

بررسی فقهی - حقوقی جریان حق شفعه در عقود احسانی (مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و افغانستان)

محمد اسحاقی،^۱ علیرضا رادنیک^۲
(تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۹/۱۷، تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۸/۲۰)

چکیده

حق شفعه یک استثناء در رویه‌های عادی بیع به حساب می‌آید که بر خلاف اصل تملیک و تملک است و لذا جریان آن در غیر از مواردی که از طرف شارع بیان شده، جایز نیست. با توجه به اینکه به‌زعم جمهور فقهای فریقین اگر انتقال مال به شخص ثالث از طرف یکی از دو شریک به غیر از طریق بیع، یعنی به‌صورت صلح یا هبه یا صدق باشد شریک دیگر استحقاق استفاده از شفعه پیدا نمی‌کند این پرسش مطرح می‌شود که اگر انتقال مال به‌صورت بیع ولی از نوع عقد احسانی باشد، آیا حق شفعه می‌تواند جاری شود یا خیر؟ با در نظر گرفتن شرایط ایجاد حق شفعه و هم‌چنین با نظر به مناط حق شفعه که ارتفاع ضرر و اضرار در حق شریک است در نگاه نخستین زمینه جاری شدن حق شفعه در عقد احسانی وجود دارد، اما با نگاه ژرف اجتهادی در ماهیت عقود احسانی و با امعان نظر به مناط مستثنیات حق شفعه، استحقاق حق شفعه برای شریک دیگر بعید به نظر می‌رسد؛ زیرا بایع قصدش از انجام عقد تنها نیکی رساندن به طرف مقابل است و شخصیت طرف معامله علت اصلی عقد بوده که در چنین حالتی ماهیت عقد احسانی شبیه هبه و از قبیل صلح است و لذا جریان حق شفعه در عقود احسانی غیرممکن می‌گردد. در

۱. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، تهران،

ایران / m.eshaghi.a@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران،

تهران، ایران (نویسنده مسئول) / radnikalireza@yahoo.com

قانون مدنی جمهوری اسلامی در تعریف حق شفعه مختصراً اشاره به شروط شفعه شده و اما مستثنیات شفعه به صراحت بیان نشده و در مقابل، قانون مدنی افغانستان در موضوع مستثنیات شفعه به بیع غیرمغابنه‌ای اشاره کرده و موارد صلح، صدقه، هبه و صداق نام برده شده است.

کلیدواژه‌ها: شفعه، عقد احسانی، فقه شیعی، فقه حنفی.

طرح مسئله

حق شفعه یک قاعده خاص است که بر عموم قاعده سلطنت وارد شده است. قاعده تسلیط بیانگر سلطنت تام مالک در اموال خویش است و در مقابل هر گونه دخل و تصرف در اموال دیگران از مصادیق غصب بوده و ممنوع است. از طرفی حق شفعه اراده مالک جهت تصرف در مال خویش را طرد می‌کند؛ گویا شارع با جعل حق شفعه، محدودیتی در تصرف مالک قایل شده و برای شخص دیگری اجازه تصرف صادر کرده است. بر این اساس نجفی در اول مبحث شفعه، در بیان علت تبویب «کتاب الشفعه، عقیب کتاب الغصب» توسط محقق حلی و دیگران می‌فرماید: «این نوع چیدمان بیانگر آن است که شفعه یک استثنائی بر عموم حرمت اخذ مال غیر به صورت قهری است.»

در اصل اثبات شفعه نزد علمای اهل سنت و امامیه اختلاف نظری وجود ندارد و اما در ادله اثبات، شروط و فروعات و مسائل آن نظرات متفاوتی به چشم می‌خورد. از جمله شروط مورد اختلاف نوع انتقال مالکیت است که در بعضی از نصوص در فقه شیعه و فقه حنفی تصریح به بیع بودن عقد معامله شده است. با توجه به اینکه عقد بیع از جمله عقود مغابنه‌ای بوده و عقودی مثل هبه و صلح از جمله عقود غیرمغابنه‌ای است و جریان شفعه در عقود مغابنه‌ای مسلم است، این سؤال مطرح می‌گردد که آیا حق شفعه در عقود غیرمغابنه‌ای (سوی هبه و صلح و صداق) که در روایات به نامشان تصریح نشده از جمله در عقد احسانی که ماهیت غیرمغابنه‌ای دارد هم‌چنان می‌تواند جاری شود یا خیر؟

پیشینه بحث

درباره پیشینه بحث می‌توان به پژوهشهای انجام‌یافته ذیل اشاره داشت:

۱- مقاله «بازخوانی و نقد ادله اختصاص حق شفعه به بیع» نوشته حمید مسجدسرایبی؛

- ۲- مقاله «تعمیم حق شفعه به سایر عقود معاوضی» نوشته سیاوش گودرزی؛
- ۳- مقاله «تأملی در راههای فرار از ایجاد حق شفعه» نوشته علی اکبر ایزدی فرد
- ۴- مقاله «بازخوانی فقهی، حقوقی حق شفعه موقوف علیهم» نوشته علی یعقوبی؛
- ۵- مقاله «اخذ به شفعه» نوشته سید مصطفی محقق داماد؛
- ۶- مقاله «امکان سنجی سقوط حق شفعه به واسطه فروش سهم‌الشرکه پیش از اعمال آن در فقه مقارن و حقوق ایران» نوشته مهدی میری؛
- ۷- پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد با عنوان «حق شفعه در مذاهب خمس و حقوق ایران، افغانستان، کویت» نوشته امیر نصراللهی شهری؛
- ۸- پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد با عنوان «تحلیل و نقد احکام اختصاصی حق شفعه در فقه اسلام و حقوق مدنی ایران» سید صدرالله صمدی؛
- ۹- رساله سطح چهار حوزه با عنوان «شفعه از منظر فقه اهل‌بیت علیهم‌السلام و حنفیه» نوشته سید نسیم زیدی.

