



## A Jurisprudential and Legal Reassessment of Waiving the Right of Pre-emption Before Sale by the Person Exercising the Right

Muḥammad ‘Alī Sa‘īdī<sup>1</sup>✉<sup>ID</sup>, Mahdī Mīrī<sup>2</sup><sup>ID</sup>, Farzānih Karamī<sup>3</sup><sup>ID</sup>,  
Ḥujjat Pūlādīn Ṭarqī<sup>4</sup>

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [saeedi.ma@razavi.ac.ir](mailto:saeedi.ma@razavi.ac.ir)
2. PhD Graduate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [mirimahdi276@gmail.com](mailto:mirimahdi276@gmail.com)
3. PhD Graduate in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [F\\_karami91@yahoo.com](mailto:F_karami91@yahoo.com)
4. PhD Student in Private Law, Razavi University of Islamic Sciences, Mashhad, Iran. Email: [hojjatpooladin1371@gmail.com](mailto:hojjatpooladin1371@gmail.com)

### Article Info

#### Article type:

Research Article

#### Article history:

Received 14 August 2022

Received in revised form  
31 January 2023

Accepted 15 February  
2023

Available online 19  
August 2023

#### Keywords:

Right of pre-emption,  
Waiver, Person  
exercising the right,  
Abandonment.



### ABSTRACT

In Imāmiyya jurisprudence, there are three different views regarding the possibility of waiving the right of pre-emption before the sale (Arabic: إسقاط حق الشفعة قبل البيع, Romanized: 'Isqāt haqq al-shuf'ah qabl al-bay'). The majority of jurists do not accept waiving the right of pre-emption before the sale; however, some jurists accept it, and others offer a detailed view. The Civil Code remains silent on this issue. Despite disagreements, legal doctrine generally accepts the waiving of the right of pre-emption before the sale by relying on the broad interpretation of Article 822 of the Civil Code and deriving the legal principle from Article 448. Judicial practice also confirms this matter. In this study, the various perspectives in Imāmiyya jurisprudence and statutory law are evaluated using a descriptive-analytical method. The conclusion reached is that, from a jurisprudential and legal standpoint, if the person exercising the right of pre-emption (Arabic: شفيع, Romanized: shfi') offers to sell to their partner or offers a third party the option to buy the partner's share on the condition that they waive their right, their right is considered waived, as their declaration indicates an abandonment of the right of pre-emption. However, if the person rejects the offer to buy the partner's share, the mere rejection does not indicate an abandonment of the right of pre-emption. Instead, it may be a strategic consideration of the advantages and disadvantages of employing the right in the future, given the market conditions.

Cite this article: Sa'īdī, M., A.; Mīrī, M.; Karamī, F.; Pūlādīn Ṭarqī, H. (2024). A Jurisprudential and Legal Reassessment of Waiving the Right of Pre-emption Before Sale by the Person Exercising the Right. *Civil Jurisprudence Doctrines*, 16 (30), 113-135.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4704.1792>



© The Author(s).

Publisher: Razavi University of Islamic Sciences.



## بازپژوهی فقهی - حقوقی اسقاط حق شفعه قبل از بیع توسط شفیع

محمدعلی سعیدی<sup>1</sup> | مهدی میری<sup>2</sup> | فرزانه کرمی<sup>3</sup> | حجت پولادین طرقی<sup>4</sup>

1. نویسنده مسئول، استادیار، گروه حقوق، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران، رایانامه: saeedi.ma@razavi.ac.ir
2. دانش‌آموخته دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: mirimahdi276@gmail.com
3. دانش‌آموخته دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: F\_karami91@yahoo.com
4. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد، ایران. رایانامه: hojjatpooladin1371@gmail.com

### چکیده

### اطلاعات مقاله

در فقه امامیه نسبت به امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع سه دیدگاه مختلف وجود دارد: مشهور فقها اسقاط حق شفعه قبل از بیع را نپذیرفته‌اند، برخی از فقها آن را پذیرفته و برخی هم قائل به تفصیل شده‌اند. قانون مدنی نسبت به این مسئله سکوت اختیار کرده است. دکترین حقوقی علی‌رغم اختلاف، عمدتاً سقوط حق شفعه قبل از بیع را با تکیه بر اطلاق ماده ۸۲۲ قانون مدنی و اخذ وحدت ملاک از ماده ۴۴۸ پذیرفته است. رویه قضائی نیز این مسئله را تأیید می‌کند. در این پژوهش دیدگاه‌های مختلف در فقه امامیه و حقوق موضوعه با روش توصیفی - تحلیلی ارزیابی شده و این نتیجه به دست آمده است که به لحاظ فقهی - حقوقی، در جایی که شفیع به شریک خود پیشنهاد فروش بدهد یا به شخص ثالث پیشنهاد خرید سهم شریک را بدهد با این قید که از اعمال حق شفعه خود صرف‌نظر نماید، حق او ساقط می‌گردد، چراکه اعلام او دلالت بر اعراض از حق شفعه دارد. اما در جایی که شفیع پیشنهاد خرید سهم شریک را رد نماید، صرف رد پیشنهاد، دلالت بر اعراض شفیع از حق شفعه ندارد، بلکه احتمال دارد با توجه به اوضاع حاکم بر بازار، ابزاری برای در نظر گرفتن سود و زیان استفاده یا عدم استفاده از حق شفعه در آینده باشد.

نوع مقاله: علمی پژوهشی

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۵/۲۳

تاریخ بازنگری: ۱۴۰۱/۱۱/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۲۶

تاریخ انتشار آنلاین:

۱۴۰۲/۰۵/۲۸

کلیدواژه‌ها:

حق شفعه، اسقاط، شفیع، اعراض.



استناد: سعیدی، محمدعلی؛ میری، مهدی؛ کرمی، فرزانه؛ پولادین طرقی، حجت. (۱۴۰۳). بازپژوهی فقهی - حقوقی اسقاط

حق شفعه قبل از بیع توسط شفیع. آموزه‌های فقه مدنی، ۱۶ (۳۰)، ۱۱۳-۱۳۵.

<https://doi.org/10.30513/cjd.2023.4704.1792>

ناشر: دانشگاه علوم اسلامی رضوی.



© نویسندگان.

## مقدمه

حق شفعه حقی مالی است. در خصوص امکان اسقاط این حق، ماده ۸۲۲ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «حق شفعه قابل اسقاط است، اسقاط به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود». بنابراین شفیع می‌تواند حق خود را ساقط نماید. برای اسقاط این حق سه طریق متصور است: اسقاط به نحو صریح، اسقاط به نحو ضمنی، اسقاط قبل از بیع.

