

مقالات و بررسیها، دفتر ۷۷ (۳) فقه، بهار و تابستان ۸۴، ص ۱۴۵-۱۷۱

تفاوت آثار شفعه از منظر حقوق اموال و قاعده لاضرر

علیرضا یزدانیان^۱

چکیده

عقیده مشهور حقوقدانان این است که شفعه یکی از اسباب تملک است و از این رو آنان با توجه به مخالفت این نهاد حقوقی با اصل آزادی قراردادها و دیگر قواعد عمومی مانند منع تملک و تملیک قهری، شفعه را خلاف قاعده تلقی می‌کنند. از این جهت می‌توان پرسید که در حالی که جای این سوال است که چرا قانون باید به شهروندان ابزاری خلاف قاعده جهت تملک عطا نماید که گاه به زیان دیگران تمام می‌شود. اعطای حق شفعه، تدبیری است برای جبران ضرر شفیع نه ابزاری برای تملک. از سوی دیگر تفاوت‌های عملی و نظری هر یک از این دو دیدگاه بر حقوقدان پوشیده نیست: اگر شفعه ابزاری برای تملک باشد با توجه به خلاف قاعده بودن آن باید محدود به شرایط ماده ۸۰۸ ق.م. باشد و اگر ابزاری جهت جبران خسارات شفیع باشد باید با توجه به قاعده لاضرر و قواعد عمومی مسؤلیت مدنی به نحو وسیعی تفسیر گردیده و محدود به شرایط ماده ۸۰۸ ق.م. نگردد. با این حال حتی اگر شفعه ابزار جبران خسارت باشد، در مواردی با قواعد عمومی مسؤلیت مدنی معارض بوده و از این منظر نیز باید تا حدودی استثنایی و محدود تفسیر گردد. بنابراین تنها با دخالت قانونگذار به صورت گسترش قلمرو شفعه، یا مانند دیگر کشورهای اسلامی با ایجاد نهاد حقوقی دیگری تحت عنوان «حق استرداد» می‌توان خسارات احتمالی را جبران کرد.

کلید واژه‌ها حق شفعه، شفیع، خسارت، جبران خسارت.

طرح مسأله

ماده ۱۴۰ قانون مدنی اخذ به شفعه را از اسباب تملک می‌داند درحالی که با نگاهی اجمالی به کتب مربوط به قاعده لاضرر به ویژه با توجه به بحث از مبنای روایی قاعده لاضرر ملاحظه خواهد شد که فلسفه اعطای حق شفعه بیشتر جبران ضرر است نه در اختیار نهادن وسیله‌ای برای تملک. در حدیثی نیز که به مبنای شفعه نظر دارد به قاعده لاضرر اشاره شده و بنابراین، بررسی قاعده شفعه از این منظر ضروری می‌نماید.

از سوی دیگر، حقوقدانان به پیروی از فقها (نک: شهید ثانی، شرح لمعه، ۲/۲۵) حکمت شفعه را جبران یا وسیله دفع ضرر می‌دانند (کاتوزیان، ایقاع، ۲۰۹). بنابراین طرح مسأله شفعه در حقوق مسؤولیت مدنی و نگاه به شفعه از دیدگاه این حقوق ضروری می‌نماید. مخصوصاً از این حیث که این نهاد حقوقی برای دفع چه ضررهایی وضع شده است. همچنین مرسوم است که این حق را حقی خلاف قاعده و استثنایی توصیف می‌کند. حال اگر برای دفع ضرر وضع شده باشد این سؤال به ذهن می‌رسد که آیا از این منظر نیز خلاف قاعده است؟ به عبارتی در این مقاله به جای اینکه به حق شفعه از منظر اسباب تملک نگریسته شود و حقی خلاف قاعده تلقی گردد، از منظر حقوق مسؤولیت مدنی و قاعده لاضرر مورد تأمل واقع شده که بدیهی است آثار عملی متفاوتی از آنچه تا کنون مطرح شده است به دنبال خواهد داشت. در حقوق بعضی از کشورهای اسلامی مانند مصر نیز برای کارآیی بیشتر شفعه (از جمله اینکه به نحو مؤثرتری خسارات وارد بر شفیع را جبران کند) تغییراتی در احکام شفعه داده شده که به نظر می‌رسد با طرح شفعه از منظر قاعده لاضرر شاید بتوان به آن اهداف دست یافت. هدف این مقاله این است که شفعه از انزوا خارج شود و به نقش اجتماعی آن به عنوان ابزاری در جهت جبران خسارات توجه بیشتری معطوف گردد. بدیهی است که اگر شفعه خلاف قاعده باشد فقط خسارات خاصی را که ماده ۸۰۸ ق.م. شرایط آن را تعیین کرده جبران می‌سازد اما به نظر می‌رسد تغییر نگرش به شفعه سبب می‌گردد تا نقش اجتماعی شفعه در جهت جبران خسارات و تنظیم روابط اجتماعی تا حد امکان ارتقاء یابد.

تعریف حق شفعه

قانون مدنی در ماده ۸۰۸ به تبعیت از فقه اسلامی مقرر می‌دارد: «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 کند. این حق را حق شفعه و صاحب آن را شفیع می‌گویند». آنچه از ماده مزبور به دست می‌آید عناصر و شرایط اعمال حق شفعه است نه تعریف آن. بعضی آن را استحقاق شریک بر داراشدن میعی که شریک او فروخته می‌دانند (شهید ثانی، همان، ۲۳/۲). عده‌ای «حق تملک قهری» را براین تعریف افزوده‌اند (نجفی، ۲۳۸/۳۷). می‌توان در تعریف آن گفت 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 کند (کاتوزیان، همان، ۲۱۴).

شرایطی که برای اعمال این حق ضروری است در ماده ۸۰۸ ذکر شده که عبارتند از:
۱- اشاعه در مال ۲- غیرمنقول بودن مال ۳- قابل تقسیم بودن ملک ۴- وقوع انتقال سهم شریک به وسیله عقد بیع ۵- محدود بودن شرکا به دو شریک.

در نظامهای حقوقی اسلامی دیگر نیز چنین حقی در اموال غیرمنقول وجود دارد. در حقوق مصر، ماده ۹۳۵ به بعد قانون مدنی، در قانون مدنی لیبی، ماده ۹۳۹، در قانون مدنی عراق، ماده ۱۱۲۸ و در لبنان، ماده ۲۳۸ قانون تملک املاک به این حق اشاره شده است (سنهوری، ۱۹۹۸، ۹/۴۴۵-۴۴۶).

اولین سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که «حق شفعه» چه حقی است؟ عینی است یا نه؟ (کاتوزیان، اموال و املاک، ۱۶). در ماده ۸۰۸، اصطلاح «حق» به کار رفته و استادان حقوق مدنی آن را «حق عینی» دانسته‌اند (کاتوزیان، ایقاع، ۲۱۶). عده‌ای نیز آن را «در حکم حق عینی» تلقی کرده‌اند (امامی، ۳۴/۳). عده‌ای نیز آن را حق شخصی دانسته‌اند به نحوی که اصولاً به ارث نمی‌رسد و قابل انتقال نیست و طلبکاران شفیع نیز حق استفاده از آن را ندارند (سنهوری، همان، ۹/۱۶۲).

آنچه در ابتدا از نظر تحلیلی به ذهن می‌رسد این است که آیا بهتر نیست سؤال را اینگونه مطرح کنیم که آیا شفعه اصولاً حق است یا نه؟ در ابتدا به نظر می‌رسد شفعه نه

حق بلکه سببی باشد برای کسب حق (ماده ۱۴۰ ق.م). بدیهی است بین حق و وسیله کسب حق تفاوت وجود دارد، یعنی دومی وسیله ایجاد اولی است. شفیع، حق مالکیت ندارد تا آن را حق عینی بدانیم (ماده ۲۹ ق.م)، بلکه وی دارای حق کسب ملک است (سنهوری، ۴۵۱/۹). با وجود این در مقام تعیین ماهیت این تأسیس فقهی - حقوقی علی‌رغم این که در ابتدا توصیف آن به حق، قابل تأمل جلوه می‌کند ولی حکم بودن آن نیز نمی‌تواند مورد پذیرش باشد و در نهایت آنچه از قواعد و مقررات قابل استنباط است این است که توصیف شفعه به حق بیشتر به حقیقت نزدیک بوده و اقوی به نظر می‌رسد. نکته قابل توجه اینکه اگر با بیع، حق شفعه برای شفیع پدید آید این حق، عینی نیست بلکه حق عینی (مالکیت) برای شفیع، پس از اعمال حق یعنی اخذ به شفعه به وجود می‌آید (همان، ۴۴۸/۹، زیرنویس شماره ۱). بنابراین، شفعه وسیله کسب حق عینی است مانند قرارداد یا ارث یا حیازت مباحات. همانطور که شایسته نیست پرسیده شود آیا ارث حق عینی است یا نه (همان، ۴۴۷/۹) یا کسی نمی‌پرسد آیا قرارداد، حق عینی است یا نه (همان، ۴۵۱/۹، زیرنویس شماره ۱) این سوال نیز که آیا شفعه حق عینی است یا نه از نظر تحلیلی صحیح به نظر نمی‌رسد.

