

قابلیت نقل حق شفعه از منظر فقه مذاهب اسلامی و حقوق ایران

حسین خانلری بهنمیری^۱

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۷/۲۶، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۳/۳۱)

چکیده

حق شفعه، حق مالی است و از جمله خصوصیات حق مالی قابلیت انتقال این حق است، اما در شفعه وضع کمی متفاوت تر است، چرا که اکثر فقها و حقوقدانان، به جهت خلاف قاعده بودن حق شفعه و با استناد به مبنای جعل حق شفعه، که دفع ضرر است، آن را غیر قابل انتقال ارادی می‌دانند. تحقیق پیش رو نشان می‌دهد، که بررسی قابلیت انتقال ارادی حق شفعه، از یک جهت مستلزم تفسیر دفع ضرر به عنوان، مبنای وضع حق شفعه است، زیرا بر حسب اینکه تفسیر از دفع ضرر، دفع شرکت باشد یا دفع شریک جدید، در قابلیت انتقال آن بی‌تأثیر نخواهد بود و از جهت دیگر، مستلزم بررسی موافق یا مخالف قاعده بودن حق شفعه بر اساس قواعد مالکیت و قاعده لاضرر است. رهیافت مقاله این است که پذیرش شفعه به عنوان یک حق، که این ویژگی وجه مشترک با خیار تلقی می‌گردد موجب حمایت قاعده تسلیط از آن و پذیرش نظریه قابلیت انتقال ارادی حق شفعه است و از سوی دیگر توجه به مبنای وضع حق شفعه، یعنی دفع ضرر از باب دفع شریک جدید (شخصیت جدید)، نظر فوق‌الذکر را تقویت می‌کند.

کلیدواژه‌ها: حق شفعه، دفع ضرر، قابلیت انتقال، دفع شریک جدید، قاعده تسلیط.

طرح مسئله

حق را از لحاظ اینکه به اموال تعلق می‌گیرد یا به غیر آن، به حق مالی و غیر مالی تقسیم می‌کنند و از جمله حقوق مالی، حق شفعه و خیار است. حق شفعه اقتداری است که به شریک داده می‌شود تا بتواند به صرف اراده خود، حصه مبیعه را تملک کند و همچنین در تعریف خیار نیز آمده است، خیار عبارت از اقتداری که به یکی از طرفین عقد داده می‌شود تا بتواند به صرف اراده خود عقد واقع شده را منحل کند و در یک جمع‌بندی می‌توان بیان داشت، شفعه و خیار، پیش از هر عنوانی، حق محسوب می‌شوند.

شاید بتوان با توجه به تناسب فوق نظر داد که می‌توان مقررات راجع به اختیارات را در مورد شفعه نیز اعمال کرد؛ خصوصاً اینکه می‌توان مبنای یکسانی برای جعل این دو حق برگزید. یکی از موضوعات بحث‌برانگیز در مورد اختیارات امکان انتقال خیار است و همین بحث در مورد شفعه نیز وجود دارد. بنابراین سؤال اصلی در این مقاله این است که آیا حق شفعه با وجود اینکه حق محسوب می‌شود، قابل انتقال است یا خیر؟

در خصوص پیشینه موضوع مقاله حاضر باید بیان داشت، غالباً موضوع نقل حق شفعه در مبحث مربوط به اقسام حقوق توسط فقها بررسی شده و کمتر دیده شده است که در مبحث مربوط به حق شفعه به آن پرداخته باشند و اکثر آنها نیز این حق را غیرقابل انتقال ارادی می‌دانند؛ چنان‌که در پژوهشهای معاصر نیز نظری غیر از این یافت نشد. در حالی که در این مقاله، هدف اصلی معرفی حق شفعه به عنوان حقی قابل انتقال ارادی است.

در خصوص اینکه حق شفعه قابلیت انتقال قهری (به‌وسیله ارث) را دارد، اختلاف نظرهایی وجود دارد (که این بحث از موضوع مقاله حاضر خارج است)، اما در مورد انتقال ارادی حق شفعه، با اینکه مبحث مستقلی توسط فقها به آن اختصاص نیافته است، اما می‌توان گفت تقریباً همه آنها نظر بر عدم قابلیت انتقال ارادی حق شفعه دارند.

اما می‌توان با بررسی دقیق مبنای جعل حق شفعه، نظر فوق را رد کرد. در این مقاله سعی شده است ابتدا تعاریف لغوی و اصطلاحی شفعه و مفهوم حق بررسی گردد و سپس به بررسی مبنای وضع حق شفعه و مسائلی که در این خصوص راهگشاست، پرداخته شود و در نهایت با طرح مسئله قابلیت انتقال حق شفعه، به نتیجه مقبول دست یابد.

مفهوم‌شناسی اصطلاحات

۱. شفعه

شفعه بر وزن فعله است. در لغت به معنای ضمیمه کردن چیزی بر چیزی که دارد تا زیاده گردد (صفی پوری، ۱۳۸۸ ش، ۲/۲۵۶) و یا خواهشگری چیزی که شخص می‌خواهد آن را (نفیسی، ۱۳۵۵ ش، ۳/۲۰۵۵) آمده است. در اصطلاح فقه مال و ملک و تملک است (همان، ۲۰۵۵/۳). هم‌چنین آمده است حق همسایگی (معین، ۱۳۸۸، ۴/۹۶۵). ضمیمه کردن چیزی به چیز دیگر که مثل آن است (راغب اصفهانی، بی تا، ۲۷۰). هم‌چنین فقها در تعریف لغوی شفعه بیان داشته‌اند: «أصل الكلمة التقوية والإعانة» (شهید ثانی، ۱۳۹۸ ق، ۴/۳۹۵؛ رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ ق، ۵/۴۸۲). یعنی شفعه به معنای تقویت آمده است. هم‌چنین صاحب مطالع بیان داشته است: «الشفعة: مأخوذة من الزيادة؛ لأنه يضم ما شفع فيه إلى نصيبه» (همان‌جا). در معنای اصطلاحی شفعه آمده است: «حق خریداری که به همسایه و شریک ملک داده می‌شود» و یا به عبارتی: «حق تملک در خانه و زمین همسایه بر شریک خود به قهر و به عوض» (نفیسی، ۱۳۵۵ ش، ۳/۲۰۵۵).

در تعریف شفعه نیز بیان شده است: «اگر دو نفر در چیزی شریک باشند و یکی از آن دو سهم خود را از آن به فرد سومی بفروشد، طبق شرایط ویژه‌ای، آن شریک دیگر حق دارد تا سهم شریک اولی را به تملک خود درآورد، این حق تملک را «شفعه» گویند» (مدرسی، ۱۳۹۰ ش، ۱/۳۰۹).

هم‌چنین آمده است؛ شفعه، استحقاق شریک برای، به دست آوردن سهم شریکی که از طریق بیع منتقل شده است (محقق حلی، ۱۴۰۱ ق، ۳۴۸). یا: حق شفعه، اولویت شریک در خریدن سهم شریکش است (علی نوری، ۱۳۸۳ ش، ۱۶۵). چنان‌که برخی از حقوقدانان بیان داشتند: حق شفعه عبارت از اختیار تملک قهری سهم فروخته شده از خریدار (کاتوزیان، ۱۳۸۴ ش، ۸).

برخی از فقهای حنفی حق شفعه را بدین صورت بیان کرده‌اند: «ضم ملک البائع إلى ملک الشفیع، وتثبت للشفیع بالتمن الذی بیع به رضى المتبايعان أو شرطاً» (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ ق، ۵/۴۸۲) و یا «انها عِبَارَةٌ عَنْ حَقِّ التَّمْلُكِ» (ابن عابدین، ۱۴۱۲ ق، ۶/۲۱۶).
برخی از فقهای شافعی در تعریف حق شفعه آورده‌اند: «حق تملک قهری یشبث للشریک التقدیم علی الشریک الحادث فیما ملک یعوض» (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ ق، ۵/۴۸۲).