موضوع این پژوهش ناظر به طریق سوم یعنی اسقاط حق قبل از بیع است. سؤال محوری این است که اگر یکی از شرکا تصمیم خود را مبنی بر انصراف از حق شفعه، به شریک خود قبل از بیع اطلاع دهد یا صرف نظر کردن از حق خود را به مشتری قبل از خرید اعلام کند یا در صورتی که شریک پیشنهاد خرید به او داده، آن را رد نماید، آیا در این موارد، پس از بیع سهم مشاع، حق شفعه ساقط می‌شود یا خیر؟

با توجه به تغییر و تحولات جامعه کنونی و اهمیت و نقش تعیین‌کننده آن در مسائل فقهی و حقوقی، این مسئله نیازمند بازنگری است و شایسته است به‌طور منسجم و نظام‌مند بررسی گردد.

در میان آثار پژوهشی موجود، گرچه منابعی یافت می‌شود، اما غالباً به‌صورت مختصر، آن‌هم به ابعاد خاصی از موضوع اشاره کرده‌اند، از جمله، در پایان‌نامه «حق شفعه و شرایط آن در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه» (معلم، ۱۳۷۷)، پس از بیان کلیات و شرایط ایجاد حق شفعه، به‌اجمال برخی از مصادیق زوال حق شفعه بررسی شده است. همچنین در دو پایان‌نامه «زوال حق شفعه از منظر فقه امامیه و قانون مدنی» (عباس‌پور، ۱۳۹۷) و «زوال شفعه در فقه امامیه و حقوق ایران» (پورکریمی دارنجانی، ۱۳۹۷)، زوال حق شفعه به دو صورت اختیاری و قهری مطلقاً (چه قبل از بیع و چه بعد از بیع) بررسی گردیده است.

اما مقاله حاضر در مقام یافتن پاسخ جامع، ابتدا به احصاء ادله و مبانی فقهی مسئله مطروحه، به شکل استدلالی و تحلیلی پرداخته است. سپس در این مسئله موضع قانون مدنی و دکتین حقوقی تحلیل و بررسی شده تا ضمن استفاده قضات و محاکم از تحلیل ارائه‌شده، بتواند راه‌گشای قانون‌گذار در وضع مقرراتی جامع و یکپارچه گردد و

چالش‌های حقوقی مطرح در این زمینه را پاسخ گو باشد.

### ۱. دیدگاه‌ها و مبانی موجود در فقه امامیه

نسبت به امکان یا عدم امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع، در میان فقها چند دیدگاه وجود دارد. در ذیل، دیدگاه‌های مطرح در این باره تبیین و تحلیل می‌شود.

#### ۱-۱. دیدگاه عدم سقوط حق شفعه

بسیاری از فقها معتقدند امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع به واسطه صرف نظر کردن شفیع از حق خود یا رد پیشنهاد شریک، منتفی است، لذا فتوا به عدم سقوط حق شفعه می‌دهند (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۴۰؛ حلبی، ۱۴۱۷، ص ۲۳۲؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۳؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۵۸؛ حلی (علامه) «الف»، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۵۰؛ حلی (علامه)، ۱۴۱۳، ج ۲، ص ۲۵۷؛ ۱۴۲۰، ج ۴، ص ۵۹۱؛ ۱۴۱۱، ص ۱۰۴؛ ۱۴۱۴، ج ۱۲، ص ۳۲۶-۳۲۷؛ حلی (مقداد)، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۹۳-۹۴؛ عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۴۰؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۳۶۱-۳۶۲؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۵۴۹؛ فیض کاشانی، بی‌تا، ج ۳، ص ۸۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۳۳۱؛ سبزواری، بی‌تا، ص ۳۰۰). برخی عدم سقوط حق شفعه قبل از بیع را به واقع نزدیک‌تر دانسته‌اند (حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۸). عده‌ای عدم سقوط حق شفعه قبل از بیع را در جایی که قرینه بر اسقاط حق شفیع بعد از آن وجود داشته باشد، ثابت دانسته‌اند (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۷۸؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ج ۲، ص ۸۵؛ وحید خراسانی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۹۱).

#### ۱-۱-۱. تبیین دلایل

این دسته از فقها برای اثبات دیدگاه خود به دلایلی تمسک کرده‌اند، از جمله:

#### ۱-۱-۱-۱. اجماع

برخی معتقدند امامیه اجماع دارند حق شفعه از مسائل مخصوص امامیه است که ساقط نمی‌شود، مگر در صورتی که شفیع نسبت به سقوط حق شفعه خود، تصریح نماید (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۶؛ سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۴۵۴ و ۴۵۶).

#### ۱-۱-۱-۲. عدم تحقق شفعه قبل از بیع (اسقاط ما لم یجب)

دلیل دیگری که به آن تمسک شده این است که قبل از بیع، حق شفعه به وجود نمی‌آید تا

قابلیت اسقاط را داشته باشد. حق شفعه با بیع به وجود می‌آید، بنابراین در صورتی که شفیع قبل از بیع، از حق خود گذشت کند، نسبت به چیزی گذشت صورت گرفته است که مالک و مستحق نبوده است، مانند اجازه وارث نسبت به وصیت مازاد بر ثلث قبل از فوت موصی، یا ابراء طلب، زمانی که هنوز در ذمه شخص ایجاد نگردیده است، یا اسقاط مهریه قبل از ازدواج. در همه این صور، عمل حقوقی مزبور تأثیری ندارد. بنابراین با فروخته شدن سهم شریک، حق شفعه ایجاد می‌شود (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۴۰؛ ابن‌ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۹۳؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸، ج ۳، ص ۲۱۱؛ حلی (علامه) «الف»، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۵۰؛ حلی (فخرالمحققین)، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۲۱۸؛ عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۴۰؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۳۶۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۳۳۱؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۶۵).

### ۱-۱-۳. تمسک به عموماً شفعه

مطابق عموماً شفعه،<sup>۱</sup> ایجاد حق شفعه، پس از بیع سهم یکی از شرکاست و قبل از بیع حقی برای شفیع ایجاد نگردیده است تا بخواهد از آن صرف نظر کند یا به نحوی آن را اسقاط نماید (عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۳، ج ۱۲، ص ۳۶۱؛ عاملی (محقق ثانی)، ۱۴۱۴، ج ۶، ص ۴۴۰؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۳۳۱؛ طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۶).

