

امکان سنجی سقوط حق شفعه به واسطه فروش سهم الشركه پیش از اعمال آن در فقه مقارن و حقوق ایران

احمد صابری مجد^۱، مهدی میری^۲، فرزانه کرمی^۳
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۶/۱۷، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۱۵)

چکیده

یکی از شرایط ایجاد حق شفعه در فقه اسلامی و قانون مدنی، مالکیت مسلم شفیع در هنگام معامله شریک دیگر است. از چالشهای مهم و قابل طرح در حوزه قضایی و فقه اسلامی این است که به صرف انتقال شفیع پیش از اعمال حق خود، می‌تواند دلیلی بر سقوط حق شفعه باشد. هدف از این نوشتار بررسی این مسئله است که در صورتی که شفیع هنگام فروش سهم الشركه مالک سهم باشد، ولی پیش از اعمال حق شفعه، سهم خود را به دیگری انتقال دهد، دخالت علم و جهل شفیع به معامله سهم شریک، در حق شفعه یا سقوط آن می‌تواند تأثیرگذار باشد. این مسئله میان فقهای اسلامی و حقوقدانان ایرانی مورد اختلاف نظر واقع شده است و قانون مدنی نیز نص صریحی در تعیین وضعیت حقوقی این مسئله ندارد. روش توصیفی تحلیلی و استفاده از ابزار کتابخانه‌ای در این پژوهش استفاده شده است. برآیند اثر حاضر، پس از بررسی و نقد آراء فقهای امامیه و مذاهب اربعه و حقوقدانان و دلایل مطرح شده آنها، این است که چنانچه انتقال سهم شفیع با بیع صورت پذیرد و همگام با علم به فروش سهم شریک، تمام سهم به دیگری انتقال داده شود، این عمل اعراض از حق و از مصادیق اسقاط ضمنی شمرده شده و حق شفعه ساقط می‌گردد. در مقابل اگر شفیع

۱. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران /

ahmadsaberimajd@gmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسنده مسئول) /

mahdimiri427@yahoo.com

۳. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی / f_karami91@yahoo.com

به فروش سهم شریک جاهل بوده یا بخشی از سهم او به دیگری انتقال داده شود، حق شفعه او هم چنان باقی است.

کلیدواژه‌ها: حق شفعه، سقوط شفعه، فروش سهم شفیع، اعراض از حق، سهم الشرکه.

طرح مسئله

در تبیین شرایط ایجاد «حق شفعه» طبق ماده ۸۰۸ قانون مدنی^۴، یکی از شرایط تحقق آن را مالکیت مسلم و بلامنازع شفیع در هنگام بیع سهم توسط بایع (شریک دیگر) می‌دانند. مفهوم این سخن این است که اگر تحقق مالکیت پس از بیع شریک صورت بگیرد، شریک دیگر از حق اخذ به شفعه برخوردار نخواهد بود. اما مسئله مورد اختلاف و تأمل این است که اگر شفیع در هنگام فروش سهم شریک، مالک سهم خود بوده است، ولی پیش از اینکه حق شفعه خود را اعمال نماید، سهم خود را به غیر انتقال دهد، وضعیت حقوقی شفعه او چگونه است؟ در حق شفعه و اسقاط این حق و نقش علم و جهل شفیع آراء گوناگونی در فقه و حقوق قابل طرح است. مشهور فقهای امامیه به صورت مطلق سقوط حق شفعه را پذیرفته‌اند. در مقابل برخی قائل به عدم سقوط حق شفعه به صورت مطلق می‌باشند و برخی هم بین علم و جهل شفیع تفصیل داده‌اند. مذاهب اهل سنت نیز در این مسئله نگرشهای گوناگونی اتخاذ کرده‌اند. قانون مدنی هم نسبت به این مسئله نص صریحی ندارد و صرفاً در ماده ۸۲۲ حق شفعه را قابل اسقاط می‌داند و تحقق اسقاط به هر چیزی دانسته شده است که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید. به منظور آگاهی از خلأ قانونی در مورد عدم شفاف‌سازی در این مسئله به یکی از آراء قضایی محاکم دادگستری اشاره می‌شود؛ در پرونده ۲۹۲/۴۰ مورخ ۱۳۴۰/۱۱/۱۷ با دادخواست اخذ به شفعه، دادگاه بدوی به استناد ماده ۸۲۲ قانون مدنی که حاکی است که حق شفعه قابل اسقاط است حق شفعه خواهان را با توجه به تقدیم دادخواست افزای که قبلاً به طرفیت خوانده داشته بود ساقط شده اعلام نمود و به بی‌حقی خواهان در مورد اخذ به شفعه رأی داد. در حالی که در دادگاه تجدید نظر این رأی نقض شد مبنی بر اینکه عمل شخص جاهل به حق، دلالت بر سقوط آن ندارد و

۴. ماده ۸۰۸ قانون مدنی: «هر گاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند.»

بیان داشت که منظور ماده ۸۲۲ در جایی است که کسی صریحاً حق خود را اسقاط و یا به عملی که دلالت بر انصراف از حق شفعه می‌نماید اقدام کند؛ لذا حکم به تحقق شفعه و مالکیت شفیع داده شد که پس از فرجام‌خواهی پرونده به شماره ۳۲۳۷/۷ شعبه ۵ دیوان عالی کشور ثبت و به دادنامه شماره ۲۹۲/۴۰ ابرام گردید. آنچه در این رأی مورد توجه است، نگرش دادگاه تجدید نظر به موضوع است که با نگاهی جامع ماده ۸۲۲ را مورد تحلیل قرار داده است. برابر این ماده اسقاط حق شفعه نسبت به شخص جاهل نمی‌تواند مصداق داشته باشد، چرا که در فرض جهل به حق، عمل شخص در مسیر اسقاط تلقی نشده است و شخص جاهل به حق تا زمان آگاهی، از حمایت قانونگذار در جهت وصول به حق و اعمال آن برخوردار است. وجود چنین آرائی نشانگر آن است که مسئله پژوهش امری مورد ابتلا و چالش بوده است؛ چه اینکه در گذشته میان فقهای اسلام نیز در این مسئله اختلاف نظر بوده است که در کتابهای فقهی و فتوایی از فقهای امامیه و مذاهب اربعه که بازتاب مسائل مهم قابل طرح در حوزه فقه مدنی بوده است، ظهور و بروز کرده است که در این نوشتار به آن پرداخته شده است. عدم پاسخ‌گویی نص ماده ۸۲۲ قانون مدنی در چالش و مسئله مطرح‌شده نوشتار حاضر پرداختن به این مسئله را دارای اهمیت می‌کند. لذا مطالعه این مسئله از دریچه فقه امامیه و دیگر مذاهب اربعه و همچنین حقوقدانان ایرانی، ضروری است تا با بررسی نظام‌مند، خلأهای قانونی و حقوقی تحلیل شده و بستری ایجاد گردد که بهترین و جامع‌ترین راه‌حل برای وضع مقررات در مواردی که وضعیت حقوقی مورد چالش است به قانونگذار پیشنهاد گردد.

در میان آثار پژوهشی موجود، پژوهشی مستقل در مورد مسئله مطرح‌شده یافت نشد. در برخی از منابع به صورت مختصر به ابعاد خاصی از موضوع اشاره کرده‌اند که عبارت است از پایان‌نامه‌ای با عنوان «زوال حق شفعه از منظر فقه امامیه و قانون مدنی» (عباسپور، ۱۳۹۷ش) که در سه فصل تنظیم شده است. نویسنده پس از بیان شرایط زوال حق شفعه در فصل دوم به زوال اختیاری در دو قسمت اسقاط صریح و اسقاط ضمنی و در فصل سوم به زوال قهری پرداخته است. در پایان‌نامه‌ای دیگر با عنوان «زوال شفعه در فقه امامیه و حقوق ایران» (پورکریمی، ۱۳۹۷ش) نیز زوال حق شفعه به دو صورت اختیاری و قهری بررسی شده است. نوشتار حاضر درصدد است با تبیین و تحلیل دیدگاه فقهای امامیه و مذاهب اربعه

و حقوقدانان در مقام یافتن پاسخی دقیق و مبتنی بر ادله محکم باشد تا ضمن استفاده قضات و محاکم از تحلیلهای ارائه شده، بتواند راهگشای قانونگذار در وضع مقرراتی جامع باشد.

