

## بررسی تطبیقی حق شفعه در فقه اهل سنت و حقوق ایران

### صادق سلطان پور

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد مراغه، دانشگاه آزاد اسلامی، مراغه، ایران

#### چکیده

اخذ به شفعه یکی از اسباب تملک قهری، استثنایی بر قاعده تسلیط بوده بنابراین باید در موارد متیقن حکم به آن داد. شرایط موضوع شفعه برای ایجاد حق شفعه عبارتند از، غیرمنقول بودن، قابل تقسیم بودن، منحصر بودن مالکیت بین دو شخص، مشاع بودن مالکیت، منتقل شدن به قصد بیع. شرایط شفیع نیز عبارت است از، اهلیت داشتن، مسلمان بودن، مالک بودن قبل از بیع و استمرار آن تا هنگام اخذ به شفعه و قادر بودن به پرداخت ثمن. حق شفعه ایجاد شده، فوری، قابل اسقاط، غیرقابل تجزیه، قابل انتقال قهری و غیرقابل انتقال اختیاری می باشد. سقوط حق شفعه به اسقاط اختیاری و سقوط قهری تقسیم می شود. انصراف شفیع از حق شفعه قبل از بیع و ایجاد حق، انصراف شفیع از حق شفعه بعد از بیع و ایجاد حق و صلح شفیع با مشتری بعد از بیع و ایجاد حق از اسباب اسقاط اختیاری حق شفعه می باشد. ناتوانی شفیع در تادیه ثمن، اطلاع شفیع از وجود حق شفعه و فوریت آن و تسامح در اخذ به شفعه و تلف حکمی حصه فروخته شده قبل از اخذ به شفعه، از موارد سقوط قهری حق شفعه می باشد.

واژه‌های کلیدی: حق شفعه، شفیع، اخذ به شفعه، سقوط حق شفعه.

## مقدمه

با توجه به اینکه حق شفعه و اخذ به شفعه استثنایی بر قاعده تسلیط می باشد بنابراین ضروریست مفهوم و ماهیت آن روشن گردد تا از تسری آن به موارد مشکوک و مردد اجتناب شود. همچنین لازم است ویژگی های حق مذکور بررسی گردد تا در اعمال آن از اختلافات احتمالی کاسته شود.

## معنای لغوی واصطلاحی شفعه

«شفعه» به ضم شین و بر وزن «فعله» از ریشه «شَفَعَ» است معنای «تقویت و کمک» می باشد (الطریحی، ۱۳۶۵، ه، ق، ص ۳۱۶). در زبان عربی وقتی چیزی را با چیز دیگر پیوست کنند، ودر لغت به معنی جفت دادن می باشد «شَعَفْتُ كَذَا بِكَذَا» یعنی این شیء را به آن شیء پیوست کردم. البته مراد، مطلق پیوست کردن نیست، بلکه پیوندی است که از آن، تقویت و اعانت حاصل گردد. واژه های «شفاعت» و «شفیع» نیز از همین ریشه اند، زیرا شفیع با شفاعت خویش، مشفوع را تقویت و اعانت می کند. (امامی، ۱۳۸۱)

در اصطلاح فقهی و حقوقی، واژه شفعه چندان با معنای لغوی خود بیگانه نیست و «اخذ به شفعه» آن است که سهم شریک را بگیرد و ضمیمه سهم خویش سازد. بنابراین، بر خلاف آنچه بعضی پنداشته اند، ریشه لغوی شفعه یک معنا بیش تر ندارد (طوسی ۱۳۵۱).