### ۱-۱-۲. تحلیل و بررسی دلایل

دلایل مذکور دلالت بر عدم سقوط حق شفعه قبل از بیع ندارند. عنوان اجماع در دلیل اول، به جهت بیان جواز تأخیر در اخذ به شفعه است، در مقابل دیدگاهی که اخذ به شفعه توسط شفیع را فوری می‌داند، به این بیان که حق اخذ به شفعه تا زمان عفو توسط شفیع، امکان‌پذیر است. شاهد بر این ادعا قسمتی از کلام سید مرتضی است که سقوط حق شفعه را صرفاً با تصریح به اسقاط توسط شفیع می‌پذیرد (سید مرتضی، ۱۴۱۵، ص ۴۵۴؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۳۲). بر فرض، اگر ارتباط اجماع مزبور با مسئله مورد نزاع پذیرفته شود، با نظر بسیاری از فقها اعم از متقدمان و متأخران و معاصران که قائل به

۱. یونس عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألته عن الشفعة لمن هي وفي أي شيء هي ولمن تَصْلُحُ وَهَلْ تَكُونُ فِي الْحَيَوَانَ شَفْعَةً وَكَيْفَ هِيَ؟ فَقَالَ: الشُّفْعَةُ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ شَيْءٍ مِنْ حَيَوَانَ أَوْ أَرْضٍ أَوْ مَتَاعٍ إِذَا كَانَ الشَّيْءُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ لَا غَيْرَهُمَا فَتَبَاعَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ فَشَرِيكُهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَإِنْ زَادَ عَلَى الْاِثْنَيْنِ فَلَا شَفْعَةَ لِأَحَدٍ مِنْهُمُ» (كليني، ۱۴۰۷، ج ۵، ص ۲۸۱).

امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع‌اند، در تنافی است.

در دلیل دوم، اگر مقصود از عدم تحقق حق شفعه، انشا و ایجاد حق شفعه قبل از تحقق متعلق آن (بیع) باشد، بی تردید حق شفعه ساقط نمی‌گردد و تصور تأثیر انشا قبل از تحقق متعلق، در فرض نبود دلیل شرعی، امری باطل است. اما اگر مقصود از عدم تحقق حق شفعه، اذن شفیع به شریک (بایع) باشد که قابلیت دوام و استمرار از جهت فعلی و حکمی را تا زمان اتمام عقد دارد (تا زمانی که عمل منافی با اذن انجام نداده باشد)، ظهور در استمرار اذن دارد و حکم به صحت بیع می‌شود و در این صورت، اسقاط امری صحیح است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۳۰-۴۳۲).

در توجیه صحت اسقاط می‌توان افزود: مقتضای حق شفعه که شراکت دو شریک قبل از بیع است، وجود دارد، لذا شریک می‌تواند حق شفعه را اسقاط نماید، چراکه در جایی که مقتضای تحقق حقی وجود داشته باشد، ولی به جهتی، به مرحله فعلیت خارجی نرسد، اطلاق اسقاط مقتضا (حق شفعه) صحیح می‌باشد و از لحاظ عرفی، امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع وجود دارد (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۸، ص ۱۵۶).

به‌علاوه، در اسقاط حق شفعه قبل از بیع، شفیع حق خود را به صورت معلق بر بیع اسقاط می‌نماید و این تعلیق، مضر و مانع در نفوذ اسقاط نیست، زیرا مانعیت نفوذ در تعلیقی است که مفهوم انشاء بر آن معلق شود، یعنی ایجاد ماهیت حقوقی، معلق بر آن گردد، درحالی‌که اسقاط حق شفعه قبل از بیع و امثال آن مانند ابراء چیزی که احتمال اشتغال ذمه شخص به آن را می‌دهد یا طلاق که زوجیت در آن مشکوک باشد، تعلیق در انشا نیستند، بلکه در این موارد، تعلیق در منشأ صورت گرفته است، لذا اظهر صحت سقوط حق شفعه قبل از بیع است (حسینی روحانی، ۱۴۱۲، ج ۱۸، ص ۳۶۵-۳۶۶).

در دلیل سوم، اولاً عمومات شفعه، نسبت به امکان اسقاط حق شفعه و عدم امکان آن قبل از بیع و به طور کلی، مُسقطات حق شفعه، دلالتی ندارند، بلکه در مقام بیان چستی و چگونگی ثبوت حق شفعه برای شریک‌اند. ثانیاً عمومات شفعه با عمومات «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۲؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۶) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده ۱/۱) و دیگر عموماتی که دلالت بر وجوب وفای به عهد دارند، متعارض است و نمی‌توان حکم به تقدم عمومات شفعه بر عمومات دال بر وجوب وفای به عهد نمود،

بلکه حکم به تقدم عموماًت اخير از باب حکومت، توسعه داده می‌شود، با این بیان که عموماًت اخير در موضوع ادله حق شفعه تصرف می‌کند و آن را توسعه می‌دهد، به این نحو که سقوط حق شفعه قبل از بیع به عنوان موارد سقوط حق شفعه پذیرفته می‌شود و شخص باید به آن ملتزم باشد.

## ۲-۱. دیدگاه سقوط حق شفعه

در مقابل دیدگاه اول، بسیاری از فقهای امامیه به طور مطلق معتقد به سقوط حق شفعه شده‌اند (حلی (علامه)، ۱۴۱۰، ج ۱، ص ۳۸۷؛ عاملی (شهید اول)، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۶۸-۳۶۹؛ ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۶۶-۱۶۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۴-۴۵؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ص ۳۸۵؛ خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۵۹)، اعم از این که سقوط حق شفعه ناشی از موارد ذیل باشد:

- صرف نظر کردن شفیع از اخذ به شفعه؛
  - رد کردن پیشنهاد شریک؛
  - دادن پیشنهاد خرید سهم شریک به مشتری؛
  - پیشنهاد فروش به بایع، با این قید که حق شفعه خود را اسقاط کند و امکان مطالبه حق پس از بیع را نداشته باشد.
- برخی دیگر، فقط در صورت صرف نظر کردن شفیع از اخذ به شفعه، معتقد به سقوط حق شفیع شده و در صورت‌های دیگر تردید کرده‌اند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۳۲-۴۳۳).

## ۱-۲-۱. تبیین دلایل

قائلین به سقوط حق شفعه برای اثبات دیدگاه خود به دلایلی تمسک کرده‌اند، از جمله:

### ۱-۲-۱-۱. منتفی شدن مبنای حق شفعه

مبنای تشریح حق شفعه از سوی شارع دفع ضرر شریک است. در صورتی که شریک قبل از بیع، از حق شفعه خود صرف نظر کند، دلالت بر انتفای ضرر دارد. لذا حق شفعه او ساقط می‌گردد، چراکه سبب آن یعنی ضرر منتفی گردیده است (حلی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۲۷۶؛ طاهری، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۵۳).

