تملک به وسیله شفیع می باشد...» (امامی، ۱۳۸۵: ۲۱۶).

و عقیده دارد حق عینی تبعی است و مدیون می تواند با پرداخت اصل دین آن را از بین ببرد و سقوط دین به ابراء و تهاتر و دلیل دیگر نیز حق عینی را ساقط می کند؛ در حالی که، حق شفعه اصیل است و تابع هیچ تعهدی نیست.

ولی تردید درباره ی فعلیت نداشتن حق عینی در شفعه ناشی از این گمان است که حق عینی باید حاوی مالکیت یا یکی از شاخه های آن (حق انتفاع و ارتفاق) باشد و از این دیدگاه باید اصلاح شود که حق شفعه در حدود مفاد خود (امکان تملک قهری) فعلیت دارد، ولی مقدمه و وسیله تحصیل مالکیت است و این امر از وصف عینی آن نمی کاهد، چنانکه حق تحجیر و رهن را در زمره حقوق عینی می آورند، هر چند که صاحب حق هیچ مالکیتی بر موضوع آن ندارد (همان: ۲۱۸).

## توانایی پرداخت ثمن

شفیع باید بالفعل یا بالقوه توانایی پرداخت ثمن را داشته باشد، بنابراین، در صورت ناتوانی وی از پرداخت ثمن به مشتری و یا طفره رفتن و تأخیر در پرداخت آن، حق شفعه اش باطل می شود،

مگر آن که خریدار راضی شود صبر کند.

چنانچه شفیع مدعی باشد ثمن در اختیار او است، لیکن فعلاً نزدش حاضر نیست، سه روز به او مهلت داده می شود و اگر بگوید در شهری دیگر است تا زمان دستیابی به آن - هر چند بیش از سه روز طول بکشد - به وی مهلت داده می شود، به شرط آن که در زمان متعارف اقدام کند (طباطبایی، ۱۴۰۴: ۳۰۸/۲).

### حق شفعه با عجز از پرداخت ثمن

از ذیل ماده ۸۰۸ قانون مدنی که می گوید: «شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میبدهد را تملک کند» چنین استفاده می شود که شرط دیگر اعمال حق شفعه و اخذ آن این است که شریک قادر به پرداخت ثمن باشد و در صورت عجز از پرداخت، حقوق او ساقط می گردد.

از قانون مدنی در تفصیل مسئله بیش از این نمی توان استفاده کرد ولی در کتب فقهی شقوقی را مطرح ساخته اند که همگی از متن حدیث ذیل مستفاد می گردد.

علی بن مهزیار می گوید که از حضرت باقر (ع) سؤال کردم: درباره شخصی که شفعه زمینی را درخواست کرده و به دنبال تهیه ثمن رفته است ولی نتوانسته ثمن آن را تهیه نماید، آیا شریک صاحب در صورتی که بخواهد مال خویش را بفروشد چه باید بکند؟ آیا می تواند بفروشد یا باید صبر کند تا شریک او (شفیع) بیاید تا ثمن را پرداخت نماید و یا اگر نتوانست آن گاه به فروش برساند؟ حضرت باقر (ع) پاسخ فرمود: اگر در همان شهر به دنبال تهیه ثمن می گردد به او سه روز مهلت می دهند در صورت پرداخت ثمن در اختیار او قرار می گردد و گرنه صاحب زمین مال خویش را به هر کس که خواست می تواند بفروشد و حق شفعه ساقط می گردد ولی اگر شفیع برای تهیه ثمن محتاج است که مالی را از بلد دیگر حمل کند، برای جهت استمهال نماید در این صورت به مقدار رفت و برگشت حمل مال مزبور به اضافه سه روز به وی مهلت می دهند اگر پرداخت کرد مال به وی تحویل والا حق شفعه وی ساقط می گردد.

مشهور فقهای امامیه به استناد به حدیث فوق گفته اند: در صورتی که شفیع از مشتری استمهال نماید مشتری موظف است طبق تفصیلی که در روایت آمده است به وی مهلت دهد و پس از انقضای مهلت مقرر و عدم پرداخت ثمن، حق شفعه او ساقط می گردد (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۳۶).

