

مطالعه تطبیقی حق شفعه در قانون مدنی افغانستان و ایران

محمد علی حیدری*

چکیده

یکی از نهادهای حقوقی در قانون مدنی افغانستان و ایران حق شفعه است، مبنای شفعه از نظر فقهای اسلام و به خصوص فقهای امامیه حدیث «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» بوده و حقوق دانان ایران و افغانستان به پیروی از فقها، این مبنا را پذیرفته و آن را مبنای قانون خودشان دانسته‌اند. شفعه از نظر قانون مدنی افغانستان و ایران یک حق عینی است، هرچند برخی از حقوق دانان ایران آن را نه حق، بلکه سبب و وسیله کسب حق دانسته و برخی دیگر از حقوق دانان دیگر آن را در حکم حق عینی می‌دانند. ماهیت حق شفعه، خرید مجدد شفیع از مشتری است به این معنی که معامله با بیع و مشتری در مال مشاع صحیح و لازم بوده و شفیع بعد از این معامله، فقط اولویت دارد که از حق شفعه خود استفاده نموده و مال فروخته شده را به ملکیت خود درآورد. حقوق دانان بعد از فروش مال مشاع، قائل به ملکیت مشتری هستند اما چون قانون این معامله را به ضرر شفیع می‌داند، به او حق داده است که مال تملیک شده را از ید مشتری خارج و در قبال پرداخت ثمن، خود، تملک نماید. شرایط حق شفعه عبارتند از اشاعه در مال، غیر منقول بودن مال، قابل تقسیم بودن مال ملک، وقوع انتقال سهم شریک به وسیله عقد بیع، محدود بودن شرکاء به دو شریک.

کلید واژگان: حق شفعه، شفیع، مشتری، مال مشاع، بیع، مالکیت.

مقدمه

در قانون مدنی افغانستان و ایران و هم‌چنین در کتاب‌های فقهی امامیه و اهل سنت یکی از مباحث مهم حق شفعه است. چنانچه دو نفر شریک در مال غیر منقول سهم مشترک داشته باشند و یکی از آن دو سهم خود را به قصد بیع به شخص ثالث بفروشد، شریک دیگر اولویت دارد که مال فروخته شده را در قبال پرداخت وجه و ثمن به مشتری از آن خود نماید. از نظر ماهوی حق شفعه فسخ معامله نیست بلکه باز خرید مجدد است و قانون بر اساس مبانی فقهی برای جلوگیری از ضرر این حق را به شریک مال غیر منقول داده است. با توجه به این که در جامعه ما، مال مشترک به وفور یافت می‌شود و قانون هم‌چنین معامله‌ای را جایز دانسته است ضرورت دارد این موضوع به طور گسترده مورد بحث و تحلیل قرار گیرد، چه این که پرداختن به چنین بحث و تطبیق آن با قانون آن هم به صورت مقایسه‌ای بین قانون افغانستان و ایران، می‌تواند مانع بسیاری از ضررها شود. قانون افغانستان و ایران به پیروی از فقه‌های اسلامی، برای کسی که به صورت مشاع شریک است حق ترجیحی قایل شده است، بدین معنای که اگر بناست خریداری پیدا شود تا مال مشاع را مالک شود شریک سابق سزاوارتر است. این نظریه از وجاهت منطقی برخوردار است زیرا شریک سابق، خود باید تصمیم بگیرد که شریک جدید چه کسی باید باشد در غیر این صورت خسارت جبران ناپذیر برای او ممکن است از سوی خریدار ناشناخته جدید وارد شود. بر این اساس فقه‌های اسلامی و هم‌چنین قانون افغانستان و ایران برای شفیع حق ویژه قایل شده و در صورت تمایل می‌تواند مال فروخته شده را در قبال پرداخت ثمن از آن خود نماید.

تعریف حق شفعه

ماده ۸۰۸ ق. م ایران می‌گوید: هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آن 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 کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند. برخی این تعریف را برای حق شفعه ناقص دانسته و گفته است ماده فوق بیش از آن که به تعریف حق شفعه بپردازد به عناصر و شرایط حق شفعه پرداخته است. از این رو حق شفعه را چنین تعریف نموده است: شفعه حق تملک قهری است که به یکی از دو شریک سابق ملک داده می‌شود تا بتواند حصه شریک سابق را

در برابر قیمتی که خریدار آن پرداخته تملک نماید. (یزدانی، ۱۳۸۶، ۱: ۲) این تعریف نزدیک به تعریفی است که قانون مدنی افغانستان از شفعه نموده است. ماده ۲۲۱۳ ق.م. افغانستان در تعریف حق شفعه می‌گوید: شفیع عبارت از حق تملک تمام یا بعضی از عقار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصاریفی که صورت گرفته ولو به صورت اجبار باشد. ماده ۲۲۱۴ ق. م. افغانستان می‌گوید: سبب شفیع اتصال ملک شفیع است با عقار فروخته شده اعم از اینکه اتصال از رهگذر شرکت باشد یا جواز. هر چند ماده دوم تاحدودی ماده اول را کامل نموده است اما باز هم این تعریف رنجور و فاقد جامعیت و مانعیت است. زیرا این تعریف معلوم نکرده که آیا حق شفعه اختصاص به دو نفر دارد یا افراد بیشتری را شامل می‌شود. ثانیاً نقص دیگری که ماده ۲۲۱۳ ق.م افغانستان دارد این است که معلوم نکرده است شفعه، حق چه کسی است و فقط در ماده بعدی حق شفعه را برای شفیع دانسته است که جا داشت در ماده اول این حق مشخص می‌شد. ثالثاً ماده ۲۲۱۴ ق.م افغانستان، اتصال ملک را سبب حق شفعه دانسته است که این مطلب نیز خالی از اشکال نیست؛ زیرا که اتصال ملک شفیع، سبب شفعه نیست بلکه اتصال یکی از شرایط شفعه به حساب می‌آید نه سبب، سبب شفعه در واقع مطابق حدیث پیامبر گرامی اسلام ﷺ و تحلیل فقهی جلوگیری از ضرر شفیع است که در مباحث آتی مفصلاً بحث می‌گردد، از این رو این تعریف هر چند به تعریف دکتر کاتوزیان نزدیک شده اما هم چنان ناقص است. از این رو تعریف دقیق‌تر برای حق شفعه، همان تعریف استاد کاتوزیان از حق شفعه است که گفته است: شفعه حق تملک قهری است که به یکی از دو شریک سابق ملک داده می‌شود تا بتوانند حصه شریک سابق را در برابر قیمتی که خریدار آن پرداخته تملک نماید. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۲۱۴) دلیل این امر این است که دکتر کاتوزیان در تعریف خود تصریح و مشخص نموده که حق شفعه زمانی بوجود می‌آید که شریک حصه دو نفر باشند و اگر بیش از دو نفر شریک باشند دیگر حق شفعه به وجود نمی‌آید. ثانیاً دکتر کاتوزیان در تعریف خود، شفعه را معین نموده است که شفعه حق چه کسی است.

ماهیت حق شفعه

مطابق نظریه فقها، شفیع نمی‌تواند بعد از معامله با بیع و مشتری عقد را بهم زده و مال مشاع را به ملکیت با بیع برگرداند، زیرا اصل در عقود، لزوم است. بنابر این معامله با بیع و مشتری

انجام شده و عقد نه تنها صحیح، بلکه لازم می‌گردد. منتها فقها بر اساس روایات به شفیع اجازه داده که مال فروخته شده را از مشتری اخذ نموده و در ملکیت خود درآورد. (نجفی، ۱۳۷۴، ۳۷: ۳۵۶) براین اساس شفیع بعد از اخذ و تملک مال، باید ثمن مبیع را به مشتری بدهد، مؤلف جواهرالکلام می‌گوید من در این موضوع مخالفی ندیدم و حتی غنیه و سرایر در این مطلب ادعای اجماع نموده است. (همان: ۳۵۵) در اخذ به شفعه، شفیع مبیع را داخل در ملکیت خویش می‌کند وانگهی شفیع حق فسخ بیع واقع بین خریدار و بایع را ندارد زیرا اصل بر لزوم عقد بیع بوده و حق وی منحصرأً اخذ مبیع از دست مشتری است. (یزدانی، ۱۳۸۶، ۱: ۳۶۱)

براین اساس ماهیت شفعه این نیست که شفیع مال فروخته شده را فسخ و لو با اقاله آن را به بایع برگردانده و از این طریق، مبیع را تصاحب نماید بلکه طبق نظر فقها و بر مبنای اصالت لزوم عقد، تنها می‌تواند مال فروخته شده را از مشتری مسترد و ثمن مبیع را به او برگرداند. قانون مدنی افغانستان نیز همسو با قانون مدنی ایران و دیدگاه فقهای امامیه بوده و حق شفعه را یک تملک جدید و خرید جدید برای شفیع دانسته است. ماده ۲۲۳۷ ق.م. افغانستان مقرر می‌دارد: تملک عقار اعم از این که قضائی باشد و یا رضائی؛ در حق شفیع، خرید جدید شمرده می‌شود. باتوجه به این ماده تملک شفیع در نتیجه فسخ معامله بایع و مشتری نیست بلکه معامله اولی صحیح و لازم بوده و شفیع این حق را دارد که حصه فروخته شده را در ملکیت خود قرا دهد.

