



تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی*

سیاوش گودرزی^۱

دانشجوی دکتری فقه و حقوق جزا، دانشگاه خوارزمی تهران

Email: siavash.goodarzi@stu.um.ac.ir

دکتر عباسعلی سلطانی

دانشیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: soltani@um.ac.ir

دکتر محمد رضا علمی سولا

استادیار دانشگاه فردوسی مشهد

Email: elmisola@um.ac.ir

سید جلال موسوی نسب

مربی گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

Email: mousavinasab@pnu.ac.ir

چکیده

حق شفعه در فقه و حقوق موضوعه یکی از اسباب تملک و موضوع ماده ۱۴۰ قانون مدنی است. از جمله شروط اساسی ایجاد حق شفعه انتقال حصه شریک به وسیله عقد بیع است که مشهور فقها و قانون مدنی بر آن تأکید دارند. در این مقاله نخست شروط اساسی ثبوت این حق برشمرده شده و دیدگاه‌های متفاوت در مورد این شروط بیان شده است. در پی آن، مستندات قول مشهور نقد و بررسی شده و با توجه به تعلیل مذکور در روایات و نیز غرض قطعی شارع یعنی نفی ضرر و همچنین لزوم قانون‌گذاری صحیح و اجتناب از باز گذاشتن راه حيله و نیرنگ، این نتیجه بدست آمده است که حق شفعه عمومیت داشته و در سایر عقود معاوضی نیز راه دارد.

کلیدواژه‌ها:

شفعه، بیع، عقد معاوضی، لاضرر.

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۳/۰۵/۰۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۴/۰۱/۲۹.

۱. نویسنده مسئول

مقدمه

اعمال حقوقی به دودسته مهم قراردادهای یا اعمالی که با تراضی واقع می‌شوند و ایقاعات یا اعمالی که با اراده یک نفر واقع می‌شوند، تقسیم می‌شوند. ایقاعات در زندگی اجتماعی نقشی بسیار مهم و غیرقابل انکار دارند. یکی از ایقاعات بسیار مهم، حق شفعه است که در فقه و حقوق مدنی راجع به احکام و آثار آن بحث‌های فراوانی صورت گرفته است. ولی حق شفعه با توجه به اینکه حقی استثنائی بوده و همواره به صورت محدود و مضیق تفسیر شده و عدم همخوانی با برخی قواعد عمومی حاکم بر قراردادهای حتی تا اوایل قرن پنجم هجری، در میان ابواب فقه، سرگردان بود و هریک از مولفان آن را درجایی قرار می‌دادند. در اواخر قرن پنجم آن را پس از باب غصب قراردادند، شاید به خاطر آنکه تصرف غاصب و شفیع، به‌رغم رضای مالک صورت می‌گیرد. اما این دیدگاه صحیح به نظر نمی‌رسد زیرا غصب خلاف شرع است ولی شفعه شرعاً جایز است. همان‌گونه که گفتیم حق شفعه همواره به‌عنوان یک حکم خلاف اصل در میان فقها و حقوقدانان مطرح بوده و هست و بر اساس این تفکر، همواره این حق را به‌طور بسیار محدود تفسیر کرده‌اند. قانون مدنی استثنائی‌ترین چهره ممکن در مورد حق شفعه را پذیرفته و در ماده ۸۰۸ چنین مقرر داشته که «هرگاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دونفر 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 کند». این ماده در مقام بیان شرایط ایجاد حق شفعه آن را مختص اموال غیر منقول، قابل تقسیم، مشاع میان فقط دو نفر و انتقال به قصد بیع نموده است. برای بررسی بهتر شرایط ایجاد حق شفعه ابتدا باید مبانی فقهی قانون مدنی در مورد شرایط مذکور را به‌طور خلاصه تبیین کنیم، تا ببینیم آیا در فقه امامیه که الهام‌بخش نویسندگان قانون مدنی بوده نیز همگان اتفاق نظر بر چنین شروط و قیودی دارند یا خیر؟ در ادامه خواهیم دید که به‌جز شرط انتقال به وسیله عقد بیع تمامی شروط بیان‌شده برای ایجاد حق شفعه محل گفتگو و بحث و اختلاف نظر است و نمی‌توان گفت همه فقها حق شفعه را حقی استثنائی پنداشته‌اند، ولی با توجه به اینکه حق شفعه همواره تفسیر محدودشده در بدو امر قبول تعمیم شفعه به تمامی عقود معاوضی مشکل به نظر می‌رسد. ابتدا به‌طور مختصر شرایط ایجاد حق شفعه را بر شمرده و اختلاف نظرهای موجود را یادآور خواهیم شد و سپس به بررسی موضوع اصلی این نوشتار مبنی بر امکان تعمیم شفعه به تمامی عقود معاوضی می‌پردازیم.

شروط اخذ به شفعه

فقهای امامیه و نیز ماده ۸۰۸ قانون مدنی شرایطی را برای ایجاد و اعمال حق شفعه بیان کرده‌اند که ما

ذیلاً آن‌ها را بیان کرده و هرکدام را توضیح مختصری خواهیم داد:

وجود شرکت

وجود شرکت و حالت اشاعه در اموال میان دو شریک زمینه اصلی ایجاد حق شفعه است. تصرف مشترک شریکان در مال مشاع و تعامل و همزیستی در نفع گوناگون در یک موضوع، نیاز به حسن نیت و صبر و تحمل فراوان دارد زیرا شریک نااهل می‌تواند انتفاع از مال را غیرممکن سازد و حتی آن را به نابودی کشاند. اگر گفته شود که هریک از شرکا می‌توانند شراکت را به هم بزنند و درخواست تقسیم مال را بنمایند در جواب باید گفت که تحمل تقسیم ضرر نیز آسان نیست، و نه تنها در برخی موارد هزینه فراوان دارد، گاهی اوقات از مرغوبیت و کمال انتفاع مال می‌کاهد. به همین دلیل باید گفت شخصیت هر شریک برای طرف مقابل اهمیت اساسی و بنیادین دارد. حق شفعه وضع گردیده برای جلوگیری از ضرری که به واسطه این تغییر شریک به وجود آمده است و راه‌حلی است برای برهم زدن حالت اشاعه و ایجاد وحدت مالک (کاتوزیان، ایقاع، ۲۲۳).

غیرمنقول بودن مال

مشهور فقهای امامیه با تکیه بر نصوص وارده در باب شفعه حق شفعه را فقط در اموال غیرمنقول پذیرفته‌اند. این شرط اولین شرط مذکور در ماده ۸۰۸ قانون مدنی نیز هست. صاحب جواهر می‌گوید این مسئله از مسائل اجماعی است (۳۷/۲۴۰)، اما در مورد ثبوت حق شفعه در اموال منقول میان فقها اختلاف نظر وجود دارد محقق اردبیلی در مورد این شرط از اختلاف بسیار میان فقهای امامیه یاد می‌کند (۱۳/۹). کسانی همچون شیخ طوسی، شیخ مفید، سید مرتضی، ابن ادریس و ابوصلاح حلبی حق شفعه را در اموال منقول، چون: لباس، ابزار آلات، کشتی، حیوان و امثال آن جاری دانسته‌اند (طوسی، ۴۲۳؛ مفید، ۶۱۹؛ سید مرتضی، ۴۴۸؛ ابن ادریس، ۳۸۸/۲؛ حلبی، ۳۶۲).

قابل تقسیم بودن مال

مطابق نص صریح ماده ۸۰۸ و نیز گفته‌های صریح فقهای امامیه، مال غیرمنقول باید از اموالی باشد که قابل تقسیم باشد، تا اینکه زمانی که شریک دیگر حق خود را واگذار نمود، شریک دیگر بتواند با اعمال حق شفعه حصه مزبور را تملک کند (علامه حلی، قواعد الاحکام، ۲/۲۴۲). این شرط نیز نظیر شرط سابق (غیرمنقول بودن مال) از شروط اختلافی میان فقیهان امامیه است. بزرگانی همچون شیخ طوسی،

شیخ مفید، سید مرتضی، ابن جنید اسکافی، ابن ادریس حلی و برخی دیگر شرط قابل تقسیم بودن مال را پذیرفته‌اند. صاحب ریاض و امام خمینی نیز به این قول تمایل دارند. صاحب ریاض قول به عدم اشتراط قابل تقسیم بودن مال را اظهر دانسته است. (طباطبایی، ۵۵/۱۴).

