

حَقِّ شُفْعَه

آیه‌الفضل سلطانی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و نویسنده و پژوهشگر حقوق

سیروان طاهریان

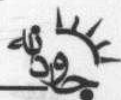
کارشناس ارشد حقوق خصوصی و نویسنده و پژوهشگر حقوق

سیامک لطیفانی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و نویسنده و پژوهشگر حقوق

انتشارات جاودانه

سرشناسه	: سلطانی، ابوالفضل، ۱۳۵۶-
عنوان قراردادی	: ایران. قوانین و احکام/ Iran. Laws, etc
عنوان و نام پدیدآور	: حَقِّ شَفْعِه / ابوالفضل سلطانی، سیروان طاهریان، سیامک لطفیانی
مشخصات نشر	: تهران: جاودانه، جنگل، ۱۳۹۵
مشخصات ظاهری	: ۱۱۲ ص.
شابک	: ۵-۵۱۳-۱۵۸-۶۰۰-۹۷۸
وضعیت فهرست‌نویسی	: فیپا
موضوع	: حق شفعه
موضوع	: Pre- - Emption
زبان	: طاهریان، سیروان، ۱۳۶۲-
زبان	: لطفیانی، سیامک، ۱۳۶۷-
زبان	: ۱۳۹۵ ط ۷ ح / KMH۸۷۸
زبان	: [BP۱۹۰/۷]
زبان	: ۳۴۲/۵۵۰۸۵
زبان	: ۴۵۹۸۶۲۳



عنوان کتاب: حَقِّ شَفْعِه
 مؤلفان: ابوالفضل سلطانی، سیروان طاهریان، سیامک لطفیانی
 ناشر: انتشارات جاودانه، جنگل
 ناظر فنی: امین لشکری
 نوبت و سال چاپ: اول، ۱۳۹۶
 قطع و تیراژ: رقعی، ۱۰۰۰ نسخه
 قیمت: ۸۰۰۰۰ ریال
 شابک: ۵-۵۱۳-۱۵۸-۶۰۰-۹۷۸

[http:// www.jangal.com](http://www.jangal.com)

[email: info@junglepub.org](mailto:info@junglepub.org)

تلفن: ۰۲۱-۶۶۴۸۶۱۱۵-۹-۶۶۴۸۲۸۳۰

۰۳۱-۳۳۲۰۵۰۶۷-۳۳۲۰۳۸۰۰-۹

«حق چاپ برای مؤلفان محفوظ است»