در باب اهمیت و ضرورت موضوع می‌توان چنین بیان داشت که پژوهش‌های رایج در شروط حق شفعه اکثراً در زمینه فروعات اصلی، مسائل را مورد واکاوی قرار داده و مواردی از قبیل موضوع نوشتار حاضر کمتر مورد توجه پژوهشگران قرار گرفته است و بر این اساس در قانون مدنی جمهوری اسلامی و نیز دیگر قوانین مطروحه توجهی به این مسئله نگردیده است. از طرفی در بعضی از منازعات حقوقی مطروحه در دادگاه‌های عمومی کشور مواردی پیش آمده که شخص خیر و نیکوکار با قصد و نظر عام‌المنفعه اقدام به واگذاری سهم زمین یا باغ یا مجتمع آپارتمانی خود به مؤسسه خیریه یا مسجد محل و یا به شخص مستمند از طریق عقد بیع احسانی با نازلترین مبلغ نموده ولی شریک دیگر با استفاده از خلأ قانونی با اعمال حق شفعه مانع از تحقق نیت خیر می‌شود و قشر عظیمی از جامعه هدف مؤسسات فوق محروم از خدمات می‌گردد. در نوشتار پیش رو با امعان نظر در ماهیت عقد احسانی و تعامل آن با موضوع شفعه، دلایل فقهی حق شفعه در شرط اسباب مملکه و همچنین مستثنیات شفعه را بیان و جریان آن در عقود مغایه‌ای و مسامحه‌ای با توجه به مبانی فقه امامیه و فقه حنفی، تبیین می‌شود. علاوه بر این با تطبیق مواد قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران با قانون مدنی کشور افغانستان راه‌حلی برای رفع

ابهام در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران به منظور شفافیت در عقود احسانی، پیشنهاد شده تا در مواردی که املاک و مستغلاتی توسط افراد نیکاندیش به مؤسسات و افراد متولی مؤسسات خیریه در قالب عقد احسانی واگذار شده حصه واگذار شده بتواند در محل خودش مصرف گردد و از تعرض دیگر افراد به بهانه استفاده از حق شفعه محفوظ بماند.

ادله اثبات شرطیت بیع برای انتقال حق شفعه در فقه امامیه

در فقه امامیه شروطی برای ایجاد حق شفعه بیان شده است. حلی می‌فرماید: «إذا باع أحد الشریکین حصته، کان للآخر أخذہ بما یقع علیہ العقد بشروط ثمانیة... الثانی: انتقال الحصّة بالبیع؛ زمانی که یکی از دو شریک سهم خود را به شخص ثالث می‌فروشد شریک دیگر می‌تواند با رعایت هشت شرط آن سهم را اخذ کند از جمله شروط اینکه انتقال مالکیت باید به وسیله بیع باشد» (حلی، ۱۴۱۰ق، ج ۱، ص ۳۸۴) و نیز: «و إنّما تثبت لو انتقلت الحصّة بالبیع، فلو وهب الشقص بعوض أو جعله صداقاً أو عوضاً عن صلح أو غیر ذلک لم تثبت الشفعة: حق شفعه زمانی ثابت است که انتقال حصه به طریق بیع باشد، ولی اگر یکی از شریکین، حصه خود را از طریق صلح، صدقه، هبه یا صداق یا امانت اینها به شخص ثالثی منتقل کند حق شفعه ایجاد نمی‌شود» (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۴۳؛ بحرانی، ۱۳۶۳ش، ج ۲۰، ص ۲۹۸). به‌طور کلی در بیان فقها موارد ذیل به عنوان مستند حکم فوق بیان شده است:

۱. روایات

روایت اول: قول الصادق علیه السلام: «مُحَمَّدُ بْنُ يَعْقُوبَ عَنْ... عَنْ هَارُونَ بْنِ حَمْزَةَ الْغَنَوِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ علیه السلام قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنِ الشُّفْعَةِ فِي الدُّورِ أَوْ شَيْءٍ وَاجِبٍ لِلشَّرِيكِ وَ يُعْرَضُ عَلَى الْجَارِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنْ غَيْرِهِ فَقَالَ الشُّفْعَةُ فِي الْبُيُوعِ إِذَا كَانَ شَرِيكاً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِالْثَمَنِ: امام علیه السلام در جواب سؤال ابن حمزه غنوی فرمود شفعه در بیع است که اگر شریکی وجود داشته باشد او نسبت به پرداخت ثمن و اخذ حصه فروخته شده سزاوارتر است» (حر عاملی، ۱۴۱۶ق، ج ۵، ص ۳۹۵). در این روایت امام علیه السلام حق شفعه را مختص در عقد بیع می‌داند که به زعم بعض فقها اثبات شرطیت بیع از طریق مفهوم وصف است (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق، ج ۵، ص ۵۲۸) و برخی از فقها معتقدند قید بیع، اقواء از هر چیز دیگری است و لذا ظاهر روایت

دلیل بر مقید بودن حق شفعه به بیع است (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ج ۳۷، ص ۲۶۶). استدلال دیگر با استفاده از قاعده ادبی در ادات حصر در معرف به الف و لام است و لذا الف و لام در لفظ «البيع» ظهور در حصر حق شفعه در خصوص عقد بیع است. همان گونه که در روایت «الخيار فی الحيوان للمشتري» به سبب وجود ادات حصر در لفظ المشتري، خيار در معامله حیوان، مختص به مشتری است.