## تعریف اخذ به شفعه

قانون مدنی ایران علی رغم آن که «اخذ به شفعه» را در ردیف اسباب تملک ذکر کرده و و قسمت سوم از کتاب دوم را که در اسباب تملک است به «اخذ به شفعه» اختصاص داده، تعریفی دقیق و روشن از آن ارائه نکرده و تنها به بیان آثار و احکام آن پرداخته است. در ماده ۸۰۸ قانون مدنی که اولین ماده مبحث «اخذ به شفعه» است، صرفاً به بیان مورد «اخذ به شفعه» و شرایط ایجاد حق شفعه و تسمیه صاحب آن حق اکتفا گردیده است. بر اساس ماده مزبور: «هر گاه مال غیر منقول 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 می گویند. مستفاد از این ماده، حق شفعه حقی است که به موجب آن صاحب حق می تواند حصه شریک خود را حصه شریک خود را به طور قهری و البته با پرداخت قیمتی که خریدار داده تملک و اخذ به شفعه نیز عبارت است از یک عمل حقوقی یک جانبه که صاحب حق شفعه (شفیع) به منظور استیفای آن اعمال می کند. فقها در قالب عبارات متفاوت و با مضمونی واحد، حق شفعه را تعریف کرده اند که کامل ترین آن ها تعریف علامه حلی در کتاب قواعد الاحکام است: «أشْفَعَهُ هِيَ إِسْتِحْقَاقُ الشَّرِيكِ إِتْرَاجَ حِصَّةِ شَرِيكِ الْمُنْتَقِلِ عَنْهُ بِالْبَيْعِ»، یعنی شفعه عبارت است از استحقاق شریک به تملک حصه شریک دیگر که از طریق بیع به دیگری منتقل شده است. (محقق حلی، ۱۳۸۹ ه.ق).

## مبانی حق شفعه

شفعه با شرایط خاص خود از اختصاصات حقوق اسلام است. لذا در تبیین مبانی حقوقی و عرفی آن محدودیت هایی وجود دارد و دست یافتن به علت حقیقی جعل چنین حقی، به طور جزئی، تا حدی دشوار است. اما کلیاتی از این مبانی و احتمالاتی از جهت فلسفه حکم مزبور قابل طرح است که بحث از آن مفید خواهد بود. اصل کلی در حقوق اسلام و همچنین حقوق عرفی آن است که هیچ کس نمی تواند بدون اجازه در مال دیگری تصرف کند (محقق داماد، ۱۳۸۳)، خروج از این اصل کلی با تحقق اسباب خاصی تجویز شده است. در حقوق اسلام، با استناد به دلایلی، مانند آیه شریفه «لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ

بینکم بالباطل الا ان تکون تجاوه عن تراض» (سوره نساء، آیه ۲۹) شفعه، خلاف اصل دانسته شده است، زیرا در اخذ به شفعه، تملک شفیع بدون نیاز به رضایت مشتری صورت می‌گیرد. نهایتاً شارع با بیان حکم شفعه، تخصیص بر حکم عام آیه مذکور وارد نموده است و آن را جایز دانسته است. به اعتقاد برخی از بزرگان، در این مورد، تخصیص حکم عام موجب می‌گردد که عرفاً موضوع اخذ به شفعه، عنوان باطل نداشته باشد و به عبارت دیگر، تخصیص حکمی موجب انقلاب و تغییر موضوع از باطل به حق می‌گردد (خمینی، ۱۴۱۸ ه.ق).

البته اصل کلی عدم جواز تصرف در مال غیر بدون رضایت او یک اصل حقوق طبیعی و فطری است و در نظام های حقوقی مختلف قاعده دیگری در کنار این اصل، آن را تکمیل کرده است که محدوده تسلط مالک را کمتر می‌نماید. در قاعده مذکور، شرط مجوز تصرف در مال غیر؛ یعنی، رضایت مالک، تغییر نموده و به رضایت مالک یا قانونگذار تبدیل شده است. لذا با توجه به این مطلب از جهت کلی توجهی بر مسأله اخذ به شفعه و موارد مشابه آن در حقوق داخلی و یا در حقوق خارجی وجود دارد. به عبارت دیگر تصرف در مال یا حق غیر با اجازه قانونگذار و علی رغم رضایت مالک مال، امری معقول و منطقی می‌باشد. سرخسی در مبسوط می‌گوید، شفعه را نمی‌توان به وسیله قیاس اثبات کرد زیرا شفیع بدون رضای مشتری مالک می‌شود نوع اکل مال به باطل اتفاق می‌افتد. همچنین شفیع با دفع ضرر از خود به مشتری ضرر می‌رساند که صحیح نیست. لذا ثبوت شفعه، شرعی است و از راه روایات اثبات می‌گردد (سرخسی، ۱۴۰۳ ه.ق). آنچه که در این بحث مورد نظر است مبنای قانونگذار و تبیین مصلحت موجود در جعل چنین حکمی است. در این زمینه مبانی مختلفی قابل تصور می‌باشد.