تبیین و نقد دیدگاه فقهای امامیه

با تتبع در عبارتهای فقهای امامیه سه نگرش در این مسئله قابل طرح است که هر یک از آنها بررسی و مذاقه می شود.

۱. دیدگاه سقوط حق شفعه مطلقاً (دیدگاه مشهور فقهای امامیه)

مشهور فقهای امامیه، خصوصاً معاصرین معتقدند که اگر شریک بعد از بیع و قبل از اعمال حق شفعه، سهم خود را بفروشد، حق شفعه او مطلقاً (خواه علم به بیع سهم شریک داشته باشد و خواه نسبت به آن جاهل باشد) موجب سقوط حق شفعه او می گردد (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ۲۰۹/۳؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۶۱/۵؛ حلی، ۱۴۱۰ق، ۳۸۷/۱؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۹-۳۲۸؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۴۰/۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۴۴/۱۲؛ بحرانی آل عصفور، بی تا، ۴۷۷/۱۱-۴۷۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۳۳۰/۲۰؛ اصفهانی، ۱۴۲۲ق، ۳۸۷؛ خمینی، بی تا، ۵۶۰/۱؛ خویی، ۱۴۱۰ق، ۷۸/۲؛ حکیم، ۱۴۱۰ق، ۱۰۲/۲؛ تبریزی، ۱۴۲۶ق، ۸۵/۲؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸ق، ۹۱/۳؛ حسینی سیستانی، ۱۴۱۷ق، ۱۰۴/۲؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۵۵/۱۸؛ حسینی روحانی، بی تا، ۱۳۴/۲؛ فیاض، بی تا، ۲۱۲/۲).

۱-۱. تبیین دیدگاه

مشهور فقهای امامیه برای اثبات دیدگاه خود به چند دلیل تمسک کرده اند:

الف) تمسک به عمومات:

نخستین دلیل بر اثبات این مدعا ظاهر عموماتی^۵ است که می گوید: «الشریک احق به من غیره» و یا «لا شفعه الا لشریک غیر مقاسم». مطابق این ادله حق شفعه در هر دو صورت

۵. الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ مُشْتَرَكٍ رُبْعٍ أَوْ حَاطِطٍ فَلَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَعْضَهُ عَلَى شَرِيكِهِ فَإِنْ بَاعَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ. یا تعبیر دیگر که می فرماید: إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا غَيْرِهِمَا - فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيْبَهُ - فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ - وَإِنْ زَادَ عَلَى الْإِثْنَيْنِ فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدٍ مِنْهُمَا (حرعاملی، ۱۴۰۹ق، ۴۰۲/۲۵) و یا تعبیر دیگر که فرمود: لَا شُفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكٍ غَيْرِ مُقَاسِمٍ (همان، ۳۹۶/۲۵).

علم و جهل ساقط بوده و ظاهر ادله مزبور دلالت بر لزوم مالکیت شفیع تا هنگام اخذ به شفعه دارند. به تعبیر دیگر اینکه گفته می‌شود شریک حق دارد اخذ به شفعه نماید منظور از شریک شخصی است که هنگام اعمال حق شفعه، مالک سهم مشاع باشد. لذا در صورتی که قبل از اعمال حق شفعه خود، آن را به دیگری فروخته باشد، دیگر لفظ شریک بر او اطلاق نشده و به همین جهت حق اخذ به شفعه را نخواهد داشت (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۴۴/۱۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۳۳۰/۲۰).

(ب) منتفی شدن سبب استحقاق اخذ به شفعه:

دومین دلیل بر اثبات این نگرش این است که سبب و علت استحقاق اخذ به شفعه از سوی شفیع صرفاً خرید سهم مشاع شریک از سوی مشتری نیست، بلکه ترکیبی از خرید مشتری و شرکت (به تعبیر برخی فقها مالکیت) شفیع است، به نحوی که در جواز اخذ به شفعه به عنوان سبب هر دو نقش آفرینی می‌نمایند، حال که یکی از دو سبب جواز اخذ به شفعه زایل شده است، حق شفعه از بین می‌رود. بنابراین صرف وجود شرکت و مالکیت شفیع در زمان خرید مشتری در استحقاق اخذ به شفعه از سوی او کافی نیست، بلکه در زمان اعمال حق شفعه باید هر دو سبب وجود داشته باشد؛ چرا که امام علیه السلام می‌فرماید: لا شفعه الا لشریک غیر مقاسم (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۹۶/۲۵). مطابق این روایت شریک بودن شفیع باید در زمان اخذ به شفعه باشد. در صورتی که بخواهد ما بعد از فروش سهم الشرکه به غیر، او دارای حق شفعه باشد موجب می‌شود که حق شفعه برای غیر شریک ثابت دانسته شود.

نسبت به جهل شفیع به بیع سهم الشرکه نیز باید بیان نمود که با فروش سهم شفیع، سبب شفعه یعنی شرکت و مالکیت شفیع منتفی گردیده است و به تبع آن مسبب و معلول یعنی شفعه از بین رفته و باقی نیست. به تعبیر برخی دیگر از فقها با زوال شرکت و مالکیت، دیگر دلیلی بر حدوث حق شفعه نخواهد بود؛ چرا که در غیر این صورت حدوث حق شفعه موجب ایجاد معلولی است که علت ندارد که امری محال است. به علاوه چون مشتق حقیقت در متلبس به مبدأ است، شخص در هنگام فروش، شریک غیر مقاسم بر او (شفیع) صادق نیست، لذا مشمول حدیث نمی‌گردد و حق شفعه ندارد؛ چرا که در هنگام فروش تلبس خود به شرکت را از دست داده است. هم‌چنین جهل او در این جهت معذر نبوده و نقشی ندارد و خطاب روایت فوق، در مورد علم و جهل در هنگام فروش سهم الشرکه، به بیع شریک تفاوتی قائل نشده و مطلق حکم داده است به این معنا که در سقوط وصف شریک در نتیجه

فروش سهم الشرکه علم و جهل مدخلیتی ندارد و به محض فروش، شفیع دیگر شریک نبوده و مضمول روایت مزبور در برخورداری از حق شفعه نخواهد بود (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۴۲/۳؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ۴۵۵/۱؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۶۱/۵؛ مقدس اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ۴۰/۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۳۶۸/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۴۴/۱۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۳۳۰/۲۰؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۹۹/۳۷-۳۹۸؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق، ۱۵۵/۱۸).

(ج) منتفی شدن مبنای ثبوت حق شفعه:

اگر مبنای ثبوت حق شفعه ازاله و دفع ضرر از شفیع به جهت تقسیم مال مشاع باشد، با انتقال مالکیت سهم مشاع از ناحیه شفیع، ضرر منتفی می‌شود، بلکه حتی می‌توان ادعا نمود که با اثبات حق شفعه ضرر دیگری حاصل می‌گردد و آن ورود ضرر بر مشتری شفیع می‌باشد که مالکیتش بر مال دچار تزلزل و ایراد می‌شود (حلی، ۱۴۱۳ق، ۳۶۱/۵؛ حلی، ۱۴۱۴ق، ۳۲۹/۱۲؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۳۶۸/۳؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۹۸/۳۷).