ماهیت شفعه: تحلیل مفهوم حق

در قسمت قبل وصف عینی بودن شفعه مورد تردید قرار گرفت. اکنون نوبت طرح این سوال است که آیا شفعه حق است یا نه؟ ماده ۱۴۰ ق.م مقرر می‌دارد: «تملك حاصل می‌شود: ۱- به احیاء اراضی موات و حیازت اشیاء مباحه ۲- به وسیله عقود و تعهدات ۳- به وسیله اخذ به شفعه ۴- به ارث».

بنابراین تردیدی نیست که شفعه وسیله کسب مالکیت است، همانگونه که موارد دیگر مذکور در ماده فوق چنین ابزاری به شمار می‌رود. حال آیا می‌توان پرسید که ارث یا قرارداد حق است؟ همین سؤال را در مورد شفعه طرح می‌کنیم که آیا شفعه حق است یا نه؟

در پاسخ به این سؤال می‌توان گفت شفعه حق نیست بلکه منشأ ایجاد حق است. شفعه سبب ایجاد حق مالکیت برای شفیع نیست بلکه اعمال حق شفعه است که سبب

حصول مالکیت برای شفیع می شود (همان، ۴۵۱/۹). به همین جهت ماده ۹۳۵ ق.م. مصر، در مقام تعریف شفعه آن را «حق» نمی داند بلکه آن را به «رخصت» تعبیر کرده است. این امر در جلساتی که به وضع این ماده منجر شد مورد بحث قرار گرفت که آیا شفعه حق است یا صرفاً ابزاری جهت کسب مالکیت. آنچه مورد پذیرش قرار گرفت مفهوم اخیر بود. بنابراین ماده ۹۳۵ عبارت «رخصت» را بر «حق» ترجیح داد (همان، ۴۴۵/۹، زیرنویس شماره ۱، ۴۵۱-۴۵۲، زیرنویس ۱).

رخصت در لغت به معنی سهولت و آسانی است و در اصطلاح به اموری اطلاق می شود که در قلمرو اختیار انسان است و او مخیر است از آنها بهره ببرد یا به اختیار از آنها صرف نظر کند. این امور برای تحمیل تکلیف نیست بلکه بیشتر برای ایجاد توسعه و تسهیل در کار افراد است (محقق داماد، ۱۳۷۴، ۷۸/۲). در حقوق مصر تحلیل دیگری از حق شفعه به عمل آمده و آن اینکه حق شفعه امری است بین رخصت و داراشدن و حق مالکیت. شفعه از رخصت بالاتر و از حق مالکیت پایین تر است. حق داراشدن رخصت است و حق مالکیت حقی عینی است و حد وسط بین این دو مرحله ای است به نام حق تملک. در تأیید این نظر مثال آورده اند که اگر شخصی خانه ای را مشاهده و تمایل به خرید خانه پیدا کند قبل از ایجاب و قبول «حق داراشدن» دارد که این خانه را بخرد یا منزلی دیگر و این رخصت است. حال اگر ایجاب خرید صورت گرفته و قبول نیز صورت پذیرد وی مالک خانه شده و این «حق مالکیت» است. اما بعد از ایجاب و قبل از قبول، وی دارای «حق تملک» خانه مورد نظر است. این همان حد وسط بین حق و رخصت است. زیرا قبل از قبول، مالک نشده پس حق مالکیت نیست و از طرفی صرف حق داراشدن خانه نیز نمی باشد پس رخصت محسوب نمی شود بلکه امری بین این دو مفهوم است. ایر: تحلیل شبیه تحلیلی است که حقوقدان آلمانی به نام «فا تور»^۱ ارائه داده و این حق وسط بین رخصت و مالکیت را «حق انشاء کننده یا حق سازند»^۲ نامیده است (سنهوری، همان، ۴۴۹/۹، زیرنویس شماره ۱).

ثمره این بحث که آیا شفعه حق به شمار می رود یا نه این است که اگر شفعه حق

باشد، طلبکاران شفیع می‌توانند آن را به نام مدیون خود یعنی شفیع اعمال کنند. در حقوق ایران ماده ۸۰۸ ق.م. از شفعه به «حق» تعبیر شده است. در فقه نیز شفعه از جمله حقوق شمرده شده است (موسوی خمینی، تحریر، ۴۶۲/۲) و آن را برای مفلس ثابت دانسته‌اند، اما غرماء شفیع را از اخذ به شفعه منع کرده‌اند (شهید ثانی، همان، ۲۴/۲). اگر چه برخی فقها به حکم بودن شفعه گرایش نشان داده‌اند (ابوالقاسم سید مرتضی، ۴۵۳) لیکن به نظر می‌رسد شفعه حق باشد. زیرا ماده ۸۲۳ ق.م. مقرر می‌دارد: «حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود». حق شفعه به ارث می‌رسد گرچه حق مالکیت نیست. در عین حال حق شفعه، رخصت یا حق مدنی منعکس در ماده ۹۵۸ ق.م. نیست زیرا حقوق مدنی (رخصت) حق طبیعی افراد است و هرکس داراست نه اینکه از آباء و اجداد به ارث برسد. بنابراین می‌توان آن را نوعی «حق مالی» تعبیر کرد (نجفی، ۴۰۴/۳۷) که از طرف قانون به اشخاص داده شده و سببی برای کسب ملکیت است، و همین وصف آن را از سایر اسباب کسب ملکیت ممتاز می‌سازد. زیرا به عنوان مثال، قرارداد، وسیله کسب ملکیت است اما به ارث نمی‌رسد بلکه حق انعقاد عقد برای کسب ملکیت، حق طبیعی هر انسان است که خود با تولد دارا می‌شود نه اینکه از نیاکان به وی ارث برسد. نتیجه دیگر این تحلیل این است که اگر شفعه حق مالی باشد قابل اسقاط است (ماده ۸۲۲ ق.م.)، اما قابلیت انتقال آن به دیگران مورد تردید است. می‌توان گفت حق مزبور، قابل انتقال ارادی نیست گرچه قابلیت انتقال قهری را دارد (محقق داماد، همان، ۲۵۵). همچنین می‌توان گفت قابلیت انتقال ارادی را نیز دارد اما به خریدار یعنی من علیه الحق؛ مانند صلح حق شفعه به خریدار (نجفی، همان، ۴۰۳/۳۷). اما قابلیت انتقال به غیر را ندارد آن هم به جهت اجماع و اصل عدم انتقال و نیز عدم وجود دلیل بر تسلط شفیع بر انتقال (همان، ۴۰۶/۳۷). بنابراین گرچه ماهیتاً این حق قابل انتقال است (همان، ۴۰۵/۳۷) اما اجماع فقها انتقال آن را ممنوع دانسته است، بنابراین اشکالی نخواهد داشت که گفته شود شفعه حق مالی است اگرچه قابلیت انتقال را ندارد.

با توجه به مطالب فوق، نظریه حکم بودن شفعه (ابوالقاسم سیدمرتضی، همانجا، ۴۵۳) در حقوق موضوعه ایران قابل پذیرش نیست. زیرا حکم، برخلاف حق، قابل اسقاط و انتقال (خواه ارادی و خواه قهری) نیست (محقق داماد، ۱۳۷۴، ۲۵۶) در حالی

که در حقوق مدنی ایران، اولاً در ماده ۸۰۸ ق.م. از شفعه صراحتاً به عنوان «حق» یاد شده است؛ ثانیاً طبق ماده ۸۲۲ ق.م. حق شفعه قابل اسقاط است. ثالثاً طبق ماده ۸۲۳ ق.م. حق شفعه بعد از موت شفیع به وارث یا وراث او منتقل می‌شود. بنابراین شفعه هیچ‌یک از ویژگی‌های حکم را نداشته و نویسندگان قانون مدنی نیز در تدوین مقررات مربوط به شفعه به نظر آن عده از فقها گرایش یافته‌اند که شفعه را حق می‌دانند (محقق حلّی، ۲۶۴/۳).

نکته دیگر این که به نظر می‌رسد حتی نمی‌توان گفت شفعه در واقع حکمی است که از آن به «حق» تعبیر شده است. زیرا حکمی هم که از آن به حق تعبیر شده باشد، تمام ویژگی‌های حکم را دارد مانند حق ابوت که حکم است ولی به حق تعبیر می‌شود، اما نه قابل انتقال است نه قابل اسقاط (محقق داماد، همان، ۲۵۵).

نکته دیگر اینکه حتی اگر شفعه به جهت اجماع، غیر قابل انتقال باشد دلیل بر حکم بودن شفعه نیست (محقق داماد، همان، ۲۵۸)، زیرا هر چه قابل انتقال نباشد دلیل بر این نیست که حتماً حکم است (طباطبائی یزدی، ۵۶). به همین جهت برخی از فقها نیز شفعه را در زمره حقوقی دانسته‌اند که قابل اسقاط بوده و به وارث نیز منتقل می‌شود ولی قابل انتقال ارادی نیست (آل بحرالعلوم، ۱۷، ۵۲). بنابراین در حقوق ایران نظریه حق بودن شفعه به نظر اقوی می‌رسد.