توضیح این که، اعمال حق شفعه و گرفتن ملک توسط شفیع از مشتری، با رضایت همراه نیست و به نوعی مشتری مجبور به معاوضه با شفیع است، به جهت این که مشتری

همراه با بایع وارد قراردادی شده که موجب ورود ضرر به شفیع شده است. علت ورود ضرر نسبت به شریک (شفیع)، عدم عَرْضَةُ سهم بایع به او بوده است. لذا در صورتی که بایع سهم خود را به شریک پیشنهاد کرده باشد و شریک این پیشنهاد را رد کند، دال بر این است که این بیع موجب زیان بر او نمی‌شود و در فرض ورود ضرر هم اقدام به ضرر علیه خود کرده است، همان‌طور که اگر پس از اطلاع از بیع مال شریک، اخذ به شفعه خود را به تأخیر بیندازد و موجب ایراد ضرر گردد (حلی، ۱۴۱۳، ج ۵، ص ۳۵۰).

علاوه بر این، می‌توان افزود که هنگام شک در این که قبل از بیع، حق شفعه وجود دارد تا ساقط گردد یا خیر، اصل بر عدم تحقق شفعه است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۲۹).

### ۲-۱-۲-۱. نفوذ اسقاط حق

شفیع دارای حقی است که پس از اسقاط آن، چه قبل از بیع و چه بعد از آن، قابل برگشت نیست. این اسقاط حق، دلالت بر رضایت شفیع به بیع است. نفوذ این اسقاط حق، نوعی وفای به عهد است و مشمول ادله «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۲؛ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۸، ص ۱۶) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مائده/۱) و دیگر عموماتی است که دلالت بر وجوب وفای عهد دارند (اردبیلی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۴).

### ۳-۱-۲-۱. تمسک به اطلاق روایات

اطلاق برخی روایات دلالت بر ثبوت حقی اقتضائی (شراکت) برای شفیع دارد، یعنی شفیع قبل از بیع توانایی اسقاط حق شفعه را دارد. از جمله، روایت نبوی که دلالت دارد حق شفعه در هر امر مشترکی وجود دارد و شریک (بایع) نمی‌تواند سهم خود را بفروشد مگر این که آن را بر شریک عرضه نموده باشد.<sup>۱</sup> روایت دیگری با همین مضمون دلالت دارد که شریک (بایع) نمی‌تواند سهم خود را بفروشد مگر این که از شریک خود اذن داشته باشد، یعنی اگر بدون اذن شریک یا عرضه کردن بر او سهم خود را فروخت، شریک (شفیع) نسبت به خرید سهم استحقاق بیشتری دارد.<sup>۲</sup>

۱. «الشفعة في كل شرك في أرض أو ريع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع» (متقی هندی، ۱۴۰۵، ج ۷، کتاب الشفعة، حدیث ۱).

۲. «لا يحل أن يبيع حتى يستأذن شريكه، فإن باع ولم يأذن فهو أحق به» (احسانی، ۱۴۰۵، ج ۳، ص ۴۷۹، نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۷، ص ۱۰۸؛ ابوداود، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۱۵۲۲).



در روایات مذکور استحقاق شریک (شفیع) معلق بر این شده است که سهم خود را به شریک عرضه نکرده باشد یا اذن در بیع نداشته باشد. به عبارتی، مطابق روایت، وقتی بایع اذن در بیع داشته باشد حق شفعه ثابت نیست و حق شفعه با اذن جمع نمی‌گردد و الا تعلیق حق شفعه بر اذن نداشتن بایع از شفیع، معنایی نداشت. لذا وقتی قبل از بیع، شریک (شفیع) از حق شفعه خود صرف‌نظر کند، این صرف‌نظر کردن رساتر از اذن به بیع است (حلی، ۱۴۰۴، ج ۴، ص ۹۳؛ حلی، ۱۴۰۷، ج ۴، ص ۲۷۶؛ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲، ص ۱۶۷). در صورتی که بایع اذن در بیع از جانب شریک داشته باشد، دیگر حقی نخواهد داشت (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۲۹).

## ۱-۲-۲. تحلیل و بررسی دلایل

ادعای انتفای ضرر شفیع با رد پیشنهاد شریک (بایع) در دلیل اول، قابل مناقشه است، زیرا:

اولاً رد پیشنهاد شریک توسط شفیع دلالت بر عدم تضرر او ندارد، بلکه اعم از ضرر و عدم ضرر است. احتمال دارد رد پیشنهاد شریک به این دلیل باشد که بتواند در آینده اخذ به شفعه کند. به تعبیر دیگر، ممکن است رد پیشنهاد شریک ابزاری برای برخورداری از اخذ به شفعه در آینده باشد. مثلاً چه‌بسا قیمت ملک مورد معامله در آینده افزایش یا کاهش یابد. با توجه به چنین مسائلی، شفیع از پذیرش پیشنهاد شریک (بایع) امتناع می‌کند تا با مشخص شدن وضعیت، متناسب با آن تصمیم‌گیری نماید.

ثانیاً بر فرض که رد پیشنهاد شریک (بایع) توسط شفیع دلالت بر عدم تضرر کند، این در صورتی است که دلیلی بر این که ضرر سبب و مبنای ثبوت حق شفعه است، وجود داشته باشد، درحالی که حجت و دلیلی که شخص را بر این موضوع مطمئن کند وجود ندارد (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۷).

چه‌بسا گفته شود رد پیشنهاد شریک و عدم اسقاط حق شفعه، باعث تضرر بایع گردد، چه بایع برای جلوگیری از متحمل شدن هزینه‌های فروش، پیشنهاد خرید به شریک (شفیع) داده است، درحالی که این سخن مردود است، زیرا اصل بر عدم تعهد شفیع نسبت به پذیرش پیشنهاد بایع است و هر کسی در پذیرش یا نپذیرفتن پیشنهاد مختار است.

در دلیل دوم (روایاتی که از آن‌ها استفاده بر ثبوت حقی اقتضائی، برای شفیع شد)، در نگاه برخی از فقها سند آن‌ها ضعیف است، چراکه در سند روایت آمده است: «وَرُوِيَ عَنْهُ (ص) أَنَّهُ قَالَ: لَا يَجِلُّ أَنْ يَبِيعَ...». سلسله سند روایت معلوم نیست و صرفاً به صورت مستقیم از پیامبر (ص) نقل گردیده است. به علاوه، این روایات را اهل سنت نقل کرده‌اند و در کتب روایی شیعه یافت نشده‌اند (طباطبایی حائری، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۹۷؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۲۰، ص ۳۳۳).

