

## حق شفعه در حقوق مدنی ایران

فاطمه بهمن زیاری<sup>۱</sup>

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد کاشان، اصفهان، ایران

### چکیده

حق شفعه عبارت است از حق تملک قهری حصه فروخته شده یک شریک به وسیله دیگر در ازای پرداخت مثل ثمن مقرر به مشتری اعمال حق شفعه را اخذ به شفعه گویند. هدف این تحقیق آشنایی با مقررات قانون مدنی درباره این موضوع است و از آنجا که قانون مدنی این مقررات را از فقه گرفته است ریشه یابی مواد قانون مدنی در زمینه شفعه هم هدفی ضمنی می‌باشد. یعنی می‌خواهیم بدانیم که سیر پیدایش یک ماده قانون مدنی از ابتدا (یعنی آغاز مراجعه به منبع فقهی) تا انتها (یعنی صورت کنونی ماده که به صورت یک یا چند عبارت منقح و مختصر و پرمعناست) چگونه بوده است و اکنون مقررات قانون مدنی درباره شفعه چیست؟ در این تحقیق دو موضوع مهم یعنی اسباب تملک در حقوق اسلامی و نیز طبیعت خلاف قاعده بودن حق شفعه مطالبی ارائه خواهد شد. از تاریخچه حق شفعه، مفهوم لغوی و اصلاحی آن و نیز اوصاف و ویژگیهای بارز این تاسیس فقهی - حقوقی سخن به میان خواهد آمد. هم چنین به شرایط ایجاد حق شفعه و به تجزیه و تحلیل شرایط پنجگانه تحقق این حق پرداخته خواهد شد. در پایان توضیح مختصری در مورد اخذ بشفعه (ماهیت و تعریف آن، شرایط شفیع برای اخذ بشفعه و کیفیت اخذ بشفعه) داده خواهد شد.

واژگان کلیدی: شفعه، مدنی، حق، حقوق، ایران

<sup>۱</sup> نویسنده مسئول: pardisbagheri66@gmail.com

بخش اول: تاریخچه حق شفعه<sup>۲</sup>

موضوع شفعه که در فقه اسلام مبتنی بر قاعده لاضرر است، پیش از اسلام وجود داشته است. مخصوصاً در رم قدیم در موارد متعدد اعمال می‌شد و حقوق قدیم فرانسه و کشورهای غربی که تحت تاثیر قانون رم بوده‌اند، موارد زیادی از این حق را اخذ کرده‌اند. ولی در قانون فعلی فرانسه دامنه آن محدود شده و فقط در سه مورد اعمال می‌گردد:

۱- شفعه راجع به مورد دعوی؛

۲- شفعه مربوط به ارث؛

۳- شفعه اشاعه.

۱- شفعه مورد دعوی: در قانون مدنی فرانسه، ضمن ماده ۱۶۹۹ در فصل بیع، پیش بینی شده و بموجب آن به خواننده حق داده شده که اگر خواهان، حق متنازع فیه را که دعوی نسبت به آن مطرح شده در مقابل عوض بغیر منتقل نماید، با تأدیه قیمت واقعی و مخارج قانونی و خسارات لازمه به خریدار، خود را از قید آن دعوا رها نماید.

۲- شفعه مربوط به سهم الارث: این حق که یادگار مالکیت خانوادگی و برای حفظ اموال و اسرار خانواده ایجاد شده، از حقوق رم اخذ شده و در حقوق امروزی و اغلب کشورهای غربی شناخته شده است. و ضمن ماده ۸۴۱ قانون مدنی فرانسه در مبحث تقسیم سهم الارث حکم آن بیان شده. این حق که در حقوق آلمان هم شناخته شده است به ورثه حق می‌دهد که هر گاه یکی از آنان سهم الارث مشاع خود را از ترکه به اجنبی انتقال دهد، وجهی را که منتقل الیه پرداخته به او داده وی را از شرکت در تقسیم ما ترک و دخالت در امر خانواده طرد نمایند.

۳- شفعه اشاعه: این حق اختصاص به رژیم اشتراک اموال در حقوق فرانسه دارد و ماده ۱۴۰۸ قانون مدنی فرانسه به زن حق داده که هرگاه شوهر به نام خود مال غیر منقولی بخرد که زن در آن مال مشاعاً شرکت داشته باشد، موقع انحلال قرار داد مالی زوجین، زوجه بتواند مال غیر منقول را به نفع خود اخذ نماید و قیمتی را که شوهر او داده به (کومونوته) بپردازد. سه موردی که ذکر شد از این جهت که پس از وقوع معامله مبیع را تملک می‌نماید شبیه به شفعه در حقوق مدنی ایران است که تحت عنوان حق رتر<sup>۳</sup> ذکر گردیده است.

مورد دیگری هست که تحت عنوان پرامسیون<sup>۴</sup> بیان گردیده و این حق معمولاً ناشی از یک قرار داد است و اساسنامه شرکتها در مورد انتقال سهام، این حق را پیش بینی می‌نمایند و بموجب آن، شرکاء و طرفین قرار داد ملزم می‌شوند سهم خود را قبل از فروش به شرکاء دیگر پیشنهاد نمایند. پرامسیون را حقوق فرانسه بموجب قانون روستائی مصوب ۱۹۴۶ برای مستأجرین املاک مزروعی قائل شده و بر حسب آن: هرگاه مالک بخواهد زمین خود را بفروشد باید قبلاً با ترتیبی که پیش بینی شده شرایط معامله را به زارع زمین (مستأجر) پیشنهاد نماید و زارع، زمین را به دیگری بفروشد یا در پیشنهاد آن برای منع وی حيله به کاربرد، ضمانت اجرای امر، بطلان معامله مالک خواهد بود.

هر چند اصطلاح رتر و پرامسیون متفاوت بوده و در عمل با یکدیگر اختلاف دارد، ولی حقوقدانان فرانسه بتدریج اصطلاح رتر را ترک نموده و کلمه پرامسیون استعمال می‌نمایند هر چند بعد از بیع اعمال گردد.

<sup>۲</sup> - این قسمت خلاصه‌ای است از کتاب: احمدی طباطبایی، دکتر سید جواد، اخذ بشفعه در حقوق مدنی ایران و فقه اسلام، فروردین ۱۳۴۴، چاپخانه زندگی، صص ۱۴-۱۶ و ۱۷.

<sup>۳</sup> - Droit de retrait

<sup>۴</sup> - Preemption

پرامسیون که بموجب آن حق آزادی مالک در انتقال ملک او محدود می‌گردد، می‌تواند جزء شرایط قرار دادهای خصوصی قرار گیرد و از نظر قانون مدنی ممکن است چنین تعهدی جزء شرایط ضمن عقد واقع شود و در شرکتهای تجاری ممکن است اساسنامه شرکت آن را پیش بینی نماید.

حقوقدانان غربی شفعه را از موارد سلب مالکیت شمرده و آن را مانند موردی که بموجب قانون برای منافع عمومی از کسی سلب مالکیت می‌شود، سلب اجباری مالکیت بنفع افراد تلقی نموده‌اند. موضوع مسلم این است که در حقوق ملل قدیم، دامنه اعمال این حق وسیعتر بوده و چون مضار وسعت آن معلوم شده، بتدریج کشورها در قانونگذاری آن را محدود ساخته‌اند.