برخی از فقهای مالکی حق شفعه را چنین تعریف می‌کنند: «استحقاق شریک أخذ مبیع شریکه بئمنه» (همان‌جا).

و برخی از فقهای حنابله نیز آورده‌اند: «هی استحقاق الشریک انتزاع حصّة شریکه من ید من انتقلت إلیه» (حجاوی، بی‌تا، ۳۶۲/۲) و یا: «استحقاق انتزاع الإنسان حصّة شریکه من مشتریها بمثل ثمنها» (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۴۸۲/۵).

همان‌طور که ملاحظه شد، در تمامی این تعاریف خواه به طور صریح و خواه ضمنی از شفعه به عنوان حق نام برده شده است و بنابراین بررسی مفهوم‌شناسی حق ضروری جلوه می‌نماید.

۲. حق

در مفهوم لغوی، حق به معنای ضد باطل و به معنای وجوب و ثبوت است (فیومی، ۱۴۰۵ق، ۱۴۳). نیز به معنای راست، عدل، نصیب و سزاوار و شایستگی آمده است (معین، ۱۳۸۶ش، ۵۹۶). لغت‌نامه دهخدا معانی متعددی برای واژه حق ذکر می‌کند که مهمترین آنها از این قرار است: راست‌کردن سخن، درست‌کردن وعده، یقین‌نمودن، ثابت‌شدن، غلبه‌کردن به حق، موجود ثابت و نامی از اسامی خداوند متعال (دهخدا، ۱۳۷۳ش، ۸۰۲۸/۶).

در تعریف اصطلاحی حق گفته شده است: «حق قدرتی است اعتباری و قراردادی که به موجب آن یک انسان بر مالی یا شخصی یا بر هردو اینها سلطه داده می‌شود» (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ۱۳/۱). برخی معنای اعتباری حق را، اجازه می‌دانند، یعنی صاحب حق، اجازه دارد و مانعی در مقابل او نیست (ابراهیمی، ۱۳۸۲ش، ۱۱۷). برخی بیان داشته‌اند: «حق عبارت است از سلطه ضعیف بر مال یا منفعت» (نائینی، ۱۴۱۸ق، ۱۰۶). نیز گفته شده حق عبارت از اختیاری است که قانون برای فرد شناخته که می‌تواند عملی را انجام یا آن را ترک نماید (امامی، ۱۳۸۳ش، ۲/۴). در این حالت ویژگی برجسته حق این خواهد بود که نوعی قدرت و اختیار برای دارنده آن به وجود می‌آورد (ورعی، ۱۳۸۱ش، ۲۹).

در یک جمع‌بندی می‌توان بیان داشت: شفعه، پیش از هر عنوان، یک حق تلقی می‌گردد (حق مالی، چرا که موضوع آن مال است (خرشی، بی‌تا، ۱۹۶/۸) و اختیاری که از سوی شارع یا قانونگذار به شفیع داده شده است، تا با اعمال آن از خود دفع ضرر کند، هر چند این دفع ضرر (موافق قاعده لاضرر) از طریق تملک قهری (مخالف قواعد ملکیت) است.

حق سه اثر دارد: اسقاط، نقل (انتقال ارادی)، قابل انتقال قهری. برخی از فقها با توجه به این آثار، حق را بر چهار قسم تقسیم کرده‌اند: ۱. حق قابل اسقاط؛ ۲. حق قابل اسقاط و نقل؛ ۳. حق قابل اسقاط و انتقال قهری؛ ۴. حق قابل اسقاط و نقل و انتقال قهری (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۱۴۱/۶).

بنابراین، یکی از ویژگی‌های مشترک اقسام حق، قابل اسقاط بودن آن است؛ چنان‌که نائینی بیان می‌دارد: «تمام اقسام حق قابل اسقاط است و آنچه محل بحث و مورد اختلاف است، قابلیت نقل یا انتقال آن به غیر است» (محقق داماد، ۱۳۸۵ش، ۲۸۵) که جهت دستیابی به نتیجه قابل قبول در مورد، همین اختلاف در خصوص حق شفعه، بررسی مبنای وضع حق شفعه ضروری جلوه می‌نماید.

مبنای وضع حق شفعه

از امام صادق علیه السلام نقل شده است که حضرت محمد صلی الله علیه و آله فرمودند: «بالشفعة بین الشركاء فی الأرضین والمساکن، و قال: لا ضرر و لا ضرار» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۴۰۰/۲۵). در سند این روایت تردید شده و علما آن را ضعیف دانسته‌اند، اما عده‌ای عمل فقها به حدیث را جبران‌کننده ضعف آن دانسته‌اند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۲۷). پس از این جهت، به اعتبار این حدیث خدشه‌ای وارد نیست.

آنچه از این روایت برداشت می‌شود چیزی جز این نیست که باید مبنای وضع شفعه را قاعده لاضرر دانست و یا به عبارتی علت وضع چنین حکمی دفع ضرر از شریک ملک فروخته شده است. از این جهت خلاف قواعد مالکیت است، که شفیع با قهر و بدون رضای مشتری، مبیع را تملک می‌کند، اما از این جهت که مطابق قاعده لاضرر، برای دفع ضرر از خود، حق شفعه را اعمال می‌کند، موافق قاعده است.

چنان‌که برخی از فقهای نیز بیان داشتند، حق شفعه شرعاً برای دفع ضرر از شریک است (خوانساری، ۱۳۶۴ش، ۳۷۴؛ طیار، ۱۴۳۳ق، ۲۱۳/۶). نیز نظر داده‌اند: «الشفعة تملک قهری، فلا یحکم بثبوتها إلا عند شدة الضرورة» (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۴۸۶/۵).

اعطای حق شفعه تدبیری است برای جبران ضرر شفیع نه ابزاری برای تملک. اگر شفعه ابزاری برای تملک باشد با توجه به خلاف قاعده بودن آن، شرایط آن باید محدود گردد، اما اگر ابزاری برای دفع ضرر شریک باشد، باید با توجه به قاعده لاضرر به نحو موسع تفسیر

گردد (یزدانیان، ۱۳۸۴ش، ۱۴۵). یا به عبارتی، اگر مبنای وضع حق شفعه، یعنی دفع ضرر ملاک موافق یا مخالف بودن این حق قرار گیرد، این حق، موافق قاعده (لاضرر) است و با این تفسیر می‌توان به کسانی که این حق را مخالف قاعده دانسته و کاربرد آن را محدود به شرایطی کرده‌اند، پاسخ داد. حال سؤال این است که ضرری که برای دفع آن برای شفیع حق ایجاد می‌شود، چه ضرری است؟

برخی بیان داشته‌اند این ضرر ناشی از شرکت است؛ چرا که شرکت، عیب و ضرر محسوب می‌شود (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۴۹). با این بیان که حق شفعه موجب می‌شود با اعمال آن شریک ملک، از قید شراکت و یا شرکت در مال رهایی یابد و ملک کاملاً به مالکیت او درآید و اما می‌توان پاسخ داد که این شرکت قبل از فروش سهم به خریدار نیز بین بایع و شفیع وجود داشته است؛ بنابراین شاید نتوان این ضرر را موجب ایجاد حق برای شفیع دانست.

عده‌ای نیز گفته‌اند ضرر، ناشی از تقاضای تقسیم مال مشاع است، با این توضیح که ممکن است خریدار به عنوان شریک مال درخواست تقسیم مال مشاع را بدهد و اما در اینجا نیز می‌توان پاسخ داد که این احتمال قبل از فروش سهم شریک به خریدار نیز وجود داشته است (نجفی، ۱۳۶۲ش، ۲۵۳/۳۷). مگر اینکه این موضوع، از باب دفع ضرر، ناشی از شخصیت شریک جدید تلقی شود.