۴- ارتباط قاعده لاضرر و حق شفعه

پس از طرح حق شفعه و تحلیل مفهوم حق باید به بررسی ارتباط لاضرر و شفعه پرداخت. مبنای حق شفعه روایتی نبوی است که مشایخ ثلاثه مطرح کرده‌اند. خبری که کلینی از «عقبه بن خالد» از ابی عبدالله (ع) نقل کرده چنین است: «قضی رسول الله (ص) بالشفعه بین الشركاء فی الارضین و المساکن و قال: لاضرر و لاضرار و قال: اذا رفت الارف حدت الحدود فلا شفعه».

در سند حدیث تردید شده و علما آن را ضعیف دانسته‌اند، (حسینی سیستانی، ۲۷)، ولی عده‌ای از ایشان عمل فقها به حدیث را جبران‌کننده ضعف آن دانسته‌اند (همان، ۲۸). آنچه در این خصوص مهم به نظر می‌رسد عبارت «لاضرر و لاضرار» است که

سبب طرح این سؤال است که آیا بین شفعه و قاعده لاضرر و به عبارتی بین شفعه و مسایل حقوق مسؤولیت مدنی ارتباطی هست یا نه؟ قبل از پاسخ به سؤال فوق، سوال دیگری مطرح می‌شود و آن اینکه آیا بین عبارت مربوط به شفعه در حدیث و عبارت لاضرر در همان حدیث ارتباطی وجود دارد یا نه؟ شیخ شریعت اصفهانی منکر ارتباط دو جمله مزبور است. زیرا معتقد است که مفهوم قاعده لاضرر، نهی تکلیفی است و آنچه مانع از جزم و قطع خود می‌داند حدیث شفعه است که در آن حدیث، قاعده مذکور معنای حکم وضعی می‌دهد نه حکم تکلیفی حرمت. بنابراین برای رفع اشکال چنین توجیه می‌کند که حدیث شفعه با قاعده لاضرر ارتباطی نداشته و جمع این عبارات در یک حدیث را منسوب به راوی می‌داند یعنی راوی، دو حدیث نبوی مزبور را جمع کرده است و عده‌ای نیز مهر تأیید بر این سخن نهاده‌اند (همان، ۳۰).

به نظر می‌رسد ارتباط بین دو عبارت غیر قابل انکار است؛ تردیدی نیست که ظاهراً سیاق حدیث، ظهور در ارتباط بین حکم به ثبوت شفعه و کبرای مسأله یعنی لاضرر و لاضرار دارد. توضیح اینکه ابتدا باید گوینده عبارت «لاضرر و لاضرار» را در ذیل حدیث مشخص کرد: ۱- احتمال این است که گوینده آن پیامبر (ص) بوده و عبارت «قال» عطف بر «قضی» باشد. ۲- احتمال دیگر اینکه گوینده آن حضرت امام صادق (ع) باشد و مقصود ایشان از ذکر این عبارت بیان حکمت تشریح شفعه باشد.

به نظر می‌رسد از دو احتمال فوق احتمال اول اقوی است. زیرا اولاً از ظاهر روایت چنین برمی‌آید که فاعل فعل «قال» در جمله «لاضرر و لاضرار» معطوف به نزدیکترین فعل قبلی است که صلاحیت دارد که معطوف علیه قرار گیرد و آن فعل «قضی» می‌باشد نه فعل قبل از آن. ثانیاً معروفیت صدور حدیث «لاضرر و لاضرار» از پیامبر (ص) بر فقهای شیعه و اهل تسنن پوشیده نیست (همان، ۳۲). بنابراین، جمله «لاضرر و لاضرار» در ذیل حدیث شفعه را باید صادره از پیامبر دانست.

حال در خصوص ارتباط حکم شفعه و قاعده لاضرر این سؤال مطرح می‌شود که به فرض که جمله دوم نیز از پیامبر باشد آیا جمع دو عبارت مزبور یعنی حکم به ثبوت شفعه و قاعده لاضرر و لاضرار نیز از پیامبر است یا امام یا راوی؟ در اینجا سه احتمال مطرح است: ۱- احتمال اول اینکه جمع بین دو عبارت از پیامبر باشد ۲- احتمال دوم

اینکه جمع از ناحیه امام (ع) باشد، و احتمال سوم اینکه راوی حدیث آنها را جمع کرده باشد.

اگر احتمال اخیر پذیرفته شود باید گفت رابطه‌ای بین شفعه و قاعده لاضرر وجود ندارد اما برحسب دو احتمال اول و دوم، اگر جمع از ناحیه معصوم صورت گرفته باشد بین دو جمله مزبور ارتباط وجود دارد. اگر جمع از پیامبر باشد جمله قاعده لاضرر حکمت تشریح شفعه می‌باشد و اگر از ناحیه امام باشد باید پذیرفت که افزودن جمله دوم بر جمله اول یا برای بیان حکمت تشریح شفعه بوده یا به قصد تأیید صدور جمله اول از پیامبر. از میان سه احتمال فوق الذکر، احتمال سوم مردود است. زیرا اگر راوی دو عبارت را جمع می‌کرد، لفظ «قال» تکرار می‌شد در حالی که تکراری صورت نگرفته و این نشان می‌دهد که قول مزبور و قضاوت مذکور، هر دو مقوله از یک قول معصوم است. از دو احتمال اول و دوم نیز نزدیک‌تر به صواب این است که جمع از ناحیه پیامبر باشد (همان، ۳۵). بنابراین به نظر می‌رسد بین دو عبارت مزبور ارتباط باشد و این به نوبه خود سبب طرح این سؤال است که لاضرر چه مناسبتی با شفعه دارد؟ (نک: ادامه مقاله).

۵- بررسی خسارات ناشی از بیع سهم مشاع

با توجه به اثبات رابطه حق شفعه و قاعده لاضرر، نوبت به طرح سؤال اصلی این بحث می‌رسد که حق شفعه، جبران‌کننده چه خسارتی است؟ به عبارتی از فروش حصه مشاع توسط شریک چه ضررهایی ممکن است بر شفیع وارد شود که با اعمال حق شفعه این خسارات جبران می‌شود و منشاء این خسارات چه می‌تواند باشد؟ در کتب فقهی آمده که شفعه برای دفع ضرر است. بنابراین شفعه با حقوق مسؤولیت مدنی مرتبط است اما خساراتی که شفعه برای دفع آنها وضع شده به طور کامل احصاء نشده و ما در این قسمت آنها را احصاء و نقد و بررسی می‌کنیم:

با تحقق عقد بیع بین شریک (بایع) و مشتری، برای شریک دیگر (شفیعی) حق شفعه پدید می‌آید. بنابراین احتمال داده شده که بیع مزبور به ضرر شفیعی منعقد شده باشد (همان، ۴۶) و حق شفعه هم برای جبران این ضرر تأسیس گردیده است. این احتمال مردود است؛ زیرا چگونه ممکن است که عمل حقوقی شریک یعنی بیع به ضرر شفیعی

باشد؟ به علاوه با توجه به اینکه قاعده لاضرر ذیل حدیث شفعه نمی‌تواند مفهوم نهی داشته باشد این سؤال مطرح می‌شود که آیا اگر به فرض، قاعده مزبور در ذیل این حدیث مفهوم نهی داشته باشد با حکم شفعه سازگاری دارد؟ جواب این سؤال البته منفی است. اگر لاضرر به مفهوم نفی ضرر غیرمتدارک باشد این امر به معنای اثبات شفعه نیست و جبران خسارت به طرق دیگر نیز ممکن است، و اگر به مفهوم نفی حکم ضرری باشد خواه بدواً و خواه به لسان نفی موضوع باید حکم به بطلان بیع داده می‌شد نه ثبوت شفعه برای شفیع (همان، ۴۶). ایراد دیگر این که شفعه فقط در بیع مطرح می‌شود و در حالی که می‌توان پرسید عقد بیع دارای چه خصوصیتی است که در عقود دیگر مانند معاوضه یا صلح، حق شفعه موجود نیست. زیرا عقود دیگر نیز می‌توانند به حال شفیع مضر باشند در حالی که شفعه در آنها جریان ندارد (نجفی، همان، ۲۶۷/۳۷).

شیخ انصاری «لزوم» بیع را موجب ضرر دانسته و شفعه را جبران‌کننده این ضرر می‌داند (انصاری، فرائد، ۴۵۹)، همانگونه که لزوم بیع به ضرر مغبون بوده و قاعده لاضرر سبب پیدایش خیار غبن می‌شود (همانجا، ۴۵۹). ایراد نظر فوق این است که اولاً چه خصوصیتی در لزوم عقد بیع است که در عقود لازمه دیگر نیست. صلح نیز عقد لازم است و باید این ضرر جبران می‌شد در حالی که شفعه در صلح راه ندارد. ثانیاً اگر لزوم عقد ضرری باشد باید حکم به ثبوت خیار داده شود تا شفیع بتواند با فسخ عقد، مبیع را به ملک بایع برگرداند در حالی که در شفعه، شفیع مبیع را داخل در ملکیت خویش می‌کند (حسینی سیستانی، ۴۶). 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 (نجفی، ۳۷، ۳۵۶).