دو نفر بودن شرکا

مطابق متون فقهی و نیز قانون مدنی، حق شفعه در مال غیر منقول قابل تقسیم، زمانی برای شریک دیگر به وجود می‌آید که مال مزبور فقط در مالکیت دو نفر باشد و نه بیشتر، و هرگاه تعداد شرکا بیش از دو نفر باشد هیچ‌یک نمی‌تواند با استناد به شفعه، حصه فروخته‌شده را تملک کند (شهید ثانی، الروضه البهیة، ۲/۲۳). در مورد شرط مزبور نیز باید گفت که از شروط اجماعی نبوده و در مورد آن اختلاف دیدگاه وجود دارد. هر دو گروه نیز روایات را مستند خود می‌دانند زیرا که در برخی روایات، نظیر روایت یونس آمده: «إن زاد علی الاثنین فلا شفعة لأحد منهم» و در روایات دیگری نیز آمده است: «الشفعة علی عدد الوجال» (حر عاملی، ۴۰۲/۲۵). سید مرتضی در کتاب الانتصار از ابن جنید نقل می‌کند که ایشان معتقدند که در «عقار» (املاک غیر منقول) برای بیشتر از دو شریک نیز حق شفعه وجود دارد. در ماده ۱۰۱۳ المجله نیز شفعه با تعدد شرکا مورد قبول واقع شده است: «إذا تعددت الشفعاء يعتبر عدد الوءوس و لا يعتبر مقدار السهام، یعنی لا اعتبار لمقدار الحصص» (کاشف الغطاء، ۱۸۰/۳)؛ به این معنا که هرگاه شرکای دارای حق شفعه بیش از دو نفر باشند، تعداد آن‌ها ملاک محاسبه است، نه میزان سهم الشرکه. کاشف الغطاء نیز همین قول را مشهور میان فقهای امامیه می‌داند. (همو)

انتقال از طریق بیع

مشهور فقهای امامیه بلکه اکثریت قریب به اتفاق آنان، با تکیه بر نصوص وارده در باب شفعه معتقدند که حق شفعه تنها در موردی به وجود خواهد آمد که حصه مبیعه به وسیله عقد بیع به دیگری منتقل شده باشد. بنابراین هرگاه یکی از دو شریک سهم خویش را به سبب یکی دیگر از عقود معاوضی نظیر صلح معاوضی به دیگری منتقل کند، برای شریک دیگر، حق شفعه به وجود نمی‌آید (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۳۹/۵؛ محقق حلی، ۲۰۰/۳). قانون مدنی نیز در ماده ۸۰۸ همین دیدگاه را پذیرفته و مقرر داشته است: «... هرگاه ... یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند ...» قانون مدنی برای دفع هرگونه ابهام در ماده ۷۵۹ تصریح می‌کند که: «حق شفعه در صلح نیست، هرچند در مقام بیع باشد. همان‌گونه که گفته شد مستند فقهای امامیه نصوص وارده در مقام است، نظیر حدیث امام صادق علیه السلام که فرموده‌اند: «الشفعة فی البیوع» (حر عاملی، ۳۹۶/۲۵) و نیز روایت دیگری که در

مقام پدید آمدن حق شفعه می‌گوید: «... فباع أحدهما نصيبه» (همان، ۴۰۲). فقهای امامیه با توجه به اجماع و نیز با استناد به روایاتی که در مضمون آن‌ها فقط کلمه بیع استعمال شده است، حکمی را استخراج کرده‌اند که از نظر فقهی و حقوقی و با توجه به قواعد حاکم بر قراردادها، به هیچ وجه قابل توجیه نیست. ما در ادامه بحث، نقد اقوال فقها و ادله خویش را برای تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی می‌آوریم:

استناد به اجماع

فقهای امامیه ادعای اجماع دارند که حق شفعه تنها در صورتی ایجاد می‌شود و شریک حق اخذ به شفعه می‌یابد که حصه مشاع به وسیله عقد بیع منتقل شده باشد و انتقال به وسیله سایر عقود حتی عقد صلح معوض، تأثیری در ایجاد حق شفعه ندارد (حسینی عاملی، ۱۸/۴۴۲). تعاریف متفاوتی در مورد اجماع از طرف فقهای اسلام اعم از سنی و شیعه ارائه شده است ولی می‌توان گفت قدر جامع میان این تعبیرات آن است که کسانی که نظرشان برای اثبات احکام شرعی دارای ارزش و اعتبار است، اتفاق نظر بر یک حکم خاص داشته باشند (محمدرضا مظفر، ۳/۱۰۲). البته علمای ما معتقدند که اجماع در صورتی از ادله اثبات احکام شرعی است که کاشف از قول و رأی معصوم باشد. اما آنچه ضعف اجماع یاد شده را ظاهر می‌کند روایاتی است که در مورد حق شفعه از جانب پیامبر اکرم (ص) و ائمه معصومین (ع) وارد شده است که فقها همواره برای اثبات اصل وجود حق شفعه و احکام خاص آن و خصوصاً اختصاص شفعه به عقد بیع بدان‌ها تمسک کرده‌اند؛ از این رو قطعه اجماع مزبور مدرکی بوده و چنین اجماعی نمی‌تواند کاشف از قول معصوم باشد و در نتیجه حجت نیست. و در موارد چینی که روایات در اختیار است و حکم اجماعی نشئت گرفته از آن است، بهتر آن است که به اجماع استناد نشود زیرا ضعف آن واضح است. این نکته را نیز یادآور می‌شویم که در میان فقها ابن جنید مخالف قول مشهور بلکه اجماع فقهای امامیه است، لیکن از آن‌جا که وی گویا قائل به حجیت قیاس بوده و گفته شده عمل به قیاس در آراء او غیر قابل انکار است، مخالفت او را مضر به اجماع نمی‌دانند. اینکه ابن جنید در استنباط احکام شرعی از قیاس مردود یاری می‌جسته تقریباً واضح است ولی در این مورد خاص یعنی عدم اختصاص حق شفعه به عقد بیع، قیاس او از نوع قیاس منصوص العله بوده که باطل نیست و در ادامه در مورد آن بیشتر بحث خواهیم کرد.

اطلاق بیع بر تمامی معاوضات در عصر شارع

در عصر شارع و نزول وحی، بیع به معنی مطلق معاملات معوض به کار گرفته شده است؛ چنانکه از آیه نهم سوره جمعه برمی‌آید، وگرنه کسانی که مشمول آیه یازدهم بوده‌اند می‌توانستند نماز را ترک کرده و دنبال قافله‌های تجارتی بروند و مقاصد خود را تحت عنوان عقد صلح درآورند، حال آنکه هیچ‌کس چنین کاری را