در نهایت نیز عده‌ای بیان داشته‌اند ایجاد حق شفعه به جهت، دفع ضرر ناشی از ورود شریک جدید است (همان‌جا). بنابراین اخذ به شفعه موجب می‌شود که شریک ملک از وجود شریک جدید رهایی یابد، چرا که ممکن است شریک جدید دارای خصوصیتی باشد که سرآغاز ناسازگاریها تلقی گردد.

به عبارتی منظور از ضرر، می‌تواند آزار و اذیتی باشد که ممکن است از سوی خریدار برای شریک ملک ایجاد شود (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۴۸۷/۵). لذا شریک ملک با اخذ به شفعه، شریک جدید را دفع کرده و از این طریق دفع ضرر می‌کند. بنابراین می‌توان گفت شفعه برای دفع ضرر ناشی از سوء مشارکت وضع شده است (همان، ۵۴۳/۵).

در این خصوص که کدام تفسیر از معنای ضرر می‌تواند صحیح باشد، با توجه به مبنای احکام بیان‌شده در باب شفعه نمی‌توان پاسخی قطعی بیان کرد یا به عبارتی، دفع ضرر از شریک هم می‌تواند به صورت دفع شرکت و هم می‌تواند به صورت دفع شریک جدید

(شخصیت جدید) تفسیر گردد. به عنوان مثال طوری از فقهای حنفی، دلیل وضع حق شفعه را چنین بیان می‌کند: «وَسَبَّهَا دَفْعُ الضَّرَرِ الَّذِي يَنْشَأُ مِنْ سُوءِ الْمُجَاوَرَةِ عَلَى الدَّوَامِ مِنْ حَيْثُ إِيقَادُ النَّارِ وَإِعْلَاءُ الْجِدَارِ وَإِثَارَةُ الْعُبَارِ» (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۶/۲۱۷). مطابق نظر فوق می‌توان مبنای وضع حق شفعه را دفع شریک جدید (شخصیت جدید) محسوب کرد؛ چرا که از باب شراکت در مال، ضرری متوجه مالک همجوار نخواهد بود و اما جهت دفع ضرر ناشی از وجود شخصی که موجب ایجاد ناسازگاری می‌شود، حق شفعه ایجاد شده است.

اما مبنای برخی دیگر از مسائل مطرح شده در باب شفعه، با مبنای فوق‌الذکر، برای ایجاد حق شفعه، مطابقت چندانی ندارند و به طور مثال برخی از فقهای امامیه بیان داشته‌اند، حق شفعه با نفس عقد ایجاد می‌شود، اگرچه عقد خیاری باشد (شهید ثانی، ۱۳۹۸ق، ۴/۴۰۱)، چنان‌که برخی از فقهای حنفی و شافعی نیز چنین گفته‌اند (زحیلی، بی‌تا، ۶/۴۹۱۴؛ موصلی، ۱۳۵۶ق، ۲/۱۲)؛ با این توضیح که، اگر مبنای حق شفعه دفع شریک جدید باشد، باید اعمال حق شفعه تا انقضای مدت خیار متوقف شود، چرا که با فسخ عقد دفع ضرر (شریک جدید) محقق می‌شود، اما حکم فوق بر خلاف مبنای بیان شده است و به نوعی ایجاد حق شفعه بر مبنای (دفع شرکت) و یا حتی جلب منفعت را توجیه می‌کند. هر چند برخی از فقهای امامیه از جمله طوسی، ثبوت حق شفعه را متوقف بر انقضاء خیار دانسته‌اند (همان، ۴/۴۰۱) و برخی از فقهای مالکی و حنبلی نیز بر این نظرند (زحیلی، بی‌تا، ۶/۴۹۱۴).

دلایل مثبت تفسیر دفع ضرر از باب دفع شریک جدید (شخصیت جدید)

جهت اثبات تفسیر دفع ضرر از باب دفع شریک جدید، بررسی برخی مسائل در خصوص شرایط ایجاد حق شفعه بی‌فایده نخواهد بود.

۱. وجود حق شفعه برای مالک ملک مجاور در برخی مذاهب

امام صادق علیه السلام فرمودند: «الشفعة لا تكون إلا لشریک» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۲۵/۳۹۵)؛ یعنی حق شفعه فقط برای شریک مال وجود دارد و به عبارتی مالکیت شرکاء در مال غیرمنقول مشاع شرط ایجاد این حق است. نظر مشهور فقهای امامیه (طوسی، بی‌تا، ۳/۴۲۷؛ محقق حلی، ۱۴۱۰ق، ۱/۲۵۰؛ مدرسی، ۱۳۹۰ش، ۳۱۱) این است که شفعه برای همسایه وجود ندارد. دلیل آن روایتی است از امام صادق علیه السلام که فرمودند: «سألته عن الشفعة فی

الدور، أشیء واجب للشريك، و يعرض على الجار، فهو أحقُّ بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع إذا كان شريكاً فهو أحقُّ بها بالثمن» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۳۹۶/۲۵).

برخی از فقهای شافعی و مالکی و حنبلی در این مورد، با نظر مشهور فقهای امامیه هم عقیده هستند (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۴۸۹/۵؛ ماوردی، بی تا، ۱۱۶). چنانکه ابوالنجا حجاوی بیان داشته است سهم فروخته شده به خریدار باید مشاعی باشد و به همین جهت برای همسایه حق شفعه وجود ندارد، چراکه برای او مالکیت مشاعی متصور نیست (حجاوی، بی تا، ۳۶۵/۲).

اما برخی از فقهای حنفی، همجواری با ملک فروخته شده را نیز موجب ایجاد حق شفعه دانسته اند: «وَسَبَبُهَا أَتَّصَلَ مِلْكُ الشَّفِيعِ بِالْمُشْتَرَى، بِشَرِكَةٍ أَوْ جِوَارٍ» (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۲۱۷/۶). آنچه در تفسیر این حکم می توان بیان داشت این است که شخصیت خریدار جدید از چنان اهمیتی برخوردار است که حتی برای همسایه ملک هم حق شفعه ثابت شده است و این حق ایجاد نشده است جز برای دفع شخصیت خریدار، چراکه دفع ضرر، از جهت دفع شرکت در این بحث منتفی است. لذا مطابق این نظر، دفع ضرر می تواند به صورت دفع شریک جدید (شخصیت جدید) تفسیر شود و یا به عبارتی، وجود شخصیت جدید (همسایه جدید) نوعی ضرر محسوب شده و شفعه برای او ثابت است، به گونه ای که برخی از فقها بیان داشته اند: «وَلَأَنَّهَا تَنْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجَارِ مِنْ حَيْثُ يُقَادُ النَّارُ، وَإِثَارَةُ الْعُبَارِ، وَإِعْلَاءُ الْجِدَارِ» (موصلی، ۱۳۵۶ق، ۴۳/۲).

۲. محدود نبودن تعداد شرکا به دو نفر در برخی مذاهب به عنوان شرط ایجاد شفعه

مطابق نظر مشهور فقهای امامیه (شهید ثانی، ۱۳۹۸ق، ۳۹۷/۴؛ طوسی، بی تا، ۴۳۵/۳؛ طباطبایی حکیم، ۱۳۸۹ش، ۲۴۰/۲؛ خمینی، ۱۳۸۵ش، ۶۳۰/۱) یکی از شرایط ایجاد حق شفعه، محدود بودن تعداد شرکا به دو نفر است. این نظر برگرفته از روایتی است که منتسب به امام صادق علیه السلام است.

امام صادق علیه السلام فرمودند: «لا تكون الشفعة إلا لشریکین ما لم یقاسما، فإذا صاروا ثلاثة فلیس لواحد منهم شفعة» (حر عاملی، ۱۴۱۴ق، ۴۰۲/۲۵). مطابق این روایت، می توان مبنای

وضع شفعه را دفع شرکت تلقی کرد و نه دفع شریک، چرا که اگر مقصود دفع شریک بود، محدودیت در تعداد شرکا، شرط ایجاد حق شفعه محسوب نمی‌گردید.