### نقد و بررسی

با دقت در گفته های فقهای امامیه می بینیم که ایشان به طور مطلق فتوا نداده بلکه معتقدند که چنین امری مقید است به آن که ادای مهلت به شفیع، موجب ورود خسارت به مشتری نگردد و گرنه چنین حقی برای شفیع، متصور نخواهد بود و شریک موظف به قبول استمهال نیست بلکه بلافاصله در صورت فوق و با توانایی شفیع می تواند مبادرت به معامله نماید.

نقطه ابهامی که در روایت مذکور وجود دارد این است که ظاهر آن دال به راین است که مورد سؤال مربوط به قبل از بیع و انتقال حصه شریک می باشد و حال آن که فقها در موضوع شفعه طبق شقوق مندرج در حدیث فتوا داده اند و مورد فتوای آنان همان شفعه لغوی و اصطلاحی است یعنی بعد از انتقال و نه قبل از وقوع معامله.

در رابطه با این ابهام بعضی گفته اند که فقها از طریق اعمال یک قیاس خفی چنین فتوایی داده اند. صاحب ریاض گفته است از قبیل تنفیح مناط قطعی است نه قیاس خفی.

ولی این گونه توجیها قابل پذیرش نیست زیرا هیچ یک از فقها قائل نیستند که قبل از بیع حق شفعه شفیع با ادای مهلت سه روزه توسط بایع و عجز شفیع ساقط می شود، به طوری که اگر پس از فروش قادر شود، نتواند از مشتری اخذ به شفعه نماید با این حالت در این مورد «اصل» وجود ندارد تا بتوان فرع را بر آن قیاس نمود و یا از آن موارد دیگری را تنفیح مناط کرد. در حالی که در عمل قیاس نخست لازم است اصل مسلمی وجود داشته باشد آنگاه فرعی را بر آن قیاس نمود (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۶۸).

### آثار فسخ حق شفعه

به نظر می رسد گذشته از موضوع اسقاط حق شفعه در مورد فوق مستنبط از ادله و نصوص شفعه سقوط حق در هر دو مورد است زیرا ادله مزبور دلالت بر لزوم مالکیت شفیع تا هنگام اخذ به شفعه را دارد. به عبارت دیگر (شریک) حق اخذ به شفعه دارد و شریک کسی است که در هنگام اخذ مالک حصه مشترک باشد و چنانچه قبل از اخذ، مبادرت به فروش نموده باشد، دیگر بر او صدق شریک نخواهد کرد و لذا اخذ به شفعه نمی تواند بنماید.

وانگهی چنانچه حکمت جعل شفعه دفع ضرر باشد در چنین صورتی است که با سلب مالکیت از شریک ضرر منتفی، موردی ندارد (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۶۱؛ ممقانی، ۱۴۱۰: ۴۴۵).

همچنین اصل استصحاب هم قابل جریان نمی باشد، زیرا که از شرایط جریان استصحاب بقای موضوع است، در حالی که در ما نحن فیه، موضوع (شریک) عوض شده و لذا نمی توان حکم سابق (وجود حق شفعه) را استصحاب نمود (ره پیک، ۱۳۷۹: ۱۰۴).

با توجه به مطالب ذکر شده معلوم می گردد که به هیچ وجه علم و جهل دخالتی در مسئله ندارد و نمی توان تفصیلی را که دسته اول از فقها قائل شده اند، پذیرفت.

پس باید گفت ظاهر در سقوط آن است در صورت علم و جهل هر دو، چنانکه مذهب علامه چنین است به جهت آنکه بقای ملک جزء 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 مبدأ است و بر این صدق نمی کند، در این حال شریک غیر مقاسم و جهل و علم او را در احکام وضعی مداخلیتی نیست (محقق داماد، ۱۳۷۷: ۶۸).

## رویه حقوقی نقل شفعه

حق شفعه دارای حق تعقب است، به دلیل اجرای حق؛ در موردی که از طرف خریدار تملک می شود، برای تحقق آن باید ملکیت همه انتقال گیرندگان از آغاز باطل شود و به خریدار بازگردد.