۱-۲. نقد دیدگاه

جزء بودن شرکت به عنوان سبب استحقاق اخذ به شفعه از یک جهت مسلم است و از یک جهت مجمل بوده و قابل اثبات نیست. اما جهت مسلم آن، شریک بودن شفیع در زمان فروش سهم شریک (بایع) به مشتری است، ولی جهت مجمل بودن و عدم قطعیت آن، عدم تداوم و بقای شرکت شفیع تا زمان اخذ به شفعه می‌باشد؛ چرا که هیچ دلیلی بر اثبات این مسئله که باید شرکت شریک تا زمان اخذ به شفعه باقی باشد وجود ندارد و نصوصی که به آن استناد شده قابلیت اثبات مدعا را ندارد. این نصوص صرفاً بیانگر موضوع استحقاق شفعه است، نه اخذ آن؛ یعنی صرفاً بیانگر این مسئله است که حق شفعه منحصرأً برای شریک مالی است که هنوز تقسیم نشده و روایت در مورد اخذ به شفعه و شرایط و احکام آن اظهار نظری ننموده است (همان، ۳۹۹/۳۷). به بیانی دیگر در نقد این دلیل می‌توان گفت که ظاهر ادله شفعه کفایت شراکت شریک در مبیع مشاع در زمان بیع توسط شریک است و دلالتی بر لزوم بقای شرکت تا زمان اخذ به شفعه ندارد، چرا که ادله مزبور صرفاً در مقام بیان ثبوت حق اخذ به شفعه هستند یعنی ثبوت و تحقق حق اخذ به شفعه را در زمان بیع شریک برای شفیع ثابت می‌نماید و دلالتی بر شراکت شریک در هنگام اعمال حق شفعه ندارد. از سوی دیگر

بدون شک شفیع در زمان ثبوت و تحقق حق شفعه شریک مال مشاع بوده و بیع بعد از ثبوت حق واقع گردیده است لذا حق شفعه برای شفیع باقی می‌ماند. نسبت به اینکه دفع ضرر شریک را علت تامه برای ثبوت حق شفعه بدانیم ادعایی است که فاقد پشتوانه و دلیل مستحکمی از شرع و عقل است نهایت امر می‌توان دفع ضرر شریک را حکمت ثبوت حق شفعه از ناحیه شارع دانست. حکمت بودن به این معناست که غالباً آن دلیل همراه حکم هست ولی گاهی از آن جدا می‌شود. در ثبوت حق شفعه غالب موارد امکان دارد شفیع در نتیجه انتقال حصه و تقسیم مال متضرر شود ولی به این معنا نیست که علت حتمی و تام ثبوت حق شفعه صرفاً دفع ضرر از شریک باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۹۹/۳۷).

۲. عدم سقوط حق شفعه مطلقاً

برخی دیگر از فقها معتقدند اگر شفیع سهم خود را پس از بیع شریک (بایع) و قبیل از اخذ به شفعه بفروشد، حق شفعه‌اش مطلقاً ساقط نمی‌گردد (خواه علم به بیع سهم شریک داشته باشد و خواه نسبت به آن جاهل باشد) (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۴۰۰/۳۷).

۲-۱. تبیین دیدگاه

این دسته از فقها بر اثبات نگرش خود دلایل متعددی را اقامه نموده‌اند:

الف) استصحاب بقای حق شفیع:

نخستین دلیل بر اثبات این نگرش این است که استحقاق شفیع بر اخذ به شفعه به واسطه خریدن مشتری حاصل گردیده است و این استحقاق قبل از فروش او بوده است، لذا این استحقاق را می‌توان استصحاب نمود؛ چرا که اصل، عدم سقوط حق شفیع است (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۴۲/۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۴۴/۱۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۳۲۹/۲۰) به علاوه قدر مسلم این است که شراکت به عنوان جزئی از سبب حصول اخذ به شفعه، باید در زمان فروش سهم مشاع وجود داشته باشد و لازم نیست که تا زمان اخذ به شفعه نیز موجود باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۹۹/۳۷).

ب) وجود مقتضی حصول شفعه:

سببی که مقتضی ایجاد و حصول حق شفعه است؛ خرید سهم مشاع توسط مشتری است و این مقتضی حصول حق شفعه هنوز وجود دارد، لذا باید مسبب و معلول آنکه حق شفعه

باشد نیز حاصل گشته و بقا و دوام داشته باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۴۴/۱۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ۳۲۹/۲۰). هم‌چنین در پاسخ به ادعای برخی که معتقدند حق شفعه به خاطر از بین رفتن ضرر شریک منتفی است، مینا بودن ضرر به عنوان علت اخذ به شفعه را مردود دانسته و دفع ضرر شریک را حکمت حصول اخذ به شفعه می‌داند و نقش علت تامه را برایش قائل نیستند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۹۹/۳۷).

ج) عدم دلالت روایات بر بقای شراکت:

نصوص متعددی مثل «لا شفعه الا لشریک غیر مقاسم» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۹۶/۲۵) صرفاً ناظر بر زمان استحقاق شفیع نسبت به اخذ شفعه هستند و در مورد بقای این مالکیت و شراکت شفیع تا زمان اخذ به شفعه دلالت و ظهوری ندارند، بنابراین برداشت تداوم مالکیت و شراکت از روایت مزبور و دیگر نصوص تا زمان اخذ به شفعه مردود است. ایشان در نقطه مقابل روایت فوق که فرمود: «لشریک غیر مقاسم» بیان می‌دارند نصوصی وجود دارد که شفعه را برای شریک ثابت می‌داند، هر چند مال قسمت شرعی شده باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۹۹/۳۷).

از نگاه این دسته از فقها فروش سهم الشریکه دلالتی بر سقوط ندارد؛ چرا که ممکن است غرض شفیع از فروش سهم دلالتی بر اعراض و عدم اعتنائش به حق شفعه نداشته باشد، بلکه با فروش سهم خود به مشتری می‌خواهد با او شریک شده تا به یک‌سری اهداف و اغراض عقلایی مد نظر خود برسد، به این نحو که نصف سهم خود را فروخته و نسبت به نصف دیگر اعمال شفعه نماید تا بتواند با مشتری مد نظر خود در جهت رسیدن به منافع اقتصادی شریک گردد و لذا صرف فروش حق شفعه دلالتی بر اعراض ندارد، بلکه می‌تواند اهداف دیگری در فروش سهم شفیع وجود داشته باشد.

۲-۲. نقد دیدگاه

نسبت به جریان استصحاب در این مسئله محل اشکال است؛ چرا که از جمله شرایط جریان استصحاب، بقای موضوع است در حالی که در محل بحث، موضوع که شریک است پس از بیع سهم الشریکه، تغییر یافته است و مشتری مال شفیع، شریک جدید است و لذا نمی‌توان حکم سابق یعنی وجود حق شفعه که برای شفیع ایجاد گردیده، استصحاب نمود.

علاوه بر این باید افزود مقتضی حصول شفعه صرف خرید سهم مشاع توسط مشتری نبوده بلکه ترکیبی از مالکیت فعلی شفیع به علاوه خرید سهم شریک دیگر است و با انتفای یکی از این دو جزء یعنی مالکیت فعلی شریک دیگر مسبب آن یعنی حق شفعه از بین می‌رود و صرف خرید سهم شریک دیگر توسط مشتری دلیلی بر بقای حق شفعه شفیع نخواهد بود (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۴۴/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۹۸/۳۷).

۳. تفصیل بین علم و جهل شفیع به بیع سهم شریک

برخی از فقها نسبت به سقوط یا عدم سقوط حق شفعه به صورت مطلق اظهار نظر نکرده‌اند، بلکه بین علم و جهل تفصیل داده‌اند. به این بیان که اگر شفیع نسبت به فروش سهم شریک خود آگاهی داشته باشد و با علم به این مسئله سهم خود را بفروشد، حق شفعه ساقط می‌گردد ولی در صورتی که نسبت به این مسئله آگاهی نداشته باشد و سهم خود را به غیر بفروشد، حق شفعه باقی می‌ماند (طوسی، ۱۳۸۷ق، ۱۴۲/۳؛ ابن سعید حلی، ۱۴۰۵ق، ۲۷۹؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ۳۶۸/۳؛ ابن حمزه طوسی، ۱۴۰۸ق، ۲۵۹؛ ابن براج، ۱۴۰۶ق، ۴۵۵/۱).