### مبنای وجود حق شفیع در مال مشفوع

احتمال دیگری که در مورد فلسفه جعل حکم شفعه وجود دارد آن است که چون مال مشفوع به صورت مشاع می‌باشد و هر یک از دو شریک در تمام اجزای مال دارای حقوقی می‌باشند لذا با تحقق شرکت بین دو شریک اول (بایع و شفیع) سلطنت خاصی برای هر یک از دو شریک در سهم طرف مقابل ایجاد می‌گردد که همین سلطه و قدرت، منشاء ظهور حق شفعه است (السنهوری، ۱۹۵۲ م). لذا شرکای مشاع جهت تصرف در مال مشاع باید مأذون از طرف یکدیگر باشند. بنابراین چون حق مزبور، حق کاملی نیست پس تصرف بایع در سهم خود بدون اشکال است اما از آنجا که به هر حال حق ویژه ای برای شریک وجود دارد قدرت برهم زدن معامله به او داده شده است زیرا حق مزبور سابق بر حق مالکیت مشتری است و صرف تملک مشتری، حق شفیع را از بین نمی‌برد. به این ترتیب برای هر یک از دو شریک، حق تقدمی نسبت به ملکیت سهم طرف مقابل، در برابر اشخاص ثالث وجود دارد و تا زمانی که این حق به نحوی از انحاء ساقط نشده است ملکیت اشخاص ثالث در معرض انحلال می‌باشد. این مبنا از جهاتی نسبت به مبنای سابق، قوی تر و اصولی تر می‌باشد. اشکالاتی که ممکن است بر این نظریه وارد شود مربوط به شرایط خاص حق شفعه می‌باشد. به طور مثال، با پذیرش این نظریه که حق شفعه تنها در اموال غیر منقول وجود دارد و یا حق مزبور تنها در مواردی تحقق می‌یابد که دو شریک موجود باشند ظاهراً برای خروج از اطلاق و عموم مبنای فوق، دلیل مشخص و کافی نمی‌توان یافت. اما اگر در فروض خاصی، نظریات دیگر مانند تعمیم حق شفعه در تمامی اموال و معاملاتی غیر از بیع و جریان شفعه در بیش از دو شریک در یک جا جمع باشند، مبنای مذکور می‌تواند به عنوان یک مبنای عرفی - عقلانی مناسب مطرح گردد. به هر حال حتی با قبول استثنائاتی که فلسفه جعل آنها بر ما مخفی است، مبنای کلی مذکور، ارزش نسبی خود را حفظ خواهد کرد. در مجموع بنظر می‌رسد ترکیب معقول و منطقی از دو مبنای فوق بتواند حکمت جعل شفعه را بیش از پیش تبیین کند.

### شرایط اخذ به شفعه

اخذ به شفعه، عملی حقوقی است که شریک بر اساس حقوقی که قانون برای او به رسمیت شناخته انجام می دهد. به عبارت دیگر، اخذ به شفعه، اعمال حق شفیع است. حق شفعه، از حقوق مالی محسوب می شود و با تحقق شرایطی که خواهیم گفت به وجود می آید و به علاوه دارای ارکانی به شرح زیر است:

الف) مورد یا موضوع شفعه که همان مال مشاع مشترک میان دو شریک است و با فروش یکی از دو حصه مشترک، برای شریک دیگر حق شفعه ایجاد می شود.