حق شفعه حاوی حق تقدم است: طلبکاران انتقال دهنده یا انتقال گیرنده ورشکسته نمی توانند مانع اخذ به شفعه شریک شوند و حتی که با نخستین فروش سهم برای شفیع ایجاد می شود بر حقوق همه طلبکاران (و حتی صاحبان حقوق عینی آینده) رجحان دارد» (کاتوزیان، ۱۳۶۹: ۲۱).

امامی بیان می دارد: «شفعه در زمره حقوق مالی شریک است و در امکان اسقاط آن تردید نباید کرد. شریک می تواند از این امتیاز بگذرد و به سهم خود قانع شود. ماده ۸۲۲ قانون مدنی در مقام تأیید همین قاعده اعلام می کند «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می شود» (امامی، ۱۳۴۹: ۳۰/۳).

### در انتقال حق شفعه تبعیض جایز نیست

فقها در آثار خویش متعرض این امر شده اند که شخص شفیع نمی تواند حق شفعه خویش را تبعیض نماید به این معنا که آن را نسبت به قسمتی از مبیع اجرا کرده و نسبت به قسمت دیگر رها کند. در این مورد به بیان کلام تنی چند از فقها می پردازیم. محقق حلی می گوید: شفیع نمی تواند حق خویش را تبعیض نماید، بلکه یا باید کل آن را اخذ کند یا تمام را رها نماید (محقق حلی، ۱۴۰۱: ۲۸۵/۳).

شهید دوم در شرح بیانات محقق حلی می نویسد: دلیل این امر (عدم جواز تبعیض) آن است که حق شفیع مجموع من حیث المجموع است و به دلیل اضرائی که در تبعیض بر مشتری وارد می آید، بنا نمودن این حق که برای دفع اضرائی است بر اضرائی دیگر مناسب نیست (شهید ثانی، ۱۳۹۴: ۳۱۰/۱۲).

بحرانی نیز بیان می دارد: «به دلیل اضرائی که در تبعیض بر مشتری وارد می آید، امر آشکارتر در تعلیل این است که به مقتضای ادله عقلی و نقلی، از لحاظ کتاب و سنت عدم اخذ به شفعه است، پس در جواز اخذ به آن بر آنچه دلیل بر آن اقامه شده است اقتضای می شود و اخبار وارده در مورد شفعه با توجه به کثرت و تعددشان، منحصرأ به اعتبار مجموع وارد شده اند و جدای از آن ها، صحتشان موقوف بر دلیل است» (شیخ بحرانی، ۱۴۰۵: ۳۱۶/۸).

قانون مدنی نیز به پیروی از نظر مشهور فقها در ماده ۸۱۵ مقرر می دارد: «حق شفعه را نمی توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید».

## شفعه در اسناد تجاری

اسناد تجاری در قانون تجارت تعریف نشده و حقوق دانان برای این اسناد دو مفهوم عام و خاص منظور داشته اند.

اسناد تجاری به معنای عام به تمامی اسنادی که مابین بازرگانان در روابط تجاری مورد استفاده قرار می گیرد اطلاق می شود که علاوه بر برات، سفته و چک، اسنادی نظیر: قبض انبار، اسناد در وجه حامل، بارنامه های حمل و نقل، اوراق بهادار، اوراق قرضه، اوراق سهام و ... را شامل می شود.

لیکن اسناد تجاری به معنای خاص تنها شامل: برات، سفته و چک می شوند. ویژگی مشترکی که این موارد را از دیگر اسناد تجاری متمایز می کند این است که: این اسناد هم معرف وجه و طلب بوده و هم قابل ظهر نویسی و انتقال می باشند، در صورتی که دیگر اسناد تجاری هیچگاه این دو خصوصیت را با هم ندارند یعنی چنانچه قابل انتقال باشند مثل ورقه سهام دیگر معرف وجه و طلب نیستند و اگر معرف وجه و طلب باشند مثل بارنامه دیگر قابل انتقال نیستند.