اصولاً بایع نمی‌تواند پس از آن که شفیع اخذ به شفعه نمود آن را با او اقاله کند؛ زیرا اقاله بین متعاملین واقع می‌شود و شفیع طرف معامله بایع نبوده است تا با او بتواند اقاله نماید بلکه طرف معامله بایع، مشتری است. (امامی، ۱۳۸۷: ۴۳) نویسنده مزبور این معنی را از ماده ۲۸۳ ق.م. استنباط نموده است زیرا ماده مذکور می‌گوید: بعد از معامله، طرفین می‌توانند به تراضی آن را اقاله و تفاسخ کنند. این برداشت درست است زیرا همان طور که اشاره شد طرف معامله بایع، مشتری است نه شفیع، از این رو اقاله با شفیع بی معنا است. از نظر تحلیل حقوقی اخذ به شفعه ایقاع است. اخذ به شفعه به وسیله اراده شفیع به تملک مبیع به عمل آید، یعنی شفیع اراده می‌نماید که مبیع را در مقابل ثمن المثل به ملکیت خود درآورده و به پیدایش اراده شفیع، ملکیت برای او محقق می‌گردد. (همان: ۳۴) برخی از حقوق دانان شفعه را حق عینی ندانسته بلکه آن را در حکم حق عینی می‌دانند. (همان: ۳۸)

بعضی دیگر از حقوق دانان شفعه را اصلاً حق ندانسته بلکه آن را بیشتر سبب و وسیله کسب حق دانسته است. (یزدانی، ۱۳۸۶، ۱: ۳۵۳) اما اساتید حقوق مدنی آن را «حق عینی» دانسته‌اند. (همان: ۳۵۳) به نظر می‌رسد که شفعه باید حق باشد کما اینکه اجلای از حقوق دانان آن را حق دانسته‌اند. مستند این سخن می‌تواند حدیث امام صادق (علیه السلام) باشد که راجع به شفعه فرموده است: إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا غَيْرِهِمَا فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ.

(کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۱) حضرت در این حدیث شریف کلمه احق را به کار برده که از ریشه حق است. از این رو به نظر می‌رسد که شفعه یک حق عینی است.

ماده ۸۰۸ شرایط اعمال شفعه را بیان نموده است و آن عبارتند از: ۱- اشاعه در مال ۲- غیر منقول بودن مال ۳- قابل تقسیم بودن مال ملک ۴- وقوع انتقال سهم شریک بوسیله عقد بیع ۵- محدود بودن شرکاء به دو شریک. این ماده به توضیح بیشتری نیاز دارد که در ذیل به آن پرداخته می‌شود.

شرایط شفعه

۱. غیر منقول بودن مال

طبق ماده ۸۰۸ ق.م.ایران، حق اخذ به شفعه را در موردی برای شریک ثابت می‌داند که مال غیر منقول باشد. منظور از کلمه غیر منقول، غیر منقول ذاتی از قبیل زمین است، اما غیر منقولی که به وسیله عمل انسان غیر منقول می‌شود مانند ابنیه، آسیاب و پرده نقاشی چنانچه به تبع عرصه فروخته شود، به تبع عرصه می‌تواند مورد حق شفعه قرارگیرد و چنانچه مستقلاً فروش رود طبق ماده ۸۰۹ ق.م.ایران شریک حق شفعه نخواهد داشت. (امامی، همان: ۱۱) از ماده ۲۲۱۳ ق.م.افغانستان نیز این مطلب استفاده می‌شود که شفعه منحصرراً مربوط به اموال غیر منقول است. ماده فوق می‌گوید: شفیع عبارت از حق تملک تمام یا بعضی از عقار فروخته شده است بر مشتری به مقابل ثمن و مصارفی که صورت گرفته ولو به صورت اجبار باشد. ماده مذکور به جای واژه غیر منقول عقار را به کار برده است که همان مال غیر منقول می‌باشد. ماده ۲۲۲۶ ق.م.افغانستان، تصریح بر غیر منقول بودن حق شفعه دارد، چنانچه این ماده می‌گوید: در موارد آتی شفیع نیست:

۱- در هبه بلاعوض یا در صدقه یا ارث یا وصیت یا عقراری که بدله آن مال نباشد

۲- در منقولات منصوب در زمین و اشجار، بدون زمینی که در آن استفاده فروخته شود. و اگر منقولات منصوبه و اشجار به تبعیت زمین فروخته شود در آن شفع ثابت است و... بخش دو این ماده تصریح نموده که اموال منقول مثل اشجار شفعه ندارد. اما همین اموال منقول به تبع زمین که در آن استقرار یافته است شفعه دارد. این ماده دقیقاً هم سو با ماده ۸۰۹ ق.م ایران است.

ماده ۸۰۹ ق.م ایران می گوید: هرگاه بنا و درخت بدون زمین فروخته شود حق شفعه نخواهد بود. بنابر این اموال غیر منقول غیر ذاتی مثل درخت و یا ابنیه، بدون زمینی که این اموال در آن قرار گرفته فروخته شود حق شفعه ندارد؛ چه این که این اموال هر چند غیر منقول اند اما ذاتی نیستند و فقط به تبع زمین حق شفعه پیدا می کند. بنابر این مال غیر منقولی که به وسیله عمل انسان، غیر منقول می شود مثل درخت و ساختمان هر وقت همراه زمین آن فروخته شود حق شفعه ثابت می گردد و اگر به تنهایی و بدون زمین فروخته شود حق شفعه ثابت نمی گردد. (حسینی، ۱۳۸۸، ۲: ۳۰۱) این قول نظر مشهور فقهای امامیه است و اینان مکرراً در تألیفات خود دعوی اجماع بر این امر نموده اند. عده دیگری از فقهای امامیه مانند اسکافی، شیخ طوسی در نهایت و استبصار و شیخ مفید در مقنعه و صدوقین (پدر و پسر) و سید مرتضی و ابوصلاح و ابن ادریس و بعضی دیگر شفعه را در اموال منقول مانند لباس، آلات، کشتی، حیوان و امثال آن نیز جاری دانسته اند. (امامی، ۱۳۸۷، ۳: ۱۱) مبنای این عده از فقها می تواند این حدیث باشد که از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است: یونس عن بعض رجاله عن ابي عبد الله (علیه السلام) قال: سألته عن الشفعة لمن هی و فی آی شیء هی و لمن تصلح و هل یكون فی حیوان شفعة و کیف هی فقال الشفعة جائزة فی کل شیء - من حیوان أو أرض أو متاع إذا كان الشیء بین شریکین لا غیرهما فبأحدهما نصیبه فشریکه أحق به من غیره و إن زاد علی الاثنین فلا شفعة لأحد منهم. (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۱) جناب یونس از بعضی آقایان و از امام صادق (علیه السلام) سوال کرد که شفعه برای چه کسانی است و برای چه چیز است و چه کسانی حق شفعه دارند و آیا حق شفعه برای حیوان است حضرت در جواب فرمود که شفعه در هر امری از قبیل حیوان، زمین و یا متاع جایز است در صورتی که شفعه بین دو نفر باشد نه بیشتر. اگر یکی از دو شریک سهم خود را بفروشد، شریک او اولویت دارد که سهم او را بخرد و اما شفعه فقط اختصاص به دو نفر دارد و اگر از دو نفر بیشتر باشد دیگر حق شفعه نیست. در این حدیث حیوان و متاع نیز شامل شده که از اموال منقول به حساب می آید.

۲. مشاع بودن مال مشاع غیر منقول

ماده «۸۰۸» ق.م. می‌گوید: هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد ... از این ماده چنین استفاده می‌شود که یکی از شرایط بوجود آمدن حق شفعه مشاع بودن مال غیر منقول است؛ یعنی دو شریک به تمام اجزای مال سهم مشترک داشته باشد؛ به گونه‌ای که معلوم نباشد سهم یکی از دو شریک مربوط به کدام قسمت از مال مشترک است. در تعریف مال اشاعه گفته شده: مالکیت هر جزء مال بین چند شخص مشترک است. حق هر شریک منتشر در مجموع مال است و تصرف و انتفاع از هیچ بخشی در انحصار او نیست. تمام شریکان بر مال حق عینی دارند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۳۷) تصرف مادی در هر ذره مال تصرف در مال دیگران است و شریک نمی‌تواند به اندازه حق اعتباری خود از عین استفاده انحصاری کند و به عنوان مثال اگر مالک سه دانگ از خانه‌ای که چهار اتاق برابر دارد، دو اتاق از آن را در اختیار خود بگیرد، نمی‌تواند ادعا کند که بخش مورد تصرف را مالک است. (همان: ۱۳۹) اما اگر مال مفروز باشد ولو اینکه متصل بهم باشد و یا خانه قبلاً مشاع و مشترک بوده و بعداً تقسیم شده و سهم هر یک از شرکاء منفرداً جدا گردد، حق شفعه‌ای وجود ندارد.