فروش سهم مشاع شفیع بعد از علم به بیع سهم شریک خود دلیل بر این است که از حق خود اعراض کرده است؛ به علاوه سبب ثبوت حق شفعه ترکیبی از مالکیت فعلی داشتن شفیع یا به تعبیر دیگر شریک بالفعل بودن شفیع با شریک خود (بایع) به همراه فروش سهم شریک است؛ با منتفی شدن یکی از این دو سبب استحقاق حق شفعه شفیع از بین خواهد رفت. البته برخی سبب استحقاق حق شفعه را صرف مالکیت شفیع دانسته‌اند که در هر صورت با فروش سهم از ناحیه او سبب حق شفعه منتفی می‌گردد. هم‌چنین ظاهر روایت «لا شفعه إلا لشریک غیر مقاسم» (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۳۹۶/۲۵) نشانگر آن است که مالکیت فعلی شفیع در هنگام اخذ شفعه ضروری بوده و مؤید این سخن را می‌توان حکمت حق شفعه که دفع ضرر شریک (شفیع) و بیع شریک (بایع) است، دانست چرا که این ضرر با فروش سهم از ناحیه شفیع منتفی گشته و دیگر ضرری نیست تا مسبب آن یعنی حق شفعه وجود داشته باشد (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ۳۴۴/۱۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۳۹۹/۳۷-۳۹۸).

فروش سهم مشاع شفیع قبل از علم به بیع سهم شریک خود بیانگر این است که شفیع سابق بر بیع سهم استحقاق حق شفعه را پیدا کرده است و اصل هم عدم سقوط حقی است

که قبل از بیع ایجاد محقق شده است در صورت تردید در بقاء حق ایجاد شده در سابق، وجود آن استصحاب می‌گردد (امامی، بی تا، ۳/۳۸).

تبیین و تحلیل دیدگاه مذاهب اهل سنت

با تتبع در متون فقهی اهل سنت نگرشهای ذیل به دست می‌آید:

۱. حنفیه

برخی از حنفیها یکی از اسباب سقوط حق شفعه را فروش مال مورد شفعه توسط شفیع قبل از اخذ به شفعه می‌دانند و در این جهت تفاوتی بین علم و جهل شفیع نسبت به بیع سهم شریک قائل نشده‌اند. در تعلیل بیان داشته‌اند: علت سقوط حق شفعه از بین رفتن سبب استحقاق حق شفعه که شراکت در مال مشاع و مالکیت نسبت به آن است است، چرا که با زوال شراکت شریک ضرری متوجه او نیست تا قائل به حق شفعه برایش شد. هم‌چنین علم او به خرید مال مشاع و به تعبیر دیگر بیع سهم شفیع شرط نیست، چرا که علم و آگاهی او شرط صحت اسقاط نیست. البته ایشان معتقدند که در صورتی که شفیع سهم خود را با شرط خیار به غیر انتقال دهد حق شفعه از بین نمی‌رود؛ وجود خیار شفیع موجب می‌شود که مبیع از ملکیتش خارج و زائل نگردد و لذا وقتی ملکیت و شراکت شریک باقی باشد حق شفعه وجود دارد، البته این در جایی است که اعمال خیار نماید و بیع را فسخ نماید چون در صورت اعمال شفعه خیار ساقط شده و بیع مستقر می‌گردد (ابوالفضل موصلی، ۱۴۲۶ق، ۲/۵۰؛ ابن‌نجیم مصری، بی تا، ۸/۱۶۱؛ غیتابی، ۱۴۲۰ق، ۱۱/۳۷۶-۳۷۵؛ زبیدی حنفی، ۱۳۲۲ق، ۱/۲۸۰؛ بابرته، بی تا، ۹/۴۱۷؛ سرخسی، ۱۴۲۱ق، ۱۴/۲۰۸ و ۲۰۰؛ قدری پاشا، ۱۳۰۸ق، ۲۳). البته برخی سقوط حق شفعه به واسطه بیع سهم شفیع را در صورتی می‌پذیرند که تمام ملک مورد شفعه را بفروشد (ابن‌عابدین، ۱۴۲۱ق، ۶/۲۴۲-۲۴۱).

برخی دیگر هم‌چون کاسانی در این مسئله قائل به تفصیلی طولانی بین چندین صورت شده‌اند:

صورت اول: شفیع تمام یا جزئی از ملک خود را به صورت قطعی فروخته باشد دو حالت

دارد:

حالت اول: اگر تمام ملک را فروخته است که حق شفعه باطل می‌گردد؛ چرا که سبب ایجاد حق شفعه یعنی مالکیت و شراکت در ملک از بین رفته است، حال تفاوتی نمی‌کند که نسبت به بیع و شراء بایع و مشتری آگاهی داشته یا نداشته باشد؛ فروش او دلالت بر اسقاط حق به نحو صریح می‌نماید. وقتی سبب حق خود که همان مالکیت و شراکت است را از بین برد، یعنی حق خود را ابطال نموده و در این امر تفاوتی بین علم و جهل او نیست. در صورتی هم که شفیع با بیع فاسد ملک را به فروش رساند حق شفعه باطل می‌گردد؛ چرا که فروش ولو با بیع فاسد موجب ابطال حق شفعه است و حق شفعه جز با سبب جدید قابل برگشت نیست (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۰/۵).

حالت دوم: شفیع جزئی از سهم خود را بفروشد در اینجا دو فرض دارد: فرض اول: در جایی که اگر جزء مشاع از ملک را بفروشد، نسبت به آنچه باقی می‌ماند حق شفعه دارد، چرا که آنچه از سهم باقی مانده وقتی ابتدئاً قابلیت اخذ به شفعه داشته باشد، بر حالت گذشته باقی خواهد ماند. علت این حکم این است که سبب ثبوت شفعه در حالت حکم به بقاء، یقینی بوده و می‌توان حکم به بقاء حق شفعه داد؛ برخلاف فرضی که حکم ابتدایی به ثبوت شفعه مبتنی بر احراز یقینی به تحقق سبب ثبوت حق شفعه و اصل ایجاد آن است.

فرض دوم: در جایی که قسمتی از خانه یا اتاقی را که در کنار منزلی که در آن شفعه است، بفروشد نباشد، حق شفعه نسبت به آن منزل وجود دارد؛ چرا که سبب تحقق شفعه که مجاورت با منزل است وجود داشته که برای شفیع ایجاد حق می‌نماید. اگر حدود خانه‌ای را که در آن شفعه است در بر گیرد، شفعه باطل می‌شود؛ زیرا مجاورت از بین رفته است و اگر چیزی از آن مجاورت که ملاصق و چسبیده به آن خانه باشد، هم‌چنان برای او حق شفعه باقی خواهد بود (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۰/۵).

صورت دوم: شفیع تمام یا جزئی از ملک خود را به صورت شرط خیار فروخته باشد. در صورت وجود خیار در بیع مزبور در صورتی که ذوالخیار بایع یعنی شفیع باشد حق شفعه باقی است تا زمانی که بیع را امضاء نکرده است، چرا که وجود خیار موجب می‌شود مبیع از ملک بایع یعنی شفیع خارج نگردد، ولی در صورتی که مشتری ذوالخیار باشد به سبب خروج ملک از ملک بایع، حق شفعه او ساقط می‌گردد. البته در جایی که شفیع نسبت به یک ملک هم شریک و هم همسایه مجاور ملک باشد در صورت فروش سهمی که در آن

شراکت دارد و حق شفعه برایش ایجاد گردیده است، هنوز حق شفعه او باقی است؛ چرا که صرفاً یک سبب حق شفعه یعنی شراکت منتفی شده و سبب دیگر ایجاد شفعه یعنی مجاورت و همسایگی ملک باقی است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۱/۵).

۲. مالکيه

برخی از مالکيهها نسبت به فروش سهم شفيع قبل از اخذ به شفعه ديده‌گاه‌هاي متعددي دارند. برخي بيع سهم از ناحيه شفيع را يکي از مسقطات حق شفعه مي‌دانند. برخي از مالک نقل کرده‌اند که معتقد است در صورت فروش سهم شفيع حق شفعه باقی است و قول دیگری از او نقل شده است که معتقد است حق شفعه ساقط می‌گردد.