ب) شفیع، یعنی صاحب حق شفعه که پس از انتقال حصه شریک دیگر از طریق بیع، می تواند حق خود را اعمال و حصه مبیعه را به استناد حق شفعه اخذ کند.

ج) مشفوع منه، یعنی شخص مشتری که حصه شریک از طریق بیع به او منتقل می ود و شفیع با اعمال حق شفعه، حصه مبیعه را از ید او خارج می کند و جانشین وی می گردد.

د) بایع که عبارت است از همان شریک شفیع که حصه خود را از مال مشاع، به غیر شفیع فروخته و به او منتقل کرده است.

ه) مشفوع فیه، یعنی حصه ای که منتقل می شود و شفیع، با اخذ به شفعه، آن را از ید مشتری خارج می سازد.

برای شناخت بهتر و اعمال حق شفعه، شرایط موضوع شفعه را، که عبارت اند از؛ غیرمنقول بودن، قابل تقسیم بودن، محدود بودن مالکیت مبیع به بین دو شخص، مشاع بودن مال بین دو شریک و انتقال به قصد بیع، در مبحث اول و شرایط شفیع را، که عبارت اند از؛ اهلیت داشتن شفیع، مسلمان بودن شفیع، لزوم مالکیت شفیع قبل از بیع و استمرار آن تا هنگام اخذ به شفعه و توانایی شفیع در تادیه ثمن، در مبحث دوم مورد بررسی و تبیین قرار خواهیم داد.

### شفعه در موارد شرکت با شخص حقوقی

قانونگذار ایران با این که شخص حقوقی را به رسمیت شناخته و برایش مانند شخص حقیقی، حقوقی دسته ای از افراد است که دارای منافع و فعالیت مشترک هستند یا پاره ای از اموال که به هدف خاصی اختصاص داده شده و قانون آن ها را طرف حق می شناسد و برای آن ها شخصیت حقوقی مستقلی قائل است، مانند دولت، شهر، دانشگاه، شرکت های تجاری، انجمن ها و موقوفات (جعفری لنگردی، ۱۳۸۵). اشخاص حقوقی به شرح زیر قابل تقسیم اند:

الف) اشخاص در حقوق عمومی از قبیل دولت، شهرداری، دانشگاه تهران و ... این نوع اشخاص حقوقی، هیأت ها، مؤسسات و سازمان هایی هستند که وظیفه حفظ و تصدی منافع و مصالح عمومی جامعه را بر عهده گرفته، اختیارات خود را از حاکمیت عمومی یا ملت تلقی کرده اند.

ب) اشخاص حقوقی در حقوق خصوصی مانند شرکت های تجاری، مؤسسات انتفاعی غیر تجاری، مؤسسات غیر انتفاعی و ... (طباطبایی مومنی ۱۳۸۱).

طبق مقررات ماده ۵۸۸ قانون تجارت، شخص حقوقی می تواند کلیه حقوق و تکالیفی را که قانون برای افراد قائل است دارا شود، مگر حقوق و وظایفی که بالطبع تنها به انسان اختصاص دارد، مانند حقوق و وظایف ابوت و بُنوت. بنابراین، شخص حقوقی می تواند مانند شخص طبیعی، دارای نام و اقامتگاه باشد و می تواند مالک، دائن و یا مدیون گردد و در حدود صلاحیت و هدفش، اعمال حقوقی انجام دهد. اینک این سؤال مطرح می شود که اگر ملک غیر منقول قابل تقسیمی به صورت