نکرده و نمی‌کند. در صدر اسلام، بیع موضوعه معنی وسیع داشت که بیع کنونی شعبه‌ای از آن است. بعدها در مفهوم بیع دگرگونی‌هایی پدید آمد. شاهد مثال این موضوع فقط آیه کریمه نیست و نه تنها لفظ بیع در زمان نزول وحی در مورد مطلق معاوضات به کار گرفته می‌شده بلکه در میان روایات منقول از ائمه اطهار نیز اطلاق بیع بر دیگر عقود وجود دارد به عنوان مثال روایتی^۱ بدین مضمون در باب اجاره وارد شده است: از امام (ع) درباره کسی پرسیدم که چراگاه‌هایی می‌خرد - که در آن به پنجاه درهم یا کمتر یا بیشتر به چرا داده می‌شود - و قصد می‌کند تا با خود کسانی را که در آن محل چهارپایانی بچرانند داخل گرداند و قیمتش را از آنان بگیرد - حضرت فرمود: می‌تواند هر کسی را که بخواهد با خود داخل گرداند به بعض (بخشی از) آنچه داده است - و اگر با خود چهل و پنج گوسفند داخل گرداند - و هر گوسفند به یک درهم باشد اشکالی ندارد - و اگر آن شخص در آن محل چهارپایی را چرانیده باشد قبل از اینکه یک یا دو ماه یا بیشتر از آن، شخصی را داخل گرداند، بعد از اینکه به آنان مسئله را توضیح داده باشد، اشکال ندارد و نمی‌تواند آن جا را به ۵۰ درهم بفروشد و به همراه آنان چهارپا بچراند - و نه بیشتر از پنجاه و به همراه ایشان بچراند - مگر اینکه در آن چراگاه کاری را انجام داده باشد - چاهی را حفر کرده باشد یا رودی را شکافته باشد (ایجاد کرده باشد) - یا با رضایت صاحبان چراگاه، در آن محل رنج و زحمتی متحمل گردد (کاری صورت دهد) - پس اشکالی نیست در اینکه آن محل را بفروشد به بیش از آنچه خریده است؛ زیرا در آن جا کاری انجام داده و به این سبب، فروش وی صحیح است (حرعاملی، ۱۳۱/۱۹). صاحب وسائل الشیعه ذیل این روایت چنین می‌گوید که ظاهرًا منظور از خرید و فروش در اینجا اجاره است، همانگونه که کلینی و دیگران چنین برداشت کرده‌اند و گرنه این احکام در بیع جاری نیست (همان). مثال دیگر روایتی^۲ است که در مورد بیع کالی به کالی وارد شده است که مضمون آن چنین است. به امام رضا (ع) عرض کردم مردی دینی را که بر عهده شخص دیگری بوده خریده، سپس به مدیون اصلی مراجعه کرده و گفته است که آنچه را که فلان شخص برعهده تو دارد به من بپرداز؛ زیرا آن را از او خریده‌ام، امام (ع) فرمودند: آنچه آن شخص به طلبکار پرداخته را می‌تواند بگیرد و مدیون نسبت به باقیمانده بری می‌شود (حرعاملی، ۳۴۷/۱۸). شهید ثانی می‌گوید: می‌توان گفت که در این روایت از کلمه بیع معنی مجازی ضمان اراده شده است، زیرا که هر دو

^۱ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَى عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ الْحُسَيْنِ بْنِ سَعِيدٍ عَنْ أَخِيهِ الْحَسَنِ عَنْ زُرْعَةَ عَنْ سَمَاعَةَ قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ اشْتَرَى مَرَأَتِي بِرُغَى فِيهِ بِخَمْسِينَ دِرْهَمًا أَوْ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ - فَأَرَادَ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ مَنْ يَرْعَى فِيهِ وَيَأْخُذُ مِنْهُمْ الثَّمَنَ - قَالَ فَلْيَدْخُلْ مَعَهُ مَنْ شَاءَ بِنِغْضٍ مَا أُعْطِيَ - وَإِنْ أَدْخَلَ مَعَهُ يَتَسَعَةً وَارْتَبِعِينَ - وَكَانَتْ غَنَمُهُ بِدِرْهَمٍ فَلَا بَأْسَ - وَإِنْ هُوَ رَعَى فِيهِ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِشَهْرٍ أَوْ شَهْرَيْنِ - أَوْ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ بَعْدَ أَنْ يَبَيِّنَ لَهُمْ فَلَا بَأْسَ - وَلَيْسَ أَنْ يَبِيعَهُ بِخَمْسِينَ دِرْهَمًا وَيَرْعَى مَعَهُمْ - وَلَا بِأَكْثَرَ مِنْ خَمْسِينَ وَيَرْعَى مَعَهُمْ - إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْ عَمِلَ فِي الْمَرْعَى عَمَلًا - حَفَرَ بُئْرًا أَوْ شَقَّ نَهْرًا - أَوْ تَعْنَى فِيهِ بِرِضَا أَصْحَابِ الْمَرْعَى - فَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ بِأَكْثَرٍ مِمَّا اشْتَرَاهُ - لِأَنَّهُ قَدْ عَمِلَ فِيهِ عَمَلًا فَبِذَلِكَ يَصْلُحُ لَهُ.

^۲ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ یَحْیَى وَغَيْرِهِ عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عِيسَى عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ الْفَضِيلِ قَالَ: قُلْتُ لِلرَّصَاعِ رَجُلٌ اشْتَرَى دِينَارًا عَلَى رَجُلٍ - ثُمَّ ذَهَبَ إِلَى صَاحِبِ الدِّينِ - فَقَالَ لَهُ ادْفَعْ مَا لِفُلَانٍ عَلَيْكَ فَقَدْ اشْتَرَيْتَهُ مِنْهُ - قَالَ يَدْفَعُ إِلَيْهِ قِيمَتَهُ مَا دَفَعَ إِلَيَّ صَاحِبِ الدِّينِ - وَبَرَّيْتُ الَّذِي عَلَيْهِ الْمَالُ مِنْ جَمِيعٍ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ.

عقد در این امر که عقد معاوضی هستند، شبیه یکدیگرند (شهید ثانی، الروضة البهیه، ۱/۳۴۳). این روایت با اینکه در عصر امام رضا (ع) وارد شده و از عصر پیامبر اکرم فاصله زیادی داشته است باز هم این احتمال داده شده که مراد از بیع، عقد ضمان باشد با آنکه عقد ضمان تفاوت‌های اساسی با عقد بیع دارد حال چه رسد به عقود همچون معاوضه یا صلح معوض که تشخیص آن‌ها از عقد بیع کاری بس دشوار است و در برخی موارد فقط قصد طرفین است که نوع عقد را مشخص می‌کند. البته درست است که نمی‌توان به‌طور قطع و یقین گفت که منظور امام (ع) از بیع و شراء، عقد ضمان است ولی چون این اطلاق در میان روایات وجود دارد، چنین احتمالی از سوی فقها مطرح شده است که می‌تواند مؤیدی بر مدعای ما باشد. شاهد مثال دیگر تصریح به لفظ بیع در روایات مبنی بر عدم جواز بیع سلاح به اعدای دین است مثلاً در روایتی^۳ از امام صادق (ع) این مضمون رسیده که: ای علی (ع) ده گروه از این امت کفر به خداوند ورزیده‌اند، و از جمله فروشنده سلاح به اهل حرب (حرامی، ۱۷/۱۰۳). عدم جواز در اختیار قراردادن سلاح به اعداء دین در کلام فقها نیز به همان لفظ بیع آمده است (شهید اول، ۱۰۳). حال آیا می‌توان به استناد اینکه در روایت لفظ بیع آمده است، قائل به جواز هبه یا مصالحه سلاح به اعداء دین شد؟ قطعاً نمی‌توان چنین برداشتی از کلام معصوم (ع) کرد؛ زیرا غرض از صدور چنین حکمی عدم همکاری و تقویت جبهه کفار است؛ از این رو باید هدف این قانون رعایت شود. در مورد بیع سلاح به اعداء دین حتی امام تصریح به غرض خود نکرده است که البته غرض ایشان از صدور چنین حکمی معلوم است ولی در مورد حق شفعه دقیقاً هدف خود از وضع چنین حکمی را بیان داشته و آن جلوگیری از اضرار به شریک است. بنابراین باید به دنبال هدف شارع از تأسیس این حکم و امثال آن باشیم نه آنکه در پی تفسیر مضیق نصوص برآیم و در الفاظ آن‌ها جمود ورزیم. این گونه موارد از قبیل تفسیر متون جزائی و کیفری نیست که قانونگذار از هر واژه‌ای استفاده کند باید کلام وی در حدود معنی همان کلمه تفسیر شود و نتوان به‌هیچ وجه از مفاد آن الفاظ تعدی کرد. با توجه به ادله مذکور می‌توان گفت شفعه در سایر معاوضات نیز بدون تردید وجود دارد. برخی از حقوقدانان نیز معتقدند تقابل میان صلح و بیع بدین صورت که امروزه وجود دارد در قرون بعدی پدید آمده و در صدر اول اسلام نبوده است (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ۳/۲۲۹۶).