روایت دوم: مرسله یونس از امام صادق علیه السلام: «الشُّفْعَةُ وَاجِبَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ مِنْ حَيَّوَانٍ أَوْ أَرْضٍ أَوْ مَتَاعٍ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا غَيْرَهُمَا فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ فَإِنْ زَادَ عَلَى الْإِثْنَيْنِ فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدٍ مِنْهُمُ» امام علیه السلام می فرماید شفعه در هر چیزی جایز است، به شرط آنکه دو نفر در آن شریک باشند نه بیشتر از آن دو؛ و یکی از آن دو نفر سهمش را بفروشد که در چنین حالتی، شریک دوم نسبت به اخذ آن از دیگران سزاوارتر است» (حر عاملی، ۱۴۱۶ ق، ج ۲۵، ص ۴۰۲). در این روایت اختصاص شفعه مشروط به انحصار شراکت در دو نفر و انتقال آن به سبب بیع به طور صریح وارد شده است، لذا فقها با توجه به مفهوم شرط، انتقال حصه شریک را منحصرأ به سبب بیع می دانند.

روایت سوم: «و فی صحیح ابی بصیر عن ابی جعفر علیه السلام قال: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً عَلَى بَيْتٍ فِي دَارِ لَهُ وَ لَهُ فِي تِلْكَ الدَّارِ شُرَكَاءُ قَالَ: جَائِزٌ لَهُ وَ لَهَا وَ لَا شُفْعَةَ لِأَحَدٍ مِنَ الشُّرَكَاءِ عَلَيْهَا: راوی می گوید: از امام علیه السلام سؤال کردم که شخصی با زنی ازدواج کرده و اتاقی از یک خانه را که در آن شرکای دیگری نیز وجود دارد، مهریه همسرش قرار داده است. حضرت علیه السلام فرمودند: برای هر دو نفرشان (زوج و زوجه) جایز است و برای هیچ یک از شرکای دیگر حق شفعه‌ای علیه آن زن وجود ندارد» (همان، ج ۲۵، ص ۴۰۷). طریق استدلال در این روایت از طریق دلالت التزامی به شرطیت بیع در حق شفعه است؛ یعنی چون نکاح، بیع نبوده لذا در صدق آن برای شرکای دیگر شفعه جایز نیست، پس حق شفعه منتفی است.

۲. اجماع

یکی از ادله‌ای که در خصوص اختصاص حق شفعه به بیع وجود دارد اجماع طایفه است که برخی به صراحت به تحقق آن ادعا نموده‌اند و برخی دیگر نیز وجود چنین اجماعی را قریب می دانند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ ق، ج ۱۸، ص ۴۴۲).

۳. عدم تعدی از قدر متیقن

با توجه به اینکه شفعه، بر خلاف قاعده سلطنت است، لذا باید بر قدر متیقن از نصوص اکتفا شود؛ قدر متیقن هم در اینجا همان انتقال مالکیت سهم مشاع به شریک دیگر از طریق بیع است و سایر نواقل مالکیت به لحاظ محتمل بودن کفایت نمی‌کند؛ با این توضیح که از یک سو در بحث شفعه، دلیل عامی که اقتضای تعدی این حکم به سایر نواقل مالکیت (غیر از بیع) را داشته باشد، وجود ندارد و از سوی دیگر، با عنایت به اینکه در برخی روایات وارده در مورد شفعه، تصریح به بیع شده است، پس بیع، قدر متیقن آن محسوب می‌شود که در مانحن‌فیه، که برخلاف قاعده است باید به آن اکتفا شود (نائینی، ۱۴۰۵ق، ج ۶، ص ۳۱۵).

۴. جریان قاعده لاضرر

کثیری از فقها قاعده لاضرر را علت تشریح شفعه می‌دانند. حسینی عاملی در مفتاح الکرامه می‌گوید: «أنه قد أتفق الخاصة و العامة على الظاهر أن علة ثبوت الشفعة الضرر، و لم نجد الخلاف إلا من السيد في الانتصار فإنه جزم ببطان هذه العلة: اتفاق فقهای شیعه و اهل سنت بر این است که علت تشریح شفعه جلوگیری از ضرر بوده که در بین فقها به جز سید مرتضی در الانتصار مخالفی بر این نظر نیافتیم» (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۸، ص ۴۳۶). منشأ این نظر وجود روایتی است که عموم متأخرین در باب قاعده لاضرر آن را تفصیلاً بحث می‌کنند. روایت را مرحوم کلینی چنین بیان می‌کند: «عَنْ عُقْبَةَ بْنِ خَالِدٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام قَالَ: قَضَى رَسُولُ اللَّهِ صلى الله عليه وآله بِالشُّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَالَ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ وَ قَالَ إِذَا رُقَّتِ الْأَرْفُ وَ حَدَّتِ الْحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ: امام صادق عليه السلام فرمود: رسول خدا صلى الله عليه وآله برای شریکان در زمین و خانه، حکم به شفعه کرد و فرمود: ضرر و زیان‌زدن ممنوع است و چنانچه حدود و مرزها [در زمین و خانه] علامت‌گذاری و مشخص شود، دیگر شفعه منتفی خواهد شد» (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵، ص ۲۸۰).