قانون مدنی نیز به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، محدود بودن تعداد شرکا به دو نفر را شرط ایجاد حق شفعه دانسته است؛ چنان‌که در ماده ۸۰۸ به صراحت بیان نموده است: «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی، بین دو نفر مشترک باشد...»

اما برخی از فقهای مالکی و حنفی جهت ایجاد حق شفعه، برای تعداد شرکا محدودیت قائل نیستند و در صورتی که تعداد شرکا بیش از دو نفر باشند نیز حق شفعه را محفوظ می‌دانند (مغنیه، ۱۳۹۴ق، ۱۴۰)؛ چنان‌که برخی از فقهای امامیه نیز در صورت موافق قاعده بودن شفعه (با قاعده لاضرر)، آن را محدود به دو شریک نمی‌دانند (حسینی سیستانی، ۱۴۱۴ق، ۴۸).

در خصوص این نظر می‌توان بیان داشت فقهایی که محدود بودن شرکا به دو نفر را از شرایط ایجاد حق شفعه نمی‌دانند و در واقع مبنای وضع حق شفعه را دفع شریک جدید می‌دانند، چرا که اگر مبنای وضع حق شفعه، دفع شرکت بوده باشد، با اخذ به شفعه نیز شرکت باقی خواهد ماند، پس تأثیری از این جهت ندارد.

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود، این است که اگر دو شخص در یک معامله، سهم شریک را خریداری کنند، آیا شفیع می‌تواند فقط نسبت به سهم یکی از خریداران اخذ به شفعه کند و نسبت به خریدار دیگر شفعه را اعمال نکند؟ از نظر مشهور فقهای امامیه و قانون مدنی، تبعیض در شفعه جایز نیست، همان‌طور که نظر ابوحنیفه نیز چنین است (قاضی عبدالوهاب، ۱۴۳۰ق، ۵۸۵). اما اگر پذیرفته شود، مبنای وضع حق شفعه می‌تواند دفع شریک جدید باشد و یکی از شرکای جدید (خریداران) که موجب آزار و اذیت شفیع می‌شود، شفیع می‌تواند با اعمال حق شفعه نسبت به سهم او از این ضرر رهایی یابد؛ چنان‌که برخی از فقهای شافعی در این خصوص نظر داده است، شفیع می‌تواند سهم یکی از خریداران را تملک کند، همان‌طور که می‌تواند سهم هر دو را تملک کند (همان‌جا).

مسئله‌ای دیگر که در این مبحث مطرح می‌شود این است که اگر شریک بخشی از سهم خود را به ثالث فروخته باشد و بخشی دیگر را برای خود نگه دارد، آیا برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد می‌شود؟ در اینجا نیز می‌توان بر مبنای نوع تفسیر از مبنای وضع حق شفعه (دفع ضرر) بیان داشت اگر مبنای وضع حق شفعه، دفع شرکت باشد، وجود حق شفعه برای

شریک ملک بی‌فایده است، چرا که با وجود اعمال آن، شرکت از بین نخواهد رفت و اما اگر مبنای وضع حق شفعه، دفع شریک جدید باشد، ایجاد حق شفعه برای شریک ملک قابل توجیه است.

برخی از فقهای اهل سنت در این مبحث، فرضی را مطرح کرده‌اند که در مبنای وضع حق شفعه، جلب منفعت برای شفیع ترجیح دارد تا دفع ضرر از او. با این فرض که اگر سه شخص در ملکی شریک باشند و یکی از آنها سهم خود را به یکی از دو شریک بفروشد، شریک دیگر (غیر خریدار) می‌تواند با اعمال حق شفعه، تمام مبیع را تملک کند (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۵/۵۰۰؛ قاضی عبدالوهاب، ۱۴۳۰ق، ۵۸۶). همان‌طور که ملاحظه می‌شود، وجود حق شفعه برای شفیع در این فرض، ضرری از او دفع نمی‌کند، چرا که با اعمال آن، نه دفع شرکت صورت می‌گیرد و نه دفع شریک، بلکه ایجاد حق شفعه به جهت جلب منفعت در این فرض ترجیح دارد. البته چنین فرضی را نیز طوسی در خلاف بیان کرده است (طوسی، بی‌تا، ۴۴۷/۳).

۳. وجود حق شفعه برای شریک در صورت انتقال سهم از طریق عقود غیر از بیع
یکی از شرایط ایجاد حق شفعه مطابق نظر مشهور فقهای امامیه (شهید ثانی، ۱۳۹۸ق، ۴/۴۱۴؛ محقق حلی، ۱۴۱۰ق، ۱/۲۴۹؛ مدرسی، ۱۳۹۰ش، ۳۱۰) و قانون مدنی ایران این است که سهم شریک از طریق بیع منتقل شود. پس اگر به طور مثال، سهم شریک به عنوان صدق قرار گیرد، حق شفعه ایجاد نمی‌شود (طوسی، بی‌تا، ۴۳۳/۳)، اما اگر مبنای وضع حق شفعه دفع ضرر از باب دفع شریک جدید باشد چه تفاوتی دارد سهم شریک از طریق بیع منتقل شود یا از طریق صلح یا معاوضه؟

برخی از فقهای حنفی و شافعی معتقدند هرگاه شریک سهم خود را به صورت غیرمعوذ منتقل کند، حق شفعه وجود ندارد، لذا در وصایا و هبه شفعه وجود ندارد (ماوردی، بی‌تا، ۱۱۷)، چنان‌که طوسی در خلاف چنین نظر داده است (طوسی، بی‌تا، ۴۵۱/۳)؛ در حالی که نظر مالک در این باره مشخص نیست، چرا که دو نظر (مبنی بر وجود حق شفعه و عدم وجود حق شفعه) ارائه کرده است (قاضی عبدالوهاب، ۱۴۳۰ق، ۵۸۵). هم‌چنین برخی از فقهای حنبلی بیان داشته‌اند اگر سهم شریک به عنوان مبیع قرار گیرد یا مورد صلح (صلح

غیرمحاباتی) واقع شود، شفعه ثابت است و در آنچه به صورت غیرمعوّض منتقل می‌شود، حق شفعه وجود ندارد (حجاوی، بی‌تا، ۳۶۴/۲).

شاید بتوان گفت فلسفه صلح محاباتی، دفع نزاع موجود یا احتمالی است و یا مانند فلسفه هبه، ترغیب مسلمانان به بخشش است و یا به عبارتی بعد معنوی آن بر بعد مادی آن غلبه دارد، اما در معاوضه چرا نتوان حق شفعه را اعمال کرد؟

همان‌طور که بیان شد، مبنای وضع حق شفعه دفع ضرر اعم از دفع شرکت یا دفع شریک جدید است و اینکه قانون مقرر داشته انتقال سهم شریک از طریق بیع صورت پذیرد، شاید از باب غلبه بوده باشد؛ یعنی غالباً انتقال ملک از طریق بیع صورت می‌گیرد والا بیع خصوصیتی ویژه ندارد که آن را از سایر عقود معاوضی جدا کند.

برخی از فقهای شافعی نظر داده‌اند که شفعه در صداق وجود دارد؛ صدیقی که در واقع عوض بضع تلقی می‌شود (ماوردی، بی‌تا، ۱۱۷). در حالی که برخی از فقهای حنبلی معتقدند در آنچه به صورت معوض منتقل می‌شود و اما عوض آن مثل مهریه غیرمالی است، حق شفعه وجود ندارد (حجاوی، بی‌تا، ۳۶۴/۲). بر خلاف نظرات فوق، برخی از فقهای حنفی، شفعه را فقط در بیع ثابت می‌داند (ابن‌عابدین، ۱۴۱۲ق، ۲۳۷/۶).