مشاع بین یک شخص حقیقی و یکی از اشخاص حقوقی فوق الذکر، مثلاً دانشگاه تهران، مشترک باشد و شخص حقیقی سهم خودش را بفروشد آیا دانشگاه تهران به عنوان یک شخص حقوقی، پس از آگاهی، حق شفعه دارد و می تواند با اخذ به شفعه، در مقابل تأدیه ثمن به مشتری، حصه فروخته شده را تملک کند؟ پاسخ این سؤال بستگی به برداشت ما از ماهیت حقوقی «شخص حقوقی» دارد. اگر تلقی ما از شخص حقوقی، اجتماع افرادی باشد که برای هدف خاصی گرد هم جمع شده اند یا اجتماع اموالی باشد که به هدف ویژه ای اختصاص یافته اند و در عین حال، شخصیتی مستقل از شخصیت حقیقی افراد تشکیل دهنده و یا صاحبان اموال، مفروض نباشد، در آن صورت، به لحاظ تعددی که در مالکین حصه مشترک متصور است باید به عدم حق شفعه برای شخص حقوقی قائل باشیم. ولی اگر همان گونه که قانونگذار در ماده ۵۸۸ قانون تجارت شخص حقوقی را یک شخصیت مستقل در مقابل شخص حقیقی شناخته، شخص حقوقی را یک موجود مستقل و مخلوق اراده قانونگذار بدانیم که جدا از شخصیت حقوقی اشخاص حقیقی تشکیل دهنده اش، موجودیت حقوقی دارد (اسکینی، ۱۳۸۶) و می تواند به شرح ماده مذکور، کلیه حقوق و تکالیفی را که برای اشخاص حقیقی متصور است، به جز حقوق و تکالیف اختصاصی شخص طبیعی، دارا شود در این صورت پاسخ سؤال مرقوم مثبت خواهد بود. مثلاً برای دانشگاه تهران، به عنوان یک شخص حقوقی عمومی که واجد شخصیت حقوقی مستقل از شخصیت حقیقی مؤسسين، مدیران و کارکنان و نمایندگان خود است، حق شفعه قائل خواهیم بود؛ زیرا در این صورت در مورد حصه مشترک، وجود بیش از دو نفر مالک، که از موانع حق شفعه به شمار می رود، متصور نیست. با عنایت به مقررات باب پانزدهم قانون تجارت، به ویژه مفاد ماده ۵۸۸ آن، و توجه به این که اصولاً در اشخاص حقوقی حقوق عمومی که موجودیت و اختیارات آن ها از حاکمیت عمومی نشأت می گیرد و وظیفه حفظ و تصدی منافع و مصالح عمومی جامعه را عهده دارند، هیچ گونه مالکیتی برای متصدیان و مدیران و نمایندگان آن ها متصور نیست، و در مورد اشخاص حقوقی حقوق خصوصی، از قبیل شرکت های تجاری نیز سهامداران شرکت، مالکین مشاع اموال شرکت تلقی نمی شوند، بلکه از طلبکاران شرکت به نسبت سهام خود هستند، این نظریه، بر خلاف نظریه اوئل، با واقعیت امور و موازین قانونی و قواعد حقوقی سازگارتر به نظر می رسد بنابراین در ایجاد حق شفعه و محدود بودن شمار شریکان به دو شخص، تفاوتی نمی کند که هر دو یا یکی از آنها شخص طبیعی باشند یا شخص حقوقی (کاتوزیان، ۱۳۸۴).

### آثار اخذ به شفعه

همین که شرایط ایجاد حق شفعه تحقق یابد و شفیع حق قانونی خود را به موقع و صحیحاً اعمال کند و در نتیجه، موفق به تملک سهم فروخته شده گردد، آثار حقوقی بر این عمل حقوقی یک جانبه ظاهر می شود که از جمله آن ها می توان از اثر حقوقی بر معاملاتی که در فاصله میان وقوع بیع و اعمال حق شفعه واقع شده، و نیز موضوع ضمان درک حصه مبیعه نام برد.