از دیگر خصوصیات مشترک برات، سفته و چک این است که: هر سه سند وسیله پرداخت هستند. صرف دادن این اسناد به طلبکار پرداخت بدهی به شمار نمی رود تا موجب برائت مدیون گردد. هر سه سند وسیله کسب اعتبار هستند. در واقع تاجر با دادن اسناد تجاری مدت دار و پذیرش آن از سوی فروشندگان کالا و خدمات به واسطه این اسناد کسب اعتبار می کند. هر سه سند معرف وجه نقد و پول بوده و ارزش آنها معادل مبلغی است که در خود این اسناد قید شده است. هر سه سند معرف طلب دارنده آن محسوب می شوند. عمر هر سه سند معمولاً کوتاه است. هر سه سند دارای تمبر مالیاتی هستند، مبلغ تمبر برات و سفته به تناسب مبلغ آن هاست اما تمبر چک صرف نظر از مبلغ آن ثابت است اما این که آیا شفعه به این اسناد تعلق می گیرد باید گفت چون این اسناد در زمره اموال منقول هستند بنا به نص قانون مدنی موجب حق شفعه در آن ها وجود ندارد هر چند که از لحاظ قانونی قابل توثیق و تضمین می باشند ولی نص قانون چنین اجازه ای نمی دهد.

### انتقال حق شفعه از طریق ارث

نقل حق شفعه به بازماندگان شفیع: این امر مورد قبول مشهور فقها است و قانون مدنی نیز در ماده ۸۲۳ مقرر می دارد: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می شود» بر آن مهر تأیید می زند.

گرچه آیات مربوط به ارث عام می باشند و نیز برخی روایات مربوط به ارث نیز به گونه ای هستند که حق شفعه را شامل می شوند، ولی برخی از فقها شمول آیات ارث بر مورد انتقال حق شفعه به ارث را مورد تردید قرار داده اند، چنانکه «شیخ حر عاملی» نیز در روایت مربوط به مردود بودن ارث حق شفعه بیان داشته است: «... دلالت خاص اقوی از عام می باشد» (عاملی،



از جمله این آیات می توان به موارد زیر اشاره کرد:

«لِلرَّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا» (قرآن، نساء: ۷/۴)

«لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ» (قرآن، نساء: ۱۱)

«لَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكَنَّ» (قرآن، نساء: ۱۲)

### دلیل دوم: روایت

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 سونده، عن یحیی الحلبي، عن ایوب بن عطیة الحذاء قال: سمعت ابا عبد الله علیه السلام یقول: کان رسول الله صلی الله علیه و آله یقول: أنا أولى بکل مؤمن من نفسه و من ترک مالاً فللوارث» (حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۵۵۱/۱۷). در سخن ابن ماجه همچنین آمده: «قال رسول الله صلی الله علیه و سلم: من ترک مالاً فلورثته» (ابن ماجه قزوینی، ۱۳۸۰: ۸۰۷)

### دلیل سوم: قاعده لا ضرر

یکی از دلالی که بعضی از علماء در اثبات ارث «حق شفعه» مطرح کرده اند قاعده «لا ضرر» است، «تثبت لدفع الضرر» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۳۱/۶؛ کرکی، ۱۴۱۰: ۴۴۷/۶). «ثابت لدفع الضرر» (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۴۷/۵).

به این بیان که هر انسانی که با فرد دیگری در مالی شریک می شود با ملاحظه مسائل جانبی بسیاری اقدام به این کار می کند، چرا که غیر از مسائل مالی، مسأله 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: ۵۵۸/۱).

حالا اگر شریک فردی باشد که از حیث اخلاقی، رفتاری و اعتقادی با فرد مقابل هم خونی و سنخیت نداشته باشد ضررهای قابل توجه مالی و غیر مالی می تواند بر فرد وارد شود که چه بسا بعضی اوقات غیر قابل 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 آزاده خاطر می گردد، جواز این حق را برای شریک تشریح فرموده است.

در فرمایش امام صادق علیه السلام هست که حضرت فرمودند: «قضی رسول الله صلی الله علیه و آله بین الشراکاء فی الأرضین و المساکن، ثم قال صلی الله علیه و آله: لا ضرر و لا ضرار» و در فرمایش دیگر آن حضرت فرمودند: «الشفعة جائزة فی کل شیء و لأنّ

برخی از فقها نیز گفته اند: گرچه شفعه مانند حق خیار است (یعنی به ارث می رسد) ولی مانند حق نفقه زوجه نیست و شاید حق شفعه حق ثابتی برای خود شفیع باشد تا زمانی که زنده است و به وراثت او منتقل نمی شود و تمسک به عموم ادله ارث متوقف بر این است که این امر ثابت گردد که حق شفعه از حقوق قائم به شخص مورث نیست (فیض کاشانی، ۱۴۱۴: ۱۷۵/۱۰).