در تعليل بر سقوط حق شفعه بيان مي‌دارند تشریح حق شفعه برای دفع ضرر شریک است، از این جهت که با شریک ناخواسته شراکت پیدا می‌کند و بيع سهم از ناحیه او وجود ضرر را منتفی می‌کند و البته در جایی دیگر با اینکه بيع شفيع را قبل از اخذ به شفعه به شخص اجنبی امر ناروایی می‌دانند، چرا که فروش مال توسط او قبل از اخذ یعنی مالک شدن مال است، ولی با این حال این بيع را موجب سقوط حق شفعه شخص محسوب نمی‌کنند. برخی فقها نیز عدم جواز فروش سهم شفيع را قبل از اخذ به شفعه به مشتری یعنی کسی که شفيع از او طلب حق شفعه دارد اتفاقی دانسته‌اند.

برخی دیگر در این مسئله فتوا به عدم جواز فروش شفعه قبل از اخذ داده‌اند، خواه فروش مال مزبور به مشتری باشد خواه به شخص اجنبی، چرا که اولاً بيع چیزی است که مالکش نیست و ثانیاً کسی که صرفاً قدرت بر تملک مالی را در آینده داشته باشد مانند حق شفعه، مالک تلقی نمی‌شود که بگوییم توانایی دارد قبل از اخذ به شفعه سهم مزبور را به دیگری بفروشد. البته تفصیلی نیز در این مسئله وجود دارد به این صورت که اگر فروش و هبه مال دارای حق شفعه قبل از اخذ به آن به اجنبی صورت گیرد بلاخلاف این بيع و هبه باطل است، چرا که شفيع مالی را فروخته است که در ملکیتش نبوده است چون هنوز اخذ به شفعه ننموده تا مال مزبور در ملکش داخل گردد و اگر بعد از اخذ به شفعه نیز آن را بفروشد یا هبه کند نیز چنین حقی ندارد، چرا که به عقیده ایشان اخذ به شفعه برای فروش مال امری است ممنوع و شخص نمی‌تواند صرفاً برای فروش یا هبه مال اخذ به شفعه نماید (تسولی، ۱۴۱۸ق، ۱۹۹/۲).

۳. شافعیه

برخی از شافعیهها با بیان اینکه در حالت علم به بیع شریک، فروش سهم شفیع موجب از بین رفتن مالکیت به عنوان سبب حق شفعه می‌شود، در حالت عدم علم شفیع معتقدند در صورتی که شفیع قبل از اعمال حق شفعه سهم خود را به فروش رساند ولی نسبت به فروش سهم شریک خود و ایجاد حق شفعه برای خود علم نداشته باشد دو وجه متصور است:

وجه اول: حق شفعه‌اش ساقط نشود، چرا که استحقاق شفیع نسبت به حق شفعه با فروش سهم شریکش ایجاد گردیده و ملکیت و شراکت او نیز در هنگام بیع شریکش بر ملک وجود داشته است و لذا با بیع سهمش، حق شفعه از بین نمی‌رود.

وجه دوم: اینکه حق شفعه شفیع ساقط گردد چرا که مالکیت شفیع بر سهم خود موجب استحقاق او نسبت به حق شفعه بود و حال که ملکیتش زائل گشته لذا باید قائل به سقوط حق شفعه‌اش بود (شیرازی، بی‌تا، ۲/۲۱۹؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ۷/۱۴۱).

با تکیه بر وجه دوم باید گفت در صورتی که شفیع قسمتی از سهم خود را به فروش رساند نیز دو حالت وجود دارد: حالت نخست اینکه بگوییم حق شفعه او با فروش قسمتی از سهمش از بین نمی‌رود، چرا که استحقاق حق شفعه نسبت به شفعه در مورد مطلق مال چه کم و چه زیاد صدق می‌کند و حال که بخشی را فروخته قسمت دیگر مال باقی است، لذا حق شفعه‌اش هنوز بقاء دارد. حالت دوم این است که قائل به سقوط شویم، چرا که حق شفعه نسبت به مالکیت تام و تمام و نسبت به تمام ملک ثابت می‌شود و با فروش قسمتی از سهم آنچه مقابل سهم قرار می‌گیرد که استحقاق حق شفعه نسبت به تمام ملک باشد نیز از بین می‌رود و بنابراین با فروش بعض تمام مال از بین می‌رود (همان، ۷/۱۴۱).

برخی دیگر نیز با ذکر مسئله فروش سهم توسط شفیع از روی جهل به بیع سهم شریکش صرفاً به ذکر دو نظر سقوط و عدم سقوط بسنده کرده‌اند (شیرازی، بی‌تا، ۱۱۷).

برخی (خن، ۱۴۱۳ق، ۷/۱۶) نیز در این مسئله بین حالت علم و جهل شفیع تفصیلی قائل نشده‌اند و معتقدند در صورتی که شفیع سهم خود را قبل از اعمال شفعه به دیگری انتقال دهد موجب سقوط حق شفعه‌اش می‌گردد خواه به بیع سهم شریکش و ایجاد حق شفعه برای خود عالم باشد و خواه جاهل باشد، چرا که با فروش سهم شفیع سبب حق شفعه یعنی شراکت شفیع در مال مشاع زائل می‌گردد.

عده‌ای نیز در این مسئله معتقدند که اگر شفیع از روی جهل به بیع سهم شریکش سهم خود را به فروش رساند حال چه تمام سهم خود را و چه بخشی موجب سقوط حق شفعه‌اش می‌گردد. سقوط حق شفعه در فروش تمام مال به جهت اینکه سبب ثبوت حق شفعه یعنی شراکت شفیع در مال مشاع از بین رفته است و در مورد فروش بعض نیز هم چنان که عفو بعض سهم شفیع موجب از بین رفتن استحقاق شفیع نسبت به حق شفعه می‌گردد در اینجا نیز با فروش بخشی از مبیع موجب از بین رفتن استحقاق شفیع نسبت به حق شفعه می‌شود. در انتها برخی دیگر (بجیرمی، ۱۳۶۹ق، ۱۴۵/۳) بیان داشته‌اند اگر شفیع ولو نسبت به ثبوت حق شفعه برای خودش جاهل باشد مبادرت به فروش حصه خود نماید موجب سقوط حق شفعه‌اش می‌شود، چرا که سبب حق شفعه یعنی مالکیت و شراکت او در مال مشاع از بین رفته است و در صورتی که قسمتی از سهم خود را با علم به ثبوت حق شفعه نسبت به خودش بفروشد نیز موجب سقوط حق شفعه‌اش می‌گردد، چرا که خودش در استفاده از حق خود کوتاهی کرده و موجب از دست رفتن آن شده است.

۴. حنا بله

برخی از حنبلیها (ابن قدامه، بی تا، ۵۱۵/۵-۵۱۴؛ مرداوی، ۱۴۱۹ق، ۲۱۶/۶؛ ابن مفلح، ۱۴۲۳ق، ۱۵۲/۵) معتقدند که اگر شفیع قبل از علم به ایجاد حق شفعه نسبت به خود مبادرت به فروش سهم خود نماید قائل به عدم سقوط حق او البته بنا بر یک مبنا شده‌اند. البته در مقابل نگرشی وجود دارد که حق شفیع را ساقط شده می‌داند. مفهوم این سخن این است که اگر شفیع بعد از علم و آگاهی به بیع سهم شریکش اقدام به فروش کند حق شفعه‌اش ساقط گردیده و این مسئله اختلافی در آن وجود ندارد، چرا که با فروش مال از روی آگاهی دیگر مالکیتی نیست که نسبت به آن حق شفعه ایجاد گردد و هم چنین وضع حق شفعه به جهت جلوگیری از شراکت ناخواسته است و فروش مال این ضرر شراکت را از بین برده است. البته اقدام به فروش قسمتی از ملک با آگاهی از فروش سهم شریک موجب ایجاد دو نگرش شده است. برخی قائل به سقوط حق شفعه شده‌اند؛ زیرا استحقاق شفیع نسبت به تمام مال ثابت شده است و لذا با فروش بخشی از مبیع نسبت به بخش فروخته شده که حق شفعه آن از بین رفته است و نسبت به بخش باقی مانده نیز از بین می‌رود، چرا که حق شفعه قابلیت تبعض ندارد و بنابراین با سقوط بخشی از آن تمام حق از بین می‌رود. برخی نیز آن را