۴-۱. قول مخالفان دلیل لاضرر

عده‌ای در مخالفت با قول فوق دلایلی برمی‌شمارند که ذیلاً اشاره می‌شود:

اول: عموماً وجهی که مورد استناد فقها در باب علت تشریع شفعه است پیوستگی لاضرر و لاضرار به قول پیامبر ﷺ و یا قول امام صادق ﷺ است. در مقابل، فقهای با قرآینی وجود عبارت «لاضرر و لاضرار» را عقیب قول پیامبر ﷺ بعضاً انکار و یا مورد تردید قرار داده و آن را از قبیل جمع راوی می‌دانند (شریعت اصفهانی، بی‌تا، ص ۱۹).

دوم: بین لاضرر و شفعه از نسب اربع، عموم و خصوص من وجه است، زیرا گاهی ضرر هست ولی شفعه نیست؛ آنجایی که تعداد شرکا بیش از دو نفر باشند و گاهی شفعه هست ولی ضرر نیست؛ در فرضی که شریک حق خود را به کسی واگذار کرده که آن فرد دارای چنان شخصیت و ایمان و تقوایی هست که به جز سود و لطف هیچ عملی از او سر نمی‌زند و هیچ‌گونه ضرر از ناحیه او متصور نیست (خویی، ۱۴۱۲ق، ج ۱، ص ۵۲۷).

سوم: قاعده لاضرر قدرت جعل و اثبات حق شفعه ندارد، بلکه حداکثر توان قاعده لاضرر ابطال معامله یا جعل حق فسخ است: «فلو كان ذلك موردا لقاعدة لا ضرر لزم الحكم بطلان البيع، و لو كان الضرر ناشئا من لزوم البيع لزم الحكم بثبوت الخيار، بأن يرد المبيع إلى البائع» (همان، ج ۱، ص ۵۲۹).

۴-۲. نقد دلایل مخالفان

پاسخ دلیل اول: روایت فوق از دو طریق نقل شده است یکی نقل از احمد بن حنبل از قول عباد بن صامت که عباد پشت سر هم (نوزده مرتبه) از واژه قضی استفاده می‌کند که الحاق آن به روایت توسط راوی محتمل است، ولی با ملاحظه طریق عقبه بن خالد تنها در اول روایت واژه قضی را مشاهده و در اثنای روایت با عبارت «قال لا ضرر و لا ضرار...» مواجهیم که تأیید بر نقل آن توسط پیامبر ﷺ است و لذا روایت عقبه با احمد بن حنبل یکسان نیست.

پاسخ دلیل دوم: در بحث علل الشرایع، علت با خود حکم (بما هو حکم) سنجیده می‌شود و مقارنات و لواحق آن نباید در سنجش علت نقش داشته باشد. به عبارت دیگر شارع با جعل حق شفعه چنین بیان می‌کند که اگر دو شریک باشند شرکا مطلق العنان نیستند تا ملک خود را به هر شخص که بخواهند واگذار کنند (شبیری زنجانی، ۱۳۹۸ش).

پاسخ دلیل سوم: اگر بر فرض اینکه استعداد لاضرر تنها ابطال معامله باشد در این صورت بایع که بنا به مصالحی ملک خود را می‌فروشد متضرر خواهد شد و لذا جمع

الحقین مناسبترین راه است و آن اثبات حق الشفعه است، بدین صورت که شریک با پرداخت ثمن و دریافت مبیع ضرر را از بایع دفع می‌کند و خریدار اولی هم از وجود حق شفعه آگاه است و با این فرض معامله را انجام می‌دهد. مضافاً اینکه اگر قاعده لاضرر علت حکم باشد در این صورت حتی در هبه هم (با همه ابعاد تصور ضرر) این ضرر موجود است و لذا حکم شفعه به هبه هم باید سرایت کند، هم‌چنان‌که بعضی از اهل سنت و از جمله ابن‌جنید هم به این قائل شدند تا جایی که نظر ابن‌جنید در تعمیم حق شفعه به هبه معوض و غیرمعوض بسیار وسیعتر از عامه و علت وسعت نظرش هم توجه به حکمت لاضرر و لاضرار است (همان‌جا).

۴-۳. نظر مختار

به نظر می‌رسد قاعده لاضرر از میان ادله مورد اشاره در اقوال موافقین به سبب وجود دلایل مثبت‌نقش برجسته‌ای در علت تشریح دارد، هم‌چنان‌که کثیری از اعظام فقها نیز علت تشریح شفعه را قاعده لاضرر می‌دانند. در این حالت حتی در صورت تنزل از علت می‌توان گفت حداقل حکمت تشریح است و اگر گفته شود که حکمت حکم باید امری غالبی باشد در حالی که ضرر حاصل از ترک شفعه و معتبر دانستن بیع شریک، امری غالبی نیست، در جواب می‌گوییم که هیچ لزومی ندارد حکمت حکم، امری غالبی باشد، بلکه اگر کنی‌الوقوع نیز باشد کافی است و حتی می‌توان گفت همین که نادرالوقوع نباشد کفایت می‌کند. چنان‌که موارد فراوانی در مورد حکمت بسیاری از مناهای وجود دارد که ارتکاب آنها موجب جنون یا برص و امثال آن معرفی شده در حالی که این لوازم، دائمی و غالبی نیست و لذا تصریح به مستثنیات حق شفعه در روایات و اقوال اعظام فقها موافق قاعده و امری انکارناپذیر است.