برخی از حقوقدانان در مورد تفاوت پرامسیون در حقوق فرانسه با حق شفعه بیان می‌دارد: «... لذا شفعه مورد نظر فقه و قاون مدنی ایران متفاوت با آن چیزی است که در حقوق فرانسه تحت عنوان حق شخص ثالث که با استفاده از آن می‌تواند در معامله بین دو نفر مداخله کرده و پیش از انجام معامله با دادن امتیاز بیشتر معامله را بنام خود نماید [Droite Preemption] معروف است، زیرا در اعمال حق شفعه اولاً شفیع خود مالک و شریک مالک بایع است و ثانیاً همان مبلغی را که مشتری به بایع داده است به او می‌پردازد و ثالثاً بدون موافقت بایع با مشتری حصه میباید را تملک می‌نماید.»<sup>۵</sup> چنانچه از برخی از کتب لغت برمی‌آید، در زمان جاهلیت نیز تأسیسی بنام شفعه وجود داشته، هر چند ما از کیفیت و چگونگی شرایط آن اطلاع دقیقی در دست نداریم.<sup>۶</sup>

#### بخش دوم: مفهوم حق شفعه

معمولاً هنگامی که می‌خواهند یک واژه را مورد تحقیق و تدقیق قرار دهند، آن را از دیدگاه دو دسته از اندیشمندان لحاظ می‌کنند؛ دیدگاه اهل لغت، و دیدگاه متخصصین در موضوع. وظیفه اهل لغت صرفاً بیان معانی کلمات بدون توجه به موقعیت آن در جمله‌های مختلف می‌باشد، گاهی نیز با آوردن مثالهایی تغییر معانی آن واژه را در جملات گوناگون مورد توجه قرار می‌دهند. اما نقش متخصصین در موضوع بیان تعریف واژه و موضوع آن است بگونه‌ای که بتوان براحتی آن را از دیگر موضوعات تمیز داد. در اینجا، ما نیز ابتدا به بیان دیدگاه اهل لغت در مورد حق شفعه می‌پردازیم، و سپس نظر حقوقدانان را که متخصصان موضوع مورد نظر ما می‌باشند در این باره بیان می‌کنیم.

#### مبحث اول. مفهوم لغوی حق شفعه

«شفعه» به ضم شین و سکون فاء و فتح عین در اصل به معنای تقوین کردن، یاری نمودن و فزونی است، چرا که شفیع، مبیع را به ملک خویش ضمیمه می‌نماید، یعنی ملک خود را بواسطه 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 بواسطه مبیع، جفت می‌شود. همچنین گفته شده که «شفعه» اسمی برای ملک مشفوع است همانند «لقمه» که اسمی برای شیء ملقوم (بلعیده شده) است. نیز، به معنای تملک ملک مشفوع می‌آید.<sup>۷</sup> در قرآن مجید نیز، «شفع» به معنای جفت بکاررفته است: والشفع والوتر؛<sup>۸</sup> قسم به جفت و طاق.

<sup>۵</sup> - نوری، دکتر رضا، شفعه وصیت ارث اسباب ثلاثه تملک در حقوق مدنی، شرکت انتشاراتی پازنگ، چاپ اول، بهار ۱۳۷۲، تهران، ص ۹.

<sup>۶</sup> - جمال الدین محمد بن مکرم بن منظور، لسان العرب، انتشارات دارالفکر، بیروت، ج ۸، ص ۱۸۴ ماده «شفع».

<sup>۷</sup> - فخرالدین طریحی، مجمع البحرین، انتشارات دار و مکتبه الهلال، بیروت، ۱۹۸۵، ج ۴، ص ۳۵۴ ماده «شفیع».

<sup>۸</sup> - سوره فجر (۸۹) : آیه ۳.

قتیبی در تفسیر «شفعه» گفته است که: «كان الرجل فی الجاهلیه اذا اراد بیع منزله اتاه رجل فشفع الیه فیما باع فشفعه وجعله اولی بالمبیع ممن بعد سببه فسمیت شفعه و سمی طالبها شفیعاً»<sup>۹</sup>؛ در زمان جاهلیت هرکس می‌خواست منزلش را بفروشد، شخصی می‌آمد و آن منزل را از درخواست می‌کرد، بایع نیز آن منزل را به درخواست کننده داده و او را نسبت به کسانی که رابطه دورتری داشتند سزاوارتر قرار می‌داد. پس حق شفعه در زمان جاهلیت بر اساس نزدیکی و دوری رابطه افراد با یکدیگر بوده است.

### مفهوم اصطلاحی حق شفعه:

قانونگذار در ماده ۸۰۸ قانون مدنی، نظر خود را در مورد شفعه چنین بیان می‌دارد: «هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد، و یکی از دو شریک حصه خود را بقصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند».

چنانکه ملاحظه می‌شود، قانونگذار نخواست است به بیان تعریف منطقی شفعه پردازد، بلکه صرفاً بیان شرایط ایجاد این تاسیس حقوقی پرداخته است.

شارحان قانون مدنی نیز هر یک بنوبه خود تعریفی را در این زمینه بیان کرده‌اند. مصطفی عدل بیان می‌دارد: «شفعه عبارتست از استحقاق یکی از دو شریک به تملک حصه مشاع شریک دیگر از مال غیر منقول قابل تقسیم در صورتی که شریک مزبور حصه خود را بقصد بیع به شخص ثالثی منتقل نماید».<sup>۱۰</sup>

استاد دکتر سید حسن امامی می‌گوید: «در اصطلاح شفعه عبارت از تملک حصه فروخته شده شریک بوسیله شریک دیگر می‌باشد».<sup>۱۱</sup>

استاد دکتر ناصر کاتوزیان دو تعریف در این مورد ارائه می‌دهد:

الف) «حق تملک قهری حصه شریک سابق است از خریدار آن در برابر قیمتی که پرداخته»

ب) «حقی است که به یکی از دو شریک ملک قابل تقسیم داده می‌شود تا بتواند در برابر پرداخت قیمتی که خریدار حصه شریک سابق به او داده است آن را تملک کند».<sup>۱۲</sup>

### بخش سوم: اوصاف حق شفعه

#### مبحث اول: حق شفعه، حقی مالی است

حق در یک تقسیم بندی به دو گونه مالی و غیر مالی تقسیم می‌شود. حق مالی آنست که متعلقش مال می‌باشد، خواه آن مال عین باشد خواه دین خواه منفعت خواه انتفاع و خواه حق (مانند حق تحجیر)<sup>۱۳</sup>. حق غیر مالی حقی است که ارزش اقتصادی ندارد مانند حق زوجیت، حق ابوت و بنوت<sup>۱۴</sup>.

<sup>۹</sup> - این منظور، پیشین، ج ۸ ص ۱۸۴ ماده «شفیع».