لذا به عنوان نتیجه می‌توان بیان داشت با توجه به مبنای وضع حق شفعه از باب دفع شریک جدید، اگر ملک در اثر هرگونه معاوضه به دست آمده باشد، شفعه ثابت است، اما اگر ملک به واسطه ارث و یا هبه و یا وصیت منتقل شده باشد، حق شفعه وجود ندارد، چرا که در ارث، ورثه در تحصیل ملک اختیاری نداشته‌اند و در مورد هبه و وصیت هم نوعی ثواب در آن نهفته است (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۴۹۶/۵).

اسقاط حق شفعه

از آنجا که بررسی برخی از موارد اسقاط حق شفعه، در دستیابی به نتیجه مقبول در بحث قابلیت انتقال این حق مؤثر خواهد بود، لذا این موارد، ارزیابی می‌شود.

۱. عدم توانایی شفیع در پرداخت ثمن به مشتری

برخی از فقهای امامیه (شهید ثانی، ۱۴۱۷ق، ۳۵۹/۳؛ مدرس، ۱۳۹۰ش، ۳۱۱) و اهل سنت (دبیان، ۱۴۳۲ق، ۱۰/۴۴۳) عدم توانایی شفیع در پرداخت ثمن به مشتری را از موارد اسقاط

حق شفعه تلقی کرده‌اند. البته عده‌ای از حقوقدانان نیز بر این نظرند (کاتوزیان، ۱۳۸۴ش، ۳۵). این عده برای این نکته که اگر به واسطه بیع، وجود ضرر برای شریک محرز باشد، اما به واسطه عدم توانایی در پرداخت ثمن، نتواند اخذ به شفعه کند، راه‌حلی برای دفع ضرر وجود دارد یا خیر، پاسخ روشنی ندارند.

به عبارتی، مسئله‌ای که در این مبحث مطرح می‌شود این است که اگر شریک سهم خود را منتقل نماید و شخصیت خریدار (شریک جدید) به گونه‌ای است که موجب ناسازگاری با شفیع می‌شود و وجود ضرر به واسطه شریک جدید برای او محرز است، اما شفیع توانایی پرداخت ثمن به مشتری را ندارد، چه راهی برای دفع این ضرر برای شفیع وجود دارد؟ جز اینکه با انتقال حق شفعه به شخصی که مورد قبول او است بتواند این ضرر یعنی وجود شریک جدید را دفع کند. آیا در این صورت هم می‌توان به عدم امکان انتقال حق شفعه به ثالث حکم کرد؟ در بررسی مبنای وضع حق شفعه، بیان شد که مبنای وضع آن، دفع ضرر است و اگر دفع ضرر به دفع شریک جدید تفسیر شود، در فرض مذکور برای رسیدن به این مبنا باید قائل به امکان انتقال اختیاری حق شفعه شد.

۲. صلح حق شفعه به مشتری توسط شفیع

برخی از فقها امامیه بیان داشته‌اند شفیع به عنوان صاحب حق اختیار دارد که آن را اسقاط کند یا در عوض اخذ مالی با مشتری صلح کند (محقق حلی، ۱۴۰۱ق، ۲۶۴). طوسی دلیل آن را روایتی از پیامبر اکرم صلی الله علیه و آله بیان می‌دارد: «الصلح جائز بین المسلمین» و اینکه این روایت شامل عموماً می‌شود و تخصیص آن احتیاج به دلیل دارد (طوسی، بی تا، ۴۵۶/۳).

عثیمین از فقهای حنبلی نیز بیان داشته است: «أنه یصح بعوض عن إسقاط حق الشفعة... أنه یصح أن یصلح عن حق الشفعة، و تسقط الشفعة» (عثیمین، ۱۴۲۲ق، ۲۴۶/۹). برخی از فقهای مالکی نیز نظر داده‌اند: «اگر مشتری مالی دهد که شفیع اخذ به شفعه را ترک کند، جایز است» (قاضی عبدالوهاب، ۱۴۳۰ق، ۵۸۵). در حالی که برخی از فقهای شافعی چنین عملی (اسقاط حق شفعه در مقابل دریافت عوض) را جایز نمی‌دانند (همان جا) و برخی دیگر آن را صحیح دانسته‌اند (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۵۴۴/۵). برخی از فقهای حنفی معتقدند شفعه حقی است که برای شفیع قرار داده شده است و لذا معاوضه آن صحیح نبوده و ضمن اینکه صلح باطل است، شفعه نیز از بین می‌رود (ابن عابدین، ۱۴۱۲ق، ۲۴۱/۶).

گفته شده هدف از وضع حق شفعه دفع ضرر است نه جلب منفعت. پس شفیع چگونه می‌تواند این حق را بنا بر نظر عده‌ای از فقها به صورت معوض، به مشتری صلح کند؟ در حالی که با این عمل از او دفع ضرر (دفع شرکت یا دفع شریک جدید) نمی‌شود، بلکه منفعتی به دست می‌آورد. آیا جلب منفعت با مبنای جعل حق شفعه سازگاری دارد؟ آیا شفیع نمی‌تواند این منفعت را با انتقال حق شفعه به ثالث به دست آورد؟ آیا این امر دلیلی بر امکان انتقال اختیاری حق شفعه، تلقی نمی‌گردد؟ پاسخ روشنی در این خصوص از سوی فقها وجود ندارد.

انتقال اختیاری حق شفعه

۱. دلایل مخالفان انتقال ارادی حق شفعه و نقد آنها

با توجه به بررسیهای انجام شده در کتب فقهی و حقوقی تقریباً همه فقهای مذاهب اسلامی و حقوقدانان حق شفعه را غیرقابل انتقال ارادی می‌دانند (خوبی، بی تا، ۳۸/۲؛ ذهنی تهرانی، ۱۳۶۹ش، ۳/۵؛ خن، ۴۱۳ق، ۱۴۹/۷؛ حصنی، ۱۹۹۴م، ۳۸۰؛ ابن قدامه، ۱۴۱۴ق، ۲۴۵/۲؛ ابوزید، ۱۴۱۶ق، ۱۷۷/۲) که اهم دلایل آنها به شرح ذیل است:

۱-۱. خلاف قاعده بودن حق شفعه

مطابق قاعده کلی در حقوق اسلام به استناد دلایلی همچون آیه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ؛ ای اهل ایمان! اموال یکدیگر را در میان خود به باطل [و از راه حرام و نامشروع] مخورید، مگر آنکه تجارتی از روی خشنودی و رضایت میان خودتان انجام گرفته باشد» (نساء، ۲۹)، هیچ شخصی حق ندارد بدون اجازه مالک در مال او تصرف کند و خروج از این قاعده نیاز به دلیل دارد و از جمله این دلایل در خصوص اخذ به شفعه، حکم شارع است. به عبارتی، با جواز شارع، شفیع حق تملک ملک خریدار را بدون رضایت او دارد (نجفی، ۱۳۶۲ش، ۲۶۲/۳۷؛ ره‌پیک، ۱۳۸۱ش، ۱۴) و لذا تملک قهری در این مورد، خلاف قاعده محسوب می‌گردد و باید به گونه‌ای مضیع تفسیر گردد و فقط شامل مصرحات شود (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۱۲۶).

هم‌چنین در تأیید نظر فوق بیان شده است با توجه به خلاف قاعده بودن حق شفعه، قانون مدنی در ماده ۸۰۸ فقط آن را به شریک اختصاص داده است (امامی، ۱۳۸۳ش، ۳۰/۳).

ابن قدامه از فقهای اهل سنت، در تأیید خلاف قاعده بودن شفعه، بیان داشته است: «إِنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّ أَخْذَهُ بِغَيْرِ رِضَى مَالِكِهِ» (ابن قدامه، ۱۳۸۸ق، ۲۵۹/۵).