این امر مورد اجماع علمای امامیه می‌باشد. بنابراین هرگاه دو نفر هر یک دارای قطعه زمینی باشد متصل به یکدیگر و یا آنکه خانه‌ای قبلاً بین دو نفر مشترک بوده و بعداً تقسیم شده و به هر یک حصه‌ای اختصاص یافته است (اگرچه عملاً تفکیک به عمل نیا مده و فاصلی نداشته باشند و از نظرفن ساختمانی قسمتی دیگر را تکمیل نماید) و یکی از دو مالک سهم خود را به شخص ثالث بفروشد، دیگری نمی‌تواند اخذ به شفعه نماید. (امامی، ۱۳۸۷، ۳: ۱۲) یکی از شرایط ثبوت شفعه آن است که مال، مشترک باشد، زیرا شفعه برای جلوگیری از ضرر شراکت با شخص ثالث است اگر چنانچه مال مفروز باشد شراکتی نیست تاحق شفعه ثابت گردد. (قارویی تبریزی، ۱۴۲۸، ۱۷: ۳۸) بنابر این یکی از شرایط حق شفعه مشاع و مشترک بودن مال غیر منقول است و اگر مال غیر منقول مشاع و مشترک نبوده بلکه مفروز باشد ولو متصل بهم برای همسایه حق شفعه به وجود نمی‌آید. این مطلب ضمن تصریح ماده ۸۰۸ از تمه حدیث معروف که در کافی نقل شده نیز استنباط می‌گردد امام صادق (علیه السلام) فرموده: قَصَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالشُّفْعَةِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ فِي الْأَرْضَيْنِ وَالْمَسَاكِينِ وَقَالَ لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ وَقَالَ إِذَا رُفَّتِ الْأَرْضُ وَحُدَّتِ الْخُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۰) حضرت فرمود زمانی که در

زمین مشترک علامت گذاشته و حدود تعیین شد دیگر شفعه نیست. یعنی وقتی مال مشترک از حالت اشاعه خارج و مفروز شد دیگر شفعه در کار نیست.

به نظر می‌رسد، قانون مدنی افغانستان حق شفعه را انحصار به مال مشترک و مشاع نکرده است؛ صرف اتصال و هم جوار بودن دو مال غیر منقول را در شفعه کافی دانسته است. ماده ۲۲۱۴ق.م افغانستان در این خصوص می‌گوید: سبب شفع اتصال ملک شفیع است با عقار فروخته شده اعم از این که اتصال از رهگذر شرکت باشد یا جوار عبارت: اتصال از رهگذر شرکت باشد یا جوار، این معنی را متبادر می‌سازد که شفعه اختصاص به شرکت ندارد بلکه صرف هم جوار بودن حق شفعه را ایجاد می‌نماید. ماده ۲۲۱۹ق.م افغانستان مقرر می‌دارد: همجوار متصل عقار فروخته شده شفیع شناخته می‌شود. و هم چنین ماده ۲۲۲۰ق.م افغانستان می‌گوید: هرگاه منزلی تحتانی ملک یکی و منزل فوقانی ملک دیگری باشد یکی همسایه متصل دیگری شناخته می‌شود. در دو ماده مذکور بدون ذکر از اشتراک و یا مشاع، صرفاً هم جوار و اتصال را شرط حق شفعه دانسته است. هرچند این سه ماده مشاع و مشترک بودن را شرط شفعه ندانسته‌اند اما ماده ۲۲۲۵ق.م افغانستان ظاهراً اشتراک شفیع را در مال غیر منقول شرط شفعه دانسته است ماده مذکور می‌گوید: در عقاری که توسط آن شفع ثابت می‌گردد شرط است که در وقت خریدن، عقاری که به شفع برده می‌شود، ملکیت شفیع باشد و شرط است که از شفیع رضایت به بیع صراحتاً یا دلالتهاً صادر نشده باشد. اگر دلیل و مبنای شفعه لاضرر باشد بنا بر وحدت ملاک، وجاهت دارد، حق شفعه را به مال غیر منقول متصل نیز توسعه دهیم هر چند مشاع و مشترک نباشد به خصوص ملک دوطبقه که منزل تحتانی ملک یکی و فوقانی ملک دیگری است. اینجا هم ضرر مطرح می‌گردیده و مالک هم جوار دوست ندارد که در جوار او فرد ناخواسته و مشکل ساز همسایه ناخواسته ساکن گردد؛ برخی به خاطر همسایه شرور و ناباب منزل خود را فروش و نقل مکان می‌کند از این اتفاق در یک جامعه کم نیست.

۳. قابل تقسیم بودن مال غیر منقول

بین فقهای امامیه، شرط قابل تقسیم بودن مال غیر منقول، مورد نزاع است، برخی این شرط را لازم و برخی دیگر آن غیر لازم می‌بینند اما مشهور فقهای امامیه قابل تقسیم بودن مال غیر منقول را شرط شفعه دانسته‌اند. (امامی، همان: ۱۳) هم چنین کتاب شرح لمعه تعلیق

آقای حسینی معتقد است که در قابل تقسیم مال غیر منقول دو قول است و بهترین قول، آن قولی است که قابل تقسیم را پذیرفته است. ماده ۸۰۸ ق.م. ایران به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه قابل تقسیم بودن مال غیر منقول را شرط دانسته است. دلیل این امر این است که در مال غیر قابل تقسیم شک حاصل می‌گردد و اصل عدم ثبوت شفعه در مورد شک است. (حسینی، همان: ۳۰۱) این عبارت نیازمند به توضیحی بیشتر است. تردیدی نیست که حق شفعه خلاف اصل است؛ زیرا که مقتضای حدیث: الناس مسلطون علی اموالهم. این است که هر فردی در مال خود سلطه و اختیار داشته باشد که به هر که دلش می‌خواهد بفروشد اما حق شفعه این آزادی و سلطه را از شریک مال مشاع گرفته است؛ چه اینکه شفیع بدون اجازه و اختیار، مال مشتری را تملک نموده و در اختیار خود قرار می‌دهد این حق خلاف قاعده بوده و اصل است چون که طبق حدیث فوق هر کسی باید بتواند مال خود را در چوکات قانون به هر شخصی که مایل است بفروشد. حال در مورد بحث، مالی که قابل قسمت است، به دلیل اجماع و بعضی از روایات، از تحت عموم قاعده بالا خارج شده و شفعه در آن ثابت می‌باشد و اما مالی که قابل قسمت نیست چون روایت و اجماعی بر آن نداریم و مورد نزاع می‌باشد لذا در تحت عموم قاعده بالا باقی مانده و شفعه در آن ثابت نمی‌شود. (قارویی تبریزی، همان: ۱۷: ۳۲) منظور از قابل تقسیم بودن مال غیر منقول این است که طرفین شریک بعد از تقسیم مال مشترک، بتوانند از سهم خود به راحتی استفاده نموده و متمتع شوند؛ یعنی مال به اندازه‌ای بزرگ باشد که بعد از تقسیم هنوز طرفین مال بتوانند از آن انتفاع ببرند. در برخی موارد مال به قدری کوچک است مثل یک مغازه کوچک و یا یک حمام کوچک که بعد از تقسیم دیگر قابل بهره‌برداری و انتفاع را ندارد. چنانچه آقای امامی می‌گوید: منظور از تقسیم بودن ملک مشاع آن است که بتوان آن را طوری تقسیم نمود که ضرر فاحشی متوجه شرکاء نگردد؛ یعنی در اثر تقسیم ضرری بیش از آنچه از خود تقسیم ممکن است متوجه شرکاء گردد حاصل نشود. (امامی، ۱۳۸۷: ۱۳) قانون مدنی افغانستان برخلاف قانون مدنی ایران، قابل تقسیم بودن مال غیر منقول را شرط نکرده و بلکه آن را به صورت لاشعری ذکر نموده است نه بشرط شی، برعکس قانون مدنی ایران که به شرط شی را قید کرده است؛ یعنی به شرط قابل تقسیم بودن. ماده ۲۲۲۴ ق.م. افغانستان می‌گوید: به بیعی که در آن شفیع ثابت می‌شود، باید واجد شرایط آتی باشد: باید عقار مملوک باشد، گرچه غیر قابل قسمت باشد. و... روشن است که ماده مذکور قابل قسمت را شرط نکرده است و آن را به صورت

مطلق آورده است یعنی اینکه مال غیر منقول چه قابل قسمت باشد و چه غیر قابل قسمت باشد برای شفیع حق شفعه وجود دارد.