<sup>۱۰</sup> - عدل «منصورالسلطنه»، مصطفی، حقوق مدنی، انتشارات امیرکبیر، آذرماه ۱۳۴۲، ص ۵۰۵.

<sup>۱۱</sup> - امامی، دکتر سید حسن، حقوق مدنی، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، چاپ سوم، ۱۳۴۹، ص ۹.

<sup>۱۲</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی - ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، انتشارات یلدا، تهران، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۰، ص ۲۱۴، شماره ۱۲۲.

<sup>۱۳</sup> - جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ پنجم، زمستان ۱۳۷۰، ص ۲۲۶ شماره ۱۸۰۷.

<sup>۱۴</sup> - جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، پیشین، ص ۲۲۴ شماره ۱۷۸۵.

اختیار تملک قهری سهم فروخته شده را قانون مدنی حق نامیده است؛ امتیازی که قانون به منظور حفظ منافع شریک به او می‌دهد تا به دلخواه از آن استفاده کند. 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 یا در برابر گرفتن امتیازی با خریدار صلح کند.<sup>۱۵</sup>

حق شفعه همچنین از طریق ارث به بازماندگان شفیع می‌رسد. این امر مورد قبول مشهور فقها است و قانون مدنی نیز در ماده ۸۲۳ آن را بدین بیان مورد پذیرش قرار می‌دهد: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود» و بر آن مهر تأیید می‌زند.<sup>۱۶</sup>

«بدین ترتیب، اختیار شفیع همه اوصاف بارز یک حق مالی را داراست. کانون تردید در این نکته است که بطور معمول حق مالی قابل انتقال به دیگران است و ارزش آن را همین امکان داد و ستد معین می‌کند، در حالی که استفاده از حق شفعه ویژه شریک است و او نمی‌تواند آن را به رایگان یا در برابر مبلغی به دیگران واگذار کند. این منع را قانون مدنی بصراحت بیان نکرده است، ولی از سابقه تاریخی و طبیعت حق بخوبی استفاده می‌شود: حق شفعه برای جلوگیری از ضرر شریک و از بین بردن ماده نزاع در اداره و انتفاع از املاک است؛ به بیان دیگر، شفعه وسیله رفع ضرر است نه جلب منفعت. بنابراین، باید در حدود مبنا و حکمت ایجاد حق مورد استفاده قرار گیرد. پس، اگر شریک سهم خود را به دیگری انتقال دهد، حق ساقط می‌شود (چون مبنای ضرر از بین می‌رود) و انتقال گیرنده نیز آن را بدست نمی‌آورد. در نتیجه باید پذیرفت که انتقال ناپذیری شفعه به دلیل مستند این حق استثنایی و طبیعت ویژه آن است و نباید سبب تردید در ماهیت آن شود»<sup>۱۷</sup>.

#### مبحث دوم: حق شفعه، حقی عینی است

حق در تقسیم بندی دیگری به دو گونه عینی و دینی تقسیم می‌شود. حق عینی سلطه‌ای است که شخص نسبت به چیزی دارد و می‌تواند آن را به گونه‌ای مستقیم و بی واسطه اجرا کند. حق عینی دو رکن اصلی دارد: ۱- شخصی که صاحب حق است، اعم از شخص طبیعی یا حقوقی، ۲- چیزی که موضوع حق قرار می‌گیرد. حق عینی به طور مستقیم بر موضوع خود اعمال می‌شود و لازم نیست که اجرا و رعایت آن از شخص دیگری مطالبه شود. ولی، هرگاه موضوع حق در تصرف شخص دیگری باشد و او مانع اجرای آن گردد، صاحب حق می‌تواند رد مال را از متصرف بخواهد.

حق دینی حقی است که شخص نسبت دیگری پیدا می‌کند و به موجب آن، می‌تواند انتقال مال، انجام کاری یا خودداری از انجام کاری را از او بخواهد. صاحب این حق را دائن یا طلبکار و کسی را که ملزم به انجام امری است مدیون یا بدهکار می‌نامند. اصل حق نیز به اعتبار صاحب آن طلب و یا بستانکاری به لحاظ مدیون، تعهد یا دین بدهکاری نام دارد. کسی که دارای حق دینی است فقط به وسیله مدیون و به طور غیر مستقیم می‌تواند آن را بر روی اشیاء اعمال کند و راه عملی اجرای حق اجرای حق این است که الزام مدیون را به اجرای تعهد از دادگاه بخواهد. موضوع حق دینی ممکن است انتقال مال، انجام دادن کار یا خودداری از انجام دادن کاری باشد.<sup>۱۸</sup>

<sup>۱۵</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی - ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، ص ۲۱۵ شماره ۱۲۳. بسیاری از فقها بر این امر تصریح نموده‌اند، از جمله: محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۳ ص ۲۶۴ - حسن بن یوسف بن علی مطهر، ارشاد الاذهان الی احکام الایمان، انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ. ق، ج ۱ ص ۳۸۷ - شهید اول، الدرر الشریعه، ج ۳ ص ۳۶۷ - شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۷ صص ۴۰۳ - ۴۰۴ ایشان بیان می‌دارد که: من خلافی در این مورد ندیده‌ام. همچنین ماده ۸۲۲ قانون مدنی: «حق شفعه قابل اسقاط است و اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود» به این امر اشعار دارد چرا که صلح حق شفعه یکی از راههای اسقاط آن است.

<sup>۱۶</sup> - در مورد به ارث رسیدن حق شفعه در مباحث بعدی مفصلاً سخن خواهیم گفت.

<sup>۱۷</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی - ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، صص ۲۱۵-۲۱۶ شماره ۱۲۳.

<sup>۱۸</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوقی ایران، انتشارات بهنشر، تهران، چاپ دوازدهم، مهرماه ۱۳۶۹، صص ۲۷۶ و ۲۷۷ و ۲۷۸ شماره ۲۴۰ و ۲۴۳.