### ۱-۳. دیدگاه تفصیل دهندگان

برخی از فقها بین دو حالت تفصیل داده‌اند: حالت اول در جایی است که یکی از شرکا به شریک، سهم خود را به قیمتی مشخص برای فروش پیشنهاد نماید، ولی شریک که همان شفیع است رد نماید و پس از رد شفیع، بایع سهم خود را به مثل همان قیمتی که به شریک یا بیشتر از آن عرضه نموده است بفروشد. در این حالت، حق شفعه شفیع ساقط می‌گردد. ولی حالت دوم در جایی است که بایع به ثمن کمتر یا به جنسی غیر از ثمنی که به شریک پیشنهاد داده است بفروشد، و شفیع حق مطالبه شفعه را پس از بیع خواهد داشت (مفید، ۱۴۱۳، ص ۶۱۹؛ طوسی، ۱۴۰۰، ص ۴۲۵؛ طوسی (ابن حمزه)، ۱۴۰۸، ص ۲۵۸-۲۵۹؛ حلی، ۱۴۰۵، ص ۲۷۸).

### ۱-۳-۱. تبیین دلیل

این دسته از فقها برای اثبات نظرشان گفته‌اند که وقتی پیشنهاد خرید به شفیع شود و او رد کند و بایع (شریک) سهم خود را با همان مبلغ یا بیشتر به دیگری بفروشد، حق شفعه شفیع ساقط است. در این حالت، شفیع با امتناع خود اعلام می‌کند که از این مسئله ضرر نمی‌کند و نیازی به حق شفعه ندارد (عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۶۹). مفهوم روایت جابر از پیامبر (ص) که فرمود: «فَلَا يَجِلُّ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَعْْرِضَهُ عَلَى شَرِيكِهِ»، شاهد این ادعاست (نوری، ۱۴۰۸، ج ۱۷، ص ۹۷؛ عاملی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۶۹). وقتی به شفیع پیشنهاد خرید شود و او از خرید خودداری کند، این امتناع دلالت دارد بر این که بایع اجازه دارد سهم خود را بفروشد و شفیع حق شفعه ندارد، زیرا خرید سهم به او پیشنهاد شده و او با اختیار خود پیشنهاد را رد نموده و از خود نفی ضرر کرده است، لذا حق شفعه‌اش ساقط می‌گردد.

### ۱-۳-۲. تحلیل و بررسی دلیل

نسبت به دلیل مطرح شده باید گفت که از جانب شرع دلیلی بر آن اقامه نشده است و تفکیک بین دو حالت و حکم به سقوط حق شفعه در یک حالت، ادعایی بی‌جهت است، چراکه نفی ضرر در حالت اولیه موجب نمی‌شود که در حالت دوم، هرچند با امتناع شفیع، هنوز ضررِ شخص پابرجا باشد.

روایت نیز علاوه بر ضعف سندی، به دلیل نقل آن در منابع اهل سنت، از لحاظ دلالتی تمام نیست. مفهوم روایت نمی‌تواند وجود این تفکیک را ثابت کند، زیرا در روایت، تفکیکی بین حالات فروش از جهت کم و زیادی نشده است که در یک حالت شفعه باقی باشد و در حالتی دیگر ساقط گردد، بلکه به صورت مطلق آمده است که شفعه برای شریک ثابت است. حتی می‌توان افزود که این روایت در مقام بیان مدعای تفصیل‌دهندگان نیست، بلکه در مقام بیان استحقاق شفیع نسبت به حق شفعه است. در صورتی او مستحق حق شفعه است که قبل از بیع به شریک، نظرش را اعلام نکرده باشد، و در صورت فروش بدون اذن و عرضه به او مستحق حق شفعه می‌شود.

### ۲. بررسی دیدگاه‌های حقوقی

در ذیل، امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع توسط شفیع، در قانون مدنی بیان و دیدگاه‌های حقوق دانان دربارهٔ این موضوع بررسی می‌شود:

#### ۱-۲. موضع قانون مدنی

نسبت به امکان‌پذیری اسقاط حق شفعه پیش از بیع از طریق انصراف شفیع یا رد پیشنهاد شریک، قانون مدنی سکوت اختیار کرده است. صرفاً در مادهٔ ۸۲۲ قانون مدنی حق شفعه را قابل اسقاط دانسته و تحقق آن را به هر چیزی دانسته است که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید. اما با اخذ وحدت ملاک از مادهٔ ۴۴۸ قانون مدنی<sup>۱</sup> می‌توان اعتقاد داشت که اسقاط حق شفعه قبل از بیع مانند اسقاط خیار تأخیر ثمن و تخلف از شرط ضمن عقد است که مطابق مقررۀ مزبور جایز شمرده شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۸).

۱. مادهٔ ۴۴۸ قانون مدنی: «سقوط تمام یا بعضی از اختیارات را می‌توان در ضمن عقد شرط نمود».

## ۲-۲. دیدگاه حقوق دانان

تتبع در متون حقوقی، اختلاف دیدگاه‌های حقوق دانان در این باره را نشان می‌دهد: برخی معتقدند در صورت انصراف شفیع، نسبت به حق شفعه قبل از بیع یا رد پیشنهاد شریک نسبت به خرید سهم او، حق شفیع اسقاط نمی‌گردد. حق شفعه صرفاً با فروش سهم مشاع برای شفیع به وجود می‌آید و رد پیشنهاد شریک، مسقط حق شفعه‌ای که بعداً حاصل می‌شود نخواهد بود. به علاوه، انصراف شفیع موجب اسقاط حق شفعه نیست، زیرا قبل از بیع، حق شفعه به وجود نیامده است تا بتوان آن را اسقاط نمود (امامی، بی تا، ج ۳، ص ۳۶-۳۷).

در مقابل، برخی دیگر معتقد به سقوط حق شفعه شده و بیان داشته‌اند که در صورت استیذان و اذن در فروش؛ حقی به وجود نمی‌آید تا بخواهند آن را اسقاط نمایند، یعنی با داشتن اذن در فروش جلوی اثبات حق گرفته می‌شود، نه این که حق ثابت نشده‌ای را بخواهند اسقاط نمایند (طاهری، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۵۴).

همگام با این عقیده، بعضی دیگر از حقوق دانان پس از ذکر دلایل و مستندات فقها و حقوق دانان، قول به سقوط را برگزیده و چنین نتیجه گرفته‌اند که قبل از وقوع بیع شریک توانایی اسقاط حق شفعه را داشته و عمل حقوقی او نافذ است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۸ و ۴۰).

در تقویت دیدگاه «عدم امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع» اظهار داشته‌اند که اراده شخص امکان تعلق به امری تحقق نیافته را ندارد. به علاوه، سقوط حقی که هنوز در خارج وجود پیدا نکرده است عاقلانه نیست. در تبیین ملاک به ماده ۷۶۶ قانون مدنی<sup>۱</sup> استشهد می‌نمایند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۸ و ۴۰).