بررسی شرط انتقال حق شفعه به سبب بیع در فقه حنفیه

در فقه حنفی یکی از شروط شفعه انتقال حصه به سبب عقد معاوضی است: «تَجِبُ الشُّفْعَةُ بِعَقْدِ الْبَيْعِ أَيْ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ؛ شَفَعَهُ بِهِ وَسِيلَهُ بَيْعٌ ثَابِتٌ مِثْلُ مَا يَكُونُ بَعْدَ الْبَيْعِ، زَيْرًا عَقْدُ بَيْعٍ سَبَبٌ ثَبُوتِ شَفَعِهِ اسْت» (ابن‌نجیم مصری، بی‌تا، ج ۲۱، ص ۳۳۸). «وَأَمَّا شُرَاطُ الْوَجُوبِ فَمِنْهَا عَقْدُ الْمَعَاوِضَةِ؛ وَ مِنْ شُرَاطِهَا وَجُوبُ (شَفَعَهُ) عِبَارَتِ اسْتِ مِنْ عَقْدِ مَعَاوِضِي»

(سمرقندی، ۱۴۱۴ق، ج ۳، ص ۵۰) و گاهی در عبارت فقها به جای عقد بیع از بیع معاوضی یاد می‌شود: «و تجب اذا ملك العقار بعوض هو مال: حق شفعه در اموال غیرمنقول زمانی جاری است که انتقال ملکیت در مقابل عوض مالی باشد» (موصلی، ۱۴۰۰ق، ج ۲، ص ۵۳) و هم‌چنین ایشان معتقد است که عوض باید مال باشد که در غیر این صورت جاری نمی‌شود: «حتی لو ملکه او بعوض لیس بمال کالنکاح و الخلع و الاجاره و الصلح عن دم العمدلا تجب الشفعه و کذا لو ملکه لا بعوض کالهبه و الوصیه و الصدقه و الارث: عوض باید از نوع مالی باشد و لذا در نکاح و خلع و اجاره و مصالحه در خون‌بهای عوض قصاص، شفعه جاری نمی‌شود و هم‌چنین در عقود غیرعوضی از جمله در هبه و صدقه و وصیت و ارث جاری نمی‌شود» (همان‌جا) و کاسانی از عبارت عقد معاوضی استفاده کرده که آن را همان بیع یا آنچه در معنای بیع است می‌داند: «أَمَّا شَرَايِطُ وَجُوبِ الشُّفْعَةِ فَأَنْوَاعٌ مِنْهَا عَقْدُ الْمُعَاوَضَةِ وَهُوَ الْبَيْعُ أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَاهُ فَلَا تَجِبُ الشُّفْعَةُ فِيمَا لَيْسَ بِبَيْعٍ وَلَا بِمَعْنَى الْبَيْعِ حَتَّى لَا تَجِبَ بِالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ: و از جمله شرایط جریان شفعه این است که عقد معاوضی باشد که عبارت است از بیع یا آنچه در معنای بیع است و لذا در هبه و صدقه و ارث و وصیت جاری نمی‌شود» (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۱۰). الجابی در المجله که تبیین فقه حنفی است، در ماده ۱۰۲۱ می‌گوید: «الشفعه لاتثبت إلا بعقد البيع: شفعه در غیر عقد بیع ثابت نیست» و به دنبال آن در ماده ۱۰۲۲ آورده است: «الهبه بشرط العوض فی حکم البيع: هبه غیرمعاوض در حکم بیع است» که در این ماده شفعه را از بیع اصطلاحی، به هبه معاوضه نیز تعمیم داده است.

مستثنیات شفعه

بر اساس مباحث فوق نتیجه می‌گیریم یکی از شروط حق شفعه انتقال حصه به وسیله بیع معاوضی است و لذا در ایقاعات و عقود غیرمعاوض مثل وقف، هبه، مهر، وصیت، ارث و از جمله در صلح، شفعه نیست. علامه حلی می‌گوید: «و إنما تثبت لو انتقلت الحصّة بالبيع، فلو وهب الشقص بعوض أو جعله صداقا أو عوضا عن صلح أو غیر ذلك لم تثبت الشفعة: اگر حصه شریک به سبب هبه معاوض، یا قرار گرفتن به عنوان مهریه یا عوض در مقابل صلح و غیر این موارد باشد شفعه ثابت نیست» (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۴۳).

در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران، ماده ۸۰۸ به بیع بودن معامله اشاره دارد: «هرگاه 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 است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک نماید. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند» و نیز در ماده ۷۵۹ تصریح شده که: «حق شفعه در صلح نیست، هر چند در مقام بیع باشد» و نیز در ماده ۸۱۱ بیان می‌کند: «اگر حصه یکی از دو شریک وقف باشد، متولی یا موقوف علیهم حق شفعه ندارد.»

البته بعضی از حقوقدانان از جمله کاتوزیان درباره شرط فوق می‌گویند: «این شرط از نظر حقوقی توجیه‌ناپذیر است و به نظر می‌رسد که تنها پیروی از شهرت در فقه، نویسندگان قانون مدنی را وادار به احتیاط کرده است» و البته در تبیین شرط چنین توجیه می‌کند که: «در هر حال انتقال سهم شریک به هبه و صلح و معاوضه قراردادن مهر سبب ایجاد حق شفعه نمی‌شود و باید سهم مشاع، مبیع قرار گیرد نه ثمن. به بیان دیگر، شریک، فروشنده باشد نه خریدار، چرا که ماده ۸۰۸ تصریح دارد شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند.» در قانون مدنی افغانستان هم ماده ۲۲۲۶ تصریح دارد: «در موارد آتی شفیع نیست: ۱. در هبه بالعوض یا در صدقه یا ارث یا وصیت یا عقاری که بدل آن مال نباشد... ۴. در وقف و برای وقف...»

قید «غیر ذلک» در کلام حلی پس از بیان موارد، هبه، صلح بدون عوض و صدق بیانگر این است که موارد فوق به عنوان ذکر مورد بوده و عدم جریان شفعه اختصاص به این موارد نیست و بلکه اگر ایقاع یا عقدی در ماهیتش عموماً نفع مادی متصور نبوده و تنها به جهت مقاصد خیر و نیکی محقق شده است شفعه جاری نیست. از جمله این عقود، عقد احسانی است که در ادامه جهت تبیین این نظریه به مستندات ذیل تمسک می‌کنیم.