ساقط شده نمی‌دانند، چرا که معتقدند مقدار باقی مانده از تمام مبیع صلاحیت تحقق حق شفعه نسبت به آن وجود دارد؛ همان‌طور که اگر بخش باقی مانده به صورت مستقل و نه در ضمن مبیع نیز باقی می‌بود امکان تحقق حق شفعه نسبت به آن وجود داشت. البته نگرش دیگری وجود دارد که فروش مال قبل از علم به بیع سهم شریک را موجب سقوط نمی‌داند، چرا که ثبوت حق شفعه برای شفیع در زمانی حاصل شده که ملکیت او وجود داشته است و فروش قبل از آگاهی دلالتی بر رضایت شفیع بر انصراف و صرف نظر کردن از حق شفعه ندارد (ابن قدامه، ۱۴۱۴ق، ۲/۲۳۵؛ بهوتی، ۱۴۱۴ق، ۲/۳۴۶).

دیدگاه نظام حقوقی ایران

ابتدا به بررسی نگرش حقوقدانان نسبت به مسئله سقوط حق شفعه در اثر فروش سهم شفیع پرداخته و سپس دیدگاه قانون مدنی در این باره بیان می‌گردد.

۱. حقوقدانان ایرانی

تتبع در متون حقوقی نشان می‌دهد که اکثر حقوقدانان با تبعیت از نظر مشهور فقها معتقدند در صورت فروش سهم شفیع، حق شفعه مطلقاً ساقط می‌گردد. در این جهت تفاوتی نمی‌کند که شفیع به بیع سهم شریک خود عالم باشد یا نسبت به این امر آگاهی نداشته باشد. در تعلیل بر این مطلب با تکیه بر دلایلی - مثل ادله نقلی (حر عاملی، ۱۴۰۹ق، ۲۵/۳۹۶ و ۴۰۲) که دلالت بر لزوم بقاء و تداوم مالکیت شفیع تا هنگام اخذ شفعه دارد اظهار داشته‌اند: چون ملک مشاع از سوی شفیع منتقل گردیده است حق شفعه ساقط می‌گردد. در صورت فروش سهم مشاع از ناحیه شفیع ضرر شفیع به عنوان حکمت اخذ به شفعه از بین می‌رود (محقق داماد، ۱۴۲۶ق، ۷۷-۷۶).

عده‌ای دیگر چنین استدلال کرده‌اند که با توجه به اینکه ایجاد حق شفعه برای حمایت از مالک عین غیرمنقول قابل تقسیم است، با انتقال مالکیت سهم مشاع از ناحیه شفیع چه آگاهی به فروش سهم شریک خود داشته باشد چه آگاهی نداشته باشد، حق شفعه او ساقط می‌گردد، چرا که با فروش و انتقال مالکیت یا اعراض از آن دیگر حق شفعه مبنای خود را از دست می‌دهد و ساقط می‌گردد (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱ش، ۴۵).

برخی دیگر با پذیرش دیدگاه مشهور فقهای امامیه در تأیید این نگرش افزوده‌اند که تنها طریق اسقاط حق شفعه، اسقاط ارادی آن نیست تا موجب شود که فروش مال مشاع از ناحیه شفیع را صرفاً همراه با علم به بیع سهم شریک مسقط حق شفعه دانست، بلکه علت سقوط حق شفعه در اثر انتقال آن، از بین رفتن سبب یا مقتضی اعمال حق شفعه است، چرا که بیع سهم شریک به تنهایی سبب ثبوت حق شفعه نیست، بلکه بیع شریک و شراکت شریک با یکدیگر سبب اخذ به شفعه هستند، لذا با از بین رفتن جزئی از سبب، اخذ به شفعه منتفی می‌گردد. به تعبیر دیگر با اعتقاد به تشریح حق شفعه برای شریک بر این باورند که شفیع باید تا لحظه اخذ به شفعه شریک باقی بماند در صورت انتقال حصه‌اش به شخص ثالث حتی در صورت جهل به بیع سهم شریک، دیگر او شریک نیست و به همین علت از حق شفعه برخوردار نخواهد بود. در انتها حتی اگر مبنای حق شفعه جلوگیری از ضرر ناخواسته شریک باشد با بیع سهم شفیع، دیگر ضرری وجود ندارد و لذا حق شفعه از بین می‌رود (صفایی، ۱۳۹۷ش، ۳۶۳).

۲. موضع قانون مدنی

قانون مدنی نسبت به سقوط حق شفعه در این باره نص صریحی ندارد و صرفاً در ماده ۸۲۲ حق شفعه را قابل اسقاط می‌داند و تحقق اسقاط را به هر چیزی می‌داند که دلالت بر صرف-نظر کردن از حق مزبور نماید.

در تطبیق این ماده بر مسئله مورد بحث باید در دو فرض بحث نمود:

فرض اول در جایی است که شفیع با وجود آگاهی نسبت به بیع سهم شریک اقدام به فروش سهم خود می‌نماید؛ ظاهر ماده ۸۲۲ قانون مدنی نشان می‌دهد که قانونگذار نسبت به سقوط حق شفعه موافق است. شاهد بر این مسئله این بخش از ماده است: «...اسقاط آن به هر چیزی که دلالت بر صرف‌نظر کردن...»؛ چرا که هنگامی که شفیع از روی آگاهی به بیع سهم شریک، اقدام به فروش سهم خود می‌نماید، یعنی نسبت به حق شفعه‌ای که برایش ایجاد شده اعلام انصراف می‌نماید و تمایلی به اخذ به شفعه ندارد.

فرض دوم: در جایی که شفیع نسبت به فروش سهم شریک خود آگاهی ندارد و در عین حال اقدام به فروش سهم خود می‌کند و در این فرض باید اعتقاد به سقوط حق شفعه از نگاه قانونگذار داشت، چرا که مطابق ماده ۸۰۸ قانون مدنی یکی از شرایط ایجاد حق شفعه

مالکیت فعلی شفیع یا به تعبیر دیگر شراکت او در مال مشاع است و حال که شفیع سهم خودش را فروخته است دیگر در مال مشاع شراکتی ندارد و مالک سهمی از مال مشاع نیست که بخواهد اخذ به شفعه بنماید. حق شفعه تابع مالکیت شفیع بر حصه مشاع است و با زوال مالکیت شفیع، حق شفعه از بین می‌رود (امامی، بی‌تا، ۳۸/۳).

دیدگاه برگزیده

در سقوط حق شفعه به واسطه فروش سهم شفیع قبل از اعمال شفعه دیدگاههای مختلف فقهای امامیه و مذاهب اربعه و هم‌چنین حقوقدان مطرح گردید و هر یک ارزیابی شد. آنچه در این بحث می‌تواند حائز اهمیت باشد، بررسی تمام ابعاد و حالتها و فروض مختلف مسئله است که هر یک از آنها در سرنوشت حق شفعه مؤثر خواهد بود و باید ارزیابی شود. لذا با توجه به نوع معامله شفیع دو حالت قابل تصور است: نخست آنکه معامله به صورت خیار صورت پذیرد و دوم آنکه معامله بدون خیار و لازم انجام گیرد که در این حالت دو فرض قابل تصور است. نخست آنکه شفیع بدون اطلاع و آگاهی از فروش سهم شریک اقدام به فروش سهم خود نماید و فرض دیگر این است که شریک با علم و اطلاع فروخته است که این حالت نیز دو صورت برای آن متصور است که شفیع تمام سهم خود را به دیگری منتقل کرده است یا برخی از آن را انتقال داده است.