اما در تقویت دیدگاه «اسقاط حق شفعه قبل از بیع» اظهار داشته‌اند مانند اسقاط خیار تأخیر ثمن و تخلف از شرط ضمن عقد می‌باشد که ماده ۴۴۸ قانون مدنی آن را اجازه داده است. رضای به بیع آینده به معنای اسقاط مقتضی و زمینه ایجاد حق است. در تشریح نحوه سقوط حق شفعه، به سراغ منشأ حق شفعه رفته‌اند. منشأ آن را ضرر ناشی از

۱. در این ماده می‌خوانیم: «حق مرور زمان را پس از استقرار آن به واسطه گذشتن مدت مرور زمان می‌توان اسقاط نمود و قبل از انقضاء مدت قابل اسقاط نیست.»

تحمل شریک به نحو ناخواسته دانسته‌اند و اذن شریک را موجب از بین رفتن این مبنا محسوب می‌نمایند. رضایت به بیع، مستمر بوده و بر فرض که قبل از بیع نافذ نباشد، پس از بیع حتماً مؤثر بوده و موجب سقوط حق شفعه می‌گردد. رضایت به بیع با سقوط حق شفعه ملازمه عرفی دارد، لذا سقوط حق شفعه، در این فرض، چه در نتیجه اسقاط مقتضی ایجاد حق باشد یا مستمر بودن رضایت به بیع، منافی با قاعده «عدم امکان اسقاط حق ناموجود» نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۸-۳۹).

برخی با تکیه بر این مسئله که حق شفعه با بیع سهم مشاع یکی از شرکا برای شریک دیگر، ایجاد می‌گردد، اعتقاد به عدم وجود حق شفعه، قبل از فروش سهم مشترک دارند. لذا اسقاط قبل از بیع را از مصادیق اسقاط ما لم یجب دانسته و باطل شمرده‌اند. اما اسقاط حق به شرط تحقق آن در آینده را بی‌اشکال دانسته و این مسئله را با فساد و بطلان «اسقاط حق ناموجود» متفاوت می‌شمارند. اینان در تأیید، به مواردی از قانون مدنی تمسک جسته‌اند که در آن‌ها حقوق آینده شخص اسقاط گردیده است، مانند اسقاط خیار تأخیر ثمن و تفلیس به هنگام انعقاد عقد بیع و غیره. البته احراز قصد شفیع نسبت به اسقاط حق شفعه را ضروری دانسته و در صورت تردید در اسقاط، حکم به استصحاب وجود حق شفعه می‌دهند. اما نسبت به اسقاط حق شفعه در صورت رد پیشنهاد شریک، به صورت مطلق نظری نداده‌اند. از نظر آنان، اسقاط در هر مورد را باید با استفاده از دیگر قراین احراز نمود. البته اعتبار اسقاط حق شفعه محتاج به دلایل دیگر نیز می‌باشد (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱، ص ۴۰-۴۲). برخی هم با تکیه بر ادله‌ای که از فقها نقل شده است، با توجه به این که حق شفعه برخلاف اصل تسلیط و انحصاری بودن مالکیت و قاعده احترام مال مسلم است و در موارد خلاف اصل باید به قدر متیقن اکتفا کرد، از این رو، انصراف شفیع قبل از بیع، از جمله مصادیق سقوط حق شفعه به شمار می‌رود (محقق داماد، ۱۴۲۶، ص ۱۳۸). نویسندگان حقوقی دیگر نیز معتقد به سقوط حق شفعه قبل از بیع بوده و آن را صحیح می‌دانند. در تحلیل افزوده‌اند برخلاف امور تکوینی، در امور اعتباری می‌توان امری را پیش از ایجاد اسقاط نمود. سقوط حق شفعه قبل از بیع، از باب اسقاط حق قبل از ایجاد و به عبارت دیگر، اسقاط ما لم یجب نمی‌باشد، بلکه دلالت بر رضایت شفیع به عدم تحقق حق شفعه پس از بیع دارد (صفایی و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۳۵۹).

## ۲-۳. رویه قضایی

با عنایت به این که اخذ به شفعه امری خلاف اصل می‌باشد، اصل بر عدم ولایت و تصرف یک شخص بر مال دیگری است، مگر این که در این مسئله اذن وجود داشته باشد. در رأی شعبه ۱۸ دادگاه حقوقی یک تهران، ضمن دادنامه شماره ۶۹/۳/۵-۱۰۱ مرقوم شده است:

«اصولاً با توجه به این که شفعه حقی است برخلاف اصل که به موجب آن شفیع جبراً بر ملک خریدار مسلط می‌شود، نظر محکمه این است که امتناع شریک قبل از وقوع معامله از خرید سهم شریک دیگر، در واقع سدی در مقابل ایجاد حق مذکور به وجود می‌آورد. به عبارت دیگر، در آن صورت اصولاً حق شفعه به وجود نخواهد آمد تا بحث اسقاط آن قبل یا بعد از انجام معامله متبادر به ذهن گردد».

این رأی در مقام تجدیدنظرخواهی در دادنامه شماره ۱۱۰۴-۱۱/۲۸-۶۹/۱۱ شعبه ۱۴ دیوان عالی کشور مورد تجدیدنظرخواهی قرار گرفته و دیوان عالی رأی را تأیید کرده است. برخی در تحلیل این رأی معتقدند که خلاف اصل بودن شفعه و تملک قهری مال دیگری، جز در مواردی که قانون اجازه دهد قاعده‌ای درست است. در هنگام تردید در امکان شفعه، باید اعتقاد به تفسیری داشت که منتج به نفی حق مزبور گردد. البته این مسئله صرفاً درباره وجود حق منطقی است نه سقوط حق، زیرا هر جا حقی به وجود آید اصل بر بقای آن است و وجودش یقینی است مگر این که یقیناً زایل گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۴۲-۳۴۳). در نهایت آنچه در هنگام تردید با اصل عدم روبه‌روست شک در مقتضی ایجاد حق است، درحالی که محل بحث، شک در مانعیت امتناع شریک از ایجاد حقی است که مقتضی آن وجود دارد.