عدم تصریح روایات به غیر بیع

در روایات صادره در مورد شفعه هیچ تصریحی به عدم ایجاد حق شفعه در سایر عقود معاوضی به چشم نمی‌خورد، فقط همان گونه که صاحب مفتاح الکرامه می‌گویند (حسینی عاملی، ۱۸/۴۴۲) در یک

^۳ مُحَمَّدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ الْحُسَيْنِ بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَمَّادِ بْنِ عَمْرٍو وَ أَنَسِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ أَبِيهِ جَمِيعاً عَنْ جَعْفَرِ بْنِ مُحَمَّدٍ عَنْ آبَائِهِ عَ فِي وَصِيَّةِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: يَا عَلِيُّ كَفِّرْ بِاللَّهِ الْعَظِيمِ مِنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ عَشْرَةً إِلَى أَنْ قَالَ وَ بَانَعَ السُّلَاحَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ.

روایت در مورد شخصی که سهم خویش، از مال مشاع را صدقاً زوجه خویش قرار داده است آمده، که شریکان دیگر حق شفعه ندارند.

برای وضوح بیشتر مطلب بهتر آن است که یادآور اصل روایت بشویم. در این روایت آمده است که: سؤال کردم از امام باقر علیه السلام در مورد مردی که با زنی ازدواج کرده و منزلی را صدقاً او قرار داده است و آن مرد با دیگران در آن خانه شریک بوده است. امام علیه السلام فرمودند که جایز است مهریه قرار دادن آن خانه برای مرد و قبول آن توسط زن نیز صحیح است و سپس فرمودند برای هیچ یک از شرکا حق شفعه وجود ندارد (حرعاملی، ۴۰۷/۲۵).

اما اولاً سؤال اینجاست که چگونه فقها بدین روایت برای اثبات عدم حق شفعه در قرار دادن مال مشاع به عنوان مهریه استناد کرده اند و حال آنکه در روایت لفظ «شرکا» آمده و نه «شریکین»، مگر نه آن است که فقهای امامیه و به تبعیت از ایشان قانون مدنی حق شفعه را فقط در موردی جاری می دانند که مال مشاع میان دو شریک باشد.

ثانیاً این گونه نیست که عقد نکاح از عقود معاوضی باشد آن هم نوعی از معاوضات که تعادل میان عوض و معوض به طور دقیق مدنظر طرفین باشد و حال آنکه ما می گوییم حق شفعه زمانی به وجود می آید، که انتقال به وسیله یکی از عقود معوض نظیر صلح معاوضی باشد، آن هم بدین شرط که تعادل میان عوض و معوض عرفاً رعایت شود و به اصطلاح بهتر همان نتیجه بیع مدنظر باشد. اما اینکه در روایات لفظ بیع آمده است منافی آن نیست که شفعه در سایر معاوضات راه نداشته باشد چنان که شهید ثانی در توضیح کلام محقق که فرموده اند در ایجاد حق شفعه شرط است که انتقال به وسیله بیع باشد می فرمایند: «هذا هو المشهور بین الأصحاب، بل کاد یکون إجماعاً. و لیس علیه دلیل صریح، و إنما تضمنت الروایات ذکر البیع، و هو لا ینافی بثبوتها بغيره» (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۲۷۳/۱۲)؛ یعنی حکم ایجاد حق شفعه به وسیله عقد بیع مشهور در میان اصحاب است و حتی مسئله نزدیک به مسائل اجماعی است ولی دلیل صریحی بر این حکم وجود ندارد و اینکه روایات تنها بیع را متذکر شده اند منافاتی ندارد با ثبوت شفعه در سایر معاوضات. مرحوم خوانساری نیز در این زمینه پس از نقل روایات باب شفعه که در آن ها لفظ «بیع» آمده و فقها از آن حصر را استفاده نموده اند و نیز اجماع منقول در مبسوط شیخ طوسی، می فرماید: اگر مسئله از اجماعیات باشد بحثی نیست، و الا می توان در روایات خدشه نمود، زیرا که از روایات نمی توان «حصر» را استفاده نمود و سپس مثال می زنند که مثلاً اگر گفته شود صلح جایز است مگر آنکه حرامی را حلال نماید، یا حلالی را حرام نماید، آیا می توان از چنین کلامی حصر را استفاده نمود؟ ایشان در ادامه در تمامی روایات باب شفعه که در آن ها لفظ «بیع» و نظایرش آمده و فقها بدان استناد نموده اند خدشه و

مناقشه کرده‌اند (خوانساری، ۱۳۹۵/۶). در مورد اجماع نیز باید گفت که اجماع ادعاشده قطعه مدرکی بوده و مجالی برای استناد به آن نیست.

استناد به لا ضرر ذیل روایت شفعه

آن گونه که در روایات نبی اکرم (ص) در مقام تشریع حق شفعه آمده است حضرتشان برای وضع حق شفعه دلیل را قاعده لا ضرر دانسته‌اند. فقها نیز در آثار خویش تأکید دارند که تشریع حق شفعه برای دفع ضرر شریک است (طباطبایی، ۱۴/۵۵؛ ملامحسن فیض، ۳/۷۶). برای تبیین هرچه بهتر موضوع، قبل از استناد به قاعده لا ضرر که در روایات مربوط به حق شفعه مذکور است بهتر آن است که ابتدا شرح داده شود که مراد از ضرر ناشی از انتقال حصه مال مشاع توسط شریک چیست؟ به عبارت بهتر اگر حق شفعه نبود چه ضرری بر شریک دیگر وارد می‌شد که ایجاد حق شفعه آن ضرر را نفی می‌کند؟ نخست باید متن روایت عقبه بن خالد را بیاوریم که بدین قرار است «قضى رسول الله ص بالشفعة - بين الشركاء فى الأوصين و المساكين - و قال لا ضرر و لا ضرار - و قال إذا أوفت الأوف - و حدث الحدود فلا شفعة». مراد از ضرر در حدیث مذکور ضرری است که پس از نقل حصه به شخص ثالث بروز می‌کند، یعنی ضرر ناشی از قسمت در مقابل ضرر ناشی از شرکت، البته چنانچه بتوان شرکت را از عیوب به شمار آورد؛ زیرا بیشتر به عدم النفع شباهت دارد. پس ضرر در باب شفعه عبارت است از افزایش درصد احتمال مطالبه افراز مال مشاع (از سوی شریک جدید یا همان مشتری) که اگر این اتفاق بیفتد می‌تواند هزینه‌های زیادی را بر شریک دیگر تحمیل کند مانند حفر چاه جدید، ساختن انباری، آشپزخانه و غیره، خرید تلفن جدید و نصب کنتور آب و گاز و غیره. اما قبل از انتقال حصه، دو شریک روزگاری باهم انس و عادت گرفته‌اند و با یکدیگر و در کنار هم به اداره مال پرداخته‌اند (جعفری لنگرودی، الفارق، ۳/۱۷۴). فقهایی که حق شفعه در ملک همسایه را قبول نکرده‌اند به همین دلیل است؛ زیرا چنین ضرری در آن وجود ندارد.

از میان فقهای امامیه تنها شخصی که قائل به وجود حق شفعه در سایر معاوضات است ابن جنید است. ظاهر ایشان نیز با توجه به لا ضرر که علت منصوص در روایت است، چنین نظری را ارائه کرده است. وی برای اثبات دیدگاه خویش چنین استدلال نموده است: حکمی که شفعه را در عقد بیع اثبات کرده در سایر معاوضات نیز وجود دارد، بنابراین هیچ عقدی از دیدگاه شرع در این زمینه دارای خصوصیت ویژه نیست، از این رو یا باید حق شفعه در تمامی معاوضات جاری شود و یا در هیچ یک جاری نشود و اثبات شفعه در برخی از معاوضات و عدم جریان آن در برخی دیگر ترجیح بلا مرجح است (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۵/۳۴۰).