نخستین حالت این است که شفیع سهم خود را به صورت خیار به مشتری منتقل می‌کند؛ در این حالت علی‌رغم اینکه وجود خیار مانعی در انتقال ملکیت به مشتری به حساب نیامده؛ اما صرف وجود خیار در عقد موجب می‌شود، رابطه‌ای هر چند ضعیف میان شفیع و سهم باقی باشد. حق خیار در واقع نوعی سلطنت است و برای دارنده آن سلطه ایجاد می‌کند (انصاری، ۱۴۲۹ق، ۱۲/۵) و چنین سلطه‌ای سبب می‌شود که با اعمال خیار شرط، عیب، تدلیس و غبن و... ملکیت مالک بازگردانده شود که در صورت قائل شدن به سقوط حق شفعه موجب نادیده شدن حق مسلم شفیع می‌گردد. لذا در صورت وجود خیار می‌توان قائل شد که هنوز رابطه مالکیت مالک نسبت به سهم خود به طور کامل از بین نرفته است. به علاوه ادله مثبتته خیار این حق را به شفیع می‌دهد که در صورت فسخ عقد بیع به موجب خیار، تمام حقوقی را که به موجب مالکیت بر مال مشاع داشته مجدداً برخوردار گردد.

حالت دوم در جایی است که شفیع بدون برخورداری از حق خیار مال خود را به شخص ثالث منتقل می‌کند و در این حالت نیز به دو گونه قابل تصور است که لازم است ارزیابی شود. تصور نخست این است که شفیع بدون اطلاع و آگاهی از فروش سهم شریک خود اقدام به فروش سهم خود می‌نماید. در این فرض می‌توان قائل شد که قول به سقوط حق شفعه دور از حق و عدالت است؛ چرا که در این فرض شفیع امکان دارد قبل از فروش به شریک اطلاع داده باشد که خواستار خرید سهم اوست؛ ولی شریک علی‌رغم آگاهی از رغبت شفیع به خرید مال، اقدام به فروش نموده و شفیع را مطلع نمی‌نماید. شفیع با عدم علم، اقدام به فروش سهم خود می‌نماید؛ بنابراین قائل شدن به سقوط نوعی اجحاف و ایراد ضرر به شفیع است و در تضاد با عموماًت و اطلاقات ادله حق شفعه که اعتقاد به طرفداری از حقوق شریک دارد، است. از سویی به عنوان مؤید، با حکمت تحقق حق شفعه یعنی دفع ضرر شراکت ناخواسته (ابن فهد حلی، ۱۴۰۷ق، ۲۷۶/۴؛ طاهری، ۱۴۱۸ق، ۵۳/۵) و قاعده لاضرر در تضاد و تنافی است. حتی در فرض جهل به بیع سهم شریک و عدم مطالبه قبلی از او می‌توان بقای حق شفعه را قوی دانست؛ چرا که عدم مطالبه قبلی دلالت بر سقوط حق شفیع و عدم تمایل او به اعمال حق شفعه نمی‌کند؛ زیرا روح کلی قواعد حاکم بر حق شفعه اقتضا دارد که شفیع با جهل به بیع سهم شریک هنوز از حمایت قانونگذار برخوردار باشد؛ زیرا عدم حمایت قانون‌گذار موجب سوءاستفاده سودجویان از خلأ حمایتی مربوطه می‌گردد، به نحوی که می‌توانند با صرف ادعای فروش مال توسط شفیع ولو با جهل، مالش را از تصرف او خارج نمایند و او را از حقی که شریعت مقدس اسلام به او بخشیده است محروم نمایند. علی‌رغم اینکه اخذ به شفعه حقی خلاف اصل است (محقق داماد، ۱۴۲۶ق، ۱۳۸) و لذا نادیده گرفتن حق شفعه در فرض جهل شفیع را نمی‌توان مورد تأیید شارع مقدس دانست، زیرا موجب نادیده گرفتن حقی می‌شود که شارع برای شفیع جعل کرده است.

تصور دوم در جایی است که شریک با علم و اطلاع فروخته است که به دو صورت قابل تفکیک و بررسی است. صورت نخست در جایی است که شفیع تمام سهم خود را به دیگری منتقل می‌کند. در این صورت چند عامل در سقوط حق او نقش دارند، همانند علم و آگاهی او و فروش تمام سهم؛ که قرائنی بر اعراض و اسقاط فعلی حق شفعه است. در این صورت قول به سقوط را می‌توان موافق با ضوابط فقهی و حقوقی دانست، به این دلیل که اعراض از حق به نحو مسلم صورت گرفته و شخص خودش از روی اختیار انصراف خود را از

برخورداری از حق مربوطه اعلام می‌دارد. بنابراین جای اشکال و چالشی در این مورد باقی نمی‌ماند.

صورت دوم در فرضی است که بخشی از سهم خود را می‌فروشد. در این صورت قول به بقای حق شفعه در مقدار باقی‌مانده خالی از قوت نیست؛ چرا که از یک سو جزء فروخته‌شده اعلان انصراف از استحقاق و اعمال حق شفعه نسبت به بخش مربوطه است، اما از سوی دیگر دلالتی بر سقوط حق شفعه در مقدار باقی‌مانده ندارد، چرا که عدم فروش مقدار باقی‌مانده نشان از تصمیم شفیع بر اعمال حق شفعه دارد، چه بسا شفیع اراده کند با نگهداشتن مقدار مربوطه امکان تملک سهم شریک را برای خود باقی بگذارد و این فرض دور از دسترسی نیست. به علاوه قبل از فروش جزئی از سهم، حق شفعه نسبت به سهم مزبور در ضمن کل سهم ایجاد شده بود و حال با فروش مقداری از کل دلیلی برای عدم بقای حق شفعه نسبت به مقدار باقی‌مانده وجود ندارد، خصوصاً که در روایات این باب هیچ‌گونه صراحتی در سقوط حق شفعه نسبت به مقدار باقی‌مانده به چشم نمی‌خورد و استصحاب اقتضای بقاء حق شفعه را بر مقدار فروخته نشده دارد.

نتیجه

چنین به دست آمد که اگر شفیع قبل از اعمال شفعه سهم خود را به صورت بیع خیاری به دیگری انتقال دهد حق شفعه او باقی است؛ چرا که وجود خیار در عقد موجب می‌شود رابطه میان شفیع و سهم او هر چند ضعیف باقی باشد، اما در صورتی که شفیع سهم خود را به صورت بیع لازم انتقال داده باشد در صورتی که شفیع بدون اطلاع از فروش سهم شریک خود اقدام کرده باشد حق شفعه او ساقط نمی‌گردد، چرا که امکان دارد شفیع پیش از فروش به شریک اطلاع داده باشد که خواستار خرید سهم اوست؛ ولی شریک علی‌رغم آگاهی از رغبت شفیع، اقدام به فروش کرده است. حتی در فرض عدم مطالبه قبلی شفیع هم دلالت بر سقوط حق او و عدم تمایزش به اعمال حق شفعه نمی‌کند؛ زیرا روح کلی قواعد حاکم بر شفعه اقتضا دارد که شفیع با جهل به بیع سهم شریک هنوز از حمایت قانونگذار برخوردار باشد و عدم حمایت قانونگذار موجب سوءاستفاده سودجویان از خلأ حمایتی مربوطه می‌گردد، به نحوی که می‌توانند با صرف ادعای فروش مال توسط شفیع ولو با جهل، مال را از تصرف او خارج نمایند.

اما در حالتی که شریک با علم و اطلاع سهم خود را به دیگری انتقال دهد چنانچه تمام سهم خود را منتقل کرده باشد حق شفعه او ساقط می‌شود، چرا که علم و آگاهی او و فروش تمام سهم که قرائنی است بر اعراض و اسقاط حق مربوطه. اعراض از حق به نحو مسلم صورت گرفته و شخص خودش از روی اختیار انصراف خود را از برخورداری از حق مربوطه اعلام می‌دارد و به تعبیر دیگر از مصادیق اسقاط ضمنی به شمار می‌آید.