یکی از حقوقدانان در این زمینه بیان می‌دارد: «از مفاد ماده ۸۰۸ قانون مدنی برمی‌آید که شفعه حق عینی است، زیرا حق تملک مستقیم به شریک می‌دهد، بدون اینکه نیازی به الزام خریدار به انتقال (اجرای تعهد) باشد. بیگمان، این تملک از دارایی خریدار می‌شود و شفیع بطور معمول ناچار است که برای احراز درستی و نفوذ اقدام خود بر خریدار دعوی کند. ولی باید توجه داشت که رجوع به دادگاه به منظور اعلام تحقق تملک از تاریخی است که شفیع اراده می‌کند نه الزام خریدار به انتقال سهم. رأی دادگاه نیز اعلام کننده است نه موسس و نباید آن را سبب انتقال پنداشت. در نتیجه، رابطه شفیع با عین سهم شریک مانند سایر حقوق عینی مستقیم است و ثمره اجرای تعهد نیست. منتها، این رابطه حاوی حق انتفاع و تصرف از عین نیست؛ درجه‌ای پائین تر از مالکیت است<sup>۱۹</sup> و در حق تملک خلاصه می‌شود و همین امر سبب ایجاد تردید در وصف عینی حق می‌شود. مرحوم استاد امامی در نتیجه همین تردید شفعه را در حکم حق عینی می‌داند و در دنبال این فکر می‌نویسد: از نظر تحلیلی حق شفعه را نمی‌توان از حقوق عینی مانند حق وثیقه در رهن و یا حق در مال بازداشت شده بوسیله 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 می‌شود، حق مزبور مانند حق اولویت در تملک بشمار می‌رود که آثار حق عینی را دارا است. بعبارت دیگر حق شفعه منشأ حق تملک بوسیله شفیع می‌باشد این گفته را تا آنجا که مربوط به تفاوت حق شفعه با حق مرتهن یا صاحب وثیقه قضایی است، باید تأیید کرد. زیرا، حقی که طلبکار بر عین وثیقه دارد، حق عینی تبعی است و مدیون می‌تواند با پرداخت اصل دین آن را از بین ببرد و سقوط دین به ابراء و تهاوتر و دلیل دیگر نیز حق عینی را ساقط می‌کند؛ در حالی که، حق شفعه اصیل است و تابع هیچ تعهدی نیست. ولی، تردید درباره فعلیت نداشتن حق عینی در شفعه ناشی از این گمان است که حق عینی باید حاوی مالکیت یا یکی از شاخه‌های آن (حق انتفاع و ارتفاق) باشد و از این دیدگاه باید اصلاح شود: 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 نمی‌کاهد، چنانکه حق تحجیر و رهن را در زمره حقوق عینی می‌آورند، هر چند که صاحب حق هیچ مالکیتی بر موضوع آن ندارد.

حق شفعه سایر اوصاف حقوق عینی را نیز داراست: حاوی حق تعقیب است، زیرا استفاده از آن همه معاملات معارض با اجرای حق مالکیت آنان به دلیل اجرای حق است؛ در موردی هم که از خریدار تملک می‌شود، برای تحقق آن باید ملکیت همه انتقال گیرندگان از آغاز باطل شود و به خریدار بازگردد. حاوی حق تقدم نیز هست، چرا که طلبکاران انتقال دهنده یا انتقال گیرنده ورشکسته نمی‌توانند مانع اخذ به شفعه شریک شوند و حقی که با نخستین فروش سهم برای شفیع ایجاد می‌شود بر حقوق همه طلبکاران (و حتی صاحبان حقوق عینی آینده) رجحان دارد»<sup>۲۰</sup>

### مبحث سوم: حق شفعه به ارث انتقال می‌یابد

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 بهمین جهت او نمی‌تواند این حق تملک قهری را به دیگران انتقال دهد. پس این سؤال به ذهن می‌رسد که چرا انتقال به وارثان را قانونگذار مقرر داشته و انتقال به دیگران را منع کرده است؟ پاسخ قاطع را باید در اخبار مستند شفعه و پیشینه تاریخی قانون مدنی جستجو کرد. ولی از نظر منطقی حقوقی نیز می‌توان افزود که وارثان شخص در واقع ادامه دهنده شخصیت مالی او هستند و لزومی ندارد که انتقال ارادی به بیگانگان و

<sup>19</sup> - که در فقه آن را «ملك آن يملك» می‌گویند و از قبیل حق خیار است.

<sup>20</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی- ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، صص ۲۱۶-۲۱۷ شماره ۱۲۴.

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<sup>۲۱</sup> 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 اجراء آن قید مباشرت شخص مستتر باشد»<sup>۲۲</sup>

### مبحث چهارم: حق شفعه قابل انتقال نیست

مسئله این است که آیا شخص شفیع این حق را دارد که حق شفعه بوجود 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 نمی‌بیند تا امکان اجرای حق را بیابد، لذا حق شفعه بدین صورت قابلیت انتقال به دیگران را ندارد.<sup>۲۳</sup>

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 بر حق شفعه خود اقدام به انتقال سهم خود نماید. 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، چرا که شارع مقدس این حق را به کسی داده است که در حین بیع شریع 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 تاثیری ندارد، زیرا حق شفعه بر خلاف قاعده می‌باشد و ماده ۸۰۸ قانون مدنی فقط آن را به شریک داده است.<sup>۲۴</sup>

یکی از استادان حقوق مدنی 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. با وجود این، انتقال نیافتن حق شفعه قوی تر است. زیرا، ضروری که شفعه برای احتراز از آن برقرار می‌شود، تحمل

<sup>۲۱</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی - ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، صص ۲۱۷-۲۱۸ شماره ۱۲۵.

<sup>۲۲</sup> - عدل، مصطفی، پیشین، ص ۵۱۱.

<sup>۲۳</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی - ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، ص ۲۲۰ شماره ۱۲۶.

<sup>۲۴</sup> - امامی، دکتر سید حسن، پیشین، ج ۳ ص ۳۴.

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 به این تمایل قوت بیشتری می‌بخشد، زیرا باید حکم شفعه را به گونه‌ای تفسیر کرد که تنها شامل مصرحات شود و توسعه نیابد»<sup>۲۵</sup>.

### مبحث پنجم: حق شفعه قابل اسقاط است

مساله این است که آیا شفیع می‌تواند حق شفعه بوجود آمده را اسقاط کند یعنی از اجرای آن صرفنظر نماید یا خیر؟ صاحب منیه الطالب گوید: حقوق، تماماً قابل اسقاط هستند و این امر ملاک تام تمیز میان حق و حکم است، و اینکه برخی از حاشیه نویسان، حقوق را به حقوق قابل اسقاط و غیر قابل اسقاط مانند حق ولایت و ابوت و استمتاع زوج و ... تقسیم نموده‌اند وجهی ندارد چرا که اینها از احکامند و نامگذاری آنها به حق به مناسبت و عنایتی بوده است.<sup>۲۶</sup> یکی از اساتید حقوق مدنی بیان می‌دارد: «شفعه درزمره 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 صرفنظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود»<sup>۲۷</sup>

### مبحث ششم: حق شفعه از آثار بیع صحیح است

شخص شفیع زمانی می‌تواند به مشتری مراجعه و مبیع را به تملک خویش درآورد که مبیع به ملکیت مشتری درآمده باشد. بدین بیان که اگر پس از بیع مشخص گردد که معامله انجام شده بنا به دلایلی باطل بوده است، مثلاً فروشنده اهلیت نداشته، مسلماً در اینجا مبیع به ملکیت مشتری در نیامده است تا شفیع بخواهد آن را از او تملک کند. چنانکه از ماده ۸۰۸ قانون مدنی معلوم می‌گردد، حق اخذ بشفعه بسبب بیع سهم شریک بوجود می‌آید و پس از تحقیق مالکیت مشتری، شفیع می‌تواند آن را تملک کند. بنابراین چنانچه بیع باطل باشد مشتری مالک مبیع نمی‌شود تا شفیع بتواند آن را تملک نماید، زیرا طبق ماده ۳۶۵ قانون مدنی: «بیع فاسد اثری در تملک ندارد» اینست که ماده ۸۱۳ قانون مدنی می‌گوید: «در بیع فاسد حق شفعه نیست»<sup>۲۸</sup>