در رأی مزبور، دادگاه امتناع شریک را به معنای انصراف از شفعه و اذن فروش تفسیر می‌نماید. اما آیا حقیقتاً صرف امتناع از خرید، اماره بر انصراف از حق شفعه است یا شریک با این امتناع، در انتظار این است که وضعیت بازار را تحلیل کرده و متناسب با آن در آینده نسبت به اخذ به شفعه و عدم آن تصمیم‌گیری کند؟

برخی حقوق‌دانان با رد دلالت قطعی این امتناع بر گذشت و انصراف از حق معتقدند

که باید اوضاع و احوال را مدنظر قرار داد و این امتناع را اماره قانونی ندانست، چرا که احتمال دارد هدف شریک سودجویی و فراهم کردن زمینه استفاده از حق و احتراز از پرداخت هزینه گزافی باشد که به او پیشنهاد گردیده است (کاتوزیان، ۱۳۷۰، ص ۳۴۲-۳۴۳).

### ۳. دیدگاه برگزیده

پس از تحلیل و بررسی دیدگاه‌های مطرح می‌توان «اسقاط حق شفعه قبل از بیع» را امکان‌پذیر دانست. تفصیل مسئله در دو فرض بررسی می‌شود:

#### ۳-۱. فرض اول: تصریح شفیع به انصراف از حق شفعه

در جایی که شفیع قبل از بیع به شریک بگوید: «اگر سهم خود از مال مشاع را بفروشید از اعمال حق شفعه خود صرف‌نظر می‌کنم» یا به شخص ثالث پیشنهاد خرید سهم شریک را بدهد منوط به این که از اعمال حق شفعه خود صرف‌نظر نماید، باید قائل به سقوط حق شفعه بود.

#### ۳-۱-۱. توجیهات فرض اول

قبل از بیان دلایل، توجیهاتی که ممکن است در این فرض تصور شود مطرح می‌گردد:

##### ۳-۱-۱-۱. تعهد به اسقاط

پیشنهاد شفیع به شریک یا شخص ثالث را می‌توان در قالب ماده ۱۸۳ قانون مدنی<sup>۱</sup> و اصل لزوم قراردادها موضوع ماده ۲۱۹ قانون مدنی<sup>۲</sup> نوعی تعهد به اسقاط در زمان ایجاد دانست که امری مشروع و الزام‌آور است (محمودی، ۱۳۹۱، ص ۷۸).

نسبت به این توجیه باید دو حالت را از یکدیگر تفکیک نمود:

**حالت اول:** تعهد به اسقاط در زمان ایجاد که در این فرض، اگر شخص علی‌رغم تعهد به عدم اعمال شفعه، نقض تعهد کند و اخذ به شفعه نماید، اخذ به شفعه او صحیح

۱. ماده ۱۸۳ قانون مدنی: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آن‌ها باشد.»

۲. ماده ۲۱۹ قانون مدنی: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم‌مقام آن‌ها لازم‌الاتباع است مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود.»

خواهد بود. این تعهد مشمول ماده ۹۵۹ قانون مدنی<sup>۱</sup> بوده و شخص علی‌رغم تعهد بر اسقاط حق شفعه می‌تواند آن را اعمال نماید.

**حالت دوم:** تعهد به اسقاط بعد از زمان ایجاد که در این فرض، در صورت سرپیچی می‌توان او را با استناد به ماده ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی<sup>۲</sup> توسط حاکم الزام به اسقاط حق شفعه نمود (محمودی، ۱۳۹۱، ص ۷۹-۸۰).

این توجیه یعنی «تعهد به اسقاط» از محل بحث خارج است. فرض بحث در جایی است که چنین تعهدی وجود ندارد، بلکه شخص بدون دادن چنین تعهدی حق شفعه خود را قبل از بیع اسقاط می‌نماید، و آلا واضح است که می‌توان با دادن «تعهد به اسقاط»، حقی را که به وجود نیامده در آینده اسقاط نمود.

### ۳-۱-۱-۲. اسقاط ضمنی

در جایی که شفیع پس از اطلاع از بیع شریک، سکوت اختیار کند یا در جایی که خرید سهم مشاع به او عرضه گردد از خرید آن خودداری نماید، این سکوت یا رد پیشنهاد، نوعی «اسقاط ضمنی» محسوب می‌شود، و از اصل، برای او حق شفعه قائل نمی‌شویم (خمینی، بی تا، ج ۱، ص ۵۵۹).

این توجیه نیز نمی‌تواند راهکار اسقاط حق شفعه قبل از بیع را حل کند و از محل بحث خارج است، زیرا از اساس، حق شفعه برای شفیع ایجاد نگردیده تا بخواهد آن را اسقاط نماید. به‌عنوان مؤید می‌توان بیان داشت که وقتی شخص از زمان اطلاع، نسبت به بیع رضایت داشته باشد یا پس از پیشنهاد خرید آن را رد کند، گویا حکمت تحقق حق شفعه یعنی دفع ضرر را با اقدام و رضایت خود دفع کرده است.

۱. ماده ۹۵۹ قانون مدنی: «هیچ کس نمی‌تواند به طور کلی، حق تمتع و یا حق اجرای تمام یا قسمتی از حقوق مدنی را از خود سلب کند.»

۲. ماده ۲۳۸ قانون مدنی: «هر گاه فعلی در ضمن عقد، شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیرمقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند.»  
ماده ۲۳۹ قانون مدنی: «هر گاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت.»



### ۳-۱-۱-۳. اسقاط معلق به وجود موضوع

اگر شفیع قادر باشد به موجب یک عمل اسقاطی معلق به وجود موضوع اسقاط - که همان حق شفعه باشد - یا تحت عنوان یک عمل اسقاطی منجز که حق معلق در آینده طی یک اذن مستمر، به وجود آید، حق خود را اسقاط نماید، در این صورت، انصراف حق قبل از وجودش را می‌توان تصور نمود (محمودی، ۱۳۹۱، ص ۸۰).

پذیرش این توجیه در کلام برخی از فقها و حقوق‌دانان مشاهده می‌شود. به‌عنوان مثال، صاحب جواهر عمل اسقاط حق شفعه قبل از بیع را نوعی استمرار اذن و رضا می‌داند، مبنی بر این که شفیع با اسقاط حق قبل از بیع، اذن به این داده است که پس از بیع حق شفعه نداشته باشد، مانند این که یکی از متباینین یا هر دو رضایت دارند به این که در عقد بیع خیار مجلس نداشته باشند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷، ص ۴۳۰). برخی حقوق‌دانان نیز در توجیه امکان‌پذیری اسقاط حق شفعه قبل از بیع بیان می‌دارند: «حقوق، علم مصالح و اعتبارات است و قصد و رضای عاقد در زمینه اعتبارات حقوقی به گذشته و آینده نیز می‌تواند تعلق بگیرد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۳۷۰).