فهرست مطالب

مقدمه

فصل نخست: مفاهیم و مبانی ۱

۲..... مبحث نخست: مفاهیم

۳..... بند نخست: در اوستا

۴..... بند دوم: در اوپنیشاد

۵..... مبحث دوم: سیر تاریخی از اوستا تا حق شفعه

۵..... بند نخست: سیر تاریخی

۸..... بند دوم: شفعه از دیدگاه اهل سنت

۱۲..... بند سوم: تحلیل شفعه از مبانی عرفی

۱۴..... بند چهارم: اوصاف حق شفعه

۱۴..... الف) حق شفعه، حقی مالی است

۱۵..... ب) حق شفعه، حقی عینی است

۱۸..... ج) حق شفعه به ارث انتقال می‌یابد

۲۱..... د) حق شفعه قابل انتقال نیست

۲۱..... ه) حق شفعه قابل اسقاط است

۲۵..... و) حق شفعه از آثار بیع صحیح است

۲۷..... ز) حق شفعه قابل تبعیض نیست

فصل دوم: شرایط ایجاد و زوال حق شفعه ۲۹

۳۰..... مبحث نخست: شرایط ایجاد حق شفعه در فقه اسلامی و حقوق ایران

- بند نخست: غیر منقول بودن مورد شفعه ۳۰
- بند دوم: قابل تقسیم بودن مورد شفعه ۳۱
- بند سوم: لزوم شرکت ۳۴
- بند چهارم: محدود بودن شرکاء به دو نفر ۳۶
- بند پنجم: انتقال سهم مشترک بواسطه بیع ۳۶
- بند ششم: اخذ به شفعه در سهمی که با ثمن قرضی فروخته شده باشد ۳۷
- مبحث دوم: چند بحث مهم و اختلافی ۳۹
- بند نخست: بیعی بودن حصه‌ی یکی از دو شریک ۳۹
- (الف) دیدگاه فقها ۳۹
- (ب) ناه تانو نذار ۴۱
- بند دوم: خیرری بودن بیع ۴۲
- (الف) دیدگاه فقها ۴۲
- (ب) دیدگاه قانون‌گذار ۴۳
- بند سوم: بیع فضولی ۴۴
- بند چهارم: اقاله‌ی بیع ۴۵
- بند پنجم: فسخ بیع ۴۷
- مبحث سوم: شرایط زوال حق شفعه ۵۰
- بند نخست: اسباب ارادی زوال حق شفعه ۵۱
- (الف) اسقاط حق پیش از بیع ۵۱
- (ب) فروش حصه از جانب شفیع ۵۲
- بند دوم: اسباب قهری زوال حق شفعه ۵۴
- (الف) فوریت در اخذ به شفعه ۵۴
- (ب) ناتوانی یا مسامحه شفیع در تأدیه ثمن ۵۵
- (ج) تلف مبیع پیش از اخذ به شفعه ۵۵
- (د) تلف مبیع پس از اخذ به شفعه ۵۶

فصل سوم: اخذ به شفعه و آثار ناشی از آن ۵۷

- مبحث نخست: تعریف و ماهیت اخذ به شفعه ۵۸
- بند نخست: تعریف اخذ به شفعه ۵۸
- بند دوم: ماهیت اخذ به شفعه ۵۹
- الف) اخذ به شفعه ایقاع است ۵۹
- ب) اخذ به شفعه سبب تملک است ۶۴
- ج) رابطه اخذ به شفعه و حق شفعه ۶۶
- د) اخذ به شفعه استثنایی بر اصل نسبی بودن قراردادهاست ۶۸
- مبحث دوم: معیت تصرفات مشتری در مال مورد شفعه؛ آثار و نتایج ناشی از آن ۶۸
- بند نخست: اعال - توقیف قبل از اخذ به شفعه ۶۸
- الف) انواع تصرفات مشتری ۶۸
- ب) اقاله ۷۰
- ج) تقدم حق شفعه بر حق مالکیت مشتری ۷۲
- د) فروش مال از سوی مشتری به غیر ۷۲
- ه) حقوق متعدد شفعه در بیعها متعدد ۷۳
- بند دوم: ضمان درک، تلف و عیب مال ۷۴
- الف) تلف و عیب مال ۷۶
- ۱- تلف یا عیب قبل از اخذ به شفعه ۷۶
- ۲- تلف یا عیب بعد از اخذ به شفعه ۷۷
- ب) اثر مطالبه شفعه در ضمان مشتری ۸۱
- بند سوم: ضمان معاوضی در شفعه ۸۳
- بند چهارم: نمائات مورد معامله ۸۴
- بند پنجم: ارزش عیب از ثمن قراردادی ۸۶
- بند ششم: دعوی اخذ به شفعه و رویه قضایی ۸۸
- الف) دادگاه صالح ۸۸

۸۸.....	ب) طرفین دعوی
۸۹.....	ج) خواسته دعوی
۹۰.....	د) مستندات دعوی
۹۱.....	نتیجه گیری
۹۵.....	منابع و مآخذ

www.ketab.ir

مقدمه

یکی از اسباب مالکیت در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران اخذ به شفعه است. اخذ به شفعه مرحله اجرایی حق شفعه می‌باشد. حق شفعه، حقی استثنایی است که قانونگذار برای حمایت از شریک ملک مشاع پیش‌بینی نموده است. برای اجرای این حق در فقه اسلامی و قانون مدنی شرایطی پیش‌بینی شده است. به نیازمند بررسی است، لیکن موضوعی که تا حدود بسیاری مورد غفلت واقع شده بحثی است تحت عنوان «تصرف مشتری در مال موضوع حق شفعه». این موضوع که آیا خریدار مال مشاع از شریک سابق اگر در مال دخل و تصرف داشته باشد (هم مادی و هم حقوقی) حکم و تکلیف چیست؟ آیا عالم یا جاهل به این در حکم تأثیری دارد؟ در فرض اخذ به شفعه از سوی شفیع خریدار مبرور چه حقی دارد؟ و سوالات بسیار دیگری که هر کدام نیازمند بررسی دقیق می‌باشد.