### مبحث هفتم: حق شفعه قابل تبعیض نیست

فقها در آثار خویش معترض این امر شده‌اند که شخص شفیع نمی‌تواند حق شفعه خویش را تبعیض نماید بدین معنا که آن را نسبت به قسمتی از مبیع اجرا کرده و نسبت به قسمت دیگر رها کند. ذیلاً به ایراد کلام تنی چند از فقها می‌پردازیم: محقق حلی: شفیع نمی‌تواند حق خویش را تبعیض نماید، بلکه یا باید کل آن را اخذ کند یا تمام را رها نماید.<sup>۲۹</sup> شهید دوم: ایشان در شرح بیانات محقق حلی می‌فرماید: دلیل این امر [عدم جواز تبعیض] این است که حق شفیع مجموع من حیث المجموع است، و بدلیل اضرائی که در تبعیض صفقه بر مشتری وارد می‌آید، بنا نمودن این حق که برای دفع اضرار است بر اضرار مناسب نیست.<sup>۳۰</sup>

<sup>۲۵</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی - ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، صص ۲۲۰-۲۲۱ شماره ۱۲۶.

<sup>۲۶</sup> - حاج شیخ موسی نجفی خوانساری، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، ج ۲، ص ۱۵۲.

<sup>۲۷</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی - ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، ص ۲۲۱ شماره ۱۲۷.

<sup>۲۸</sup> - امامی، دکتر سید حسن، پیشین، ج ۳، ص ۳۰.

<sup>۲۹</sup> - محقق حلی، شرائع الاسلام، ج ۳، ص ۲۵۸.

<sup>۳۰</sup> - شهید دوم، مسالک الافهام، ج ۱۲، ص ۳۱۰.



شیخ یوسف بحرانی: مخفی نماند که مقتضای ادله داله بر شفعه، استحقاق شفیع است مجموع سهم مشترک را، اگر آن را اخذ بشفعه نماید، و اینکه این امر حق شرعی اوست، با توجه به این امر، آیا حق تبعیض شفعه برای او وجود دارد بدین صورت که در برخی از سهم فروخته شده اخذ به شفعه نماید و برخی دیگر را رها کند یا خیر؟ آن طور که از اصحاب مشخص می‌شود، ظاهراً در پاسخ دوم خلافی وجود ندارد، بدلیل اضرائی که در تبعیض بر مشتری وارد می‌آید. و امر آشکارتر در تعلیل این است که ما قبلاً بیان کردیم به این که اصل به مقتضای ادله عقلی و نقلی، کتاباً و سنتاً عدم اخذ بشفعه است، پس در جواز اخذ به آن بر آنچه دلیل بر آن اقامه شده است اقتصار می‌شود، و اخبار وارده در مورد شفعه با توجه به کثرت و تعددشان، منحصرأ به اعتبار مجموع وارد شده‌اند، و جدای از آنها، صحتشان موقوف بر دلیل است.<sup>۳۱</sup>

قانون مدنی نیز به پیروی از نظر مشهور فقها در ماده ۸۱۵ می‌گوید: «حق شفعه را نمی‌توان 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.»

### شرایط ایجاد حق شفعه

با بررسی روایاتی که از معصومین (ع) به ما رسیده است، همچنین کاوش در متون فقهی، و بالاخره دقت در ماده ۸۰۸ قانون مدنی، می‌توان شرایطی را برای ایجاد حق شفعه استنباط نمود و به مطالعه آنها پرداخت. در ارتباط با هر کدام از این شرایط، مطالب فرعی دیگری نیز مطرح می‌شود که سعی شده است در این نوشتار، تا جایی که امکان دارد مختصراً به مهمترین آنها اشاره‌ای صورت گیرد. شرایطی که ذیلاً به بررسی آنها پرداخته خواهد شد عبارتند از:

- ۱- غیر منقول بودن مورد شفعه
- ۲- قابل تقسیم بودن مورد شفعه
- ۳- لزوم شرکت
- ۴- محدود بودن شرکاء به دو نفر
- ۵- انتقال سهم مشترک بواسطه بیع

### شرط اول: غیر منقول بودن مورد شفعه

قانونگذار در ماده ۸۰۸ قانون مدنی، صریحاً از اموال غیرمنقول نام می‌برد، و با این بیان هر گونه اموال منقول را از دایره شمول شفعه خارج می‌سازد. و با بیان ماده ۸۰۹ که در آن حکم اموال غیرمنقول تبعی مانند بنا و درخت را تعیین کرده است، مشخص می‌نماید که منظور از اموال غیرمنقول در ماده ۸۰۸، اموال غیر منقول ذاتی می‌باشد. چنین بنظر می‌رسد که قانونگذار خواسته بدین ترتیب، نظر کسانی که قائل به محدود کردن موضوع شفعه هستند را مورد تأیید قرار دهد.

### شرط دوم: قابل تقسیم بودن مورد شفعه

پس از توضیحاتی که در مورد شرط اول از شرایط شفعه داده شد، مشخص گردید که شفعه در مال غیرمنقول ذاتی اصالتاً و در مال غیرمنقول تبعی مانند بنا و درخت بتبع آن جریان می‌یابد، و در اموال منقول شفعه وجود ندارد. شرط دیگری را که برخی از فقها برای تحقق شفعه قرار داده‌اند و در اینجا آن را مورد بررسی قرار خواهیم داد اینست که می‌گویند مال مورد شفعه باید صفت دیگری نیز داشته باشد و آن قابل تقسیم بودن است.

<sup>۳۱</sup> - شیخ یوسف بحرانی، پیشین، ج ۲۰ ص ۳۱۶.

### شرط سوم: لزوم شرکت

منظور این است که حق شفعه برای کسی بوجود می آید 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 چرا که شریک نیست. قانونگذار در ماده ۸۰۸ قانون مدنی، صراحتاً اشتراک در حال مورد شفعه را از شروط ایجاد حق شفعه می داند: «هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد...»

### شرط چهارم: محدود بودن شرکاء به دو نفر

مقنن در مواد چندی از قانون مدنی به لزوم محدود بودن شرکاء به دو نفر اشاره کرده و تبعیت خویش از نظر مشهور را ابراز نموده است. در ماده ۸۰۸ می گوید: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد...» در ماده ۸۱۰ بیان می دارد: «اگر ملک دو نفر در ممر یا مجری مشترک باشد...». و نیز در ماده ۸۱۱ چنین ابراز می نماید که: «اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد...»

یکی از شارحان قانون مدنی در این مورد بیان می دارد: «... برای اینکه اخذ بشفعه ممکن باشد باید عده شرکاء بیش از دو نفر باشد، چه در غیر اینصورت یعنی در موردی که عده شرکاء 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 غیر است مگر به اذن او، و شفعه برخلاف این ادله است که همه مورد اتفاق و اعتماد فقهاست و نیز همه به قوت آنها اقرار کرده اند، 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 می کنند 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 قاطعه مانعه که می گوید تصرف در مال غیر جایز نیست مگر به اذن صاحب آن خارج شود.»<sup>۳۲</sup>

### شرط پنجم: انتقال سهم مشترک بواسطه بیع

قانونگذار در قانون مدنی به دفعات صراحتاً یا تلویحاً در مواد مربوط به شفعه از بیع نام می برد که مهمترین آنها ماده ۸۰۸ است که در آن می گوید: «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آن دو شریک حصه خود را بصد بیع بشخص ثالثی منتقل کند...». نیز در ماده ۸۱۶ بیان می دارد: «اخذ بشفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می نماید.»