### ابطال معاملات مقدم

بسیار اتفاق می افتد که پس از وقوع بیع، نسبت به حصه مشترک مال غیر منقول، شریک دیگر تا مدتی از آن بی اطلاع است و در این فاصله حصه مبیعه موضوع معاملات متعدد دیگر قرار می گیرد. سؤال این است که در این وضعیت، پس از اطلاع شریک و اعمال اخذ به شفعه از ناحیه او، معاملات متعددی که قبل از اخذ به شفعه به طور صحیح در مورد حصه مبیعه واقع شده، از نظر حقوقی چه وضعیتی پیدا می کند؟ قانون مدنی به این موضوع توجه کرده و در این باره در ماده ۸۱۶ مقرر داشته: «اخذ به شفعه، هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می نماید». در خصوص حکم معاملات، قبل از اخذ به شفعه میان فقها اختلاف نظر وجود دارد. گروهی قائل به امکان فسخ معاملات به وسیله شفیع یا انفساخ آنها می باشند (شیخ طوسی، ۱۳۵۱ ه.ق). مرحوم محقق حلی (ره) در شرایع می فرماید: «اگر مشتری حصه مبیعه را قبل از اخذ به شفعه فروخته باشد، شفیع می تواند بیع را فسخ مبیعه را قبل از اخذ به شفعه

فروخته باشد، شفیع می تواند بیع را فسخ کرده و از مشتری اول حصه را مطالبه کند و نیز می تواند مستقیماً از مشتری دوم اخذ کند» (محقق حلی، ۱۳۸۹ ه.ق).

در نوع اول چنانچه مثلاً سه معامله انجام گرفته باشد، شفیع می تواند به هر کدام از معامله کنندگان رجوع و اخذ به شفعه کند و همان ثمنی را که مشتری به فروشنده داده بپردازد. اگر شفیع به خریدار اول مراجعه کند و او مثلاً هزار تومان به عنوان ثمن پرداخته باشد، شفیع با پرداخت همان مبلغ، حصه مبیعه را تحویل می گیرد. حال اگر مشتری دوم با پرداخت دو هزار و سومی با پرداخت هزار تومان معامله کرده باشند، به ترتیب سومی برای اخذ ثمن پرداختی به دومی و دومی به الی مراجعه می کند. ولی اگر شفیع به دومی مراجعه کند، معامله اول را امضا و معامله بعدی را ابطال کرده است. در این مورد شفیع با پرداخت دو هزار تومان (ثمنی که مشتری دوم پرداخته) حصه مبیعه را تحویل می گیرد و خریدار بعدی هم به فروشنده دوم مراجعه و پولش را دریافت می کند. اگر شفیع مستقیماً به آخرین مشتری مراجعه کند، بدین معنا است که دو معامله قبلی را تنفیذ و معامله سوم را باطل کرده و لذا مبلغ پرداختی آخرین مشتری را تأدیه می کند و حصه را مسترد می دارد. نظر دیگری که در فقه در خصوص حکم معاملات قبل از اخذ به شفعه وجود دارد بطلان آنها می باشد (شهید ثانی، ۱۳۸۴ ه.ق) که قانونگذار نیز در ماده ۸۱۶ قانون مدنی، همین نظر را پذیرفته است. حکم بطلان این معاملات، که قانونگذار به تبعیت از فقها مقرر نموده است، به خاطر آن است که زمان پدید آمدن حق شفعه اسبق است و بنابراین شفیع به موجب حق سابق خویش می تواند معاملات انجام شده را کان لم یکن سازد. در مقابل آورده اند «حالتی که عقد در حال وقوع مباح و نافذ باشد، ولی حادثه یا عمل حقوقی دیگر بتواند آن را از آغاز باطل کند رویدادی نامتفاوت است»... معنی بطلان [در ماده ۸۱۶ ق.م.ا] در واقع «عدم قابلیت استناد» معاملات در برابر شفیع است. بدین ترتیب که، چون نفوذ تصرف خریدار در مال ملازمه با بطلان حق شفعه دارد و موضوع آن را از بین می برد قانون برای حفظ مقدم شریک، معاملات منافی با آن را در برابر شفیع قابل استناد نمی داند» (کاتوزیان، ۱۳۸۴).