راجع به تصرفات مشتری در مال نظریات مختلفی ارائه شده است، نظر مشهور این است که اقدامات وی سبب ایجاد حقی برای در مقابل شفیع نیست، لیکن در هر صورت می‌تواند برای جبران خسارت به شریک سابق مراجعه کند. در این مراجعت یقیناً علم و جهل وی تأثیر خواهد داشت. همچنین تبیین و مجزا نمودن منافع و اضافات متصل و منفصل باید مورد توجه واقع شود.

با توجه به توضیحات فوق بر آن شدیم در این نوشتار با مطالعه منابع کتابخانه‌ای و فیش بردار از منابع حوزه تحقیق سعی در پاسخ دهی به سوالات مزبور در راستای کتاب فوق داشته باشیم.

حقوق مدنی در بین سایر رشته‌های حقوقی از وسعت و پیچیدگی خاصی برخوردار است و این امر در نظام‌های مختلف حقوقی وضع مشابهی دارد. در عین حال به دلیل آنکه مبنای عمومی قواعد و اصول حقوق مدنی، منطق و عرف عقلایی است نهادهای دو بخش‌های متنوع این حوزه در نظام‌ها و کشورهای گوناگون قابل تطبیق و سازگار با یکدیگر می‌باشند. به‌طور مثال حقوق قراردادهای، مشتمل بر قواعد نسبتاً یکسانی در تمام نظام‌های حقوقی است. ولی در عین حال به دلیل دخالت مبانی فرهنگی و مذهبی و تاریخی در بررسی از اصول حقوق مدنی، وجود نهادهای و اصول متفاوت و غیر قابل مقایسه با یکدیگر در نظام‌های حقوقی به چشم می‌خورد. مثلاً در حق شفعه از این جهت وضع خاصی دارد. از یک طرف نهادی در نظام حقوق اسلامی، نهادی شناخته شده و ریشه دیرینه و عامه به‌طور مبسوط مورد بحث قرار می‌گیرد. و بسیاری از کشورها اسلامی مقرراتی را به این موضوع اختصاص داده‌اند. و از سوی دیگر قواعد و شرایط خاص شفعه در حقوق اسلام تقریباً منحصر به فرد است و سایر نظام‌های حقوقی آن قواعد و شرایط خاص را مورد شناسایی قرار نداده‌اند.

اگرچه فلسفه و حکمت شفعه به شکل عام در حد نظریه کلی قابل تصور است اما پیچیدگی شرایط ایجاد این حق تا حدی دسترسی به مبانی متعارف آن را دشوار می‌سازد و شاید علت عدم شناسایی عمری این نهاد در نظام‌های حقوقی نیز همین امر باشد.

یکی از اسباب ایجاد مالکیت اخذ به شفعه است. حق شفعه براساس ماده ۸۰۸ قانون مدنی اینگونه تعریف شده است: «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.»

در واقع برای تحقق حق شفعه در کتب فقهی و قانون مدنی شرایطی ذکر شده است، از جمله: ۱- مال غیرمنقول باشد. ۲- مال قابل تقسیم باشد. ۳- شرکت به حالت مشاع باشد. ۴- معامله حصه شریک به بیع باشد و... .

اخذ به شفعه دارای آثار و احکامی است که یکی از این آثار مربوط به معاملات مشتکی می‌باشد. از آنجا که شفیع حق شفعه خود را پس از انعقاد عقد بیع می‌باید شطب کند و مشتری می‌تواند اعمال نماید ممکن است در فاصله زمانی بین شطب بیع و اخذ به شفعه، مشتری به اعتبار مالکیت خود اقدام به تصرفاتی از قبیل انجم معاملات نسبت به مورد شفعه نماید. با این وجود انجام معاملات و تصرفات مشتری به هیچ وجه مانع اخذ به شفعه نخواهد بود، بلکه با اعمال حق شفعه توسط شفیع، کلیه معاملات مشتری که در فاصله انعقاد عقد بیع تا زمان اعمال حق شفعه انجام گرفته، ابطال می‌گردد و مشتری مکلف است با دریافت ثمن پرداختی حصه مبیعه را به تصرف شفیع دهد. ماده ۸۱۶ ق. م. در این زمینه چنین مقرر می‌دارد: «اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد، باطل می‌نماید». البته مفاد ماده بدان مفهوم نیست که لزوماً معاملات مشتری نسبت به مورد شفعه می‌بایست ابطال شود بلکه معاملات انجام شده به عنوان اقدام فضولی مشتری محسوب می‌شود و حکم معاملات فضولی را خواهد داشت.