برخی از حقوقدانان در این زمینه بیان می دارد: «این شرط از نظر حقوقی توجیه ناپذیر است و بنظر می رسد که تنها پیروی از شهرت در فقه نویسندگان قانون مدنی را وادار به احتیاط کرده است.»<sup>۳۳</sup>

حقوقدان دیگر می گوید: «... اخذ بشفعه در موردی ممکن است که انتقال بقصد بیع باشد و نه بطریق دیگر، زیرا که غالباً در عقد بیع شخصیت مشتری در وقوع معامله مدخلیت ندارد و چون مقصود بایع فروختن مال خود و اخذ ثمن است، بنابراین برای او تفاوتی نخواهد کرد که مشتری عمرو باشد یا زید، و برعکس چون در عقود ناقله دیگر از قبیل صلح یا هبه تا اندازه ای شخصیت طرف مدخلیت دارد بنحوی که اگر شخصیت طرف منظور نمی بود شاید مالک معامله را واقع نمی ساخت و یا عوض را بطریق دیگر معین می نمود، لذا در عقود مزبوره اخذ

<sup>۳۲</sup> - شیخ یوسف بحرانی، پیشین، ج ۲۰ ص ۲۹۹.

<sup>۳۳</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی - ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، ص ۲۲۸ شماره ۱۳۲.

بشفعه نمی باشد چنانکه ماده ی ۷۵۹ که سابقه ی مذکور گردیده همین نکته را نسبت به صلح تصریح نموده و مقرر داشته: حق شفعه در صلح نیست هرچند در مقام بیع باشد»<sup>۳۴</sup>.

### زوال حق شفعه

#### زوال اختیاری و قهری:

حق شفعه ممکن است به دلایل گوناگون از بین برود: شفیع از آن بگذرد یا در اجرای حق و دادن ثمن تأخیر کند؛ عین مورد انتقال تلف شود؛ شفیع سهم خود را به دیگران انتقال دهد؛ وارثان او در اخذ به شفعه به توافق نرسند ... و مانند اینها. ولی، همه این عوامل را به دو گروه اختیاری و قهری می توان تقسیم کرد:

۱- زوال حق شفعه در موردی اختیاری است که شفیع به اراده خود از آن بگذرد، خواه اعلام این اراده صریح باشد (مانند اینکه بگوید حق شفعه را اسقاط کردم یا فروش سهم شریک را به خریدار امضاء می کنم) یا منفی (مانند خرید همان سهم از خریدار).

۲- زوال قهری حق در صورتی است که حادثه ای آن را ناخواسته بر شفیع تحمل کند خواه حادثه خارجی باشد (مانند تلف عین) یا ناشی از تقصیر او (مانند اهمال در دادن ثمن و درنگ در اجرای حق). همین اندازه که نتیجه کار (سقوط حق) مقصود شفیع نباشد، باید آن را قهری شمرد.

### اخذ به شفعه

#### ماهیت اخذ به شفعه و تعریف آن

یکی از شارحان قانون مدنی در زمینه ماهیت حقوقی اخذ بشفعه بیان می دارد که:

۱- اخذ به شفعه عمل حقوقی است، زیرا ارادی است و با انشاء تملک سهم فروخته شده در برابر تسلیم ثمن انجام می شود...  
۲- اخذ به شفعه ایقاع است: با اینکه سهم فروخته شده از خریدار گرفته می شود و ثمن به مالکیت او در می آید، در اخذ به شفعه هیچ سهمی ندارد و حتی قادر نیست آنچه را واقع شده رد کند. در این مبادله تنها اراده شفیع کارگزار است و به همین دلیل باید آن را ایقاع شمرد. ۳- اخذ به شفعه ایقاع الحاقی است: نقش اراده شفیع را در اخذ بشفعه نباید با سهم قصد مشترک طرفین در قرارداد یکسان شمرد. در قراردادهای متعارف قصد مشترک آفریننده و مبتکر است و شرایط و آثار معامله را به دلخواه معین می کند. با نظام محدودیتیهایی که قوانین برای قلمرو اراده فراهم آورده اند باز هم می توان از آزادی و حکومت آن سخن گفت. ولی، در ایقاع، سهم اراده بطور معمول پیوستن و انضمام و الحاق به قالبی پیش ساخته یا احتراز و انحلال آن است و از این لحاظ به عقود الحاقی می ماند ... در اخذ به شفعه شرایط معامله و میزان ثمن را خریدار و فروشنده معین می کنند و شفیع تنها می تواند مبیع را با همان شرایط و در برابر عوض معهود تملک کند و حتی عیب و نقص حادث در فاصله بیع و اخذ به شفعه را به حساب نمی آورد. ۴- اخذ به شفعه ایقاع تبعی است. زیرا، نفوذ آن منوط به درستی بیع و انتقال سهم شریک به خریدار است.

ایشان در تعریف اخذ به شفعه بیان می دارد که: «ایقاعی است که بموجب آن شریک ملکی سهم فروخته شده شریک دیگر را با دادن ثمن از خریدار تملک می کند»<sup>۳۵</sup>.

<sup>۳۴</sup> عدل، مصطفی، پیشین، ص ۵۰۶.

<sup>۳۵</sup> - کاتوزیان، دکتر ناصر، حقوق مدنی، ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین) صص ۲۶۶ و ۲۶۷ و ۲۶۱ شماره های ۱۶۲ و ۱۶۳.

شرایط شفیع:

الف - شفیع باید دارای اهلیت تصرف باشد

حق شفعه ممکن است به سود کودک و سفیه و دیوانه نیز ایجاد شود، ولی، برای اجرای حق، شفیع باید اهلیت داشته باشد: داشتن اهلیت تصرف شرط درستی همه اعمال حقوقی است. منتها، منقذت اجرای تخلف از این قاعده در مورد همه محجوران یکسان نیست. صغیر غیر ممیز، توان شناخت و درک مفهوم اخذ به شفعه را ندارد و انشاء تملک او باطل است. همچنین است دیوانه دائمی و مجنون ادواری و مست و بیهوش در حال بی خبری. ولی، صغیر ممیز و سفیه که صلاحیت درک معنی شفعه را دارند و حجر آنان چهره حمایتی دارد، با اذن و نظارت سرپرست (ولی یا قیم یا وصی) خود می توانند اخذ به شفعه کنند؛ تملک آنان غیر نافذ است و بار منای نماینده قانونی موثر می افتد.<sup>۳۶</sup>

ب - شفیع باید شریک باشد

این بحث مربوط به قسمت لزوم شرکت است که بیان شد.

ج - شفیع باید قادر بر تأدیه ثمن باشد.