پس باید گفت شفعه به ارث برده می شود 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 می شود، بنابراین اگر صاحب اخذ به شفعه از دنیا برود و همسری و پسری از او به جای مانده باشد یک ششم آن ملک به همسرش می رسد و بقیه را فرزند می برد، و اگر پسر و دختر از او مانده باشد مشفوع سه قسمت می شود دو قسمت را پسر و یکی را دختر می برد و بدون موافقت همه ورثه یک نفر نمی تواند اخذ به شفعه کند، حال اگر بعضی از ورثه از حق شفعه خود چشم ببوشند آیا باز هم نسبت به بقیه حق شفعه هست یا نه مسئله مورد اشکال است (نجفی، ۱۳۶۷: ۲۸۱/۳۷).

بعضی از بزرگان با استناد به ادله عمومی ارث و سایر دلایل رأی به جواز ارث «حق شفعه» داده اند. این عده حتی سهام مربوط به هر یک از وراثت را نیز معلوم نموده اند. در میان فقهای اهل سنت نیز همین اختلاف نظر البته با کمی تفاوت در ادله و نیز تفاوت در میزان سهام هر یک از وراثت در بیان کسانی که قائل به جواز ارث «حق شفعه» هستند به چشم می خورد (مغنیه، ۱۳۹۸: ۱۴۰).

قانون ایران در ماده ۸۲۳ انتقال «حق شفعه» را جایز دانسته است و عقیده دارد حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراثت او منتقل می شود.

### دلایل انتقال حق شفعه به وسیله ارث

کسانی که می گویند: «إنّ الشفعة تورث»، دلالی را ذکر کرده اند از جمله ی آن ها می توان به موارد ذیل ذکر اشاره کرد:

### دلیل اول: آیات

آیات متعددی که در قرآن کریم در مورد مسأله ارث هست و دستور داده است که هر مسلمانی که از دنیا برود ما ترک اش به وراثت می رسد اطلاق دارد و شامل به ارث رسیدن «حق شفعه» هم می شوند چرا که «حق شفعه» نیز جزء ما ترک می باشد، چه این که اگر کسی «حق شفعه» را از به ارث رسیدن استثنا کند باید دلیل محکمی بر این خروج ارائه نماید: «لأنه إذا کان حقاً للمیت، یستحقّه وارثه مثل سائر الحقوق، لعموم الآیات، و من أخرج شیئاً منها، فعلیه الدّالّله» (حلی، ۱۴۱۰: ۳۸۵/۲).

«حق شفعه» مّا ترک، فتکون مشموله لعموم الآیات الإرث الدّاله علی إرث ما ترک» (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۳۱/۶).

الشّفعة تثبت لاجل الضرر بالمشاركة» همان ضرری که می توانست متوجه شریک اصلی بشود، احتمال رسیدنش به وراثت هم هست بلکه هیچ فرقی از این حیث بین شریک اصلی و وراثت نیست.

### دلیل چهارم؛ شفعه حقی مثل سایر حقوق

عده ای از موافقان با جواز ارث «حقّ شفعه» معتقدند که شفعه یکی از حقوق مسلم شرعی است که هر صاحب ملکی با داشتن شرایط لازم در مقابل شریک خود دارد، لذا چون شفعه حقّ است بنابراین دلایلی که دلالت بر ارث ما ترک دارند می توانند به طور کلی شامل شفعه نیز بشوند چرا که شفعه نیز یکی از حقوقی است که ما ترک حساب می شود، پس قابل ارث می باشد: «إذا كان ذلك حقاً للحیّ، ثابتاً له، یملک المطالبة به، فورثته یقومون مقامه فی جمیع املاکه و هذا من جملة املاکه» (شیخ طوسی، ۱۴۱۷: ۴۳۶/۳). «کلّ ما للمیت من حق یقتضی أن یرثه ورثته إلّا ما خرج به دلیل خاص» (علامه حلی، ۱۴۰۹: ۷۷۹/۴).