تبیین نظریه عدم جریان حق شفعه در عقد احسانی

الف) مستفاد از اقوال فقها (به استثناء ابن جنید) این است که حتی اگر بپذیریم که حق شفعه تنها به بیع اختصاص نداشته بلکه برای سایر اسباب مملکه نیز شامل می‌شود، غیرقابل تردید است که در این شمولیت عقود محاباتی و احسانی مورد نظر نیستند. شهید ثانی بعد از همراهی با نظر ابن جنید در موضوع جریان شفعه در مال موهوبه با نقد بخشی از قول او

می‌فرماید: «لو خصّها بعقود المعاوضات - كما يقول العامّه - كان أقعد، لأن أخذ الشفيع للموهوب بغير عوض بعيد، و به خارج عن مقتضى الأصل: اگر ابن جنید حق شفعه را همانند علمای اهل سنت تنها به عقود معاوضی تعمیم می‌داد، مناسبتر می‌بود؛ زیرا اخذ کردن شفیع، موهوب غیر معوض را از طریق حق شفعه، بعید بوده و خارج از مقتضای اصل است» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۲، ص ۲۷۴) و نیز فیض کاشانی در مقام تبیین قول ابن جنید، سعی در توجیه نظر ایشان داشته و می‌فرماید: «و هو قویّ إن خصّها بالمعاوضات المحضه، لأن أخذ الموهوب مثلاً بغير عوض بعيد و خارج عن الأصل و كذلك غیر الهبه: نظر ابن جنید قوی است به شرط اینکه حق شفعه را مختص عقود معاوضی بداند، زیرا جریان حق شفعه در هبه غیر معوض و هم چنین در عقود مجانی دیگر، بسیار بعید و خارج از مقتضای اصل است» (فیض کاشانی، ۱۳۹۵ش، ج ۲، ص ۴۱۶) و هم چنین از نگاه بعض پژوهشگران معاصر نیز تعمیم شفعه تنها به عقود معاوضی که ناقل ملکیت هستند منطقی و مطابق با مفاد شفعه و حکمت جعل آن است، بدان جهت که تعمیم حق شفعه به عقود اعم از معاوضی و مجانی، با حکمت جعل شفعه منافات دارد.

ب) در باب شفعه مقرر است که شخص شفیع، با پرداخت قیمتی که مشتری به شریک داده است، حصه مبیعه را تملک کند و بنابراین جریان حق شفعه، به پرداختن شفیع، مثل قیمتی را که مشتری به مالک پرداخته است مقید شده است که این مطلب، کاملاً ناظر به عقود معاوضی است؛ در نتیجه، عقود مجانی و تبرعی، تخصصاً از موضوع شفعه خارج هستند: «چگونه ممکن است شارع تعدیل حق هبه بدون عوض را از مالک حصه منع نموده و اجازه ندهد که شریک مال خویش را با هرگونه غرض عقلایی به فردی که مورد نظر اوست ببخشد و اگر چنین کند شریک دیگر حق داشته باشد که بدون پرداخت چیزی مال را استرداد نماید، این موضوع با اصل شفعه که برای جلوگیری از ضرر وضع گردیده بود منافات دارد زیرا که خود ضرری است بین به دیگری.»

ج) عقد احسانی با توجه به ماهیتش زیر مجموعه عقد محاباتی است. در تعریف عقد محاباتی بیان شده است: «أن بیاع شیئاً بأدون من ثمن المثل فیکون الزائد من ثمن المثل عطیة: بیع محاباتی عبارت است از معامله‌ای که بهای معامله کمتر از ثمن المثل بوده که در این صورت مازاد بر مبلغ معامله تا ثمن المثل به عنوان عطیه است.» پس بیع محاباتی یعنی

بیعی که توازن فقط در مقابل قسمتی از مبیع که به اندازه ثمن المثل است برقرار بوده و بخش دیگر مبیع مجانی است و همچنان که گفته شد در انتقال مالکیت به سبب هبه حق شفعه وجود ندارد و بنابراین اگر انتقال به سبب بیع محاباتی باشد طبق تعریف بیع محاباتی، ثمن معامله دو ذات خواهد داشت: ذات اول، ثمن معامله بوده که در مقابل بخشی از مبیع است و ذات دوم که زائد از ثمن معامله است عطیه خواهد بود و عطیه اعم از هبه، صدقه، وقف، حبس، سکنی، عمری و وصیت است که وجه مشترک این افعال نیت احسانی فاعل است. اگر این نیت قربه‌الی‌الله باشد عنوان صدقه داشته و اگر یک احسان انسانی باشد هبه نامیده می‌شود. در هر دو صورت آیا در یک عقد احسانی می‌توان در بخشی از مبیع که مقابل ثمن المثل قرار گرفته شفعه را جاری و در آن بخشی که مبیع در مقابل عطیه قرار گرفته به سبب عدم جواز شفعه در هبه، از اعمال شفعه صرف نظر کرد؟ جواب منفی است، زیرا ماهیت این عمل تبعیض در شفعه است و اخذ به شفعه قابل تجزیه نیست به صورتی که نسبت به بخشی از حصه مبیع اعمال و نسبت به بخش دیگری چشم‌پوشی شود. یا باید کل حصه را اخذ و یا از حق شفعه چشم‌پوشی کرد: «لیس للشفیع تبعیض حقه بل یاخذ الجميع او یدع: حق شفعه قابل تجزیه نبوده و شفیع یا باید همه را اخذ کرده و یا همه را وا گذارد» (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳، ص ۲۰۴). حتی در صورت رضایت طرف مشتری نیز قابل تجزیه نیست: «لا یبعد کونها من قبیل حق القصاص الذی لا یقبل التجزئة، فلا یصح و إن رضی مشتری: بعید نیست که در حق شفعه بگوییم حتی اگر مشتری به تجزیه رضایت دهد، شفیع نمی‌تواند به نحو تبعیض، حق خویش را اعمال کند» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۳۲۵) و در ماده ۸۱۵ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران مقرر گردیده است: «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.»