یکی حقوقدانان در این زمینه چنین می گوید: قانون مدنی اخذ به شفعه را برای رفع ضرر ناشی از شرکت قرار داده است بنابراین ناچار باید اعمال حق مزبور بنحوی باشد که موجب ضرر مشتری نگردد و آن در صورتی است که شفیع قدرت بر تأدیه ثمن را دارا باشد، زیرا دادن حق شفعه به شریک معسر که قدرت بر تأدیه ثمن را ندارد موجب افرار مشتری خواهد بود و برای رفع ضرر ناشی از شرکت، ضرر بیشتری بوجود می آید. ایشان سپس در ادامه سخنانش می گوید: ماده صریحی بر آنکه قدرت بر تأدیه ثمن، شرط در اخذ بشفعه می باشد در قانون مدنی موجود نیست ولی با توجه به ذیل ماده ۸۰۸ ق.م. که می گوید: «... شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند.» و همچنین فوری بودن این امر که در ماده ۸۲۱ ق.م. به آن تصریح شده است محقق می گردد که هر گاه شریک نتواند ثمن را پردازد و اهمال و ممانعت در تأدیه آن کند حق اخذ بشفعه او ساقط می شود.<sup>۳۷</sup>

د - مسلمان بودن شفیع

قانونگذار در این رابطه هیچ مطلبی را بیان نکرده است.

هـ: علم شفیع به ثمن

صاحب جواهر با انجام بحثی در این زمینه به توضیح مطلب می پردازد. ایشان دلیل کسانی که قائل به این شرط هستند را غرری بودن اخذ در صورت جهل شفیع به ثمن می داند. سپس می گوید که برخی از فقها نیز بوده اند مانند صاحب مقنع و مقنعه و نهاییه و وسیله و... که این امر را شرط ندانسته اند و حتی صاحب مجمع الفائده و البرهان گفته که دلیل عقلی و نقلی بر این امر نیست مگر اینکه اجماعی در کار باشد. ایشان پس از این مطالب می گوید: این چنین است بعد از عدم ثبوت عموم نهی از غرر اولاً و عدم ثبوت معاوضه بودن اخذ بشفعه بطوری که غرر منافی با آن باشد ثانیاً. بله ممکن است گفته شود که شفعه خلاف اصل است و متیقن از شرعی بودن اخذ به آن اگر از نصوص آن چیزی عاید نشود همانا علم به ثمن است مضاعفاً به اینکه دانستی که برای تملک مبیع پرداخت ثمن معتبر می باشد و با عدم علم به آن پرداخت امکان ندارد. و احتمال اکتفاء به پرداخت آنچه که در آن ثمنی هست کافی برای قطع اصل مزبور نیست. ولیکن اینها همه اقتضای اشتراط آن به نحوی که در بیع شرط است را ندارد به طوریکه قول شفیع اخذت بالشفیعیه کافی نباشد حتی اگر بعد از آن عالم به ثمن گردد و پرداخت

<sup>۳۶</sup> - کاتوزیان، حقوق مدنی - ایقاع، ص ۲۷۶، شماره ۱۷۲.

<sup>۳۷</sup> - امامی، دکتر سید حسن، پیشین، ج ۳، صص ۱۷-۱۸.

نماید. الا اینکه ادعا شود که قول امام «فهو احق بها من غیره بالثمن» و «لیس الا الشراء و البیع الاول» ظهور در این مطلب دارد، ولیکن این منافی با ظاهر است به ضرورت اینکه نهایت چیزی که می گوید اعتبار پرداخت ثمن است نه علم به آن در حال اخذ... ایشان در پایان پس از انجام بحث هایی نتیجه می گیرد که: ولیکن با این همه، ترک احتیاط سزاوار نیست خصوصاً بعد از اینکه دانستی که شفعه خلاف اصل است<sup>۳۸</sup>.

### دعوی اخذ بشفعه

در مورد دعوی اخذ بشفعه باید به مطالب زیر دقت نمود:

۱. دادگاهی که صلاحیت دارد: همواره دادگاه محل وقوع مال غیرمنقول است زیرا این دعوی واحد صلاحیت انحصاری است.

### ۲. خواهان دعوا: شفیع

۳. خواننده یا خواندگان: خواننده اصلی، مشتری است یا مشتریان یا کسی که ملک در آخرین معامله در تصرف اوست، همچنین از جهت احراز وقوع بیع، بایع نیز باید خواننده قرار گیرد.

۴. خواسته دعوی: صدور حکم دایر بر اعلام صحت اخذ به شفعه و تخلیه ید متصرفین و ابطال معاملات معارض و الزام متصرف به تحویل ملک.

### ۵. مستندات دعوی:

الف: دلیل مالکیت بر حصه باقی مانده (سند مالکیت)

ب: اثبات شراکت با بایع به نحو اشاعه یا شراکت در ممر و مجری در مورد ماده ۸۱۰ ق.م (مثل سند مالکیت یا معاینه محلی)

ج: اثبات وقوع بیع بین خریدار و مشتری. (سند بیع حصه شریک)

د: اثبات شرایط ایجاد حق

ه: ارائه مدارک در مورد اخذ به شفعه (اظهارنامه و کپی تودیع وجه ثمن)

و: اثبات تاریخ وقوع بیع و تاریخ اخذ به شفعه از جهت فوریتی که معمولاً تاریخ اظهارنامه با تاریخ مبایعه نامه در این مورد کافی است.

ز: دلیل پرداخت ثمن به خریدار: که معمولاً قبض پولی است که شفیع برحسب مورد به صندوق ثبت یا صندوق دادگستری واریز کرده است.

### نتیجه گیری

۱- در رابطه با حق شفعه دو مرحله وجود دارد: ۱- مرحله ایجاد حق شفعه که در آن از شرایطی که برای ایجاد حق شفعه لازم است سخن بمیان می آید. ۲- مرحله اعمال حق شفعه بوجود آمده که از آن به اخذ بشفعه نیز تعبیر می شود.

۲- حق شفعه طبیعتی خلاف قاعده دارد بدین مفهوم که: تملک اموال متعلق به دیگران قاعدتاً باید با رضایت آنان صورت بگیرد و هیچ کس حق ندارد بدون اذن دیگری در مال متعلق به او تصرف کرده و آن را به تملک خویش

<sup>۳۸</sup> شیخ محمد حسن نجفی، پیشین، ج ۳۷ صص ۳۸۰-۳۸۲.