همچنین احتمال داده شده که شفعه برای دفع ضرر ناشی از شرکت باشد. بدیهی است که شرکت و اشاعه گاه عیب محسوب می‌شود. 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. ثانیاً اگر شفعه به جهت ضرر اشاعه و شرکت است چرا در اموال دیگر مثل حیوان یا کالاهای دیگر وجود ندارد؟ به ایراد اخیر چنین پاسخ داده شده که شفعه به جهت بیم از دوام حالت اشاعه است و

این دوام اشاعه فقط در اموال غیرمنقول مانند زمین است. در مقابل پاسخ فوق می‌توان گفت اموال منقولی هستند که قابلیت بقاء دائمی دارند مانند قطعه‌ای یا قوت در حالی که در این اموال حق شفعه‌ای وجود ندارد (حسینی سیستانی، ۵۰).

از نظر عده‌ای دیگر، شفعه برای جبران ضرر ناشی از تقاضای تقسیم مال مشاع است. یعنی ممکن است پس از بیع، خریدار جدید خواستار تقسیم مال مشاع گردد و این نه تنها سبب تحمل هزینه‌هایی بر عهده شفیع است بلکه گاه ملک را از قابلیت انتفاع مفید ساقط می‌کند (نجفی، ۲۵۳/۳۷).

نظر فوق قابل‌خداشه است، زیرا ضرر مزبور بعد از تقاضای خریدار پدید می‌آید و ابزار دفع این ضرر نیز باید همان موقع به وجود می‌آید، در حالی که حق شفعه با بیع سهم مشاع پدید می‌آید یعنی قبل از تقاضای خریدار، و ترس از این درخواست احتمالی نباید سبب اعطاء حق شفعه به شفیع شود. به علاوه چنین امری از ناحیه شریک قبل از بیع نیز چندان بعید نبوده است، یعنی چه بسا که خود شریک (بایع) چنین تقاضایی را مطرح می‌کرد. در حالی که هیچ تأسیس حقوقی برای جلوگیری از این وضع پیش‌بینی نشده است (همان، ۲۵۳/۳۷).

احتمال دیگری که داده شده این است که ممکن است شفعه برای جبران ضرر ناشی از ورود شریک باخواسته باشد (همان، ۲۵۳/۳۷). ایراد این نظر این است که اولاً شفعه با بیع محقق می‌شود در حالی که سوء رفتار شریک جدید در آینده پس از بیع ممکن است بروز کند. به عبارتی اصولاً باید معلول بعد از چنین علتی پدید آید و شفعه بعد از تحقق سوء رفتار خریدار و شخصیت نامناسب وی به وجود آید نه با بیع سهم مشاع (همان، ۲۵۳/۳۷). ثانیاً اگر شفعه برای دفع چنین ضرری باشد در صورتی که خریدار، انسان نکوکاری باشد و حقوق شریک خود را رعایت کند - 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 در این موارد نیز حق شفعه به وجود می‌آید (حسینی سیستانی، ۴۸). ثالثاً اگر شفعه برای دفع چنین ضرری باشد چرا مختص عقد بیع است در حالی که اگر سهم مزبور با انعقاد عقد صلح نیز منتقل شود سوء رفتار خریدار می‌تواند سبب ضرر شفیع گردد و در اینجا هم

باید شفعه وجود می داشت در حالی که در عقود دیگر غیر از بیع، شفعه وجود ندارد. با این که تمام احتمالاتی که در فوق مطرح گردید فاقد دلیل قانع کننده بوده و دارای اشکال است، نباید منکر نقش شفعه در جبران ضرر بود: نفس شرکت، خود همیشه ضرر و عیب است چنانکه در قرآن نیز ذکر شده که در موارد زیادی «خلطاء» بر یکدیگر ستم روا می دارند: ان کثیراً من الخلطاء لیبغی بعضهم علی بعض (ص/ ۲۴) و «خلطاء» به شرکاء تفسیر شده است.

بنابراین نفس اشاعه و شرکت در مال مقتضی ضرر است (حسینی سیستانی، ۴۹). شفعه وسیله ای است برای زوال ماده نزاع در اداره و انتفاع از املاک (کاتوزیان، ایقاع، ۲۱۵). اگر چه قبل از بیع نیز چنین ماده نزاعی وجود دارد که با طرق دیگر مانند افزایش یا فروش کل مال می توان از اشاعه رهایی یافت. ولی این امر منافاتی با این ندارد که در مورد خاصی مانند فروش حصه مشاع، تدبیری برای دفع ضرر شفیع اندیشیده شده باشد که بدون نیاز به تشریفات و بدون نیاز به دخالت دیگران از خود دفع ضرر کند؛ با بیع با فروش سهم خود از ضرر اشاعه رهایی می جوید و شفیع با اعمال حق شفعه.

ع جبران ضرر حکمت شفعه است یا علت آن؟

با احراز رابطه بین حقوق مسؤولیت مدنی و حق شفعه این سؤال مطرح می شود که آیا جبران ضرر حکمت شفعه است یا علت آن؟ علت یک حکم امری است که سبب وضع آن حکم می شود که به آن علت تشریح نیز گویند (جعفری لنگرودی، ۴۶۶). علت گاه منصوصه است و آن وقتی است که علت وضع یک حکم در خود حکم یا در یکی از متون قوانین ذکر شده باشد مانند ماده ۱۹۵ ق.م که فقدان قصد را علت حکم بطلان دانسته (همان، ۴۶۷) و مقرر می دارد: «اگر کسی در حال مستی یا بی هوشی یا در خواب معامله کند آن معامله به واسطه فقدان قصد باطل است». اما اگر علت در متون ذکر نشده باشد بلکه به قوه علم قابل استنباط باشد آن را علت مستنبطه می گویند (همان، ۴۶۷). علت اگر منصوصه باشد قابل تسری به موارد مورد تردید دیگر نیز می باشد. اما علت مستنبطه قابل تسری به موارد مورد تردید نیست مگر اینکه علت مستنبطه به استنباط قطعی باشد (جناتی، ۳۰۲).

حکمت حکم، فلسفه یا مصلحتی است که زیر بنای یک قانون معین است مانند عده طلاق که مصلحت آن، عدم اختلاط نطفه و نسل است (همان، ۲۴۷). ثمره بحث این است که با توجه به تصریح ذیل حدیث، اگر جبران ضرر، علت شفعه باشد قابل تسری به موارد دیگر نیز هست اما اگر حکمت شفعه باشد قابل تسری به موارد دیگر نمی‌باشد. مخصوصاً با توجه به این امر که از نظر فقها شفعه حق استثنائی و خلاف قاعده است (محقق حلی، ۳۶۰/۵).

به نظر می‌رسد جبران ضرر علت شفعه نباشد زیرا در صورتی که جبران ضرر علت شفعه می‌بود باید حکم شفعه وجوداً و عدماً بر مبنا و محور جبران ضرر به وجود می‌آمد. زیرا این شأن علت است. در حالی که از مطالب قسمت قبل باید این نکته احراز شده باشد که شفعه محدود به ترتب ضرر بر شریک (شفیع) نیست. می‌توان گفت از لحاظ منطقی بین ثبوت حق شفعه و تضرر شفیع، رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد؛ زیرا موارد بسیاری وجود دارد که شریک متضرر شده اما شفعه ای وجود ندارد، مانند انتقال سهم مشاع به صورت صلح یا هبه که ضرر وجود دارد اما شفعه برای شریک پدید نمی‌آید و گاه شفیع دارای حق شفعه است بدون اینکه ضرری در میان باشد. به عنوان مثال وقتی بایع (شریک) مزاحم باشد و سهم خویش را به خریداری نیکوکار و شایسته‌ای انتقال دهد، شفعه پدید می‌آید در حالی که ضرری نیز وجود ندارد (حسینی سیستانی، ۴۸). حتی در مواردی، نفع شفیع در ترک شفعه است (انصاری، همان، ۴۶۱). البته مواردی نیز وجود دارد که هم ضرری محقق شده و هم شفعه پدید می‌آید.

بنابراین به نظر می‌رسد که جبران ضرر، حکمت شفعه باشد و این امر منافاتی با ذکر قاعده کلی لاضرر در ذیل شفعه ندارد. زیرا مانعی نیست از اینکه امری واحد هم حکمت حکمی باشد هم موضوع حکم دیگری (حسینی سیستانی، ۵۱) یعنی قاعده کلی مستقلی نیز باشد.

۷- آثار خلاف قاعده بودن شفعه از منظر حقوق اموال و قراردادها

در این قسمت، حق شفعه از نظر حقوق قراردادها و حقوق راجع به ملکیت مورد بررسی قرار می‌گیرد. مهم‌ترین اثر شفعه ایجاد حق «تملک قهری» برای شفیع است.