فقه‌های حنفیه همانند فقه‌های امامیه قائل به عدم امکان تجزیه در شفعه هستند. از جمله کاسانی که تجزیه شفعه را جایز نمی‌داند (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ج ۵، ص ۴۲۱) و در ماده ۱۰۴۱ المجله آمده است: «شفعه تجزیه‌بردار نیست و بنابراین شفیع حق ندارد مقداری از حصه را اخذ و بقیه را رها کند» و همچنین در قانون مدنی افغانستان ماده ۲۲۴۷ آمده است: «۱. شفعه تجزیه را نمی‌پذیرد، شفیع نمی‌تواند به اخذ قسمتی از عقار مشفوعه و ترک بعضی دیگر آن مشتری را مجبور سازد.» حال با توجه به عدم تجزیه حق شفعه از

طرفی و از طرف دیگر عدم تجزیه مبیع به بخشی از مبیع که در مقابل هبه بوده و بخشی که در مقابل ثمن‌المثل قرار گرفته، عدم جریان شفعه به کل مبیع سرایت کرده و لاجرم در عقد احسانی حق شفعه نمی‌تواند جاری شود.

د) بیع محاباتی در ماهیتش شبیه هبه بوده و در مسائلی شرایط هبه را دارد، از جمله موارد شباهت که در بیان فقها به آن تصریح شده عبارت است از:

۱- فقها در بحث قرض ربوی به فرعی اشاره دارند بدین شرح: «حرمة القرض بشرط البیع محاباة أو الإجارة أو غيرها من العقود فضلا عن الهبة و نحوها: اگر شخصی که قرض می‌دهد در ضمن قرض شرط کند که قرض‌گیرنده کالا یا منفعت یا خدماتی را به صورت محابات با او معامله کند چنین قرضی در حکم قرض ربوی است، حال اگر به جای معامله محاباتی شرط هبه کند این یقیناً حرام است» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۵، ص ۶۱). شرط آن عقود محاباتی عنی خیلی چانه زدن، یک مقدار ارزان دادن، آن هم حکم شرط الهبه را دارد و پس بیع محاباتی، در شرایط شبیه هبه است.

۲- معامله محاباتی با قاضی؛ منظور اینکه پرداخت هدیه برای شخص قاضی برای جلب نظر او حرام است. معامله محاباتی با قاضی به منظور جلب نظر او هم در حکم هدیه است: «و إن قصد أصل المعاملة و حابی فیها لجلب قلب القاضی، فهو كالهدیة ملحقه بالرشوة: اگر شخصی به جای هبه با شخص قاضی یک معامله محاباتی انجام دهد این نوع معامله در حکم هبه بوده و ملحق به رشوه است» (انصاری، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص ۳۹۱) پس بیع محاباتی در ماهیت شبیه هبه می‌باشد.

بنا بر مطالب و مباحث فوق، شفعه در معاملات و تعهدات و قراردادهایی که روح غالب در آنها نفع و انتفاع مادی بوده و طرفین در به دست آوردن آن با هم چانه‌زنی (مغابنه) می‌کنند تا نصیبشان از سود دچار نقصان نشود (این نوع معاملات اصطلاحاً عقود معاوضه‌ای یا مغابنه‌ای نامیده می‌شوند) جاری می‌شود. در عقودی که غیرمعاوضه‌ای و محاباتی بوده و غرض اصلی در تأسیس آن بهره رساندن به طرف مقابل بوده و شخصیت طرف مقابل رکن اصلی ایجاد معامله و تعهد است شفعه جاری نمی‌شود. «نقش اصلی قراردادهای در زندگی اجتماعی این است که برای توزیع و مبادله ثروت راهی طبیعی و عادلانه به وجود آورد؛ راهی که ابتکارهای شخصی را تقویت کند و در رعایت آن اجبار خارجی احساس نشود.

در دنیای کنونی اگر کسی مالی به دیگری می‌دهد یا تعهدی را به گردن می‌گیرد بیشتر برای این است که چیزی معادل یا بیشتر از آنچه داده است به دست آورد. بر مبنای همین قاعده قراردادها به‌طور معمول دارای تعهد یا تملیک متقابل است یعنی هر یک از طرفین در برابر مالی که می‌دهد یا دینی که بر عهده می‌گیرد مال یا تعهد دیگری به دست می‌آورد. این گروه از قراردادها را که بر حسب طبیعت خود وسیله معاوضه و معامله است عقود معوض می‌نامند. با وجود این نباید چنین پنداشت که در همه قراردادها هدف نهایی سودجویی و دادوستد است. در کنار ملاحظات اقتصادی، اخلاق نیز سهم شایسته‌ای در گسترش نقش قرارداد در روابط مردم دارد، گاه شخص به قصد احسان با دیگری پیمان می‌بندد و اقدام او جنبه عبادی و خیرخواهی دارد و از شائبه خودخواهی مبرا است؛ مال خود را به دیگران می‌دهد یا دینی را بر عهده می‌گیرد بدون اینکه در برابر آن تعهدی تحصیل کند. این گروه از قراردادها را مجانی می‌گویند» (کاتوزیان، ۱۳۹۸ ش، ج ۱، ص ۱۱۳). از جمله این نوع قراردادهای محاباتی و غیرمغایبه‌ای عقد احسانی است. معامله ای که عوض همپایه‌ای که عرفاً قابل توجه باشد در مقابل نداشته ولی شخص محسن به منظور رعایت شأن و شخصیت طرف مقابل عوض نامتوازی از حیث ثمن‌المثل در مقابل میباید و یا میباید نامتوازن در قبال ثمن‌المسمی قرار می‌دهد. هم‌چنین است معامله‌ای که به قصد احسان دارای تخفیف قابل ملاحظه عرفی است به قسمی که این معامله را داخل در بیع محاباتی می‌کند. این قسم از معاملات، مصادیقی از عبارت غیر ذلک حلی است که شفعه در آن جاری نمی‌شود.