۴. دو نفر بودن شرکاء

فقه‌های امامیه اختلاف کردند در اینکه شفعه مربوط به دو نفر است یا بیشتر، مشهور فقها قول اول را اختیار نموده‌اند؛ یعنی اینکه حق شفعه فقط اختصاص به دو نفر دارد و اگر شریک سه نفر یا بیشتر باشند حق شفعه‌ای وجود ندارد. (نجفی، همان، ۳۷: ۲۷۲ و حسینی، همان: ۳۰۱) مبنای مشهور فقهای امامیه شاید این حدیث باشد که از امام صادق (علیه السلام) نقل شده است: **عَبْدُ اللَّهِ بْنِ سَيَّانٍ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (عليه السلام) قَالَ: لَا تَكُونُ الشُّفْعَةُ إِلَّا لِشَرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَقَاسِمَا فَإِذَا صَارُوا ثَلَاثَةً فَلَيْسَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمُ شُفْعَةٌ.** (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۱) ماده ۸۰۸.ق.م. ایران به پیروی از قول مشهور فقهای امامیه، در شفعه دو نفر بودن را به عنوان شرط پذیرفته است. قول دیگر آن است که هرگاه شرکاء بیش از دو نفر باشند، یکی از شرکاء اقدام به فروش اندازه سهم خود نماید، شرکای دیگر نیز حق شفعه دارد و می‌توانند با پرداخت ثمن به مشتری ملک مشاع را به خودشان اختصاص دهند. تعدد مشتری نسبت به حق شفعه ضرری ایجاد نمی‌کند، بنابر این اگر سه مشتری سهم یکی از دو بایع را که مشاع بین دو نفر بوده بخرد، شریک دیگر حق شفعه دارد که ثمن معامله را به مشتریان پرداخت نموده و سهم فروخته شده را خود اخذ نماید. فرع فقهی دیگری در این ارتباط بوجود می‌آید و آن این است که اگر یکی ازدو شریک، از مال مشاع سهم خود را به سه نفر بفروشد آیا شریک دیگر می‌تواند به بعضی از سهام فروخته شده مراجعه نموده و فقط بخشی از مال فروخته شده را پس بگیرد یا اینکه این اجازه را ندارد و باید همه مال فروخته شده را به عنوان حق شفعه بدون تفکیک پس بگیرد؟ بعضی از فقهاء بر آنند که هرگاه یکی از دو شریک سهم خود را در یک عقد به چند مشتری بفروشد، عقد مزبور منحل به عقود متعدد می‌شود و مانند آن است که مالک مزبور سهم خود را به حصه‌های کوچک به وسیله چند عقد انتقال داده باشد. در این صورت در اثر عقد بیعی که واقع شده حق شفعه برای شریک حاصل می‌شود که می‌تواند از آن حق مستقلاً استفاده بنماید، مثلاً هرگاه کسی که مالک نصف مشاع از خانه‌ای است یک دانگ آن را به کسی بفروشد و شریک دیگر نسبت به آن اخذ به شفعه کند و بعداً آن مالک یک دانگ دیگر

از سهم خود را بفروشد شریک شفیع می‌تواند نسبت به آن اخذ به شفعه بنماید. ق^۱ انون مدنی افغانستان، دو نفر بودن را شرط شفعه ندانسته و اگر شرکاء بیش از دو نفر باشند هم حق شفعه دارند. ماده ۲۲۲۲ق.م افغانستان می‌گوید: استحقاق شفیع برای شرکاء به اساس تعداد شرکاء اعتبار داده می‌شود نه به اساس مقدار حصص آنها در ملکیت. باین صورت اگر یک شریک حصه خود را به یکی از شرکاء دیگر بفروش برساند، شخص مذکور یکی از جمله شرکاء شناخته شده و حصه فروخته شده در بین آنها تقسیم می‌شود. بخش پایانی ماده می‌گوید: باین صورت اگر یک شریک حصه خود را به یکی از شرکاء دیگر بفروش برساند، شخص مذکور یکی از شرکاء شناخته شده و حصه فروخته شده در بین آنها تقسیم می‌شود. روشن است که ماده مزبور شرکاء را بیش از دو نفر فرض کرده است. به نظر می‌رسد دردو نفر بودن خصوصیتی نیست، اگر شریک دو نفر باشد و یا سه نفر و یا بیشتر باز هم موضوع ضرر مطرح بوده و بهتر بود که قانون‌گذار ایران هم قید دو نفر بودن را تعدیل می‌کرد.

۵. انتقال سهم مشاع به وسیله بیع باشد

یکی از شرایطی که حقوق دانان و فقهای امامیه برای حق شفعه در نظر گرفته‌اند انتقال سهم مشترک به وسیله بیع است، بنابراین اگر یکی از دو شریک سهم خود را به وسیله قرارداد مهریه به زوجه‌ای خود، یا به وسیله صدقه، یا به و یا صلح به دیگری انتقال دهد شریک او حق شفعه نخواهد داشت و نمی‌تواند مبیع فروخته شده را از مشتری اخذ نماید، در این دیدگاه بین فقهای امامیه اختلافی وجود ندارد و حتی ادعای اجماع شده است. (نجفی، همان، ۳۷: ۲۶۶)

مبنای قول فقها حدیثی از امام صادق (علیه السلام) است که به طرق مختلف کلمه بیع را در فرمایشات خود ش آورده بنده به ذکر دو تا حدیث که هر دو از امام صادق (علیه السلام) نقل شده اکتفاء می‌کنم. امام فرموده است: إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا غَيْرِهِمَا فَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَإِنْ زَادَ عَلَى الْإِثْنَيْنِ فَلَا شُفْعَةَ لِأَحَدٍ مِنْهُمَا. (کلینی، ۱۴۰۷، ۵: ۲۸۱) در این جمله قید بیع به کار رفته (فباع احد هما) و این خود نشان می‌دهد که شرط شفعه بیع است نه سیستم‌های حقوقی دیگر مثل صلح، هبه و یا صداق زوجه. هم‌چنین حدیث دیگر که منسوب به امام صادق (علیه السلام) است مبین همین مطلب است: فَقَالَ الشُّفْعَةُ فِي الْبُيُوعِ إِذَا كَانَ شَرِيكًا فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا بِالثَّمَنِ (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۲۵: ۳۹۶). حضرت فرمود

۱. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، چاپ بیستم ۱۳۸۷، ص ۱۵.

که شفعه دربیع است و زمانی که شریکی بخواهد اقدام به خرید کند او اولاً تراست از خرید مال مشاع. قانون مدنی ایران در ماده ۸۰۸ از قول فقهای امامیه پیروی نموده و شفعه را فقط به بیع منحصر کرده نموده است چنان که این ماده مقرر می‌دارد: هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از آن 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 کند. از این رو در صورتی که شریک مال مشترک را به صورت غیر مبیع مثل صلح، هبه و صدق به فرد ثالث انتقال دهد حق شفعه وجود ندارد. قانون مدنی افغانستان هم شرط شفعه را فقط مربوط به بیع دانسته است از این رو اگر مال غیر منقول بدون بیع و به وسیله نهادهای حقوقی دیگر انتقال یابد حق شفعه نیست. ماده ۲۲۲۶ ق.م. می‌گوید: در موارد آتی شفعه نیست:

۱. در هبه بلاعوض یا در صدقه یا ارث یا وصیت یا عقاری که بدله آن مال نباشد.
۲. در وقف و برای وقف. و...

۶. قدرت شفیع بر تأدیه ثمن

یکی از شرایط مهمی که فقها بر آن تأکید نمودند داشتن قدرت شفیع بر تأدیه ثمن مبیع فروخته شده به مشتری است و نه تنها شفیع باید قدرت بر تأمین ثمن داشته باشد که او بایستی از انجام این عمل و پرداخت ثمن به مشتری خودداری نرورد، از این رو کسی که عاجز بر تأدیه ثمن است و یا قدرت دارد اما از پرداخت امتناع می‌ورزد حق شفعه برایش وجود ندارد. در ثبوت عجز کافی است که خود شریک اعتراف نماید و لازم نیست که شرایط و اوضاع اقتصادی او بررسی گردد. (قاروبی تبریزی، همان، ۱۷: ۴۳) اگر چنانچه شریک برای استفاده از حق شفعه خود، رهن یا ضامن و یا عوض را پیشنهاد نماید لازم نیست که مشتری بپذیرد و می‌تواند از قبول شفعه برای شفیع امتناع نماید. (حسینی، همان: ۳۰۲) قانون حق اخذ شفعه را برای رفع ضرر ناشی از شرکت قرارداد است. بنابراین ناچار باید اعمال حق مزبور به نحوی باشد که موجب ضرر مشتری نگردد و این در صورتی است که شفیع قدرت بر تأدیه ثمن را دارا باشد زیرا دادن حق شفعه به شریک معسر که قدرت برای تأدیه ثمن را ندارد موجب اضرار مشتری خواهد بود و برای رفع ضرر ناشی از شرکت، ضرری بیشتری به وجود می‌آید عدم قدرت شفیع بر تأدیه ثمن به وسیله هرگونه دلیل

قابل اثبات خواهد بود و نمی‌توان از ظاهر وضعیت شفیع بر عدم قدرت او به تأدیه ثمن پی برد زیرا چه بسا اشخاص معسر که دارای اعتبار کافی می‌باشند و می‌توانند از دیگران استقراض کنند و این مسئله مانند معسر است که قدرت بر تأدیه‌ی ثمن را دارد ولی از پرداخت آن امتناع کند و یا اهمال و ملاحظه در تأدیه آن بنماید زیرا نتیجه آن دو یکسان است. قانون مدنی افغانستان، قدرت شفیع را بر تأدیه ثمن شرط نکرده است. بسیار خوب بود که قانون مدنی افغانستان نیز شرط قدرت و شرط پرداخت ثمن مبیعه را اضافه می‌نمود، چون مبنای شفعه جلوگیری از ضرر است و اگر شفیع قدرت بر تأمین ثمن و یا تعهد به پرداخت آن نداشته باشد ضرری دیگری، بر شریک وارد می‌شود. فلسفه وضع شفعه جلوگیری از ضرر است و اگر بنا است ضرری به کسی وارد نشود باید به هیچ شریکی وارد نشود. طبیعی است که عدم قدرت بر تأمین ثمن از سوی شفیع خود یک ضرر دیگری است که می‌باید در قانون افغانستان این نهاد قانونی اضافه گردد.