در واقع مسئله اصلی در این است که آیا معامله مشتری بر حصه خود از مال مشاع قبل از اخذ به شفعه فاقد یکی از ارکان عقد است؟ آیا مشتری قبل از مشخص شدن وضعیت مال و تصمیم شریک، حق معامله بر آن مال را دارد؟

تصرفات مشتری در مال موضوع حق شفعه شامل تصرفات: ۱- مادی
 ۲- حقوقی می‌باشد؛ و باید بین این دو تصرف قائل به تفکیک شد. بدین
 صورت که تصرفات مادی چون مال مشاع است نیاز به اذن شریک دارد و اگر
 بدون اذن باشد تصرفات مشتری ضمان آور است. ولی تصرفات حقوقی اگرچه
 مال مطلق حق شریک قرار گرفته منتها چون تصرف حقوقی اصولاً نیاز به
 اذن شریک ندارد باید قائل شویم که این تصرفات صحیح است. حال آن که
 ممکن است تصرفات مادی و حقوقی مشتری، قبل از اخذ به شفعه، بعد از
 اخذ به شفعه و قبل از مطالبه، بعد از اخذ به شفعه و مطالبه تسلیم صورت
 بگیرد؛ که این است در این حین نقص و عیب هایی در مال موضوع حق
 شفعه به وجود آید که با توجه به قبل و بعد از اعمال اخذ به شفعه متفاوت
 می‌باشد.

قبل از اخذ به شفعه خریدار ممکن است سهم شریک است، زیرا وجود شرکت و
 امکان ایجاد حق شفعه مانع از تصرف حقوقی شریک در مال خود نیست. اخذ
 به شفعه سبب می‌شود تا مال خریدار به شفعه منتقل یابد. این اثر به‌طور
 طبیعی پس از اخذ به شفعه به وجود می‌آید و همین جهت در قسمت
 نخست ماده ۱۸۹ ق. م. منافع منفصل به خریدار اختصاص داده شده است.
 به موجب ماده ۱۸۹ ق. م. «نماناتی که قبل از اخذ به شفعه در مبیع حاصل
 می‌شود در صورتی که منفصل باشد مال مشتری و در صورتی که متصل
 باشد مال شفیع است ولی مشتری می‌تواند بنائی را که کرده یا درختی را که
 کاشته قلع کند.»

بخش اخیر ماده ناظر به صورت ویژه‌ای از منافع است، فرضی که ارزش
 اضافی به وسیله مشتری ایجاد و به مبیع متصل شده مالی قابل تمیز و
 جداشدنی است: مانند بناء ساخته شده یا درخت کاشته شده. بیگمان آنچه

در زمان مالکیت مشتری برپا شده از آن اوست و شفیع حقی بر آن ندارد. هم چنین باید پذیرفت که شفیع حق دارد مبیع را چنان که فروخته شده است، تملک کند و آزادانه در اختیار بگیرد. دشواری در اینجا است که چگونه باید حق مالکیت مشتری و حق تملک بی قید شفیع را با هم جمع کرد؟

جهت دو حق سبب اختلاف میان محققان شده است و قانون مدنی راهی برای آن انتخاب نکرده به همین دلیل پاره‌ای از محققان راه حل را در این دیده‌اند که با مشتری مانند غاصب رفتار شود، چرا که حق نداشته در ملکی که دیرری او تملک آن را به شفعه دارد تصرفی منافعی با آن حق بکند. این نظر که در علم طه‌فداری دارد، با مخالفت مشهور روبرو شده زیرا که مشتری پیش از آنکه به شفعه در ملک خویش تصرف می‌کند پس نباید او را در حکم غاصب آورد، به ویژه در این تصرف راه اخذ به شفعه را مسدود نمی‌کند و منافعی با آن نیست.