به نظر می‌رسد استناد به این موضوع که شفعه خلاف قاعده است، نمی‌تواند دلیلی بر عدم قابلیت انتقال حق شفعه باشد، چرا که شارع یا قانونگذار، حق تملک مبیع را به شفیع داده است و اینکه آیا این حق قابل انتقال اختیاری به ثالث است یا خیر، با استناد به خلاف قاعده بودن، نمی‌توان به پاسخ دست یافت. خصوصاً اینکه برخی معتقدند تصرف در حق غیر، با اجازه شارع یا قانونگذار با وجود عدم رضایت مالک، امری معقول و منطقی است (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۹۰/۱۴).

اینکه حق شفعه خلاف قاعده است یا موافق قاعده، باید براساس چه معیار و قاعده‌ای ارزیابی شود؟ اگر براساس قواعد مالکیت، ارزیابی شود، خلاف قاعده است و اگر براساس قاعده لاضرر، ارزیابی گردد (در جهت دفع ضرر) موافق قاعده است، اما همان‌گونه که بیان شد، مبنای وضع حق شفعه دفع ضرر است و همه مسائل معطوف به این امر است (دفع ضرر) و لذا مطابق قاعده لاضرر، این حق برای شفیع به وجود آمده است. به عبارتی دیگر، حق شفعه موافق قاعده است، نه مخالف قاعده. شاید براساس همین اعتقاد ابن جنید قائل به توسعه حق شفعه بوده و آن را در همه عقود ناقله پذیرفته است (شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۲۷۴/۲).

۱-۲. ورود ضرر به خریدار

عده‌ای بیان داشته‌اند انتقال ارادی حق شفعه، موجب ورود ضرر به خریدار می‌شود (یزدانیان، ۱۳۸۴ش، ۱۶۵). به عبارتی شفیع با دفع ضرر از خود به مشتری ضرر می‌رساند که صحیح نیست (سرخسی، ۱۴۱۴ق، ۹۰/۱۴). در پاسخ باید بیان داشت همین که شارع یا قانونگذار اجازه اخذ به شفعه را به شفیع داده است، یعنی دفع ضرر از شفیع، در مقابل ورود ضرر به خریدار ترجیح دارد. به عبارتی، شارع ضرری بودن اعمال حق شفعه برای خریدار را پذیرفته است و با لحاظ تمام جوانب این حق را برای شفیع در نظر گرفته، پس نمی‌توان به این جهت که انتقال شفعه به ضرر خریدار است از انتقال ارادی آن جلوگیری کرد. به عبارتی روشنتر، قبل از انتقال حق شفعه نیز این احتمال ورود ضرر به خریدار وجود دارد، پس انتقال را نمی‌توان سبب ورود ضرر به خریدار دانست.

صرف نظر از دلیل فوق‌الذکر، همان‌طور که بیان شد، ورود شریک جدید به شراکت، نوعی ضرر برای شفیع محسوب می‌شود و انتقال اختیاری حق شفعه نیز (بنا بر نظر مخالفان انتقال)، به ضرر خریدار است. لذا در این صورت قاعده نفی ضرر هم در مورد شفیع جاری است و هم در مورد خریدار. پس در این حالت، تصرف شفیع در حق خود، به خریدار و عدم تصرف او، به خود شفیع ضرر وارد می‌آورد و لذا قاعده تسلیط، به نفع شفیع حکومت دارد، چرا که در مقام تعارض، دو ضرر تساقط می‌کنند و قاعده تسلیط بلا معارض باقی می‌ماند (محقق داماد، ۱۳۸۵ش، ۱۵۵) و شفیع از باب قاعده تسلیط می‌تواند حق شفعه را به ثالث منتقل کند.

۱-۳. دفع ضرر به عنوان مبنای وضع حق شفعه

عده‌ای معتقدند با وجود اینکه شفعه حق مالی محسوب می‌شود، اما قابلیت انتقال ارادی را ندارد، چرا که این حق مخصوص شریک است و شفیع نمی‌تواند بلاعوض و یا با عوض آن را به ثالث منتقل کند، خصوصاً اینکه این حق برای رفع ضرر وضع شده است نه برای جلب منفعت (کاتوزیان، ۱۳۸۱ش، ۱۲۸). نظر برخی از فقهای اهل سنت نیز چنین است «أثبتت الشفعة لدفع الضرر» (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۵/۴۹۰؛ دیبانی، ۱۴۳۲ق، ۱/۱۶۲).

در پاسخ باید بیان داشت دقیقاً همین دلیل به عنوان دلیل اصلی برای قابلیت انتقال حق شفعه محسوب می‌گردد.

با این توضیح که یکی از تفاسیر دفع ضرر به عنوان مبنای حق شفعه، دفع شریک جدید است (سنهوری، ۱۹۵۲م، ۴۵۲/۹) و یکی از شرایط اخذ به شفعه، پرداخت ثمن به خریدار است، تا حدی که اگر شریک، قادر به پرداخت این ثمن نباشد، فقها نظر بر اسقاط حق شفیع داده‌اند و دیگر امکان دفع ضرر برای شفیع وجود ندارد. حال اگر قابلیت انتقال حق شفعه پذیرفته شود، شفیع می‌تواند با انتقال این حق به شخصی که مورد قبول او است، ضرر ناشی از وجود شریک جدید، که خصوصیات او برای شفیع ناسازگار است، دفع کند. آیا در این صورت انتقال حق شفعه برای شفیع موجب جلب منفعت است؟ در حالی که این عده که بیان داشتند اگر شفیع حق خود را به ثالث منتقل کند با منشاء آن که قاعده لاضرر است، منافات دارد، برای مسئله مطرح شده پاسخ روشنی ندارند.

اگر شریک جدید (خریدار) فردی باشد که از حیث اخلاقی و رفتاری با شفیع سنخیت نداشته باشد، ضررهای مالی و غیرمالی قابل توجهی می‌تواند بر شفیع وارد شود و لذا شارع مقدس مطابق قاعده لاضرر، این حق را برای شفیع تشریح نموده است و یا به عبارتی: «فلان الشفعة إنما ثبتت لدفع ضرر سوء المشاركة و مؤنة المقاسمة» (رافعی قزوینی، ۱۴۱۷ق، ۵/۵۴۳). صرف نظر از مطالب فوق‌الذکر در برخی مسائل مطرح شده درخصوص اسقاط حق شفعه جلب منفعت را به عنوان مبنای حق شفعه، توجیه می‌نماید.

۱-۴. غیر عقلایی بودن انتقال

برخی از فقها بیان داشته‌اند: «وَأَمَّا جواز النقل، له ضابط ارتكازي للعقلاء، وهو أنه إن وجدت في ذی الحق خصوصية تری بالنظر العقلائی أنّها مقومة للحقّ لم یجز نقله إلى غیره ممن لا یملک تلك الخصوصية... و حقّ الشفعة المجعل للشریک یری أن التضرر اللاحق به مقوم له، فلا معنی لنقله إلى غیره» (حائری، بی تا، ۱/۱۳۸)؛ یعنی به دلیل ویژگی خاصی در شفیع، حق شفعه جعل شده است. به عبارتی، جهت دفع ضرر از شریک این حق وضع شده و این حق قائم به شخص شریک است، لذا از نظر عقلا قابل انتقال به غیر نیست.

اما در پاسخ می‌توان بیان داشت، با اینکه مبنای وضع حق شفعه یعنی دفع ضرر قابل پذیرش است، اما انتقال آن به غیر، جهت دفع ضرر، دارای نفع عقلایی است و مورد تایید عقلا، که در مبحث گذشته به آن اشاره شده است. از سویی دیگر برخی از فقها به استناد سیره عقلا، نقل هر حقی را پذیرفته‌اند؛ مگر دلیلی بر خلاف آن موجود باشد (سبزواری، بی تا، ۱۶/۲۰۵).

۱-۵. طبیعت حق شفعه

برخی از فقها معتقدند نمی‌توان شفعه را به شخص ثالث واگذار کرد، چرا که طبیعت شفعه چنین است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۴ق، ۶/۱۴۲). سؤالی که ممکن است مطرح شود اینکه، چگونه می‌توان به طبیعت حقوق دست یافت؟ و یا اینکه چگونه می‌توان دریافت که طبیعت حقوق این چنین است؟ راه حل قانع‌کننده‌ای در این خصوص ارائه نگردیده است. لذا این دلیل هم نمی‌تواند به عنوان دلیل غیرقابل انتقال بودن حق شفعه مورد استناد قرار گیرد.