علامه و دیگران در جواب از دلیل ابن جنید گفته‌اند که این عمل قیاس بوده و ما به قیاس عمل نمی‌کنیم. درحالی‌که علت وضع حق شفعه در روایات ما بیان‌شده و هدف از آن جلوگیری از اضرار به دیگری است؛ هدفی که در شرع مقدس جایگاه والایی دارد. این نوع از استدلال که در کلام ابن جنید آمده در کلام فقهای بزرگی نظیر صاحب جواهر و فقهای دیگر نیز دیده می‌شود که ذیلاً به چند مورد اشاره می‌شود:

۱- تعمیم حکم ارتداد زوج به طلاق: اگر زوج بعد از انعقاد عقد نکاح و قبل از آنکه با همسرش هم‌بستر شود، مرتد شود، عقد ازدواج آن دو باطل‌شده و مطابق نظر محقق حلی در کتاب شرایع الاسلام نصف مهر بر مرد لازم می‌شود (محقق حلی، ۲/۲۳۸). صاحب جواهر این ارتداد را نازل منزله طلاق قبل از دخول دانسته و احکام طلاق قبل از مباشرت را بر آن بار کرده است. بنابراین همان‌گونه که بر اساس روایات طلاق قبل از دخول نصف مهریه را بر مرد واجب می‌کند، ارتداد قبل از دخول هم موجب ثبوت نصف مهر می‌شود (یزدانی، محمد مهدی و دیگران، ۱۵۴).

۲- تشبیه دندان اضافی به انگشت اضافی؛ اگر شخصی انگشت اضافی کسی را قطع نماید. دیه‌ای که در اثر این جنایت باید پردازد، یک سوم دیه اصلی است. روایاتی که حکم مذکور را بیان داشته‌اند، دیه ثلث را فقط در مورد انگشت بیان کرده‌اند. اکثر فقها دیه دندان زائد را نیز ثلث دیه کامل دانسته‌اند (شیخ طوسی، مبسوط، ۷/۱۰۰؛ شهید ثانی، مسالک الافهام، ۱۵/۴۲۱). در این حکم فقها حکم مذکور در روایات در باب انگشت زائد را به دندان زائد تعمیم داده‌اند.

صاحب جواهر در ابتدا می‌گوید: این حکم مختص انگشت اضافی است و تعمیم دادن آن به بقیه اعضا قیاس است، سپس با یک استدراک نظر خود را تغییر داده، می‌نویسد: مگر اینکه ما بتوانیم از روایات یک قاعده کلی را استخراج کنیم و بگوییم که قطع هر عضو اضافی در بدن، ثلث دیه عضو اصلی است همان‌گونه که از کتاب مسالک و مجمع الفائدة والبرهان این مطلب به دست می‌آید. در نتیجه صاحب جواهر از روایات ملاک حکم را استنباط کرده و با استفاده از آن ملاک، حکم دیه جنایت بر سایر اعضای زائد بدن را نیز به دست آورده است (۲۳۴/۴۳). نظیر این گونه استدلال و تعمیم و ملاک‌گیری در احکام در میان فقها زیاد دیده می‌شود. و حال آنکه هیچ تصریحی به علت وضع حکم در آن موارد نشده است، ولی در مورد شفعه بدین شکل نیست بلکه در خود روایت استناد به لا ضرر شده است و حتی نویسندگان کتب قواعد فقه روایت تشریع شفعه را از مستندات قاعده لا ضرر می‌دانند (بجنوردی، ۱/۲۱۲).

با توجه به نکات مذکور می‌توان دیدگاه ابن جنید در این مورد را پذیرفت و گفت که تعمیم شفعه به سایر عقود معاوضی از باب قیاس باطل نیست. این نوع از استدلال را شاید بتوان مطابق قاعده اشباه و

نظایر که بعضی از حقوقدانان ارائه داده‌اند و مدعی آن هستند که از نوع قیاس باطل نیست، نیز توجیه نمود (جعفری لنگرودی، مقدمه عمومی علم حقوق، ۱۶۸).

در مورد قاعده لاضرر و استناد به آن باید یادآور نکته‌ای بشویم و آن اینکه ممکن است کسی چنین ایراد کند که هیچ‌یک از فقهای امامیه برای تعمیم شفعه به عقود دیگر غیر از بیع به قاعده لاضرر استناد نکرده‌اند. چنین اشکالی ممکن است مطرح شود زیرا برخی از اعظام فقه امامیه در مورد قاعده لاضرر که نقشی بس مهم در استنباط احکام اسلامی دارد این‌گونه نظر داده‌اند که نمی‌توان به‌طور آزادانه و بدون قید و شرط به این قاعده عمل کرد و آن را بر مسائل فقهی انطباق بخشید، بلکه بایستی همواره رعایت دیدگاه‌ها و فتاویٰ اصحاب را نمود و بایستی از حدود آن فتاوا خارج شد و گرنه فقهی جدید تأسیس می‌گردد. مثلاً در مورد شرط فاسد در عقد، میان فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد و عده‌ای معتقدند که فساد شرط به عقد سرایت نمی‌کند که این دیدگاه را قانون مدنی در ماده ۲۳۲ پذیرفته است. اما فرع دیگری که ناشی از این دیدگاه است و در بحث حاضر مدنظر ماست آن است که آیا مشروطه در شرط فاسد و ممنوع، اگر جاهل به فساد شرط است، می‌تواند به وسیله اختیار، عقد را فسخ کند یا خیر؟ قانون مدنی که در ماده ۳۹۶ اختیارات را احصا کرده است در این مورد سخنی به میان نیاورده است ولی برخی معتقدند که مشروط له چنین حقی دارد که عقد را فسخ کند، زیرا که این مورد هم از قبیل اختیار تخلف شرط است. شیخ انصاری در رد این دیدگاه چنین بیان می‌دارد: «أن العمدۃ فی خيار تخلف الشرط هو الإجماع، وأدلة نفی الضرر قد تقدم غیر مرة أنها لا تصلح لتأسيس الحكم الشرعی إذا لم يعتضد بعمل جماعة؛ لأن المعلوم إجمالا أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسيس فقه جدید» یعنی عمده دلیل و مدرک اختیار تخلف شرط (ماده ۴۴۴ قانون مدنی) اجماع فقهای امامیه و نیز قاعده لاضرر است. ولی زمانی می‌توان به لاضرر استناد کرد که عده‌ای از اصحاب هم به آن عمل کرده باشند؛ زیرا پیدا است که هرگاه به عموم لاضرر عمل کنیم فقهی جدید تأسیس می‌شود (شیخ انصاری، ۱۰۱/۶). شاید دلیل آنکه فقهای ما در مورد شفعه به قاعده لاضرر و عمومیت این قاعده عمل نکرده‌اند نیز همین باشد که کسی در این مورد خاص به آن عمل نکرده است. ولی اولاً دلیلی بر این مدعا وجود ندارد که حتمه باید عده‌ای از فقها در یک حکم خاص به قاعده لاضرر استناد کرده باشند تا دیگران نیز بتوانند به آن عمل کنند. ثانیاً در روایات باب شفعه نص لاضرر آمده است و نمی‌توان به سادگی از آن چشم‌پوشی کرد.

تفسیر مستلزم نقض غرض شارع یا قانون‌گذار

فقهای امامیه نقش عقل در استنباط احکام شرعی را پذیرفته‌اند و به عقل انسان و درستی نتایجی که از