اما اگر بخشی از سهم خود را فروخته باشد حق شفعه او باقی است چرا که عدم فروش مقدار باقی‌مانده نشان از تصمیم شفیع بر اعمال حق شفعه دارد چه بسا شفیع اراده کند با نگهداشتن مقدار مربوطه امکان تملک سهم شریک را برای خود باقی بگذارد؛ به علاوه قبل از فروش جزئی از سهم، حق شفعه نسبت به سهم مزبور در ضمن کل سهم ایجاد شده بود و حال با فروش مقداری از کل دلیلی برای عدم بقای حق شفعه نسبت به مقدار باقی‌مانده وجود ندارد، خصوصاً که در روایت هیچ‌گونه صراحتی در سقوط حق شفعه نسبت به مقدار باقی‌مانده به چشم نمی‌خورد و استصحاب اقتضای بقاء حق شفعه را بر مقدار فروخته‌نشده دارد.

بنابراین شایسته است قانونگذار در این خصوص تبصره‌ای بر ماده ۸۲۲ قانون مدنی با این مضمون مقرر نماید: «چنانچه شفیع قبل از اعمال شفعه سهم خود را به صورت بیع خیاری به دیگری انتقال دهد حق شفعه او باقی است؛ اما اگر به صورت بیع لازم سهم خود را به دیگری انتقال دهد تنها در صورتی حق او باقی است که جاهل به فروش سهم شریک باشد یا بخشی از سهم خود را به دیگری انتقال دهد.»

فهرست منابع

- ابن براج، عبدالعزيز بن نحرير، المهدب، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۶ق.
- ابن حمزه طوسي، محمد بن علي، الوسيلة الى نبيل الفضيلة، قم، كتابخانه آية الله مرعشي نجفي، ۱۴۰۸ق.
- ابن سعيد حلي، يحيى بن احمد، الجامع للشرائع، قم، مؤسسة سيد الشهداء العلميه، ۱۴۰۵ق.
- ابن عابدين، محمدامين بن عمر، رد المختار على الدر المختار، بيروت، دارالفكر، ۱۴۲۱ق.
- ابن فهد حلي، احمد بن محمد، المهدب البارع في شرح المختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۷ق.
- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، الكافي في فقه الإمام احمد، بيروت، دارالكتب العلميه، ۱۴۱۴ق.
- هـمو، المعنى و الشرح الكبير، بيروت، دارالكتاب العربي، بي تا.
- ابن مفلح، ابراهيم بن محمد، المبدع في شرح المقنع، رياض، دار عالم الكتب، ۱۴۲۳ق.
- ابن نجيم مصرى، زين الدين بن ابراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، بيروت، دارالكتاب الإسلامى، بي تا.
- ابوالفضل موصلى، عبدالله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، بيروت، دارالكتب العلميه، ۱۴۲۶ق.
- اصفهاني، سيد ابوالحسن، وسيلة النجاة (مع تعليقات الإمام الخميني رحمته الله)، قم، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خميني رحمته الله، ۱۴۲۲ق.
- امامي، سيد حسن، حقوق مدني، تهران، كتاب فروشى اسلاميه، بي تا.
- انصاري، مرتضى بن محمدامين، كتاب المكاسب، قم، كنگره جهاني بزرگداشت شيخ اعظم انصاري، ۱۴۲۹ق.
- بجيرمي، سليمان بن محمد، التجريد لنفع العبيد، بي جا، مطبعه الحلبي، ۱۳۶۹ق.
- بحراني آل عصفور، حسين بن محمد، الأنوار اللوامع في شرح مفاتيح الشرائع، قم، مجمع البحوث العلميه، بي تا.
- بحراني، يوسف بن احمد، الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة، قم، دفتر انتشارات اسلامي، ۱۴۰۵ق.
- بهوتي، منصور بن يونس، دقائق اولي النهي لشرح المنتهى، بيروت، عالم الكتب، ۱۴۱۴ق.
- پوركريمي دارنجاني، مسلم، زوال شفعه در فقه اماميه و حقوق ايران، شيراز، دانشگاه شيراز، ۱۳۹۷ش.
- تبريزي، جواد، منهاج الصالحين، قم، مجمع الإمام المهدي، ۱۴۲۶ق.
- تسولي، علي بن عبدالسلام، البهجه في شرح التحفه، بيروت، دارالكتب العلميه، ۱۴۱۸ق.

- حر عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الى تحصیل مسائل الشریعة، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۰۹ق.
- حسینی روحانی، سید محمدصادق، منهاج الصالحین، قم، دفتر آیه الله روحانی، بی تا.
- حسینی سیستانی، سید علی، منهاج الصالحین، قم، دفتر حضرت آیه الله سیستانی، ۱۴۱۷ق.
- حکیم، سید محسن، منهاج الصالحین (المحشى للحکیم)، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ق.
- حلی، حسن بن یوسف، تذکرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام لإحياء التراث، ۱۴۱۴ق.
- همو، مختلف الشیعة فی احکام الشریعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۳ق.
- همو، ارشاد الأذهان الى احکام الإیمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، قم، دارالعلم، بی تا.
- خن، مصطفی؛ بغا، مصطفی؛ شریجی، علی، الفقه المنهجی علی مذهب الإمام الشافعی، دمشق، دارالقلم، ۱۴۱۳ق.
- خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، قم، مدینه العلم، ۱۴۱۰ق.
- رومی بابر تی، محمد بن محمد، العناية شرح الهدایه، بیروت، دارالفکر، بی تا.
- زبیدی حنفی، ابوبکر بن علی، الجواهر النيرة، مطبعة خیریه، ۳۲۲ق.
- سبزواری، سید عبدالاعلی، مهذب الأحکام، قم، مؤسسه المنار، ۱۴۱۳ق.
- سرخسی، محمد بن احمد، المبسوط، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۱ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، الدروس الشرعیة فی فقه الإمامیة، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، مسالك الألفهام الى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة، ۱۴۱۴ق.
- شیرازی، ابراهیم بن علی، المهذب فی فقه الامام الشافعی، بیروت، دارالکتب العلمیة، بی تا.
- صفایی، حسین؛ شعبانی کندی، هادی، حقوق مدنی (وصیت، ارث، شفعه)، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۷ش.
- طاهری، حبیب الله، حقوق مدنی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ق.
- طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامیة، تهران، المكتبة المرتضویة، ۱۳۸۷ق.
- عباسپور، تقی، زوال حق شفعه از منظر فقه امامیه و قانون مدنی، دانشگاه آزاد اسلامی، ۱۳۹۷ش.
- عمرانی، یحیی بن ابی الخیر، البیان فی مذهب الإمام الشافعی، جده، دارالمنهاج، ۱۴۲۱ق.
- غیتابی، محمود بن احمد، البنایة شرح الهدایة، بیروت، دارالکتب العلمیة، ۱۴۲۰ق.

- فياض، محمداسحاق، منهاج الصالحين، قم، دفتر شيخ محمداسحاق فياض، بي تا.
- قاسم زاده، مرتضى، حقوق مدنى (حق شفعه، وصيت و ارث)، تهران، دادگستر، ۱۳۹۱ ش.
- قدرى باشا، محمد، مرشد الحيران إلى معرفه أحوال الإنسان، بولاق، المطبعه الكبرى الأميريه، ۱۳۰۸ ق.
- كاسانى، ابوبكر بن مسعود، بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، بيروت، دارالكتب العلميه، ۱۴۰۶ ق.
- محقق حلى، جعفر بن حسن، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال والحرام، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۸ ق.
- محقق داماد، سيد مصطفی، ایتاع، اخذ به شفعه، تهران، مركز نشر علوم اسلامى، ۱۴۲۶ ق.
- مرداوى، على بن سليمان، الإنصاف فى معرفه الراجح من الخلاف، بيروت، دارإحياء التراث العربى، ۱۴۱۹ ق.
- مقدس اردبيلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فى شرح ارشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامى، ۱۴۰۳ ق.
- نجفى، محمدحسن، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، بيروت، دارإحياء التراث العربى، ۱۴۰۴ ق.
- وحيد خراسانى، حسين، منهاج الصالحين، قم، مدرسه امام باقر عليه السلام، ۱۴۲۸ ق.