- درآورد. در مورد حق شفعه دیده شد که این امر مورد رعایت قرار نگرفته، و شفیع حق دارد حتی بدون رضایت خریدار مال مشفوع را از چنگ او درآورده و تملک نماید.
- ۳- حق شفعه حق تاریخیچه ای بس طولانی دارد، و در برخی کشورها که حقوقشان ریشه در حقوق روم دارد نیز چنین تأسیسی البته با شرایطی متفاوت مشاهده می شود.
- ۴- در مورد مفهوم لغوی و اصطلاحی شفعه، از سوی فقها و حقوقدانان نظرات مختلفی ارائه شده است. اما چنانکه دیدیم بهترین تعریف آن است که حاوی شرایط موضوع مورد بحث باشد و پرداختن به تعریف دقیقی که جامع و مانع باشد کاری بس دشوار است.
- ۵- حق شفعه اوصاف و ویژگیهایی دارد از جمله: مالی بودن، عینی بودن، به ارث رسیدن، عدم قابلیت انتقال به دیگران، قابلیت اسقاط، از آثار بیع صحیح بودن و قابل تبعیض نبودن.
- ۶- در مورد به ارث رسیدن حق شفعه نظرات مختلفی ابراز شده است و هر کدام از موافقین و مخالفین برای اثبات دیدگاه خود دلایلی را بیان کرده اند که پس از بیان آن دلایل دیدیم که برگزیدن یکی از دو نظر کاری بس دشوار و مشکل می نماید و نگارنده توقف را در این مسئله اختیار نمود.
- ۷- برای اینکه حق شفعه بوجود آید شرایط پنجگانه غیرمنقول بودن مورد شفعه، قابل تقسیم بودن مورد شفعه، لزوم شرکت، محدود بودن شرکاء به دو نفر و انتقال سهم مشترک بوسیله بیع، لازم است.
- ۸- در مورد اینکه آیا حق شفعه در همه اموال جریان دارد یا فقط در اموال غیرمنقول بحثهای بسیاری صورت گرفته است و عمده اختلاف نظرات در این زمینه به اختلاف موجود در روایات بازگشت می نماید. اما نظر مشهور که مطابق با طبیعت خلاف قاعده بودن حق شفعه نیز می باشد، جریان داشتن حق شفعه فقط در اموال غیرمنقول می باشد.
- ۹- شرط قابل تقسیم بودن مال مورد شفعه یکی از شروط بحث برانگیز و مورد اختلاف شدید میان فقهاست و دلیل آن نیز نبودن نص صریحی بر آن می باشد. موافقین سعی دارند با استنباط از برخی از روایات نظر خود را به اثبات برسانند. در مقابل مخالفین به عموم برخی روایات مربوط به باب شفعه که حاکی از جریان داشتن آن در همه اموال است، استناد می نمایند. در پایان نیز نگارنده پس از بررسی دلایل طرفین بدلیل دشوار بودن انتخاب، از برگزیدن یک از آن دو نظر خودداری بعمل آورده و توقف را اختیار نمود.
- ۱۰- در مورد شرط لازم شرکت اختلافی میان فقها و حقوقدانان وجود ندارد. فقط در مورد استثنای این شرط بحثهای صورت گرفته است و آن هم بدین بیان که آیا مورد استثناء، فقط راه مشترک را در بر می گیرد یا جوی و قنات و ... نیز بدان ملحق می شود؟ دیدیم که بدلیل فقدان نص در مورد موارد غیر راه و نیز خلاف قاعده بودن حق شفعه، بهتر است تا به قدر متیقن که همان راه است اکتفا شود.
- ۱۱- شرط لزوم محدود بودن شرکاء به دو نفر، بدلیل اختلاف موجود در روایات مورد بحث فقها قرار گرفته است، و نظر مشهور بر این شرط قرار دارد.
- ۱۲- انتقال سهم مشترک بوسیله بیع یکی از شروطی است که اختلاف نظر چندانی در مورد آن به چشم نمی خورد، و مشهور فقها به آن حکم داده اند.
- ۱۳- در ذیل عنوان شرط انتقال سهم مشترک بوسیله بیع، چند نکته فرعی وجود دارد مانند خیار بودن بیع، فسخ بیع، اقاله بیع که در مورد هر کدام از این موارد توضیحات کافی داده شد.

۱۴- در مورد عواملی که باعث از بین رفتن حق شفعه می گردند میان فقها بحثهایی صورت گرفته است، در قسمت مربوط به آن، به بررسی برخی از این عوامل پرداخته و توضیحات کافی ارائه شد.

۱۵- ملاحظه شد که برای اجرای حق شفعه بوجود آمده شرایطی باید هم در شفیع و هم در زمینه مورد شفعه موجود باشد. کیفیت اخذ بشفعه نیز مورد بررسی و مطالعه قرار گرفت. در انتها نیز به یکی از دعاوی مطروحه در مورد اخذ بشفعه اشاره شده و تجزیه و تحلیل لازم در مورد آن که توسط یکی از حقوقدانان صورت گرفته است ایراد گردید.

#### منابع

- اخذ بشفعه در حقوق مدنی ایران و فقه اسلام، احمدی طباطبائی، دکتر سید جواد، فروردین ۱۳۴۴، چاپخانه زندگی.
- الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره، شیخ یوسف بحرانی، انتشارات دارالاضواء، بیروت، چاپ دوم، ۱۴۰۵ هـ.ق.
- الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه، زین الدین بن علی عاملی، انتشارات موسسه اعلمی، بیروت.
- المبسوط فی فقه الامامیه، محمد بن حسن بن علی طوسی، انتشارات مکتبه المرتضویه، تهران.
- الوافی، محمد محسن فیض کاشانی، انتشارات مکتبه الامام امیرالمؤمنین (ع)، اصفهان، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ.ق.
- تحریرالوسیله، روح الله، خمینی، ترجمه سید محمدباقر موسوی همدانی، انتشارات دارالعلم، قم، چاپ اول، ۱۳۶۹.
- ترمینولوژی حقوق، جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، انتشارات کتابخانه گنج دانش، تهران، چاپ پنجم، زمستان ۱۳۷۰.
- جواهر الکلام فی شرح شرائه الاسلام، شیخ محمد حسن نجفی، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، تهران، چاپ سوم، ۱۳۶۷.
- حقوق مدنی، امامی، دکتر سید حسن، انتشارات کتابفروشی اسلامیه، چاپ سوم، ۱۳۴۹، ج ۳.
- حقوق مدنی، ایقاع (نظریه عمومی - ایقاع معین)، کاتوزیان، دکتر ناصر، انتشارات یلدا، تهران، چاپ اول، زمستان ۱۳۷۰.
- حقوق مدنی، عدل «منصور السلطنه»، مصطفی، انتشارات امیرکبیر، آذرماه ۱۳۴۲.
- شفعه وصیت ارث اسباب ثلاث تملک در حقوق مدنی، نوری، دکتر رضا، شرکت انتشاراتی پازنگ، چاپ اول، بهار ۱۳۷۲، تهران.
- لسان العرب، جمال الدین محمد بن مکرم بن منظور، انتشارات دارالفکر، بیروت.
- مجمع البحرین، فخرالدین طریحی، انتشارات دار و مکتبه الهلال، بیروت، ۱۹۸۵.
- مقدمه علم حقوق و مطالعه در نظام حقوق ایران، کاتوزیان، دکتر ناصر، انتشارات بهنشر، تهران، چاپ دوازدهم، مهرماه ۱۳۶۹.
- منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، حاج شیخ موسی نجفی خوانساری.
- وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، محمد بن حسن حرّ عاملی، انتشارات موسسه آل البيت (ع)، قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ هـ.ق.