این راه به دست می‌آید در حدود قلمرو حجیت عقل، اعتقاد و اعتماد کامل دارند و احکامی را که عقل از متون روایات استنباط می‌کند پذیرا هستند. وقتی قانون‌گذار عادی در مجالس قانون‌گذاری به‌طور مسلم در گفتار خود رعایت قوانین عقل و منطق را می‌کند، شارع مقدس که در رأس عقلا است به‌طور حتم اهداف متعالی و خاصی را در وضع احکام رعایت می‌کند و قواعدی را به دست می‌دهد که به‌وسیله این قواعد می‌توان اغراض او را کشف نمود و راه‌حل‌هایی برای وضع بهتر قوانین به دست آورد. حال در مقام تفسیر کلام شارع و قانونگذار از شرایط اساسی و بنیادین آن است که نتیجه مستخرج با اغراض مسلم او متناقض یا در تضاد نباشد. این امر در مورد قانون‌گذار عادی از طریق قوه مقننه، امری واضح و روشن است زیرا هر عاقل عادی سعی دارد که از تناقض‌گویی برکنار باشد. به‌عنوان مثال اگر کسی قبل از فوت و در حال مرض موت، اموال خویش را به قصد محروم کردن برخی از ورثه به یکی از آن‌ها یا به شخص دیگر صلح بلاعوض یا محاباتی کند این صلح را که متضمن حيله و تقلب نسبت به قانون است و مخالف غرض قانون‌گذار از مقررات ارث (که هدف آن حفظ خانواده است) باید مشمول ماده ۷۵۴ قانون مدنی دانست، و حکم به ابطال آن نمود. اگر ماده مذکور را به نحوی دیگر تفسیر کنیم باید ناگزیر مقنن را به نقض غرض خویش متهم کنیم و این تالی فاسدی است که نمی‌توان به آن ملتزم شد. دیدیم که در مقام تفسیر عباراتی که در مقام قانون‌گذاری از طرف قانون‌گذار عادی هستند باید عبارات به نحوی تفسیر شود که به غرض قانون‌گذار لطمه وارد نشود. حال که امر در مورد قانون‌گذار عادی بدین شکل است در مورد شارع مقدس که رئیس عقلا است به طریق اولی باید کلام او متناسب با غرض او تفسیر شود. چگونه ممکن است شارع حکیم حق شفعه را تشریع نموده و دلیل آن را جلوگیری از ضرر رساندن به غیر بداند، سپس به راحتی اجازه بدهد که اشخاص قالب عقد را تغییر داده و برخلاف اغراض او به طرف مقابل ضرر وارد کنند. چنین عملی از مجالس قانون‌گذاری عادی سر نمی‌زند چه رسد به شارع مقدس. اما در مورد شفعه باید این نکته را یادآور شد که بدین گونه نیست که ما به‌وسیله تنقیح مناط غیر قطعی یا قیاس و این دست از قواعد استنباط که مورد قبول فقهای امامی نیست به دنبال کشف غرض شارع از ایجاد حق شفعه باشیم، بلکه خود شارع مقدس تصریح به هدف از وضع حق شفعه کرده و بیان داشته که هدف او نفی ضرر است. در سیستم حقوقی اسلام هرگاه مراد شارع محرز باشد، کسی حق ندارد تفسیری برخلاف اراده شارع مقدس ارائه کند.

مسدود کردن باب حيله و نیرنگ

اختصاص حق شفعه به عقد بیع این عیب مهم را دارد که باب حيله را می‌گشاید. مثلاً شریکی که قصد فروش حصه خود را دارد مقصود خود را در قالب صلح پیاده کرده و آسوده‌خاطر از مزاحمت شریکان،

حصه را انتقال می‌دهد و به راحتی به شریک خود ضرر وارد می‌کند. نظام حقوقی (آن هم نظام حقوقی اسلام که از منبع وحی مستفاد است) باید از بند بازی با الفاظ و نیرنگ‌ها خلاص شود و به سوی نیازهای اجتماعی و عقلی شدن گام بردارد. حق اولویت شریک در خرید سهم مشاع شریک دیگر، نیازی است معقول؛ ولی قانون‌گذار باید با احترام به این نهاد دیرپا و تاریخی آن را چنان بیاراید که تعارض کمتری با قواعد پیدا کند.

اختصاص حکم به عقود معاوضی

قراردادها همواره نقشی اساسی و بنیادین در زندگی اجتماعی دارند اما نقش اساسی و اصلی آن‌ها در زندگی بشر توزیع و مبادله ثروت از راه طبیعی و عادلانه آن است، راهی که ابتکارهای شخصی را تقویت کند و در رعایت آن اجبار خارجی احساس نشود. در دنیای کنونی، اگر کسی مالی را به دیگری بدهد و یا تعهدی را در مقابل دیگری به گردن می‌گیرد، غالباً برای آن است که در مقابل نفعی به همان اندازه و یا بیشتر به دست آورد. به همین دلیل، معمولاً قراردادها دارای دو تعهد یا تملیک متقابل هستند، یعنی هریک از طرفین قرارداد، در مقابل مالی که می‌پردازد یا دینی که بر عهده می‌گیرد، مال یا تعهد دیگری را به دست می‌آورد، این گروه از قراردادها که بر حسب طبیعت خود وسیله معاوضه و معامله است، عقود معوض نامیده می‌شوند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ۱/۱۱۳). باین همه نباید چنین پنداشت که در همه قراردادها هدف نهایی کسب سود و به دست آوردن درآمد است. در کنار ملاحظات اقتصادی، اخلاق نیز سهمی بسیار زیاد در گسترش نقش عقود و قراردادها در میان جامعه دارد. گاه شخص به قصد احسان با طرف دیگر پیمان می‌بندد یا اقدام او جنبه عبادی و غیر خواهی دارد و رنگ و بوی خودخواهی به همراه ندارد. مثلاً مال خود را به دیگری می‌دهد یا دینی را بر عهده می‌گیرد، بدون اینکه در برابر آن تعهدی به دست بیاورد. این گونه از قراردادها عقود مجانی هستند. مانند آن که در عقد هبه، واهب مالی را به متهد تملیک می‌کند، بدون اینکه در برابر آن انتظار به دست آوردن چیزی را داشته باشد یا مثلاً در عاریه مالک به دیگری اذن می‌دهد که به طور مجانی از منافع مال او بهره بگیرد. ذکر مطالب مذکور برای مشخص کردن هدف و غایت عقود معوض و مجانی ضروری می‌نمود تا بهتر بتوانیم در مورد شمول حق شفعه به عقود مجانی و غیر معوض نظر بدهیم. با توجه به مطالب مذکور در مورد عقود معوض و مجانی باید گفت که هدف تمامی عقود به یک شکل نیست بلکه در برخی از آن‌ها هدف، احسان به دیگران و نیکوکاری است، در این گونه عقود معمولاً شخصیت طرف مقابل نقشی بسیار مهم و اساسی دارد، به شکلی که اگر در این عقود اشتباه در طرف معامله رخ بدهد موجب بطلان آن عقد خواهد شد. مثلاً اشخاص غالباً اموال خود را به فرزندان

یا نزدیکان خود هبه می‌کنند یا در مقابل بهایی اندک تملیک می‌کنند. باین وجود برخی از فقهای عامه در برخی اقوالشان و نیز اساتید حقوق قائل هستند که حق شفعه در تمامی عقود راه دارد، حتی در عقود مجانی نظیر هبه نیز این حق جاری است و شفیع قیمت مال را به شریک می‌پردازد (جعفری لنگرودی، المدونه، ۳۴۵). هرچند این قول خصوصاً با توجه با تعلیل ذیل روایت که علت وضع حق شفعه را نفی ضرر دانسته خالی از قوت نیست ولی به سختی می‌توان در این عقود و قراردادها قبول کرد که شریک دارای حق شفعه باشد و بتواند مال را به طور قهری از تحت تصرف و ملکیت شخصی که هدف اصلی از انتقال بوده است خارج کند. زیرا گفتیم که در این عقود هدف صرفه کسب سود و درآمد نیست بلکه هدف واهب یا موصی مثلاً آن است که مال در اختیار شخص خاصی قرار بگیرد و ایجاد حق شفعه با غرض اصلی این نوع از نقل و انتقالات تعارض دارد. و مثلاً در برخی موارد که شخص می‌خواهد اموال و میراث خانوادگی خود را منتقل کند و معمولاً این عمل را از طریق وصیت یا هبه و امثال آن‌ها انجام می‌دهد، اگر قائل بدان باشیم که به صرف انتقال حصه مشاع حق شفعه برای شریک به وجود می‌آید ضرری بیشتر از ضرر تقسیم یا تحمل شریک ناهل که ممکن است بر شریک وارد شود، بر موصی له یا متهب وارد می‌شود. با توجه به مطالب مذکور به نظر می‌رسد اختصاص حق شفعه به عقود معاوضی که غالباً آنچه مدنظر طرفین است صرف نقل و انتقال و رعایت تعادل میان عوض و معوض است و شخصیت طرف مقابل معمولاً نقشی در آن ندارد، قوی‌تر می‌کند، خصوصاً اینکه ایجاد حق شفعه در تمامی نقل و انتقالات اعم از معوض و مجانی در برخی موارد باعث ضرر بیشتر بر مشفوع منه می‌شود. شاید با توجه به همین دلایل بوده که حتی کسانی که حق شفعه را در همه نقل و انتقالات روا دانسته‌اند، هیچ‌کدام این حق را در انتقال به وسیله ارث قائل نیستند.