۷. مسلمان بودن شفیع

از نظر فقهای امامیه مسلمان بودن شفیع یکی دیگر از شرایطی شفعه است البته این شرط در صورتی است که مشتری مسلمان باشد. بنابراین اگر شفیع کافر باشد نسبت به مشتری مسلمان حق شفعه ندارد. آقای قاروبی می‌نویسد: در صورتی که مشتری مسلمان بوده باشد باید شفیع هم مسلمان باشد تا حق شفعه برای او ثابت شود بنابراین اگر شفیع کافر بود (خواه کافر ذمی یا کافر حربی) حق شفعه بر مشتری مسلمان ندارد (خواه مشتری از مسلمان خریده باشد یا از کافر) ولی اگر هر دو کافر باشند، حق شفعه ثابت است. (امامی، ۱۳۸۷: ۱۹) پستوانه دیدگاه فقهای امامیه احادیثی است که از ائمه اطهار (علیهم‌السلام) رسیده‌اند از جمله این حدیث است: عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ (علیه‌السلام) قَالَ: «لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ شُفْعَةٌ» (امامی، ۱۳۸۷: ۱۹) یعنی برای یهودیان و مسیحیان بر علیه مسلمانان حق شفعه نیست. و هم‌چنین در حدیث دیگری خوانیم: عَنْ عَلِيِّ (علیه‌السلام) أَنَّهُ قَالَ: الشُّفْعَةُ لِلْيَهُودِ وَالنَّصْرَانِيِّ فِيمَا بَيْنَهُمْ وَ لَيْسَ لِأَحَدٍ مِنْهُمْ عَلَى مُسْلِمٍ شُفْعَةٌ. (قاروبی تبریزی، همان: ۳۰۲) حضرت فرموده که حق شفعه برای خودیهودیا و مسیحیان که شفیع و مشتری باشند است اما برای آنان علیه مسلمانان حق شفعه نیست. قَالَ عَلِيُّ (علیه‌السلام) لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ شُفْعَةٌ وَ لَا شُفْعَةٌ إِلَّا لِشَرِيكِ غَيْرِ مَقَابِسِم. حضرت علی (علیه‌السلام) فرموده که برای یهودیان و مسیحیان علیه مسلمانان شفعه نیست. در قانون

مدنی افغانستان مسلمان بودن شرط نشده و کسی که غیرمسلمان است هم طبق شرایط، از حق شفعه برخوردار است.

عدم اشتراط اهلیت شفیع

حق شفیع برای شریک در مال مشترک، در اثر بیع سهم مشاع بوجود می‌آید و این حق بنا بر رفع ضرر شریک حاصل می‌گردد. از این رو اهلیت شفیع شرط دارا شدن حق شفعه نیست. اما اگر شفیع محجور بخوهد از این حق استفاده نماید باید دارای اهلیت استیفاء باشد. بر این اساس اگر شفیع محجور (صغر، جنون، وسفه) باشد، ولی او باید اخذ به شفعه نماید اگر چنانچه سفیه و یا صغیر ممیز اخذ به شفعه نماید این امر نیاز به تنفیذ و اجازه ولی و یا قیم می‌باشد.

فوریت اخذ به شفعه

مشهور فقها گفته‌اند: که حق شفعه فوری است یعنی پس از آنکه شفیع اطلاع بر فروش سهم شریک خود پیدا نمود اگر می‌خواهد حقش را اعمال نماید باید هرچه زودتر در مدتی که عرفاً برای اخذ به شفعه لازم است، حق خود را اعمال نموده و مبیع را تملک نماید وگرنه حق او ساقط می‌شود. یکی از مهم‌ترین دلایل برای ادعا این است که حق شفعه حقی است برخلاف قاعده که از حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» گرفته شده است انسان بر مال خود مسلط است و هیچ کس حق ندارد مال او را قهراً و جبراً بدون رضایت وی بگیرد، اما حق شفعه به دلیل شرعی از آن قاعده استثناء شده است که شفیع حق دارد بدون رضایت مشتری، مبیع را از او به زور بگیرد. و در هر موردی که حکم برخلاف قاعده باشد بر قدر متیقن اکتفا می‌شود و در مورد مشکوک طبق قاعده باید عمل کرد. حال در مورد بحث قدر متیقن آن جایی است که حق شفعه فوراً اعمال گردد چون این صورت، مورد اتفاق همه‌ی فقها است حتی آنهایی که به جواز تأخیر حق شفعه هستند قبول دارند که حق شفعه در ابتدا بلافاصله برای شفیع ثابت می‌شود و شفیع می‌تواند فوراً اعمال حق خود را بنماید، منتها می‌گویند که آن حق را می‌تواند تأخیر بیندازد پس چون اعمال فوری حق شفعه مورد اتفاق فقهاست و قدر متیقن از مورد شفعه می‌باشد، بدین جهت ما فقط همین مورد از شفعه را تجویز می‌کنیم و در غیر این صورت حق را ساقط می‌دانیم و طبق قاعده عمل می‌کنیم که

مشتری بر مال خود مسلط می‌باشد و نمی‌توان از او گرفت. (قاروبی تبریزی، همان، ۱۷: ۷۳) ماده ۸۲۱ ق.م ایران نیز می‌گوید: حق شفعه فوری است. سید علی حسینی نیز معتقد است که شفعه فوری است. (حسینی، همان: ۳۰۴) دلیل این امر، چنین بیان شده که شفعه خلاف اصل و خلاف قاعده است. چون اصل این است که هر فردی بر مال اش سلطه دارد و کسی نمی‌تواند بدون رضایت و توافق مال اش را تملک نماید در این صورت بر قدر متیقن اکتفا می‌شود و قدر متیقن و محل فراق فوریت است. (همان: ۳۰۴) و هم چنین دلیل دیگر این است که در حدیثی شفعه برای جلوگیری از ضرر بیان شده است و در بحث آتی حدیث لاضرر و لا ضرار فی الاسلام که فقها آن را به بحث شفعه نیز بی ارتباط ندانسته‌اند مفصلاً بحث می‌شود. به هر حال شفعه برای جلوگیری از ضرر وضع شده است و اگر چنانچه بدون دلیل موجه، اخذ به شفعه به تأخیر بیافتد ضرری دیگر بر مشتری حادث می‌شود. شارع مقدس، فقها و یا حقوق دانان خواسته‌اند نهادی وضع کنند که از ضرر ناخواسته جلوگیری نمایند اما در صورتی که این قانون به موقع اجرا نشود چه بسا ضرری دیگر بوجود آید که در آن وقت فلسفه اخذ به شفعه زیر سؤال خواهد رفت.

طبق ماده ۸۲۱ ق.م ایران حق شفعه حق فوری است. از این رو تأخیر در آن بدون عذر موجه پذیرفتنی نیست. حالا اگر چنانچه ولی و یا قیم اخذ به شفعه شفیع محجور را به تأخیر بیاورد مولی علیه یعنی خود شفیع مذکور پس از بلوغ می‌تواند اخذ به شفعه نماید و تأخیر در آن از سوی ولی و یا قیم نمی‌تواند حق شفعه محجور را ساقط نماید، چونکه صغر و یا جنون شفیع عذر موجه تلقی شده و کوتاهی ولی و یا قیم این عذر را نمی‌تواند از بین ببرد. (امامی، ۱۳۸۷، ۳: ۲۳) بنابر این هرگاه ولی یا قیم حق اخذ به شفعه را بدون رعایت غبطه صغیر و مجنون ساقط نمایند، آن حق به حال خود باقی خواهد ماند و پس از بلوغ، آنان می‌توانند اخذ به شفعه کنند ضرری که در اثر تأخیر اخذ به شفعه ممکن است متوجه مشتری گردد، نمی‌تواند موجب سقوط حق شفعه محجور شود، زیرا پس از پیدایش حق مزبور و نبودن دلیل بر اسقاط آن، حق شفعه استصحاب می‌شود. (همان: ۲۳)