۲. دلایل قابل انتقال بودن حق شفعه

۲-۱. حکومت قاعده تسلیط

یکی از مبانی فقهی حق، کرامت انسانی است. کرامت انسانی یعنی انسان به نفس انسان بودن دارای احترام است. لذا همه حقوق او باید با توجه به این اصل، تنظیم شود (جوادی آملی، ۱۳۸۵ ش، ۱۶۳). بنابراین باید به حقوق او احترام گذاشت و هر حقی که از سوی قانونگذار، منعی برای اعمال آن وجود نداشته باشد، قابل اعمال از سوی انسان است.

بنا بر قاعده تسلیط، انسان حق هرگونه تصرف در اموال خود از جمله حقوق مالی خود را دارد و هیچ‌کس حق ندارد بدون مجوز قانونی یا شرعی، مانع تصرف او شود. به عبارت دیگر، اصل بر آن است که همه‌گونه تصرفات برای مالک مجاز است، مگر آنکه به موجب دلیل شرعی، خلاف آن ثابت گردد (محقق داماد، ۱۳۸۵ ش، ۲۲۷).

نکته جالب توجه اینکه کاربرد این قاعده در موارد تردید است؛ به گونه‌ای که برخی از فقها بیان داشته‌اند: «قاعده سلطان المالك و تسلط الناس على اموالهم، اصل لایخرج عنه فی محل الشك» (نجفی، ۱۳۶۲ ش، ۱۳۸/۲۷) و لذا هرگاه تردید شود که آیا مالک مجاز به تصرف است یا خیر، با توجه به عدم وجود دلیل شرعی و قانونی بر منع، مالک مجاز به تصرف است.

همان‌طور که بیان شد، شفعه یک نوع حق مالی است؛ اگر تردید شود آیا این حق قابل انتقال است یا خیر، اصل بر قابل انتقال بودن حق است و عدم قابلیت انتقال آن نیاز به دلیل دارد. به گونه‌ای که هیچ روایتی که به صراحت در این خصوص نظر داده باشد، وجود ندارد. حتی برخی از فقها با این عبارت که: «إنَّ كَلَّ حَقَّ قَابِلٍ لِلنَّقْلِ وَ الْإِسْقَاطِ إِلَّا مَا خَرَجَ بِالذَّلِيلِ لِلصَّيْرَةِ الْعَقْلَانِيَّةِ عَلَى ذَلِكَ» (سبزواری، بی‌تا، ۲۰۵/۱۶) این نظر را که هر حقی قابل انتقال است، تأیید کرده‌اند.

۲-۲. مبنای حق شفعه در مال مشفوع

یکی دیگر از دلایل قابل انتقال بودن حق شفعه، مبنای حق شفعه در مال مشفوع است. با این توضیح که بایع و شفعه در جزء جزء مال مشاعی سهم دارند و به نوعی سلطنت خاصی برای هر یک در سهم شریک دیگر ایجاد می‌شود (ره‌پیک، ۱۳۸۱ ش، ۱۶). بنابراین شفعه با همین سلطه و قدرت، توان تملک سهم فروخته شده را دارد، خواه خود شخصاً این تملک را انجام دهد یا ثالثی که حق شفعه به او منتقل شده است؛ به عبارتی دیگر شفعه با این سلطه

و قدرت، حق انتخاب شریک جدید را دارد و بر این مبنا می‌تواند حق شفعه را به ثالث منتقل نماید، که منشأ چنین حقی، به دفع ضرر از شفیع، از باب دفع شریک جدید بازمی‌گردد.

۲-۳. اشتراک شفعه با خیار در خصوص نوع حق و مبنای وضع آنها

برخی از فقهای امامیه شفعه را نوعی حق خیار دانسته‌اند (خوانساری، ۱۳۶۴ش، ۳۳۱/۶) و برخی از فقهای اهل سنت نیز بیان داشته‌اند شفعه نوعی خیار شرعی برای تملک است (طیار، ۱۴۳۳ق، ۲۳۱/۶)؛ چنان‌که چنین تفسیری را می‌توان از بیانات مکارم شیرازی نیز برداشت کرد، که در مقام توضیح حق شفعه اظهار نموده‌اند: «آن الشریک یملک حق الشفعة، یا مکانه إبطال هذه المعاملة و شراء تلك الحصة لنفسه» (مکارم شیرازی، بی تا، ۳۱۹/۱). البته این نظر از این جهت که اثر اخذ به شفعه، فسخ بیع میان بایع و خریدار نیست، قابل قبول نیست. حال از این جهت که هر دو حق (شفعه و خیار) حق مالی محسوب می‌شوند و مبنای وضع حق شفعه و غالب اختیارات جبران ضرر است، می‌توان به نظراتی که در خصوص انتقال خیار وجود دارد، مراجعه کرد.

در مورد انتقال اختیاری حق فسخ بیان شده است: «انتقال حق فسخ به ثالث به طور مستقل با مانعی مواجه نیست و صرف آنکه انتقال خیار ارزش مالی (یا غیرمالی) برای یکی از دو طرف قرارداد در پی داشته باشد کافی است، به‌ویژه اگر برای ثالث نیز از لحاظ مادی و معنوی نفع عقلایی قابل تصور باشد و عرف نیز این انتقال را بیهوده نداند» (امینی، ۱۳۹۱ش، ۷). به گونه‌ای که برخی از فقها عقیده دارند به موجب ظواهر ادله مثبت اختیارات، خیار از طریق معاوضه قابل انتقال به دیگر است (محقق داماد، ۱۳۸۵ش، ۲۶۵).

شاید پاسخ داده شود حق شفعه برای شریک ملک است و برای دفع ضرر ناشی از شرکت، این حق برای او ایجاد شده است نه برای جلب منفعت. البته اینکه در خصوص انتقال خیار بیان شد، صرف اینکه انتقال دارای ارزش مالی یا غیرمالی، برای یکی از طرفین باشد، برای توجیه قابل انتقال بودن آن کافی است، آیا دفع شریک جدید برای شفیع دارای ارزش غیرمالی نیست؟ بنا بر نظر غالب فقها، حق شفعه جعل نشده است مگر برای دفع ضرر (نجفی، ۱۳۶۲ش، ۲۶۱/۳۷). حال آیا دفع شریک جدید، جلب منفعت محسوب می‌شود؟

۲-۴. دفع ضرر به عنوان مبنای وضع حق شفعه

یکی از مهمترین دلایلی است که قابلیت انتقال حق شفعه را توجیه می‌کند. اما نظر به اینکه توضیح آن در پاسخ به دلایل مخالفان انتقال ارادی حق شفعه بیان شد، لذا از توضیح مجدد آن خودداری می‌گردد.