قول به تعمیم شفعه در فقه اسلامی

پس از تتبع در میان آثار فقهای امامیه، جز ابن جنید کسی را نیافتیم که قائل به تعمیم حق شفعه در تمامی معاوضات باشد تا جایی که یکی از ادله فقهای امامیه برای اختصاص شفعه به عقد بیع اجماع است که ذکر آن گذشت. فقط برخی از ایشان مانند شهید ثانی و مرحوم خوانساری در حکم اختصاص شفعه به عقد بیع مناقشات دارند که ذکر شد ولی در انتها، نظر مخالف ابراز نکرده‌اند و به خاطر اجماع در مسئله همان قول مشهور را پذیرفته‌اند. اما فقهای چهار مذهب اهل سنت قائل به تعمیم شفعه به عقود دیگر غیر از عقد بیع هستند. اختلاف اقوال در این مورد است که آیا حق شفعه در عقود غیر معاوضی هم راه دارد یا نه؟ در ادامه به طور مختصر آرای ایشان را نقل می‌کنیم. فقهای شافعی موافق با تعمیم حکم شفعه به عقود معاوضی هستند، عبارت برخی از این فقها در این زمینه چنین است: «حق شفعه در ملک مشاع که فروخته

می شود ثابت است به خاطر حدیث جابر از نبی اکرم (ص) که فرمودند: اگر شریک (مال مشاع) را بفروشد و به شریک دیگر خبر ندهد او سزاوارتر به مال است. و شفعه در هر موردی که ملک مشاع به وسیله عقد معوض منتقل می شود نظیر اجاره و نکاح و خلع وجود دارد زیرا که این ها عقد معاوضی هستند و اشکال ندارد که حق شفعه همان طور که در بیع وجود دارد در آن ها نیز باشد. اما در مواردی که جزء مال به غیر عوض تملک می شود مانند وصیت و هبه، حق شفعه وجود ندارد زیرا مال بدون اینکه چیزی در مقابل آن باشد تملیک شده است، پس حق شفعه در آن راه ندارد» (نوی، ۱۴/۳۰۱؛ ابواسحاق شیرازی، ۲/۲۱۴). البته قولی از شافعی نقل شده که در نقل و انتقالات غیر معوض نظیر هبه و صدقه نیز شفعه وجود دارد (ابن رشد، ۴/۴۲)، ولی همگی اتفاق دارند که در میراث حق شفعه وجود ندارد (همان). فقه مالکی نیز موافق قول شافعی است و مشهور نزد امام مالک آن است که شفعه در هر موردی که نقل و انتقال ملک، معوض باشد مانند بیع و صلح و مهر و غیر از آن ها وجود دارد (مالک ابن انس، ۴/۲۴۴). در فقه حنفی نیز شفعه را در عقد بیع و آنچه در معنی بیع است جایز می دانند ولی در عقود غیر معاوضی روا نمی دانند. عبارت کتاب بدائع الصنائع در مورد شرایط وجوب شفعه که اولین آن ها انتقال به وسیله عقد معاوضی است بدین شکل است: «شرائط ایجاد حق شفعه چند چیز است: یکی از آن ها (انتقال به وسیله) عقد معاوضی است و آن عقد بیع و آنچه در معنی بیع می باشد، است. پس در آنچه که بیع یا در معنی بیع نیست، شفعه وجود ندارد. یعنی این که در هبه، صدقه و میراث و وصیت، شفعه وجود ندارد» (ابوبکر کاسانی، ۵/۱۰؛ سرخسی، ۱۴/۱۴۰). فقهای حنبلی نیز معتقدند هرکجا که انتقال در مقابل عوض باشد حق شفعه وجود دارد، برخلاف آنجا که معامله به غیر عوض باشد (ابن قدامه، ۵/۲۳۴).

تعمیم حکم خلاف اصل

قاعده تسلیط از قواعد بسیار مهم در حقوق اسلامی است که مقبول همه فقهای اسلام است، بلکه می توان مفاد آن را مقبول همه عقلا دانست. قاعده سلطنت بدین معنا است که مالک می تواند به هر شکل که بخواهد در اموالش تصرف بکند و هیچ کس نمی تواند مانع تصرفات او گردد و هر نوع شکی که در مورد تصرفات مالک به وجود بیاید، با توجه به این قاعده برطرف می شود و به جواز تصرفات مالک حکم می شود (مصطفوی، ۱۳۶). مفاد این قاعده در ماده ۳۰ قانون مدنی بازتاب یافته است. در حقوق مدنی اخذ به شفعه تنها موردی است که با اینکه مالک در قید حیات است و مال او کاملاً تحت تصرف اوست دیگری می تواند ملک او را بدون موافقتش تملک کند (امامی، ۳/۱۶). ممکن است گمان شود که تملک قهری اختصاص به مورد شفعه دارد ولی بدین گونه نیست زیرا عناصر تملک قهری از قرار ذیل است:

اول: مال یا ملکی که دارای مالک باشد؛ پس تملک از طریق حیازت مباحات، از موضوع تملک قهری خارج شد.

دوم: غیر مالک، آن مال یا ملک را به ضرر مالک آن، تصاحب و تملک کند. این اعم است از اینکه عوض آن را قانوناً بدهد یا دادن عوض، قانوناً شرط آن نباشد.

سوم: قانون صریحاً اذن تملک قهری را داده باشد. پس تملک قهری از ایقاعاتی است که قانون آن را شناخته است مانند اخذ به شفعه.

پس اقسام تملک قهری از قرار ذیل است:

الف) اخذ به شفعه. این تملک معوض است.

ب) تملک لقطه بعد از حول تعریف در حدود قانون. این تملک مضمون به عوض است (جعفری لنگرودی، فلسفه حقوق مدنی، ۱/ ۲۶۰). با توجه به تشریح حق شفعه فقهای اسلام با یک تضاد دست به گریبان شده اند بدین شرح که:

۱) از یک طرف گمان کرده اند که تملک قهری در شفعه خلاف قاعده است، قاعده آن است که تملیک و تملک به تراضی صورت بگیرد. با توجه به این اصل، روایات شفعه خلاف اصل تسلیط است و باید محدود به قدر متیقن گردد. در فقه امامیه همگی بر همین منوال حرکت می کنند و بر این اساس: اولاً- شفعه را مختص عقد بیع دانسته اند.

ثانیاً- شفعه را مختص مبیع مشاع دانسته اند. پس در ثمن مشاع شفعه نیست.

۲) اما طرف مقابل این تضاد، این است که در نص وارد و کلام فقها، بارها به «لا ضرر» استناد شده است. حال که حکمت وضع حق شفعه، «لا ضرر» است در صلح سهم مشاع و وصیت به سهام مشاع هم لا ضرر باید جاری شود و نمی توان تعلیل ذیل روایات را نادیده گرفت و مفهوم لا ضرر در باب شفعه باید کاملاً دقیق بررسی شود.

اما در مورد اینکه شفعه خلاف اصل است، باید گفت که معروف میان فقها آن است که نصوص باب شفعه، خلاف قاعده است و نقل و انتقال مال به تراضی است که شایع است، اما تملک قهری در باب شفعه، خلاف شایع است و این مطلب واضح است. اما سؤال اینجاست که کدام آیه، روایت یا حکم عقل قطعی می گوید هر چه خلاف شایع است خلاف قاعده است؟ همه می دانند احکام شرع تابع مصالح و مفاسد است، این خود یک قاعده مهم است، تملیک و تملک که به تراضی صورت می گیرد مطابق مصالح اجتماعی است، اما تملک قهری شفیع در انتقال سهم مشاع هم با قلمرو محدودی که دارد در چهارچوب خاص خود تابع مصالح اجتماعی است. پس هم در شفعه و هم در تراضی تبعیت از مصالح می شود،

مصالح در تراضی شایع است، مصالح باب شفعه خلاف شایع است اما خلاف قاعده نیست (جعفری لنگرودی، تنوری موازنه، ۱۹۱). بیشتر مواردی که عبارت «خلاف قاعده» را به کار برده‌اند با این رویکرد که هر خلاف شایع خلاف اصل نیست توجیه می‌شود. برخی حقوقدانان نیز در این مورد چنین نظر داده‌اند که حق شفعه در تمامی معاوضات راه دارد که عبارت ایشان در تبصره ماده ۲۸۵ طرح اصلاح قانون مدنی چنین است: «حق شفعه اختصاص به عقد بیع ندارد» (جعفری لنگرودی، مجموعه محشی قانون مدنی، ۸۳۳).