### دلیل پنجم؛ حقّ شفعه در معنی نوعی خیار است

عده ای از موافقان نظریه به ارث رسیدن حقّ شفعه هم اظهار کرده اند که: «الشّفعه فی معنی الخیار» (خوانساری، ۱۳۵۵: ۳۳۱/۶). به این بیان که شفعه اگر چه حقّ مستقلی است ولی در واقع نوعی خیار است که برای دفع ضرر از شریک وضع شده است چه این که قاعده «لاضرر ولا ضرار فی الاسلام» (شیخ صدوق، ۱۴۰۴: ۴۵/۳؛ حرّ عاملی، ۱۴۱۴: ۳۱۷/۱۷). همان طور که در خیار قدرت عمل دارد در شفعه نیز قدرت اظهار وجود و اعمال نظر دارد بلکه قاعده لاضرر در شفعه قوی تر و با نفوذتر از خیار و جاهای دیگر می باشد چرا که اگر «حقّ شفعه» اجرا نشود به طرف ضرر زیادی وارد می شود تا وقتی که حقّ خیار اجراء نشود (خوانساری، ۱۳۵۵: ۳۳۱/۳). لذا همان طور که خیار به عنوان یک حقّ قابل انتقال از متوفی به ورثه می باشد لاجرم شفعه نیز این قابلیت را باید داشته باشد.

در میان بزرگان و علمای اهل سنت نیز کسانی هستند که قائل به جواز به ارث رسیدن «حقّ شفعه» شده اند از جمله شافعی و مالک نظر به جواز داده اند. «عن الشّافعی: أن إمرأته و ابنه فی ذلک سواء، یعنی فی استحقاقها لجمیع الورثة، لا یختصر بها بعضهم دون بعض» (شیخ طوسی، ۱۲۶۸: ۳۴۵/۱۴). «قال الشّافعی فیما اذا مات الشّفیع قبل ان یأخذ فلورثته أن یأخذوا ما كان یأخذ أبوهم بینهم علی العدد امرأته و ابنه فی ذلک سواء» (مغنیه، ۱۳۹۴: ۴۷۷).

### وضعیت انتقال شفعه

فوریت در شفعه: بعضی از بزرگان یکی از شرایط شفعه را «فوریت» می دانند (انصاری، ۱۳۷۲: ۲۱۵/۵).

همین این مفهوم را می رساند که پیش از تحقق شرایط، هنوز حقّ شفعه ای نیست که بحث شود آیا منتقل می شود یا نه؟ بلکه وقتی شرایط ایجاد شد امکان اجرای این حقّ پیش می آید که یکی از آن شرایط هم معامله با فرد ثالث از طرف یکی از دو شریک است.

قذف و وضعیت انتقال شفعه: در بحث قذف که بعضی از قائلین به ارث حقّ شفعه به عنوان شاهد بر مدّعی خود آورده اند می گویند همان طور که حقّ قذف به ارث می رسد پس حقّ شفعه هم به ارث باید برسد، پاسخ این است که اگر بعد از فوت فرد، کسی مرده را دشنام دهد که اگر زنده بود حد قذف پیش می آمد آیا کسی قائل هست به این که حقّ قذف از مرده به ورثه اش منتقل می شود؟ بلی اگر کسی بگوید اولیای میتی که دشنام شده حقّ دارند نسبت به دشنام دهنده اقامه دعوا کنند، پاسخ این است که این حقّ از متوفی به ارث نرسیده بلکه خود این افراد این حقّ را دارند. بنابر این حقّ قذف هم اگر در زمان حیات متوفی ایجاد نشده به ارث نمی رسد و همچنین «حقّ شفعه» هم اگر در زمان حیات فرد موجبات اش فراهم نشده به ارث نمی رسد (سنهوری، ۱۳۹۳: ۱۲۱/۹).