نتیجه

حق شفعه همانند خیار، به عنوان یک حق مالی، اقتداری است که شفیع می‌تواند با پرداخت ثمن به خریدار، مبیع را تملک کند. اساس و مبنای واقعی این حق را باید مطابق با قاعده لاضرر، دفع ضرر دانست، اما با توجه به احکام وضع‌شده در قانون مدنی و نظرات فقهای امامیه و اهل سنت در خصوص حق شفعه، نمی‌توان به‌طور قطع بیان کرد که مقصود از دفع ضرر، دفع شرکت است یا دفع شریک جدید و یا به عبارتی، هر دو تفسیر را در بر می‌گیرد و حتی در مواردی مثل امکان اسقاط حق شفعه در ازای دریافت مال الصلح از خریدار، شائبه جلب منفعت به عنوان مبنای وضع حق شفعه را نمی‌توان انکار کرد. با پذیرش مبنای واقعی بیان‌شده در خصوص وضع حق شفعه، درک قابلیت انتقال ارادی آن محسوس‌تر است. به عبارت دیگر نمی‌توان قابلیت انتقال اختیاری این حق را با توجه به مبنای آن انکار کرد؛ چرا که این قابلیت نیز در پرتو دفع ضرر تفسیر می‌شود. با بیان اینکه در فرضی که شفیع خود قادر به اخذ به شفعه نیست، اما وجود ضرر به جهت ورود شریک جدید در مالکیت مال مشاع محرز است، شریک می‌تواند این حق را به شخص مورد قبول خود منتقل کند و انتقال این حق، به جهت دفع ضرر از باب دفع شریک جدید، برای شفیع نفع عقلایی دارد و مانند خیار که انتقال ارادی آن در صورت وجود نفع عقلایی پذیرفته شده است و با توجه به وجه اشتراک شفعه با خیار از لحاظ نوع حق و مبنای وضع آنها، این انتقال را می‌توان در حق شفعه نیز پذیرفت. خصوصاً اینکه عموماً قاعده تسلیط که شامل حقوق مالی از جمله حق شفعه می‌شود و عدم صراحت شرعی و قانونی بر منع چنین انتقالی و مبنای حق شفیع در مال مشفوع نیز تردیدی در قابلیت انتقال حق شفعه باقی نمی‌گذارد.

فهرست منابع

- ابراهیمی، جهانبخش، سیری در حقوق بشر، تهران، زوار، ۱۳۸۲ش.
- ابن عابدین، محمدامین بن عمر، رد المحتار علی الدر المختار، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۲ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، الکافی فی فقه الإمام احمد، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۴ق.
- همو، المعنی، قاهره، مکتبه القاہرہ، ۱۳۸۸ق.
- ابوزید، بکر بن عبدالله، فقه النوازل، بیروت، مؤسسه الرساله، ۱۴۱۶ق.
- امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، اسلامیه، ۱۳۸۳ش.
- امینی، عیسی؛ حضرتی، محمد؛ ملکوتی خواه، زینب، «انتقال خیار در حقوق ایران»، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، شماره ۱۷، ۱۳۹۱ش.
- بحر العلوم، سید محمد، بلغۃ الفقیه، تهران، مکتبه الصادق علیه السلام، ۱۴۰۳ق.
- جوادی آملی، عبدالله، حق و تکلیف در اسلام، قم، اسراء، ۱۳۸۵ش.
- حائری، سید کاظم، فقه العقود، بی جا، بی نا، بی تا.
- حجاوی، موسی بن احمد، الإقناع فی فقه الإمام احمد بن حنبل، بیروت، دارالمعرفه، بی تا.
- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
- حسینی سیستانی، سید علی، قاعده لاضرر و لاضرار، قم، چاپ مهر، ۱۴۱۴ق.
- حسنی، ابوبکر بن محمد، کفایة الأخیار فی حل غایة الإختصار، دمشق، دارالخیر، ۱۹۹۴م.
- خرشی، محمد بن عبدالله، شرح مختصر خلیل، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه السلام، ۱۳۸۵ش.
- خن، مصطفی؛ بغاء، مصطفی؛ شریجی، علی، الفقه المنهجي علی مذهب الإمام الشافعی، دمشق، دارالقلم، ۱۴۱۳ق.
- خوانساری، محمد بن حسین، التعلیقات علی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، المدرسه الرضویة، ۱۳۶۴ش.
- خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهة، بی جا، بی نا، بی تا.
- دبیان، دبیان بن محمد، المعاملات المالیه اصالة و معاصرة، ریاض، مکتبه الملك فهد الوطنیة، ۱۴۳۲ق.
- دهخدا، علی اکبر، لغت نامه، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۳ش.
- ذهنی تهرانی، سید محمدجواد، شرح مکاسب شیخ انصاری، قم، حاذق، ۱۳۶۹ش.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، المفردات فی غریب القرآن، تهران، المکتبه المرتضویة، بی تا.

- رافعی قزوینی، عبدالکریم بن محمد، *العزیز شرح الوجیز المعروف بالشرح الکبیر*، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۷ق.
- ره‌پیک، سیامک، «ارث حق شفعه»، *مجله دیدگاههای حقوق قضایی*، شماره ۲۶، ۱۳۸۱ش.
- زحیلی، وهبه، *الفقه الإسلامی و أدلته*، دمشق، دارالفکر، بی‌تا.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، *مذهب الأحکام*، قم، دارالتفسیر، بی‌تا.
- سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ق.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۹۵۲م.
- شهید اول، محمد بن مکی، *الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین‌الدین بن علی، *الروضه البهیة فی شرح اللمعة دمشقیة*، قم، داوری، ۱۳۹۸ق.
- همو، *مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، ۱۴۱۷ق.
- صفی‌پوری، عبدالرحیم بن عبدالکریم، *منتهی الأرب فی لغة العرب*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۸ش.
- طباطبایی حکیم، سید محمدسعید، *منتخب المسائل*، قم، مهر ثامن الائمه علیهم‌السلام، ۱۳۸۹ش.
- طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی‌تا.
- طیار، عبدالله بن محمد؛ مطلق، عبدالله بن محمد؛ موسی، محمد بن ابراهیم، *الفقه المیسر*، ریاض، مدار الوطن، ۱۴۳۳ق.
- عثیمین، محمد بن صالح، *الشرح الممتع علی زاد المستقنع*، دمام، دار ابن‌الجوزی، ۱۴۲۲ق.
- علی‌نوری، علیرضا، *کلیات فقه اسلامی*، قم، یاقوت، ۱۳۸۳ش.
- فیومی، احمد بن محمد، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر*، قم، دارالهجرة، ۱۴۰۵ق.
- قاضی عبدالوهاب، عبدالوهاب بن علی، *عیون المسائل*، بیروت، دار ابن‌حزم، ۱۴۳۰ق.
- کاتوزیان، ناصر، *حقوق مدنی، درسهای از شفعه، وصیت، ارث*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۴ش.
- همو، مقدمه علم حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۱ش.
- ماوردی، علی بن محمد، *الإقناع فی الفقه الشافعی*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- محقق حلّی، جعفر بن حسن، *المختصر النافع فی فقه الإمامیه*، تهران، مؤسسه بعثه، ۱۴۱۰ق.
- همو، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، بیروت، دارالاضواء، ۱۴۰۱ق.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵ش.
- مدرس، سید محمدتقی، *احکام معاملات*، قم، محبان‌الحسین علیه‌السلام، ۱۳۹۰ش.

- معین، محمد، فرهنگ معین، تهران، ادنا، ۱۳۸۶ش.
- مغنیه، محمدجواد، الفقه علی المذاهب الخمسة، بیروت، دارالکتب، ۱۳۹۴ق.
- مکارم شیرازی، ناصر، کتاب النکاح، قم، مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام، ۱۴۲۴ق.
- همو، موسوعة الفقه الاسلامی المقارن، قم، بی نا، بی تا.
- موصلی، عبدالله بن محمود، الاختیار لتعلیل المختار، قاهره، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ۱۳۵۶ق.
- نائینی، محمدحسین، منیة الطالب فی حاشیة المكاسب، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، تهران، دارالکتب الإسلامیه، ۱۳۶۲ش.
- زراقی، احمد بن محمد مهدی، الحاشیة علی الروضة البهیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، بی تا.
- نفیسی، علی اکبر، فرهنگ ناظم الاطباء، تهران، کتابفروشی خیام، ۱۳۵۵ش.
- ورعی، سید جواد، حقوق و وظایف شهروندان و دولت مردان، قم، دبیرخانه مجلس خبرگان رهبری، ۱۳۸۱ش.
- یزدانیان، علیرضا، «تفاوت آثار شفعه از منظر حقوق اموال و قاعده لاضرر»، مجله مقالات و بررسیها، شماره ۸۷، ۱۳۸۴ش.