### بحث و نتیجه گیری

۱- حق شفعه حقی است، خلاف قاعده تسلیط، که به موجب آن صاحب حق می تواند حصه شریک خود را به طور قهری و البته با پرداخت قیمتی که خریدار داده، تملک کند و اخذ به شفعه نیز عبارت است از یک عمل حقوقی یک جانبه (ایقاعی) که صاحب حق شفعه (شفیع) به منظور استیفای آن اعمال می کند.

۲- نظر به این که یکی از مبانی حق شفعه، قاعده نفی اضرار به غیر است و این قاعده قبل از هر چیز مبتنی بر بنای عقلا است می توان نتیجه گرفت که موضوع اخذ به شفعه در جوامع قبل از اسلام نیز اعمال می گردیده است. تردیدی در وجود حق اخذ به شفعه در شریعت اسلامی نیست و در میان قوانین مدنی ممالک اسلامی، تنها قانون مدنی سوریه از نظریه منکرین شفعه پیروی و آن را نفی کرده است، اما در حقوق سایر کشورهای اسلامی نظیر مصر، لبنان و عراق حق شفعه وجود دارد.

۳- یکی از مبانی حق شفعه ضرر می باشد. منظور از ضرر نیز، ضرر ناشی از تقسیم احتمالی مال توسط مشتری یا آزار و اذیتی است که مشتری برای شفیع ایجاد می کند و همواره مزاحمی برای شفیع تلقی می شود یا نفس شرکت شفیع با شخص اجنبی (مشتری) نیز می تواند موجب ضرر باشد. همچنین چون مال مشفوع به صورت مشاع می باشد و هر یک از دو شریک در تمام اجزای مال دارای حقوقی می باشند لذا با تحقق شرکت بین دو شریک اول (بایع و شفیع) سلطنت خاصی برای هر یک از دو شریک در سهم طرف مقابل ایجاد می گردد که همین سلطه و قدرت، منشاء ظهور حق شفعه است.

۴- حق شفعه؛

الف: فوری است. یعنی شفیع به محض اطلاع از تحقق بیع و حصول شرایط لازم، در فرجه زمانی فوریت عرفی، باید نسبت به تأدیه ثمن پرداخت شده از طرف مشتری و اعمال حق شفعه خود، برای تملک حصه میبیه اقدام کند مگر اینکه عذر موجهی داشته باشد.

ب: قابل اسقاط است. چون حق شفعه از حقوق مالی محسوب می‌گردد، بی تردید قابل اسقاط است و صاحب آن به هر طریق که مصلحت بداند می‌تواند آن را اسقاط کند و اسقاط آن نیز به صورت صریح و ضمنی امکان پذیر است.

ج: غیر قابل تجزیه است. یعنی حق شفعه یک حق بسیط است و نمی‌توان آن را تجزیه کرده، فقط نسبت به قسمتی از حصه اعمال و نسبت به قسمت دیگر از آن صرف نظر کرد، بلکه شفیع یا باید نسبت به مجموع حصه اخذ به شفعه کند و یا تماماً از اعمال آن چشم‌پوشد.

د: به صورت قهری قابل انتقال است. حق شفعه از جمله حقوقی است که در صورت فوت صاحب حق به طور قهری به ورثه و قائم مقام قانونی او منتقل می‌گردد ولی در فقه اهل سنت بعضی از مذاهب اعتقاد به عدم توارث حق شفعه می‌باشند.

ه: به صورت اختیاری غیرقابل انتقال می‌باشد. حق شفعه قابل انتقال و معاوضه نیست و شفیع نمی‌تواند آن را به شخص ثالثی منتقل سازد، به صورتی که او بتواند علیه مشتری اعمال شفعه کند.

۵- شرایط موضوع شفعه در حقوق ایران و فقه امامیه عبارت‌اند از: غیرمنقول بودن، قابل تقسیم بودن، محدود بودن مالکیت مبیع به بین دو شخص، مشاع بودن مال بین دو شریک و انتقال به قصد بیع.