حقی که به اختیار شفیع است و ارادهٔ بایع و مشتری در آن اثر ندارد. از سوی دیگر اثر مهم آزادی اراده این است که نقل و انتقال اموال جز با توافق طرفین ممکن نباشد. بنابراین «تملیک مال» بدون وجود ارادهٔ منتقل الیه تجاوز به آزادی اشخاص و ممنوع است. مشهور فقها بر این امر تاکید دارد و حتی به صورت قاعده جلوه گر شده است. در حالی که در شفعه، شفیع بدون جلب رضایت خریدار قیمت مبیع را به وی تملیک می‌کند. دشوارتر از «تملیک قهری»، «تملک قهری» مال دیگران است. زیرا اگر به فرض، تملیک یک طرفی غالباً موجب خشنودی اشخاص است اما تصرف و تملک قهری در نزد همه چهره‌ای کریه و زننده دارد. چنانکه قانونگذار گاه با وضع ضمانت اجراهایی مانند ضمانت اجرای مترتب بر غصب یا سرقت با آن مقابله کرده است، حال آن که در شفعه، شفیع حصه مبیعه را بدون در نظر گرفتن رضایت و اراده خریدار تملک می‌کند. با توجه به موارد فوق شفعه خلاف قاعده است و نباید با تفسیر وسیع سبب گسترش آن شد (نجفی، ۲۶۲/۳۷). ضرورت، سبب پیدایش چنین حقی شده است زیرا تملک قهری مال دیگران خلاف قاعده و استثنایی است (کاتوزیان، ایقاع، ۲۱۲) و با وجود اسباب دیگر برای تملک نیازی نبوده است که قانونگذار برای ایجاد وسیله‌ای کاملاً خلاف قاعده برای تملک اقدام کند.

بنابراین شفعه باید محدود به شرایط مقرر در مادهٔ ۸۰۸ ق.م.باشد. به همین جهت یکی از شرایط شفعه این است که شفعه فقط با عقد بیع پدید می‌آید همچنانکه از عبارت «قصد بیع» در مادهٔ مزبور مشهود است. صرف نظر از احادیث وارده (مانند حدیث الشفعة فی البیوع) بر این مطلب ادعای اجماع شده است (نجفی، ۲۶۶/۳۷). قانون مدنی سابق مصر نیز شفعه را در بیع و معاوضه جاری می‌دانست در حالی که قانون مدنی جدید در مادهٔ ۹۳۵، شفعه را فقط در بیع جاری می‌داند (سنهوری، ۴۹۳/۹).

در اینجا توجه به چند نکته ضروری است: نکته اول: منظور از قصد بیع در مادهٔ ۸۰۸ ق.م این است که شفعه فقط با عقد بیع پدید می‌آید. حتی اگر خریدار و بایع، مبیع را به چند برابر قیمت واقعی بفروشند و تبانی کنند که به جای ثمن زیادی عوض کمتری پرداخت شود یا بایع پس از اخذ قسمتی از ثمن ذمه خریدار را از مابقی ابراء کند، چنین امری گرچه ممکن است به ضرر شفیع بوده و نهایتاً وی را از اخذ به شفعه منصرف سازد

ولی این عمل نه مکروه است و نه حرام (نجفی، ۳۷/۴۴۱-۴۴۲؛ کرکی، ۶/۴۴۳). با توجه به قید «قصید بیع» بدیهی است اگر انتقال در قالب صلح یا هبه یا هر عقدی غیر از بیع محقق گردد شفعه پدید نمی آید (کرکی، ۶/۴۴۳).

سوالی که ممکن است مطرح شود این است که آیا اگر از منظر قاعده لاضرر به شفعه نگرسته شود تبانی مزبور چه آثاری ممکن است به دنبال داشته باشد؟ در پاسخ باید گفت اصل آزادی اراده به طرفین اجازه می دهد تا هر قراردادی که مخالف قواعد آمره نباشد منعقد سازد (ماده ۱۰ ق.م)، همچنان که اصل تسلیط نیز به مالک اجازه می دهد نسبت به مایملک خود حق هرگونه تصرف اعتباری یا مادی داشته باشد (ماده ۳۰ ق.م). بنابراین، انتخاب طرفین در مورد عقدی از عقود ناقله و نیز فروش به چند برابر قیمت واقعی هیچ اشکالی نداشته و حق طرفین است مگر اینکه به قصد اضرار به غیر صورت گرفته باشد که با «نظریه سوء استفاده از حق» (واینی،^۱ 1988، 75) می توان مانع از نفوذ آن شد. جالب اینکه این نظریه نیز از قاعده لاضرر قابل استخراج است (بهرامی احمدی، ۶۵ به بعد). اصل ۴۰ ق.ا نیز مقرر می دارد که هیچ کس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر قرار دهد. بنابراین انتقال به چند برابر قیمت واقعی اگر چه عملاً ممکن است منتهی به انصراف شفیع از اخذ به شفعه شود ولی تا جایی که با نظریه سوء استفاده از حق تلاقی نکند مانعی نخواهد داشت.

نکته دوم: جهل شفیع نسبت به ثمن بیع واقع بین خریدار و بایع چه اثری خواهد داشت؟ به عبارتی شفعه با بیع پدید می آید و طبق ماده ۲۱۶ ق.م علم بایع و مشتری نسبت به مبیع و ثمن شرط است. اما آیا علم شفیع نیز نسبت به ثمن، شرط صحت اخذ به شفعه است؟ برخی فقها شفعه را با معاوضه یا بیع مقایسه کرده و برای احتراز از غرر، علم شفیع را لازم دانسته اند. برخی نیز بین جهل واقعی و غیر واقعی قائل به تفکیک شده اند. طبق نظر ایشان گاه، جهل، واقعی است مانند اینکه مشتری ثمن را فراموش و بر فراموشی خویش سوگند یاد کند که در این مورد حق شفعه ساقط می شود. زیرا اخذ به شفعه ممکن نیست مگر با تسلیم ثمن، و با جهل به ثمن، تسلیم آن ممکن نیست. اما اگر

جهل واقعی نباشد و امکان اطلاع یافتن شفیع به نحوی وجود داشته باشد به عقیده برخی فقها شفیع می‌تواند اخذ به شفعه کند، مانند اینکه شفیع بگوید: «به هر قیمتی که مبادله شده اخذ به شفعه کردم»، زیرا دلیل عقلی یا نقلی یا اجماعی بر خلاف آن نیست مگر اینکه شفعه حمل بر نوعی بیع شود. به نظر می‌رسد اخذ به شفعه ماهیتاً عقد معاوضه و بیع نیست بلکه نوعی ایقاع است که فقط به اراده شفیع بستگی دارد و قیاس آن با بیع قیاس مع الفارق است (حسینی عاملی، ۳۵۷/۶)، اگرچه ایقاعی است که پرداخت ثمن، شرط اعمال آن می‌باشد.

همچنین شرط دیگر شفعه این است که این حق فقط در ملک غیر منقول مشاع وجود دارد. ماده ۸۰۸ ق.م. عبارت «مال غیر منقول قابل تقسیم» را به کار برده است. شهید اول نیز موضوع شفعه را مال غیر منقول دانسته و در خصوص قابل تقسیم بودن یا عدم قابلیت تقسیم آن دو قول نقل کرده و شهید ثانی نیز ضرورت شرط قابلیت تقسیم را بهترین قول از دو قول مزبور می‌داند (همان، ۲۳/۲). در حقوق مصر نیز شفعه را منحصر به اموال غیر منقول دانسته‌اند (سنهوری، ۴۸۱/۹). هر چند در اموال منقول نیز از تأسیس حقوقی «حق استرداد» استفاده کرده‌اند که بسیار شبیه به شفعه است (همان، ۸۵۰/۸).

همچنین مال باید بین دو نفر مشاع باشد. چنانکه ماده ۸۰۸ عبارت «دو نفر» را به کار برده که در فقه نیز اشهر اقوال دانسته شده است (شهید ثانی، ۲۳/۲ و نیز نک: نجفی، ۲۳/۳۷). یکی از نتایج خلاف قاعده دانستن شفعه در این رابطه این است که در صورتی که مال بین دو شخص حقوقی به صورت مشاع وجود داشته باشد و یکی از این دو شخص سهم خویش را در حدود ماده ۸۰۸ به شخص دیگری انتقال دهد آیا شخص حقوقی دیگر دارای حق شفعه است یا نه؟ که باید اصل بر عدم داشتن چنین حقی باشد مگر اینکه به ماده ۵۵۸ ق.م. استناد شود که شخص حقوقی را دارای کلیه حقوق و تکالیف افراد دانسته و شفعه را به روابط دو شخص حقوقی نیز تسری دهیم.

بنابراین از دیدگاه حقوق قراردادها و قواعد مربوط به مالکیت شفعه امری استثنائی و خلاف قاعده است اما اینکه آیا شفعه از نظر قاعده لاضرر و حقوق مسؤلیت مدنی نیز خلاف قاعده است؟ (نک: ادامه مقاله).