نتیجه‌گیری

ایجاد حق شفعه نیازمند تحقق شروطی است که در لابه‌لای کتب فقهی و شروح قانون مدنی به تفصیل بحث شده است. مشهور فقها برای ثبوت این حق، انتقال حصه مشاع به وسیله عقد بیع را شرط می‌دانند و تأکید دارند که اگر این معاوضه به وسیله سایر عقود مملک نظیر صلح معوض و یا هبه معوضه صورت پذیرد حق شفعه برای شریک دیگر به وجود نمی‌آید. قانون مدنی نیز همین دیدگاه را پذیرفته و شاید برای فرار از بعضی نتایج نامطلوب این شرط، به جای استفاده مطلق کلمه بیع کلمه «قصد» را نیز بدان افزوده است، ولی اضافه کلمه قصد نیز راهگشا نیست، زیرا حقوق ابزاری در اختیار ندارد که به سادگی به مقاصد افراد پی ببرد. مشهور برای اثبات مدعای خویش به روایات وارد در باب شفعه و نیز اخذ به قدر متقین استناد نموده‌اند. اما باید گفت این دلایل کافی برای اثبات مطلوب نبوده و روایات منافی آن نیست که شفعه در سایر معاوضات راه داشته باشد چنان‌که شهید ثانی و صاحب جامع المدارک نیز فرموده‌اند.

اخذ به قدر متقین نیز زمانی صحیح است که منتهی به نقض غرض شارع و قانون‌گذار و نقص در قانون‌گذاری و باز کردن راه حيله و نیرنگ برای فرار از مقاصد قانون‌گذار نگردد، نویسندگان با ارائه مستندات و غرض شارع از وضع حق شفعه معتقد هستند که حق شفعه در سایر عقود معاوضی غیر از بیع نیز راه دارد. لذا باتوجه به دستاوردهای تحقیق، پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار با تصریح به عدم اشتراط انتقال به وسیله عقد بیع، نسبت به اصلاح ماده قانون مذکور اقدام کند.

منابع

- ابن ادریس، محمد بن احمد، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۰ ق.
ابن حمزه، محمد بن علی، *الوسیلة علی نیل الفضیلة*، در یک جلد، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، چاپ اول، ۱۴۰۸ ق.
ابن رشد، محمد بن احمد، *بدایة المجتهد و نهایة المقتصد*، قاهره، دار الحدیث، ۱۴۲۵ ق.

- ابن قدامه، عبدالله بن احمد، *المغنی*، قاهره، مكتبة القاهرة، ۱۳۸۸ ق.
- ابن منظور، محمد بن مکرم، *لسان العرب*، ۱۵ جلد، بیروت، دارالفکر، چاپ سوم، ۱۴۱۴ ق.
- ابو الصلاح حلبی، تقی الدین بن نجم، *الکافی فی الفقه*، اصفهان، کتابخانه عمومی امام امیر المومنین علیه السلام، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.
- امامی، حسن، *حقوق مدنی*، ۶ جلد، تهران، انتشارات اسلامی، چاپ بیست و چهارم، ۱۳۹۱.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، ۶ جلد، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهية*، ۶ جلد، قم، نشر الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.
- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق* (دائرة المعارف عمومی حقوق)، ۵ جلد، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- _____، *المدونه*، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۷.
- _____، *تئوری موازنه*، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۱.
- _____، *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ۵ جلد، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
- _____، *مجموعه محشی قانون مدنی*، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۹۱.
- _____، *مقدمه عمومی علم حقوق*، در یک جلد، تهران، گنج دانش، چاپ یازدهم، ۱۳۸۷.
- حر عاملی، محمد بن حسن، *وسائل الشیعة*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ اول، ۱۴۰۹ ق.
- خمینی، روح الله، *تحریر الوسیلة*، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، چاپ اول، بی تا.
- راغب اصفهانی، حسین بن محمد، *مفردات ألفاظ القرآن*، لبنان، دار العلم-الدار الشامیه، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- شمس الانمہ سرخسی، محمد بن احمد، *المبسوط*، بیروت، دارالمعرفه، ۱۴۱۴ ق.
- شهید اول، محمد بن مکی، *اللمعة الدمشقية*، در یک جلد، بیروت، دارالتراث-الدار الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۰ ق.
- شهید ثانی، زین الدین بن علی، *الروضة البهیة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۲ ق.
- _____، *مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام*، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.
- شیرازی، ابراهیم بن علی، *المهذب فی فقه الإمام الشافعی*، بیروت، دار الکتب العلمیه، بی تا.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام*، ۴۳ جلد، بیروت، دار إحياء التراث العربی، چاپ هفتم، ۱۴۰۴ ق.

طباطبائی کربلایی، علی بن محمد علی، *ریاض المسائل*، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۸ ق.
طوسی، محمد بن حسن، *الخلاف*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۰۷ ق.

_____، *المبسوط فی فقه الإمامیة*، المكتبة المرتضویة، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۷ ق.
_____، *النهاية فی مجرد الفقه و الفتاوى*، بیروت، دار الكتاب العربی، چاپ دوم، ۱۴۰۰ ق.
عاملی غروی، جواد بن محمد، *مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۹ ق.

علامه حلی، حسن بن یوسف، *قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، قم، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

_____، *مختلف الشیعة فی احکام الشریعة*، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ دوم، ۱۴۱۳ ق.

علم الهدی، علی بن حسین، *الانتصار فی انفرادات الامامیه*، یک جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله، *التنقیح الرائع لمختصر الشرائع*، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی، چاپ اول، ۱۴۰۴ ق.

فخرالمحققین، محمد بن حسن، *ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ اول، ۱۳۸۷ ق.

فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی، *مفاتیح الشرائع*، ۳ جلد، قم، انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی، چاپ اول، بی تا.

کاتوزیان، ناصر، *اموال و مالکیت*، در یک جلد، تهران، میزان، چاپ سی و پنجم، ۱۳۹۰.

_____، *ایقاع*، در یک جلد، تهران، میزان، چاپ پنجم، ۱۳۹۰.

کاسانی حنفی، ابوبکر ابن مسعود، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، ۷ جلد، بیروت، دار الکتب العلمیه، چاپ دوم، ۱۴۰۶ ق.

کاشف الغطا، محمد حسین، *تحریر المجلة*، نجف، المكتبة المرتضویة، چاپ اول، ۱۳۵۹ ق.

کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام، چاپ دوم، ۱۴۱۴ ق.

مالک ابن انس، *المدونة*، ۴ جلد، بیروت، دار الکتب العلمیه، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق.

محقق حلی، جعفر بن حسن، *شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، ۴ جلد، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ق.

مصطفوی، محمد کاظم، *مائة قاعدة فقهية*، در یک جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ چهارم، ۱۴۲۱ ق.

مظفر، محمدرضا، *اصول فقه*، ۴ جلد، قم، انتشارات اسلامی، چاپ پنجم، ۱۴۳۰ ق.

مفید، محمد بن محمد، *المقنعة*، در یک جلد، قم، کنگره جهانی هزاره شیخ مفید، چاپ اول، ۱۴۱۳ ق.

مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة والبرهان*، ۱۴ جلد، قم، دفتر انتشارات اسلامی، چاپ اول، ۱۴۰۳ ق.

موسوی خوانساری، احمد، *جامع المدارک فی شرح مختصر النافع*، قم، مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۰۵ ق.

نووی، یحیی بن شرف، *المجموع شرح المذهب*، بیروت، دارالفکر، بی تا.

یزدانی، محمد مهدی، صابری، حسین و حسین ناصری مقدم، «گونه‌های کاربرد قیاس در فقه شیعه بر اساس کتاب جواهر الکلام»، *فقه و اصول*، بهار ۱۳۹۱، شماره ۸۸، صص ۱۵۱ - ۱۶۸.