۶- در خصوص غیر منقول بودن، از فقهای اهل سنت، ابوحنیفه و شافعی شفعه را در اموال منقول نیز ثابت دانسته‌اند و از مالکیان نیز آرای متفاوت نقل شده و گاهی رای به وجود حق شفعه در تمام اموال داده‌اند. در خصوص محدود بودن مالکیت مبیع به بین دو شخص اکثر فقهای عامه برخلاف نظر مشهور در فقه نظر داده‌اند و به شرط مذکور معتقد نیستند.

۷- درباره شرط یا عدم شرط مشاع بودن مال بین دو شخص در فقه اهل سنت، مالکی و شافعی، شفعه را تنها برای شریک مشاع برقرار می‌دانند. ولی در مذهب حنفی مراتب زیر برای صاحب حق شفعه در نظر گرفته شده است؛ ابتدا برای شریک در مبیع، سپس شریک در حقوق مبیع و پس از آن همسایه مجاور دارای حق شفعه هستند.

۸- در خصوص شرط انتقال به قصد بیع، بعضی از فقهای اهل سنت، با نظریه مشهور امامیه موافقت می‌کنند. ولی فقیهان حنبلی و حنفی در معاملات مال معاوضی، مانند صلح و هبه معوض، شفعه را ثابت می‌دانند و در موارد صدق یا صلح دیه آن را نفی می‌کنند. اما مالکیان حق شفعه را تنها در انتقالات بلاعوض، مانند وصیت، صدقه و میراث، نفی کرده و در سایر معاملات (معاملات معوض) اعم از مالی و غیرمالی، آن را ثابت دانسته‌اند.

۹- شرایط شفیع عبارت‌اند از: اهلیت داشتن شفیع، مسلمان بودن شفیع، لزوم مالکیت شفیع قبل از بیع و استمرار آن تا هنگام اخذ به شفعه و توانایی شفیع در تأدیه ثمن.

۱۰- در باره شرط مسلمان بودن شفیع باید گفت در فقه اهل سنت مالکی، ظاهری، ابوحنیفه و شافعی به دلیل اطلاق و عموم روایات، حق شفعه کافر بر مسلمان را ثابت دانسته‌اند.

## منابع

۱. اسکینی . ر . ۱۳۸۶ . حقوق تجارت . شرکت های تجاری . جلد اول . چاپ ۱۱۵ . تهران : انتشارات سمت
۲. جعفری لنگردی . م . ۱۳۸۵ . ترمینولوژی حقوق . چاپ ۲۱ . تهران : گنج دانش
۳. ح . ۱۳۸۲ . حقوق مدنی . جلد اول .، چاپ ۲۳ . تهران : انتشارات اسلامیة
۴. حلی . ابو القاسم نجم الدین جعفر بن حسن ( محقق حلی ) . ۱۳۸۹ ه . ق . شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام . نجف :
۵. خمینی . روح الله . ۱۴۱۸ ه . ق . کتاب البیع . جلد ۱ و ۲ . قم : موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان
۶. سنهوری . عبدالرزاق احمد . ۱۹۵۲ م . الوسیط فی الشرح القانون المدنی . جلد ۸ و ۹ . بیروت : دار احیاء التراث العربی
۷. طباطبایی مومنی . م . ۱۳۸۱ . حقوق اداری . چاپ هشتم . تهران : انتشارات سمت
۸. طوسی . محمد بن حسن . ۱۳۵۱ ه . ق . المبسوط . جلد ۳ . تهران : مکتبه المرتضویه
۹. عاملی الجبعی . زین الدین بن علی بن محمد ( شهید ثانی ) . ۱۳۸۴ ه . ق . الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیة . جلد ۲ . تهران : مکتبه المرتضویه
۱۰. کاتوزیان . ن . ۱۳۸۴ . شفعه . وصیت . ارث . چاپ پنجم . تهران : نشر میزان
۱۱. محقق داماد . م . ۱۳۸۳ . قواعد فقه . بخش مدنی . قسمت دوم . تهران : انتشارات سمت