۸- آثار موافق قاعده بودن شفعه از منظر قاعده لاضرر

در قسمت قبل این امر مورد بررسی قرار گرفت که شفعه از نظر حقوق قراردادها و حقوق اموال امری خلاف قاعده و استثنایی است، زیرا مانعی در راه آزادی انعقاد قراردادهاست (سنه‌وری، ۴۷۵/۹). نتیجه این نظر این خواهد بود که اولاً باید تفسیر مضیق شده ثانیاً در صورت تردید در تحقق شرایط شفعه و در نتیجه تردید در ایجاد حق، اصل عدم حاکم بوده و حکم به عدم تحقق شفعه خواهد شد.

اما با لحاظ حکمتی که ما برای شفعه مطرح کردیم یعنی جبران خسارت از شفیع، طرح مجدد این مسأله از نظر حقوق مسؤولیت مدنی بدون فایده نخواهد بود.

از دیدگاه حقوق مسؤولیت مدنی با توجه به حکمت تأسیس حق شفعه یعنی جبران ضرر شفیع و با توجه به قاعده لاضرر و نیز با لحاظ اصل اجتماعی عدم جبران خسارات در جامعه، به عبارتی اصل عدم وجود ضرر غیرمتدارک و با توجه به اینکه شفعه وسیله جبران ضرر است ممکن است ادعا شود که شفعه موافق قاعده است.

این نظر تقویت می‌شود با توجه به این احتمال که ممکن است قاعده لاضرر در ذیل حدیث شفعه به معنای نفی ضرر غیرمتدارک باشد (حسینی سیستانی، ۴۸). به همین جهت در ابتدا به نظر می‌رسد، نتیجه این نظر این خواهد شد که شفعه باید تفسیر موسع شده و محدود به شرایط ماده ۸۰۸ ق.م.ن شود.

بنابراین نظر لازم نیست انتقال سهم مشاع با بیع صورت پذیرد؛ زیرا اگر واقعاً شفعه برای جبران ضرر است خصوصیتی در ضرر ناشی از بیع وجود ندارد بلکه هراتقالی که سبب ضرر شریک شود باید به وسیله شفعه تدارک دیده شود. بنابراین اگر سهم مشاع مورد هبه یا صلح یا مهریه قرار گیرد یا به عنوان ایفاء تعهد به داین داده شود باید حق شفعه پدید آید. به همین جهت احتمال داده‌اند، چه بسا ذکر بیع در روایات به دلیل غلبه باشد (نجفی، ۲۶۶/۳۷) و ثبوت شفعه را در عقود دیگر حتی هبه احتمال داده‌اند زیرا دلیلی بر تخصیص وجود ندارد و همه عقود دیگر نیز در حکمت شفعه یعنی دفع ضرر، مشترک می‌باشند (همان، ۲۶۷/۳۷). در حقوق فرانسه نیز حق استرداد محدود به بیع نیست (سنه‌وری، ۸۵۵/۸). این نهاد در مواردی است که سبب اشاعه، وراثت باشد که در صورت انتقال سهم توسط یکی از شرکاء (وارث) دیگران حق استرداد دارند. این

تأسیس به حقوق مصر نیز در قسمت اموال منقوله راه یافته است و ماده ۸۳۳ ق.م. مصر چنین تأسیسی را پذیرفته است ولی در حقوق مصر نیز محدود به عقد بیع شده است. جالب است که این نهاد حقوقی از نظر ماهیت با شفعه شباهت دارد (همان، ۸/۸۵۱، زیرنویس شماره ۱). نتیجه اعمال حق استرداد این است که اثر رجعی دارد و اثر آن از زمان انعقاد عقد بیع توسط شریک است نه از زمان استرداد مال. بنابراین با اعمال حق استرداد گویی بیع از ابتدا با شخص مستردکننده انعقاد یافته است (همان، ۸/۸۶۳). بنابراین انگیزه جبران خسارات سبب حذف مشتری از روابط حاصله می‌گردد.

نتیجه دیگر موافق قاعده دانستن شفعه این است که محدود به اموال غیر منقول نیست همانطور که روایاتی در این زمینه وجود دارد (نجفی، ۲۴۲/۳۷). زیرا اگر انگیزه اعطای حق شفعه به شفیع، ازاله ضرر باشد این امر در همه اموال منقول و غیر منقول موجود است و تخصیض آن به بخشی از اموال، وجوب عقلی و شرعی ندارد (حسینی سیستانی، ۵۰) در حقوق مصر تأسیس حقوقی «حق استرداد» در قانون مدنی سابق هم در اموال منقول وجود داشت و هم اموال غیر منقول. با توجه به دوگانگی که برای متضرر در اموال غیر منقول ممکن بود رخ دهد که در چنین وضعیتی هم حق شفعه و هم حق استرداد توأماً به وجود می‌آمد ماده ۸۵۳ ق.م. مصر حق استرداد را فقط در اموال منقول جاری دانسته است (سنهوری، ۸/۸۵۱). نتیجه دیگر اینکه با موافق قاعده بودن شفعه، این نهاد در ملک غیر قابل تقسیم نیز جریان می‌یابد. چنانکه اگر مبنای شفعه ورود شریک ناسازگار باشد ضرورت شفعه در ملک غیر قابل تقسیم بر کسی پوشیده نیست زیرا در ملک قابل تقسیم می‌توان با افراز از شریک مزاحم رهایی جست در حالی که در ملک غیر قابل تقسیم شفعه می‌تواند مفید واقع شود (کاتوزیان، ایقاع، ۲۲۷).

همچنین با موافق قاعده بودن شفعه لازم نیست تعداد مالکین محدود به دو شریک باشد، زیرا اگر تعداد شرکا بیشتر نیز باشد ممکن است بر همه آنها خسارت وارد آید (حسینی سیستانی، ۴۸). همچنانکه در حدیث مبنای شفعه لفظ «شرکاء» به کار رفته و در زبان عربی استعمال جمع برای بیش از دو نفر است مگر اینکه روایت حمل بر تقیه شود (نجفی، ۲۷۵/۳۷). همچنانکه مشهور فقها از این لفظ چشم پوشیده و به توجیه روایت پرداخته (حسینی سیستانی، ۲۹) و شهرت عظیمی پدید آمده که تعداد شرکا باید دو نفر

باشد (همان، ۲۸).

نتیجه اینکه اگر از منظر حقوق مسؤلیت مدنی و قاعده لاضرر و اصل عدم وجود ضرر غیر متدارک به شفعه نگریسته شود در ابتدا و بر حسب ظاهر به نظر می‌رسد این حق کاملاً موافق با قواعد حقوق مسؤلیت مدنی می‌باشد.

در پایان این مبحث ممکن است پرسیده شود که چرا در ابتدای بحث مطرح شد که احتمال دارد قاعده لاضرر در ذیل حدیث شفعه به معنی نفی ضرر غیر متدارک باشد؟ در پاسخ باید گفت در خصوص معنای «لا» در قاعده لاضرر نظرات مختلفی ابراز شده است. چنانکه برخی آن را «لای نهی» دانسته‌اند اینان خود دو گروه‌اند: عده‌ای مانند شیخ شریعت اصفهانی آن را «نهی الهی» (محقق داماد، ۱۳۷۰، ۴۹) و برخی «نهی حکومتی» دانسته‌اند (موسوی خمینی، بدایع، ۸۵). برخی نیز آنرا به «لای نفی» تعبیر کرده‌اند که در بین این عده از فقها نیز بعضی آن را نفی حکم ضرری (انصاری، رساله...، ۳۷۲) و برخی آن را نفی حکم از طریق نفی موضوع (خراسانی، ۷۸/۲) و برخی نیز مانند فاضل تونی آن را نفی ضرر غیر متدارک دانسته‌اند (موسوی خمینی، همان، ۸۵). هیچ کدام از نظریات فوق مصون از مناقشه نمانده است. اما اگر به قاعده لاضرر معنی اخیر یعنی نفی ضرر غیر متدارک داده شود با یکی از اصول حقوق مسؤلیت مدنی جدید یعنی «اصل عدم وجود ضرر غیر متدارک یا اصل جبران خسارت کامل»^۱ مطابقت پیدا خواهد کرد و شفعه نیز که یکی از مصادیق جبران ضرر است باید طبق اصل مزبور تفسیر شود و نتایج فوق‌الذکر نیز در راستای چنین تفسیری به دست می‌آید.