تشخیص مدتی که برای فوریت اخذ به شفعه لازم می‌باشد، به نظر عرف است، بنابراین چنانچه شفیع دور از محل وقوع معامله باشد و برای اخذ به شفعه باید به محل وقوع معامله بیاید، لازم نیست که با سریع‌ترین وسیله خود را به محل مزبور برساند، بلکه با وسیله که معمولاً مسافرت می‌نمایند کافی می‌باشد، مثلاً چنانچه در این راه با عموماً با اتومبیل

مسافرت می‌کنند شفیع ملزم نیست به وسیله هواپیما به محل وقوع معامله بیاید، بلکه کافی است که با اتومبیل مسافرت نماید. (امامی، ۱۳۸۷، ۳: ۲۶)

اخذ به شفعه به دو شکل انجام می‌شود

۱. به وسیله لفظ. تملک مبیع ممکن است به وسیله لفظ، از سوی شفیع، اعلام شود مثلاً شفیع بگوید: اخذ به شفعه نمودم و یا مبیع را تملک نمودم.
۲. بوسیله یک عمل مادی انجام گردد؛ به این شکل که شفیع بدون ذکر لفظ، ثمن مبیع را تقدیم مشتری نموده و مبیع را از نزد او بردارد. بدون تأدیه ثمن به مشتری یا جلب موافقت او به تأخیر تأدیه، اخذ به شفعه صحیح نمی‌باشد. (همان: ۳۲)

صحیح بودن معامله مشتری و بایع در شفعه

۱. ماده ۸۱۳ ق.م. ایران می‌گوید: در بیع فاسد حق شفعه نیست. از این ماده چنین برداشت می‌گردد که حق شفعه از آثار بیع صحیح است. توضیح اینکه در اثر معامله شریک شفیع و فروش سهم مشاع، از نظر حقوقی مشتری مالک مبیع می‌شود، چونکه طرفین به شکل قانونی خرید و فروش نموده‌اند، بایع سهم خود را تقدیم و ثمن را دریافت نموده است، از این رو حقوق دانان بعد از فروش مال مشاع، قائل به ملکیت مشتری هستند اما چون قانون این معامله را به ضرر شفیع دانسته‌اند به او حق داده است که مال تملیک شده را از ید مشتری خارج و در قبال پرداخت ثمن خود تملک نماید. بر این اساس اگر بیع باطل بود مشتری مالک مبیع نمی‌شد، زیرا طبق ماده ۳۶۵ ق.م: بیع فاسد اثری در تملک ندارد. این ماده مبرهن می‌سازد که خرید و فروش بایع و مشتری در مال مشاع بیع صحیح بوده و منجر به تملک مشتری می‌شود، اما شفیع می‌تواند مال را از ملکیت او خارج سازد. قانون مدنی افغانستان هم صحیح بودن بیع را شرط شفعه دانسته است و در ماده ۲۲۲۴ می‌گوید: به بیعی که در آن شفع ثابت می‌شود، باید واجد شرایط آتی باشد:

الف - باید عقار مملوک باشد، گرچه غیر قابل قسمت باشد.

ب - بیع صحیح و نافذ بوده یا در صورتیکه بیع فاسد باشد حق فسخ در آن ساقط گردیده و از اختیار شخص به نفع بایع عاری باشد. و...

۲. نمائات منفصله متعلق به مشتری و متصله متعلق به شفیع می‌باشد. ماده ۸۱۹ ق.م.

ایران می‌گوید: نمائتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل باشد مال شفیع است ولی مشتری می‌تواند بنائی را که کرده یا درختی که کاشته قلع کند. دلیل این امر روشن است زیرا فقها و حقوق‌دانان معتقدند، در این معامله، مشتری صاحب مال شناخت شده و مبیع در ملکیت او قرار می‌گیرد. از این رو نمائات منفصله در واقع در ملکیت او حادث شده و جز اموال او محسوب می‌گردد مانند نتاج، میوه درختان، زیرا مبیع در مدت مزبور ملک مشتری بوده و نمائات منفصله در ملکیت او حاصل شده است. امانات متصله هر چند در ملک مشتری پیدایش یافته ولی قانون برای جلوگیری از اختلاف بین متعاملین نمائات متصله را در انتقال تابع مبیع دانسته است. به نظر می‌رسد این تأسیس قانونی از وجاهت منطقی برخوردار است؛ چونکه نمائات متصله قابل تفکیک از عین مبیع نیست، در صورتی که نمائات متصله را از مبیع جدا کند دیگر مبیع باقی نمی‌ماند از این رو قانون‌گذار نمائات متصله تابع خود عین قرارداد به تبع مبیع در ملکیت شفیع قرار می‌گیرد.

غیبت شفیع

قانون مدنی ایران در خصوص غیبت شفیع اشاره‌ای نکرده اما فقهای امامیه در این زمینه بحثی را مطرح نموده‌اند. صاحب جواهر از جمله این فقها است. ایشان معتقد است که فرد غایب، بدون تردید حق شفعه دارد او می‌گوید بالاتر از این در کتب تذکره و خلاف بر این مطلب، ادعای اجماع شده است و حتی در غنیه ادعا شده که شفیع با علم به بیع بعد از سپری شدن سال‌های زیادی حق شفعه دارد هر چند او در شهر خود حاضر باشد. و در حکم غایب مسافری است که از سفر برگشته و بعد از گذشتن سال‌های سال برای اخذ به شفعه مراجعه نماید (نجفی، همان، ۳۷: ۲۸۶). بنابراین شفیع غایب حق شفعه دارد و غیبت او موجب سقوط این حق نمی‌شود. فرق نمی‌کند که غیبت طولانی باشد و یا کوتاه مدت. اما در صورتی که غایب قدرت بر آمدن و یا گرفتن وکیل برای انجام این امر را داشته ولی از این قدرت استفاده نکند حق شفعه اوساقط می‌شود. زیرا که عدم تمکن حضور برای غایب و یا اخذ وکالت قید و شرط حق شفعه است از این رو اگر برای غایب امکان حضور و یا اخذ وکالت باشد او از این کار امتناع ورزد حق شفعه اش ساقط می‌شود. (نجفی، همان، ۳۷: ۲۸۶)

فرع فقهی دیگربراین مطلب مترتب می‌گردد این است در صورتی که فرد غایب، مطالبه مال مشاع را ترک و از ایقاع حق شفعه خودداری ورزد و ازسوی تمکن حضورازسفر و یا اخذ وکیل جهت تقدیم ثمن به مشتری را نداشته باشد در آیین صورت حق شفعه شفیع غایب چه می‌شود؟ صاحب جواهر می‌گوید من در آیین خصوص نصوصی از فقها ندیدم اما از سیاق و فحوای کلام آنان چنین برداشت می‌شود که حق شفعه هم چنان باقی است. دلیل اش این است که عدم امکان حضور و عدم امکان اخذ وکیل فوریت را اثبات نمی‌تواند از این جهت در صورت شک، حق شفعه را استصحاب می‌کنیم. (همان: ۲۸۶)

در صورتی که شفیع جاهل به حکم باشد، یعنی نداند که در سهم مشاع فروخته شده او حق اولویت دارد که اخذ به شفعه نماید یا حکم را بداند اما فوریت را نداند به این معنی، شفیع می‌داند که اونسبت به مال مشترک حق شفعه دارد و می‌تواند با دادن ثمن به مشتری مال را ازید او خارج سازد اما جاهل به فوریت است و نمی‌داند که او باید در اولین فرصت بعد از اطلاع از بیع، مال فروخته شده را از مشتری اخذ و ثمن را بپردازد، و در اثر این جهل اخذ به شفعه تأخیر بیافتد، در آیین صورت حق شفعه ساقط نمی‌شود، پس از علم به حق شفعه و یا فوریت می‌تواند اخذ به شفعه نماید این مسئله به دو قسم تقسیم می‌گردد:

۱. کسی که جاهل به حکم شفعه می‌باشد، هر زمان که از آن آگاهی یافت می‌تواند اخذ به شفعه کند، زیرا تأسیس حق شفعه برای جلوگیری از ضرر ناشی از بقاء در شرکت است. در صورت جهل به حکم، حق شفعه ساقط گردد شفیع متحمل ضرری می‌شود که حق شفعه برای رفع آن برقرار شده است. بنابراین باید بر آن بود که جهل به حکم در مورد بالاموجب معذوریت شفیع می‌باشد.