نتیجه

۱. حق شفعه یک حکم خاص بر عمومات حق سلطنت مالک بر اموال خویش است و عموماً فقها آن را در تتمه کتاب الغصب به‌عنوان استثنایی بر عمومات حرمت تصرف عدوانی بر اموال دیگران بحث می‌کنند و گاهی به‌عنوان کتابی مستقل در ضمن مباحث ایقاعات طرح می‌کنند.
۲. به‌سبب خلاف اصل بودن حق شفعه، احکام و شرایطش در دایره قدر متیقن نصوص باید قرار گیرد.

۳. به‌زعم جمهور فقهای امامیه و حنفیه از جمله شرایط حق شفعه این است که انتقال مالکیت باید به‌سبب عقد بیع باشد. در قوانین مدنی جمهوری اسلامی ایران و قانون مدنی کشور افغانستان که برگرفته از فقه حنفی است این شرط در مواد قانونی لحاظ شده است.

۴. با تنقیح مناط شرط مورد اشاره نتیجه می‌گیریم که نظر شارع ایجاد حق شفعه در معاملات معوض بوده به قسمی که عوضین باید هم‌سنگ و متوازن باشند و لذا تنها عمل حقوقی که ظرفیت توازن را می‌تواند دارا باشد عقد بیع است زیرا در ماهیت آن مغایه وجود دارد.

۵. شرایط و احکام عقود مسامحه‌ای در نظر شارع با عقود مغایه‌ای متفاوت است. شارع مقدس برای جلوگیری از غرر در معاملات مسلمین در عقود مغایه برخلاف عقود مسامحه شرایط سخت‌گیرانه‌ای دارد و اما با توجه به اینکه زمینه غرر در عقود محاباتی متصور نیست لذا شارع در شرایط آن آسان‌گیری کرده است.

۶. عقد احسانی ماهیتش عقد محاباتی بوده و در نتیجه حق شفعه در آن جاری نمی‌شود.

پیشنهادها

غرض شارع تقویت روحیه همکاری و تعاون در نظام اجتماعی مسلمین است و بدین منظور جهت ترویج این امر مهم، زمینه و شرایط آن را مهیا کرده است. از جمله در عقد احسانی چون نیت شخص محسن، احسان و نیکی در حق دیگران است و در چنین عقدی شخصیت طرف معامله علت اصلی بیع است، لذا در این نوع عقود جهت به سرانجام رسیدن نیت فاعل که رساندن کمک به شخص متعامل و همیاری با اوست حق شفعه جعل نشده است. بنابراین احساس می‌شود جایگاه عبارت «عقد احسانی» و «هبه» در کنار عقد صلح در مواد قانونی مربوط به حق شفعه در قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران بر خلاف قانون مدنی افغانستان خالی است که به‌هنگام بازنگری و اصلاح قوانین مدنی نیاز به توجه ویژه قانونگذار دارد.

فهرست منابع

- ابن نجیم مصری، زین الدین بن ابراهیم (بی تا). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. بیروت: دارالکتاب الإسلامی.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۰ق). کتاب المكاسب. قم: مؤسسه دارالکتاب.
- بحرانی، یوسف بن احمد (۱۳۶۳ش). الحدائق الناضرة فی احکام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- ترحینی عاملی، سید محمد حسن (۱۴۲۷ق). الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية. قم: دارالفقه.
- حر عاملی، محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
- حسینی عاملی، سید محمد جواد (۱۴۱۹ق). مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۰ق). ارشاد الأذهان الی احکام الإیمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- همو (۱۴۱۳ق). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲ق). مصباح الأصول. قم: کتابفروشی داورى.
- سمرقندی، محمد بن احمد (۱۴۱۴ق). تحفة الفقهاء. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- شبیری زنجانی، سید موسی (۱۳۹۸ش). درس خارج اصول. آرشیو مدرسه فقاها قم.
- شریعت اصفهانی، فتح الله بن محمد جواد (بی تا). قاعده لاضرر. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالك الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی (۱۳۹۵ش). مفاتیح الشرائع. تهران: مدرسه عالی شهید مطهری.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۸ش). قواعد عمومی قراردادها. تهران: گنج دانش.
- کاسانی، ابوبکر بن مسعود (۱۴۰۶ق). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. بیروت: دارالکتب العلمیة.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷ق). الکافی. تهران: دارالکتب الإسلامیة.
- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- موصلی، عبدالله بن محمود (۱۴۰۰ق). الاختیار لتعلیل المختار. بیروت: دارالمعرفة.

- نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق). منیه الطالب فی حاشیة المكاسب. تهران: مكتبة المحمدية.
- نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.