حق رجوع و شفعه: یکی دیگر از مواردی که حقّ هست ولی به ارث نمی رسد «حقّ رجوع» در طلاق رجعی است. اگر مردی زنش را به طلاق رجعی طلاق دهد و قبل از سرآمد مدّت عده بمیرد، آیا ورثه این متوفی می توانند به عنوان ارث ادّعی رجوع نمایند؟ مسلماً این حقّ به ارث نمی رسد زیرا مالی نیست. لذا این طور نیست که هر حقی قابل ارث رسیدن باشد بتوان «حقّ شفعه» را هم داخل آن ها دانست و قائل شد به این که چون همه حقوق به ارث می رسند پس حقّ شفعه همچنین است. بلکه باید به ادله محکم استناد نمود.

### بحث و نتیجه گیری

حقّ شفعه که از جمله اسباب تملک در حقوق مدنی ما شناخته شده دارای احکام و آثار متعددی است که در جای خود مورد بحث تفصیلی قرار گرفته است. آنچه مورد بحث ماست این است که آیا این حق قابل انتقال قهری یا ارادی به غیرهست؟

احمدی طباطبایی، سید جواد (۱۳۴۴). اخذ به شفعه در حقوق مدنی ایران و فقه اسلام. تهران: چاپخانه زندگی.

امامی، سید حسن (۱۳۴۹). حقوق مدنی. جلد ۳. چاپ سوم. تهران انتشارات کتابفروشی اسلامیه.

انصاری، مرتضی (۱۳۷۲). کتاب المکاسب. قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰). ترمینولوژی حقوق. چاپ پنجم. تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.

حر عاملی، شیخ محمد ابن حسن (۱۴۱۴). رسائل الشیعه فی مسائل الشرعیه. قم: مؤسسه آل بیت (ع).

حسینی زبیدی، محمد مرتضی (۱۳۹۸). تاج العروس من جواهر القاموس. بیروت: المکتبه الحیة.

حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر ابن حسن (۱۳۷۴). شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام. جلد ۲. تهران: مؤسسه الاعلمی.

حلی، یحیی (۱۴۰۵). ابن سعید الجامع للشرایع. قم: مؤسسه آل البيت.

خوانساری، حاج شیخ موسی نجفی (۱۲۹۵) منیه الطالب فی حاشیه المکاسب. تهران: چاپ سنگی.

خوانساری، احمد (۱۳۵۵). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. تهران: مکتبه صدوق.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۷). لغت نامه دهخدا. چاپ دوم. تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

ره پیک، حسن (۱۳۷۹). حقوق مدنی اخذ به شفعه. چاپ اول. تهران: انتشارات خرسندی.

سنهوری، عبدالرزاق (۱۳۹۳). الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید. بیروت: دارالاضواء.

طباطبایی، سید علی (۱۴۰۴). ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالدلائل. قم: مؤسسه آل بیت (ع).

طبرسی، حسن ابی علی الفضل (۱۴۱۶). تفسیر مجمع البیان. الطبعة الاولى. بیروت: موسسه الاعلمی للمطبوعات.

طریحی، فخرالدین (۱۳۹۵). مجمع البحرين. بیروت: انتشارات دار و مکتبه الهلال.

----- (بی تا). تفسیر غریب القرآن. قم: انتشارات زاهدی.

طوسی، ابی جعفر محمد ابن حسن (۱۳۶۳). الاستبصار. قم: دارالکتب الاسلامیه.

طوسی، محمد بن حسن بن علی (۱۴۰۱). المبسوط فی فقه الامامیه. تهران: انتشارات مکتبه المرتضویه.

عاملی، زین الدین علی (شهید ثانی) (۱۳۹۴). مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام. بیروت: دارالاضواء.

این موضوع معرکه آرای فقهای امامیه و اهل سنت است و منشاء آن نیز بحث از مالی بودن و تبعات پیرامون آن می باشد. مسلماً حق شفعه از حقوق مالی است ولی فرقی با سایر حقوق مالی مثل حق سرقفلی، حق تجحیر و... در این است که این حقوق فی نفسه قابل انتقالند و به ارث می رسند، اما حق شفعه که حکمت وضع آن رفع ضرر از شریک دیگر است فاقد این جنبه می باشد زیرا اگر شریک به قصد دفع ضرر از خود مبادرت به اعمال حق شفعه می کند، نباید مبادرت به نقل آن به دیگری کند زیرا با منشاء آن که لاضرر باشد منافات دارد لذا به عقیده اکثر فقها از جمله شیخ انصاری و حقوق مدنی، این حق به رسمیت شناخته نشده است و نمی توان آن را مشمول عموم مال و حقوق مالی دانست.