۲. کسی که جاهل به فوریت اخذ به شفعه است پس از آنکه علم به فوری بودن آن پیدا نمود، می‌تواند فوراً اخذ به شفعه بنماید. بعضی از فقها از نظر مزبور پیروی نموده و شفیع را معذور در تأخیر دانسته و بر آنند که هر زمان شفیع آگاهی به فوری بودن اخذ به شفعه پیدا نمود می‌تواند اخذ به شفعه کند، زیرا جهل به فوریت مانند جهل به اصل حق شفعه می‌باشد چنانچه گفته شود که در مورد مزبور شفیع معذور نخواهد بود، باید او را توجه داد که در این صورت ضرری که برای جلوگیری از آن، حق شفعه تأسیس شده بر طرف نمی‌گردد، و حال آنکه هدف قانون همواره جلوگیری از زیان و جبران آن است. (امامی،

ارتباط قاعده لا ضرر با شفعه

بین قاعده «لا ضرر و لا ضرار» و شفعه یک نوع رابطه است، حدیث مذکور در واقع علت شفعه است؛ شارع مقدس به منظور جلوگیری از ضرر برای شریک ملک مشاع، حق شفعه قائل شده است. این بحث نیازمند تحقیق بیشتر بوده و باید تحلیل گردد که آیا گوینده حدیث لا ضرر و لا ضرار چه کسی است پیامبر گرامی صلی الله علیه و آله، یا حضرت امام صادق علیه السلام است؟ به نظر می‌رسد که ازدو احتمال فوق احتمال اول اقوی است. زیرا طبق قاعده نحوی «الاقرب یمنع من الابدع» بایستی فاعل «قال» در جمله لا ضرر و لا ضرار معطوف به نزدیک‌ترین فعل باشد و نزدیک‌ترین فعل در جمله مزبور فعل «قضی» است که مربوط به پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله است نه فعل قبل از آن. ثانیاً معروفیت صدور حدیث «لا ضرر و لا ضرار» از پیامبر صلی الله علیه و آله بر فقهای شیعه و اهل تسنن پوشیده نیست. (یزدانی، ۱۳۸۶، ۱: ۳۵۸) از این رو حدیث «لا ضرر و لا ضرار» در ذیل حدیث شفعه مربوط به پیامبر گرامی می‌باشد. بر این اساس فرض بر این است که صدور حدیث لا ضرر و لا ضرار از پیامبر مفروغ عنه است حال این پرسش مطرح می‌گردد که چه کسی این دو عبارت؛ یعنی ثبوت حق شفعه برای شفیع و قاعده لا ضرر و لا ضرار را جمع نموده است. راوی امام صادق علیه السلام و یا پیامبر گرامی صلی الله علیه و آله سه احتمال داده شده است یکی اینکه راوی جمع نموده باشد دیگر اینکه امام و سوم پیامبر گرامی صلی الله علیه و آله آن را جمع نموده باشد. اگر فرض کنیم که راوی این دو عبارت را جمع نموده، نه امام و یا پیامبر صلی الله علیه و آله در این صورت رابطه‌ای بین شفعه و قاعده «لا ضرر و لا ضرار» وجود ندارد. اما اگر قائل شویم که امام و یا پیامبر گرامی اسلام صلی الله علیه و آله این عبارت را جمع نموده باشند در این فرض می‌توان گفت که بین حق شفعه و جمله «لا ضرر و لا ضرار» یک رابطه‌ای است. از میان سه احتمال فوق احتمال اول مردود است: زیرا اگر راوی دو عبارت را جمع می‌نمود، لفظ «قال» تکرار می‌شد؛ در حالی که تکراری صورت نگرفته است و این نشان می‌دهد که قول مزبور و قضاوت مذکور هر دو از قول معصوم است. از دو احتمال نخست دیگر نیز، نزدیک‌تر به صواب این است که گفته شود جمع از ناحیه پیامبر است. بنابراین به نظر می‌رسد بین دو عبارت مزبور ارتباط باشد. (همان: ۳۵۹) با توجه به اثبات رابطه قاعده «لا ضرر و لا ضرار» با حق شفعه این پرسش مطرح می‌گردد که حق شفعه از چه ضرری جلوگیری می‌کند؟ در این رابطه چند احتمال داده شده و این احتمالات به طور اختصار ذکر و مورد نقد قرار می‌گیرد.

احتمال اول

در این احتمال این مطلب اشاره شده که اصولاً شرکت و مال مشاع امر خوشایند نیست و هر کسی دوست دارد مال خود را منحصراً در اختیار داشته باشد و آزادانه هرکاری دلش بخواهد در مایملک خود تصرف نماید در صورتی که مال به طور مشترک اداره شود ممکن است ناراحتی و یا بعضاً نزاع بوجود آید، از این رو حق شفعه بر این جلوگیری از این ضرر وضع شده است. اما ایراد این نظر این است که اولاً قبل از بیع سهم مشاع نیز، شریک (شفیع) با بایع به حالت اشاعه، مالک مبیع بوده‌اند و از نظر مالکیت مشاع در حق ملکیت شفیع، تغییری داده نشده است. در حالی که قبل از بیع سهم مشاع حق شفعه‌ای برای جبران خسارت ناشی از اشاعه وجود ندارد. (همان: ۳۶۱)

به نظر می‌رسد که این ایراد خیلی ایراد جدی نباشد. به این دلیل، درست است که قبل از بیع، مال به طور مشاع و اشتراک اداره می‌شد ولی حالا فرض بر این است که یکی از شرکاء (بایع) تصمیم گرفته است که مال مشاع را یک طرفه نموده و خود را از اشتراک بیرون نماید، و اراده نموده که سهم مشاع خود را به دیگری واگذار نماید، شاید از این اشتراک خسته شده باشد و یا فکر می‌کند که دیگر به سودش نیست از این رو تصمیم گرفته است سهم خود را به فرد دیگر واگذار نماید. با این فرض این بهترین فرصت برای شریک او یعنی شفیع است که اونیز مال خود را از شراکت رهایی داده و انحصاراً ملک را در اختیار خود قرارداد. از این رو اگر مجدداً مال مشاع به صورت شراکت دوام پیدا کند ممکن است برای او خوشایند نباشد بر این مبنا شارع مقدس یا قانون‌گذار برای این منظور و جلوی گیری از ضررهای محتمل نهاد شفعه را وضع نموده است. مضافاً همانطوری که اشاره شد اکثر افراد دوست دارد در مایملک خود تا آنجا که قانون اجازه می‌دهد آزادی داشته باشد و این امکان بوجود نمی‌آید مگر اینکه ملک استقلالاً اداره شود.

احتمال دوم

برخی دیگر این احتمال را داده است که شفعه به خاطر جلوگیری از ضرری است که ممکن است شریک جدید این ضرر را بر شفیع تحمیل نماید. به عنوان مثال پس از آنکه شریک جدید در مال مشاع سهم پیدا کند، درخواست تقسیم مال مشاع نموده و سبب مؤونه و خرج اضافی و خسارت ناشی از تقسیم مال مشترک گردد (نجفی، همان: ۲۵۳) این استدلال تا

حدودی می‌تواند موجه باشد زیرا که برخی از اموال غیر منقول به گونه‌ای است که در صورت مشترک بودن می‌تواند منبع درآمد باشد، فرض کنیم زمینی است قابل کشت و تا تقسیم نگردد می‌تواند منبع درآمد اما بعد از تقسیم شدن، زمین مزبور بازدهی قبلی خود را از دست داده و ممکن است دیگر درآمدزا نباشد، از این رو شراکت هر چند مایه نزاع است اما در برخی موارد منبع درآمد بوده و بازدهی خوبی را دارد، به همین دلیل شارع مقدس جهت جلوگیری از ضرر، حق شفعه برای شریک سابق داده تا او بتواند از ضرر جلوگیری نماید.

با این وجود، نظریه مبنی بر اینکه شفعه برای جبران ضرر ناشی از تقاضای تقسیم مال مشاع است، قابل خدشه می‌باشد، زیرا که ضرر مزبور بعد از تقاضای خریدار پدید می‌آید و ابزار دفع این ضرر نیز باید همان موقع بوجود می‌آید، در حالی که حق شفعه، بایع سهم مشاع پدید می‌آید؛ یعنی قبل از تقاضای خریدار. بنابراین صرفاً ترس از چنین درخواست احتمالی، نباید اعطاء حق شفعه به شفیع شود؛ به عبارت دیگر به فرض که شفعه برای دفع خسارت ناشی از تقاضای تقسیمی باشد که خریدار مال مشاع ممکن است مطرح نماید، بدیهی است که این حق باید در زمانی ایجاد می‌شد که خریدار یعنی شریک جدید، تقاضای تقسیم مال را می‌نمود، در حالیکه به محض بیع، حق شفعه پدید می‌آید و چه بسا اصلاً شریک جدید هیچ‌گاه تقاضای تقسیم مال را ننماید. در این صورت چرا باید قبل از این که شریک جدید تقاضای تقسیم کند و فقط به صرف ترس از چنین تقاضایی به دیگر شریک یعنی شفیع، حق شفعه اعطاء گردد. (یزدانی، همان: ۳۶۲)

احتمال سوم

احتمال دیگری که داده شده این است که شفعه برای دفع ضرر راز ورود شریک ناخواسته باشد، چون که شفیع به هر حال بعد از مدتی ممکن است که با بایع و شریک سابق مأنوس شده و با اخلاق و روحیه هم آشنا شده و به راحتی می‌تواند مال مشاع را مشترکاً اداره نمایند بخصوص اگر شریک، فرد کارکشته و با تجربه‌ای بوده که این امر سبب رونق ملک مشترک می‌گردد. مثلاً قطعه زمینی کشاورزی بوده که بین دو فرد کشاورز با تجربه و متخصص و با موفقیت اداره می‌شد اما اگر بجای یکی از این‌ها فردی بی‌اید تنبل که هیچ تجربه و یا تخصص در کار کشاورزی نداشته و ممکن است سبب رکود اقتصادی این ملک گردد اینجا است که شفعه برای دفع ورود چنین فرد ناخواسته ایجاد شده باشد. به عبارتی دیگر: دو