با این حال همچنانکه در قسمت بعدی مفصلاً مطرح خواهد شد حتی از منظر قاعده لاضرر و حتی اگر معنی نفی ضرر غیر متدارک به قاعده داده شود شفعه خلاف قاعده است؛ زیرا اگر چه در فقه نیز تفسیر موسع شفعه بی سابقه نیست - چنانکه ابن جنید که به نظر می‌رسد وی نیز از منظر قاعده لاضرر به شفعه نگریسته و با توجه به حکمت شفعه یعنی لاضرر آن را به صورت موسع تفسیر کرده و در تمام عقود ناقله پذیرفته و استدلال کرده که همه عقود ناقله در حکمتی که باعث حکم شفعه شده مشترک می‌باشند و آن

دفع ضرر است و ترجیح یکی بر دیگری بلامرجح است، (شهید ثانی، مسالک، ۲۷۴/۱۲). اما نباید فراموش کرد که چنین تفسیر وسیعی خلاف قاعده بوده و قابل پذیرش نیست. زیرا حکمت، مجوزی برای تسری حکم به موارد مورد تردید نیست و از طرف دیگر تردیدی در بطلان قیاس نزد امامیه وجود ندارد (محقق حلی، ۳۶۰/۵). همچنین مقتضی دلیل عقلی و نقلی و اجماع، عدم جواز تصرف در مال غیر است مگر با اذن مالک و بدیهی است که شفعه خارج از این قاعده است. بنابراین، تسری آن به موارد دیگر قیاس بوده و نمی‌توان آن را به موارد غیر منصوص تسری داد (بحرانی، ۳۰۰/۲۰). بنابراین در آنچه مخالف اصول عقلی و نقلی است باید بر قدر متیقن اکتفا کرد (نجفی، ۲۴۷/۳۷) و از تسری شفعه به موارد غیر منصوص اجتناب ورزید (همان، ۲۶۷) که در قسمت بعد خلاف قاعده بودن شفعه حتی از منظر حقوق مسئولیت مدنی جدید نیز مطرح خواهد شد.

۹- خلاف قاعده بودن شفعه از منظر قاعده لاضرر

با توجه به حکمت شفعه و جبران ضرر و با لحاظ روایات معارضی که ثبوت شرایط شفعه را مورد تردید قرار می‌دهد، ممکن است در ابتدا شفعه موافق قاعده به نظر آید. بویژه این که مبنای معقولی برای محدود ساختن شفعه به بعضی از شرایط ماده ۸۰۸ یافت نمی‌شود و ناچار باید به سنت‌ها و تاریخ این نهاد حقوقی متوسل شد که در این موارد نیز وجدان قانع نمی‌گردد. بنابراین اگر از منظر قاعده لاضرر به شفعه نگریسته شود غیر از وجود نصوص وارده هیچ مبنای عقلی متقنی نمی‌توان یافت که توجیه کند که چرا شفعه فقط باید در بیع باشد یا در ملک غیر منقول یا بین دو شریک؟ با این حال به نظر ما شفعه حتی از حیث قاعده لاضرر و حقوق مسئولیت مدنی خلاف قاعده به نظر می‌رسد زیرا:

اولاً، یکی از ارکان لازم و ضروری برای تحقق مسئولیت مدنی ورود ضرر است (پدفیلد،^۱ ۱۹۳). زیرا بدون ضرر، مسئولیتی متصور نیست. اصل این است که برای تحقق مسئولیت مدنی، ورود ضرر لازم است هرچند وجود این اصل مانع از پذیرش موارد

استثنایی نیست اما موارد استثنایی منوط به وجود نص قانونی است. در حالی که قبلاً ضررهای مربوط به شفعه بررسی شد و احراز گردید که هیچ یک از ضررهای مطروحه قطعی نیست. ضرر شفیع موردی و اتفاقی است و اگرچه لازم نیست ضرر مزبور مبنا و محور حکم باشد اما لازم است که موردی غالبی یا کثیرالوقوع باشد. ضرر اتفاقی و مشکوک و احتمالی آن اندازه از اهمیت برخوردار نیست تا حکمی کلی به آن اختصاص یابد (حسینی سیستانی، ۴۹) و بنابراین شفعه از این نظر خلاف قاعده است.

ثانیاً، ثبوت شفعه به ضرر خریدار است همچنانکه خیار به ضرر من علیه الخیار است (انصاری، فرائد، ۴۶۲). حال اگر به فرض هم که بتوان توجیه کرد که در عقد خیاری از ابتدا عقد متزلزل است و خیار در آن جریان می‌یابد (همانجا) چنین توجیهی در شفعه ممکن نیست. قاعده این است که ضرر را نباید با ضرر زایل کرد (لا يزال الضرر بالضرر) (محمد جمعه، ۲۴۶). حال شفعه گرچه برای جبران ضرر شفیع است اما به ضرر مشتری است. بنابراین خلاف قاعده است.

ثالثاً، اصل بر این است که مسؤولیت شخصی است (کانر،^۱ ۱۴۴). در شفعه، ضرر حادث بیش از آنکه به شریک جدید منسوب باشد، به سبب این ضرر یعنی بایع مربوط است. اصولاً هم او باید متحمل مسؤولیت شود زیرا او بوده که با فروش سهم مشاع سبب ضرر شریک گردیده است، در حالی که شفعه هیچ تغییری در وضعیت او پدید نمی‌آورد. زیرا شفعه عقد بیع را باطل نمی‌کند بلکه شفیع، ملک را قهراً از دست مشتری بی‌گناه بیرون می‌آورد. بنابراین از این نظر نیز شفعه خلاف قاعده است که فشار مسؤولیت و تعهدی را که باید بر ذمه بایع بار کرد بر مشتری وارد می‌آورد.

رابعاً، اگر مسؤولیت بر بایع نیز بار شود خلاف قاعده است. زیرا قاعده این است که مسؤولیت مدنی مبتنی بر تقصیر است (کاتوزیان، وقایع حقوقی، ۱۵). حال در این مورد، از طرفی منع بایع از فروش ملک خویش، مخالف قاعده تسلیط و به ضرر وی می‌باشد (نجفی، ۲۵۳/۳۷) و از سوی دیگر بایع در فروش سهم خود مرتکب تقصیری نمی‌شود که مسؤولیت بر او تحمیل شود. به فرض هم که به قصد سوء و به قصد اضرار شریک

(شفیع)، ملک خود را بفروشد، با استفاده از نظریه سوء استفاده از حق (هارلو،^۱ ۹۵) (اصل ۴۰ ق.ا) می‌توان از عمل وی ممانعت به عمل آورده، از او مطالبه جبران خسارت کرد.

خامساً، به فرض که با بیع حصه مشاع، شفیع در معرض خسارت قرارگیرد که اصولاً نیز چنین است (یعنی اگرچه ضرر مسلم و قطعی به وی وارد نمی‌شود اما حداقل در معرض ورود ضرر احتمالی قرار می‌گیرد که این نیز در حد خود ضرر به حساب می‌آید و نباید چنین وضعیتی را با ضرر احتمالی اشتباه گرفت (مزود،^۲ ۳۹۹)، اما این امر مثبت شفعه نیست زیرا چه بسا مانند دیگر موارد تحقق ضرر بتوان با دادن مثل یا قیمت یا طرق دیگر ضرر را جبران کرد نه با حق استثنایی شفعه که از نظر حقوق قراردادها و قواعد مالکیت امری خلاف قاعده است. زیرا تسلط بر اموال دیگران بدون رضایت ایشان امری خلاف قاعده است و از این نظر نیز باید این وسیله جبران ضرر را بسیار استثنایی دانست. سادساً، اصل بر حرمت اخذ مال دیگران به طریقه قهری است همچنانکه اصل بر ضمانی بودن چنین یدی است (علی الید ما اخذت حتی تودیه). از ماده ۶۳۱ ق.م نیز اصل ضمانی بودن ید قابل استنباط است مگر قانون آن ید را امانی قرار دهد. از این نظر نیز شفعه خلاف اصل است زیرا در این موارد، ید شفیع پس از اخذ به شفعه با اینکه اعمال آن قهری بوده ضمانی نیست. از این نظر نیز شفعه استثنایی بر حرمت اخذ قهری مال دیگران است. بی جهت نیست که برخی فقها شفعه را متصل به کتاب غضب آورده‌اند تا تنبیه باشد بر اینکه شفعه، استثنایی بر احکام غضب است (نجفی، ۲۳۷/۳۷). نتیجه اینکه شفعه از نظر حقوق مسؤولیت مدنی و قاعده لاضرر نیز خلاف قاعده است.

۱۰- مقایسه حق خیار و حق شفعه به عنوان دو ابزار جبران ضرر

در فقه، در مواردی، خیار و شفعه را در کنار هم مطرح (نک: انصاری، ۴۶۲) و حتی در مواردی آن را خیار فرض کرده‌اند (نجفی، ۴۰۴/۳۷) و در حقوق مصر نیز این نظر دیده می‌شود (سنهوری، ۴۴۵/۹، زیرنویس شماره ۱). به نظر می‌رسد گرچه هر دو عمل

حقوقی یک طرفی (ایقاع) باشد و اعمال شفعه نیز با اراده شفیع است (همان، ۹/۴۵۰) اما هر دو دارای ماهیت و آثار جداگانه‌ای می‌باشند زیرا:

اولاً، با اعمال خیار، عقد فسخ شده و به عبارتی اعمال این حق منجر به انحلال عقد و زوال رابطه حقوقی می‌شود در حالی که در شفعه، شفیع، عقد بین مشتری و بایع را زایل نمی‌سازد. زیرا نه حق شفعه دارای چنین مفهومی است و نه اصل نسبی بودن عقود (ماده ۲۱۹ ق.م) به وی چنین اجازه‌ای می‌دهد. اصل بر لزوم عقد است و حق شفیع، منحصر به تملک قهری سهم فروخته شده نه فسخ عقد بیع (نجفی، ۳۷/۳۵۶).