اما در زمینه به ارث رسیدن آن بحث ساده تر است زیرا اگر مبنای وضع حق شفعه را دفع ضرر بدانیم بین مورث و وارث تفاوتی وجود نخواهد داشت و منشاء ضرر برای هر دو وجود دارد.

به اضافه این که تمام حقوق مادی و مالی قابل انتقال از طریق ارث اند و عموماً ارث شامل حق شفعه هم می شود.

از طرف دیگر نظام حاکم بر اموال و عموماً آن تمام حقوق جزء موارد استثناء را در بر می گیرد و هر جا شک در عدم پوشش این اصل داشته باشیم با تمسک بر اصل عدم آن را مشمول قاعده می دانیم.

نهایتاً باید به محدودیت این حق اکتفا کنیم و آن را فقط شامل زمین و بنای غیر منقول دانست و بر سایر اموال منقول و نیز اسناد مالی تسری ندهیم زیرا شفعه فی نفسه خلاف اصل است و باید به قدر متیقن آن اکتفا نمود.

## منابع

قرآن کریم، ترجمه بهاء الدین خرمشاهی، تهران: سازمان چاپ و انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.

ابن ادریس حلی، ابوجعفر محمد بن منصور (۱۴۱۰). السرائر الحوی لتحریر الفتاوی. قم: مؤسسه اسلامی.

ابن مطهر، علی (۱۹۹۰). ارشاد الازهان. بیروت: مطبعه البیروت.

ابن منظور، جمال الدین محمد بن مکرم (۱۴۱۰). لسان العرب. بیروت: انتشارات دارالفکر.

- (۱۴۱۰). الروضه البهیه فی شرح اللمعه دمشقیه. بیروت: انتشارات مؤسسة اعلمی.
- تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق حلی (۱۴۰۱). شرایع الاسلام. بیروت: دار الاضواء.
- معروف الحسنی، هاشم (۱۴۰۷). الولایه، الشفعه، الاجاره. بیروت: مطبعه اعلمی.
- مغنیه، محمد جواد (۱۳۹۴). الفقه علی مذاهب الخمسه. بیروت: دارالکتب.
- موسوی خمینی، روح الله (۱۳۶۴). تحریر الوسیله. قم: جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- موسوی خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۰). منهج الصالحین. نجف: مدینه العلم.
- نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۶۷). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. چاپ سوم. تهران: انتشارات دار الکتب الاسلامیه.
- نوری، رضا. (۱۳۷۲). شفعه، وصیت، ارث، اسباب ثلاث تملک در حقوق مدنی. چاپ اول. تهران: شرکت انتشاراتی پاژنگ.
- نوری، میرزا حسین (۱۳۹۲). مستدرک الوسائل. قم: آل البیت.
- یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۵۴). عروه الوثقی. تهران: انتشارات آخوندی.
- (۱۴۱۲). الدروس الشرعیه فی فقه امامیه. چاپ اول. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- عدل، مصطفی (۱۳۴۲). حقوق مدنی. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- علامه حلی، ابی منصور حسن ابن یوسف (۱۳۶۸). مختلف الشیعه. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- علم الهدی، مرتضی (۱۴۱۸). الانتصار. قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- عمید، حسن (۱۳۴۵). فرهنگ عمید. تهران: انتشارات امیرکبیر.
- فیض کاشانی، محمد محسن (۱۴۱۴). الوافی. چاپ اول. اصفهان: انتشارات مکتبه الامام امیرالمؤمنین (ع).
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۹). مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوق ایران. چاپ دوازدهم. تهران: انتشارات به نشر.
- (۱۳۷۰). حقوق مدنی، ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، چاپ اول، تهران: انتشارات یلدا.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۷). اخذ به شفعه و وصیت.