شریکی که سال‌ها در کنار هم مالی مشاع شریک بوده‌اند، هر یک با شرایط موجود ناشی از اشاعه کنار آمده و با تحمل و صبوری در پذیرش یکدیگر تا حدودی به اعمال حقوق مالی خود در مال مشاع ادامه دهند. مخصوصاً اگر کاربرد مال به نحوی باشد که هر یک از دو شریک به تخصص و کارایی دیگر شریک نیاز داشته باشد، در این جا هر شریک در واقع به شریک دیگر خو کرده و با وی مانوس گشته و هر شریک ممکن است دیگر شریک را یار شاطر انگارد نه بار خاطر. (همان: ۳۶۳)

این دیدگاه هم خالی از ایراد نیست به این دلیل اصولاً معلول باید بعد از علت بوجود بیاید نه قبل از آن؛ یعنی حق شفعه بایستی بعد از آمدن شریک ناسازگار، تبیل و ناکارآمد حاصل گردد، در حالیکه در فرض ما شفعه به محض بیع برای شفیع حاصل می‌شود چه اینکه شریک فردی با تجربه باشد و یا احياناً بی تخصص و ناکارآمد. به قول دکتریزدانیان: اولاً شفعه بابیع محقق می‌شود در حالیکه سؤ رفتار شریک جدید در آینده پس از بیع ممکن است بروز نماید. به عبارتی اصولاً باید معلول بعد از چنین علتی پدید آید و شفعه بعد از تحقق سوء رفتار خریدار و شخصیت نامناسب وی بوجود آید نه با بیع سهم مشاع. ثانیاً اگر شفعه برای دفع چنین ضرر باشد، در صورتی که خریدار انسان نیکوکاری باشد و رعایت حقوق شریک خویش را بنماید، و مخصوصاً اگر در اداره مال، دارای تخصصی باشد که مفید به حال مال مشاع باشد، مانند داشتن تجربه در گلکاری بر روی زمینی که در آن گل پرورش می‌دهند نباید حق شفعه پدید آید در حالی که این موارد نیز حق شفعه بوجود می‌آید. ثالثاً اگر شفعه برای دفع چنین ضرری باشد، چرا مختص عقد بیع است در حالی که اگر سهم مزبور با انعقاد صلح نیز منتقل شود، سوء رفتار منتقل الیه می‌تواند سبب ضرر شفیع گردد و در اینجا هم باید شفعه، وجود می‌داشت. در حالیکه در عقود دیگر غیر از بیع شفعه وجود ندارد. رابعاً در اموال منقول نیز ممکن است شریک ناخواسته‌ای وارد شود. پس چرا در این موارد، شفعه وجود ندارد. (همان: ۳۶۴) باینحال با همه احتمالات فوق باز هم نقش شفعه در جلوگیری از ضرر قابل انکار نیست زیرا که شفعه مال مشاع را از حالت نیمه اختیار، خارج و شفیع را بر مال، مسلط و مستقل می‌سازد همین که مال از حالت اشاعه خارج گردد، شفیع یک نفس راحت کشیده و خود را مستقل و آزاد می‌پندارد و می‌تواند طبق میل و علاقه خود مال را اداره نماید. در صورتی که مال به طور مشترک و مشاع اداره شود شریک چندان آزادی و اختیاری نخواهد داشت و همین مطلب می‌تواند انگیزه شریک را در اداره و توسعه مال بعضاً پایین بیاورد زیرا در اشاعه همواره سوء استفاده وجود دارد چنانچه در قرآن

نیز ذکر شده که در موارد زیادی «خلطاء» بر یکدیگر ستم روا می‌دارند. و «خلطاء» به شرکاء تفسیر شده است بنابراین نفس اشاعه و شرکت در مال مقتضی ضرر است. شفعه وسیله‌ای است برای زوال مال نزاع در اداره و انتفاع از املاک.

نتیجه

در قانون مدنی ایران و افغانستان شفعه یک حق عینی بوده و پیدایش چنین تأسیس حقوقی بر مبنای حدیث پیامبر گرامی صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» و تحلیل فقهی و حقوقی است. حقوق دانان با استناد و به پیروی از حدیث شریف مذکور قائل هستند که شفیع حق دارد بعد از معامله با بیع با فرد ثالث، به منظور جلوگیری از ضرر، مبیع را از ید مشتری خارج و در عوض پرداخت ثمن به او، مال مشاع را تملک نماید. تملک شفیع زاییده و محصول فسخ و یا اقاله معامله نیست. از نظر فقها، حقوق دانان و قانون مدنی ایران و افغانستان، بیع با بیع صحیح و بلکه طبق قاعده «اصل لازم بودن عقود» عقد مال مشاع صحیح و لازم است. اما حقوق دانان با هدف جلوگیری از ضرر و شریک ناخواسته، برای شفیع این اجازه را داده‌اند که در صورت توان پرداخت ثمن به مشتری، مال فروخته شده را به ملکیت خود درآورد، از این رو، شفیع نمی‌تواند بعد از معامله با بیع و مشتری عقد را بهم زده و معامله را فسخ نماید، چون که اصل در عقود لزوم است. مضافاً طرف معامله با بیع مشتری است نه شفیع و او حق بهم زدن معامله‌ای را که بین با بیع و مشتری رخ داده است را ندارد. بنابراین معامله با بیع و مشتری انجام شده و عقد نه تنها صحیح، بلکه لازم می‌گردد. منتها فقها بر اساس روایات به شفیع اجازه داده که مال فروخته شده را از مشتری اخذ نموده و در ملکیت خود درآورد و این یک خرید مجدد است. ماده ۸۰۸ شرایط اعمال شفعه را بیان نموده است: ۱- اشاعه در مال ۲- غیر منقول بودن مال ۳- قابل تقسیم بودن مال ملک ۴- وقوع انتقال سهم شریک به وسیله عقد بیع ۵- محدود بودن شرکاء به دو شریک. یکی از مهم‌ترین شرایط در شفعه، غیر منقول بودن مال مشاع است بر این اساس اگر مالی منقول باشد حق شفعه ندارد. شرط مهم دیگری که در قانون مدنی ایران و افغانستان پیشینی شده است توانایی و صداقت داشتن شفیع بر پرداخت ثمن به مشتری است. این شرط نیز یکی از شرایط مهم شفعه است و اگر شفیع توان پرداخت ثمن را نداشته باشد و یا داشته باشد اما تعهد به پرداخت نکند نه تنها از ضرر جلوگیری نشده است که یک ضرر دیگر به مشتری وارد می‌شود و در صورت وقوع این اتفاق، فلسفه حق شفعه زیر سوال می‌رود. از این رو، شرط توان پرداخت ثمن یکی از شرایط مهم شفعه است.

منابع

* قرآن کریم

۱. امامی سید حسن، حقوق مدنی، ج ۳، انتشارات اسلامی، چاپ بیستم، ۱۳۸۷.
۲. باختر سیدمحمدرسول، اراضی و املاک در رویه قضایی انتشارات جاودانه، جنگل چاپ اول ۱۳۹۱.
۳. بیگدلی سعید، تعدیل قرارداد، نشر میزان چاپ چهارم ۱۳۹۴.
۴. حسینی، سید علی، الروضة البهية فی الشرح للمعة الدمشقيه، الجزالثانی، انتشارات دارالعلم، ۱۳۸۸.
۵. زرگوش، مشتاق، حقوق اداری، تملک اموال، شبه تملکها و سلب مالکیت از سرمایهها توسط دولت، چاپ اول ۱۳۹۱.
۶. سلطانیان، صحت الله، حقوق مدنی، اموال و مالکیت تأثیر زمان و مکان بر قانون مدنی، انتشارات جاودانه، جنگل چاپ اول ۱۳۸۹.
۷. شهیدی مهدی، حقوق مدنی، تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد چاپ هفتم ۱۳۸۸.
۸. قارویی، شیخ حسن، شرح فارسی بر شرح لمعه، ج ۱۷، ۱۴۲۸ق.
۹. کلینی، محمد بن یعقوب، الکافی (ط-الإسلامية) - تهران، چاپ چهارم، ۱۴۰۷ق.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، کلیات حقوق، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم ۱۳۸۷.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، میزان، تهران، چاپ بیست و نهم ۱۳۹۷.
۱۲. کاتوزیان ناصر، عدالت قضایی، گزیده آراء، نشر میزان، چاپ سوم ۱۳۸۶.
۱۳. موسویان، سید ابوالفضل، ماهیت حق، انتشارات عروج ۱۳۸۲.
۱۴. مارتین لاگین، مبانی حقوق عمومی، ترجمه محمدراسخ، انتشارات نشرنی ۱۳۸۸.
۱۵. نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۷، انتشارات دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۷۴.
۱۶. یزدانیان علیرضا، قواعد مسولیت مدنی، نشر میزان، چاپ اول ۱۳۸۶.