ثانیاً، قراردادی بین شفیع و مشتری وجود ندارد تا اعمال حق شفعه مانند حق خیار منجر به فسخ این رابطه شود. بلکه قرارداد بیع بین بایع و مشتری است اعمال حق شفعه خللی در عقد مزبور ایجاد نمی‌کند. در غیر این صورت یعنی اگر شفعه، عقد بیع بین بایع و مشتری را زایل می‌ساخت، ثمنی که مشتری به بایع داده بود از مصادیق اکل مال به باطل بوده و بایع ملزم به رد آن به مشتری می‌بود. در صورتی که با قرارداد مزبور، بایع مالک ثمن شده است و حق شفعه خللی در آن ایجاد نمی‌کند و اعمال حق شفعه بدون دخالت در روابط حقوقی ایجاد شده قبلی بین بایع و مشتری، ملک را قهراً به ملکیت شفیع درمی‌آورد.

بنابراین شفعه ایقاعی معین برای جبران خسارات است و شباهت فریبنده آن با خیار است نباید سبب غفلت از ماهیت خاص این نهاد حقوقی شود. البته حق خیار و حق شفعه هر دو وسیله جبران ضرر است آن هم جبران خسارت از طریق دفع منبع ضرر. قاعده لاضرر گاه از طریق خیارات جلوه کرده و لزوم عقد را از بین می‌برد و منبع ضرر را دفع می‌سازد و گاه به صورت شفعه که بدون اینکه لزوم عقد را زایل سازد به شفیع، حق تملک قهری داده تا از طریق دفع منبع ضرر، خسارت خویش را جبران سازد.

۱۱- نتیجه

در این مقاله حق شفعه از دو دیدگاه، یکی حقوق اموال و قراردادهای و دیگری حقوق مسئولیت مدنی و قاعده لاضرر مورد بررسی و مقایسه قرار گرفت. انتخاب هر یک از این دیدگاهها آثار علمی و عملی فراوانی به جای خواهد گذاشت. در حقوق ایران،

حقوقدانان شفعه را به عنوان یکی از اسباب کسب ملکیت دانسته و با بررسی آن از منظر حقوق اموال و قراردادهای و خلاف قاعده تلقی کردن آن، شفعه را به شرایط مندرج در ماده ۸۰۸ ق.م.محدود می‌سازند. در حالی که در عمل، دامنه دعوی ناشی از شراکت روز به روز رو به فزونی است. کوچک شدن منازل در شهرهای بزرگ و محدود گردیدن مسکن به زمینی با مساحت کم، سبب خواهد شد که پس از مرگ مالک، با توجه به عدم هماهنگی طبیعی وراثت، ساز مخالف زدن هر یک و گاه فروش قسمتهایی از یادگار به جا مانده، به دعوی گاه خانمان سوز دامن زده شود. همچنین گاه اموال منقول با ارزشی وجود دارد که شراکت در آنها همانند املاک غیر منقول سبب نزاع است. مهمترین نزاع در مورد این چنین اموالی همیشه این بوده و هست که چه کسی از میان شرکا، صالح به تصرف آن است؟ در مواردی نیز یکی از شرکا، سهم خویش را منتقل و خریدار نیز به طمع تصرف و استیفاء از مال به خرید اقدام می‌کند. حال امتناع شریک دیگر از تسلیم مال منشاء نزاع تازه‌ای است بین شریک و بایع و خریدار.

از سوی دیگر اگر شفعه، ابزار جبران ضرر بوده و از منظر قاعده لاضرر به آن نگریسته شود هر چند در ابتدا به ذهن برسد که قلمرو شفعه را وسیع تر می‌نمایاند اما از آنجا که چنین ابزاری با قواعد عمومی حقوق مسؤولیت مدنی چندان سازگار نیست باز باید شفعه را محدود به شرایط ماده ۸۰۸ ق.م.م.م. کرد و در این وضعیت، تخصیص شفعه به جبران برخی خسارات که دارای شرایط ماده ۸۰۸ ق.م.م. باشد ترجیحی بلامرجع است. از سوی دیگر محدود کردن شفعه، این نهاد حقوقی را جز در موارد بسیار استثنایی از اثر انداخته و نقش اجتماعی این نهاد حقوقی را در جبران خسارت و برقراری نظم اجتماعی به حداقل درجه ممکن تنزل می‌دهد.

بنابراین اگر شفعه، ابزار جبران خسارت باشد که هست نه صرفاً وسیله تملک، به نظر می‌رسد برای جبران خسارت بیشتر و برقراری نظم اجتماعی، اصلاح قوانین از دو جهت ممکن باشد: یکی از راه کارها، وسیع‌تر کردن قلمرو شفعه در ماده ۸۰۸ ق.م.م. است. به عبارتی باید از شهرتی که در خصوص شرایط استثنایی ماده ۸۰۸ ق.م.م. به وجود آمده چشم پوشید. به عنوان مثال اگر تخصیص شفعه به عقد بیع به دلیل غلبه باشد باید از این غلبه صرف نظر کرد و یا اگر محدود ساختن شرکا به دو نفر ناشی از شهرت موجود در

فقه باشد باید دست از دامن این شهرت برداشت. در غیر این صورت، یعنی اگر با تقید به شرایط ماده ۸۰۸، اجازه خروج از این شرایط داده نشود نوبت به راهکار دیگری می‌رسد و آن اینکه مانند حقوق کشورهای دیگر، قانونگذار نظامی دیگر در کنار شفعه، در مورد اموال منقول، به انگیزه جبران خسارت ناشی از شراکت به وجود آورد و نهادی دیگر همانند حق استرداد در کنار شفعه به وجود آید تا بتوان خسارات را به نحو مؤثرتری جبران کرد.

کتابشناسی

آل بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، بلغه الفقیه، تهران، مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ق.
ابوالقاسم سید مرتضی، (علم الهدی) علی بن الحسین، الانتصار، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.

امامی، سید حسن، حقوق مدنی، تهران، چاپخانه اسلامی، ۱۳۷۰ش.
انصاری، شیخ مرتضی، فرایدالاصول (رسایل)، تبریز، ۱۳۳۲ش.
همو، رساله فی قاعده النفی الضرر، مطبوع در آخر مکاسب، تبریز، اطلاعات، ۱۳۷۵ق.
بحرانی، شیخ یوسف، حدایق الناظره فی احکام العترة الطاهره، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۳۶۴ش.

بهرامی احمدی، حمید، سوء استفاده از حق، تهران، مؤسسه اطلاعات، ۱۳۷۷ش.
جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۰ش.
جناتی، آیت الله محمدابراهیم، منابع اجتهاد، تهران، مؤسسه کیهان، ۱۳۷۰ش.
حسینی سیستانی، سیدعلی، قاعده لاضرر و لاضرار، قم، چاپ مهر، ۴۱۴ق.
حسینی العاملی، سیدمحمد جواد، مفتاح الکرامه، طبع و طبعه علویه، دمشق، ۱۳۳۳ق.
حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر، مختلف الشیعه فی احکام الشریعه، قم، مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۴۱۶ق.

حلی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، شرایع الاسلام، قم، چاپ امیر، انتشارات اعلمی، ۱۳۷۴ش.

خراسانی، محمدکاظم، کفایه الاصول، قم، انتشارات وجدانی، ۱۳۴۲ش.

السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، بیروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقیه، ۱۹۹۸م.

شهید ثانی، زین الدین، مسالک الافهام فی شرایع الاسلام، نشر مؤسسه المعارف الاسلامی، ۱۴۱۷ق.

همو، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقیه، مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۲ش. طباطبائی یزدی، شیخ محمد کاظم، حاشیه مکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸ق.

کاتوزیان، ناصر، ایقاع، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۰ش.

همو، اموال و مالکیت، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴ش.

همو، وقایع حقوقی، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۱ش.

کرکی (محقق)، نورالدین علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، چاپ مهر، نشر مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۰ق.

محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی، تهران، نشر اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۷۰ش.

همو، قواعد فقه، تهران، سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها، ۱۳۷۴ش.

موسوی خمینی، سید روح الله، بدایع الدرر فی قاعده نفی ضرر، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۴ق.

همو، تحریر الوسیله، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۷۳ش.

محمد جمعه، عدنان، رفع الحرج فی شریعة الاسلامیه، دمشق، دارالعلوم الانسانیه، ۱۴۲۳ق/ ۱۹۹۳م.

نجفی، شیخ محمدحسن، جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۲ش.

Kanner.M. *le Droit simple et complet*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 5e, ed 1965.

Mazeaud, Henri, Leon, Jean., *Lecons de Droit civil*, Obligations, Paris Montchrestien 7e ed, 1085 T.2.

Viney. Genevieve., *Traite de Droit civil*, Introduction A la Responsabilite