### ۳-۱-۲. دلایل اسقاط حق شفعه قبل از بیع

پس از انتخاب توجیه سوم، در تبیین دلیل بر امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع باید اظهار داشت:

الف. این عمل اذن را می‌توان مشمول عموماًت وفای به شرط مانند «الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۷، ص ۲۲) و «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» (مانده ۱/ دانست و لازم‌الوفاء شمرد، چنان که مطابق ماده ۴۵۴ و ۴۵۵ قانون مدنی،<sup>۱</sup> در صورتی که شخص نقض شرط ترک فعل حقوقی نماید، ضمانت اجرای آن بطلان عمل مزبور است.

ب. با اخذ وحدت ملاک از ماده ۴۴۸ قانون مدنی می‌توان بیان داشت همان گونه که

---

۱. ماده ۴۵۴ قانون مدنی: «هر گاه مشتری را اجاره داده باشد و بیع فسخ شود اجاره باطل نمیشود مگر اینکه عدم تصرفات ناقله در عین و منفعت بر مشتری صریحاً یا ضمناً شرط شده که در این صورت اجاره باطل است». ماده ۴۵۵ قانون مدنی: «اگر پس از عقد بیع مشتری تمام یا قسمتی از بیع را متعلق حق غیر قرار دهد مثل اینکه نزد کسی رهن گذارد فسخ معامله موجب زوال حق شخص مزبور نخواهد شد مگر اینکه شرط خلاف شده باشد.»

اسقاط برخی خيارات مانند خيار تأخير ثمن و تخلف از شرط قبل از بيع صحيح است، اسقاط حق شفعه قبل از بيع نیز صحيح به نظر می‌رسد.

ج. اطلاق ماده ۸۲۲ قانون مدنی<sup>۱</sup> اقتضا می‌کند که اسقاط حق شفعه قبل از بيع نیز صحيح باشد، چرا که مطابق نص ماده، اسقاط حق شفعه به هر چیزی است که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید و ماده تقییدی در خصوص قبل یا بعد از بيع بودن اسقاط ندارد. لذا قانون‌گذار اسقاط حق شفعه قبل از بيع را صحيح می‌داند.

د. وقتی شخص صراحتاً به شريك اعلام می‌کند که «اگر سهم خود از مال مشاع را بفروشید از اعمال حق شفعه خود صرف نظر می‌کنم» یا به شخص ثالث پیشنهاد خرید سهم شريك را بدهد منوط به این که از اعمال حق شفعه خود صرف نظر نماید، این اعلام و پیشنهاد، دلالت قطعی بر اعراض شخص از حق خود دارد، چرا که شخص با اعلام این مسئله، تصمیم قطعی و بازگشت‌ناپذیر خود را اعلام نموده است.

هـ. اخذ وحدت ملاک از رأی شعبه ۱۸ دادگاه حقوقی یک تهران، ضمن دادنامه شماره ۱۰۱-۶۹/۳/۵ بیانگر آن است که وقتی صرف امتناع شريك، سدی در مقابل ایجاد حق شفعه است، به طریق اولی اعلام انصراف و صرف نظر کردن شخص از حق خود مانع ایجاد مقتضی ایجاد حق شفعه بوده و مانع از تحقق حق شفعه می‌شود.

و. با تکیه بر موارد فوق، می‌توان سیره عقلا را مؤید محسوب کرد، چرا که در میان عقلا وقتی شخص صراحتاً اعلام می‌کند که حق خود را نمی‌خواهد، این اعلام قابل اعتناست و مبتنی بر این سخن، شريك سهم خود را مورد معامله قرار می‌دهد. اگر بنا باشد شخص صراحتاً انصراف خود را از حقی اعلام نماید و مبتنی بر آن معامله‌ای صورت گیرد و سپس بدون هیچ ضمانت اجرایی از انصراف خود بازگردد، استحکام روابط تجاری بین عقلا سست می‌شود و اعتماد متقابل بین شرکا از بین می‌رود.

### ۲-۳. فرض دوم: رد پیشنهاد شريك توسط شفيع

به موجب این فرض، شريك به شفيع پیشنهاد خرید سهم خود را می‌دهد و او این پیشنهاد

۱. ماده ۸۲۲ قانون مدنی: «حق شفعه قابل اسقاط است اسقاط به هر چیزی که دلالت بر صرف نظر کردن از حق مزبور نماید واقع می‌شود.»

را رد می‌نماید. تحلیل و بررسی این فرض در دو جهت بیان می‌شود:

### ۳-۲-۱. عدم دلالت رد پیشنهاد بر انصراف از حق شفعه

صرف رد پیشنهاد شریک دلالت بر انصراف شفیع از حق شفعه ندارد، چراکه رد اعم از اسقاط حق و عدم آن است. ممکن است رد پیشنهاد شریک، به این جهت باشد که شریک بتواند با بررسی «اوضاع و احوال حاکم بر بازار» و با حفظ حق شفعه، به منافع مطلوب خود دست یابد و از خود دفع ضرر نماید. لذا صرف رد پیشنهاد شریک نمی‌تواند دلالت بر انصراف شفیع از حق خود داشته باشد. علاوه بر این، تحمیل سقوط حق شفعه در این فرض موجب ایراد ضرر بر شفیع است و موجب می‌شود شفیع از حق مسلم خود که در آینده می‌توانسته از آن بهره‌مند گردد محروم شود، درحالی که توجیه شرعی و عقلی برای آن متصور نیست. در نتیجه، در این فرض باید واکنش شفیع بعد از بیع سهم شریک (بایع) نسبت به حق شفعه‌ای که برای وی ایجاد شده است را ملاحظه نمود.

### ۳-۲-۲. دلالت رد پیشنهاد بر انصراف از حق شفعه

وقتی شفیع پیشنهاد شریک خود را رد می‌کند، گویا اعلام می‌کند که رضایت ضمنی به عدم ایجاد حق شفعه و انصراف از حق شفعه دارد، درحالی که با این رضایت ظرفیت‌های تحقق شفعه مانند حکمت تحقق اخذ به شفعه - دفع ضرر شریک - با مانع روبه‌رو شده و حق شفعه از اساس به وجود نخواهد آمد تا بخواهد آن را اسقاط نماید. علاوه بر این که دلیلی از جانب شارع وجود ندارد که مبنا و سبب شفعه دفع ضرر است، بنابراین، جهت اول دارای قوت می‌باشد.

## نتیجه‌گیری

با تحلیل و بررسی انجام شده، چنین به دست آمد که اگر شریک (شفیع) تصمیم خود را مبنی بر انصراف از حق شفعه قبل از بیع به بایع اطلاع دهد یا صرف نظر کردن از حق خود را قبل از خرید به مشتری اعلام کند، چنین اقدامی دلالت بر اعراض از حق شفعه می‌کند، زیرا اولاً عمل او مشمول عموماً وفای به تعهد قرار می‌گیرد و از طرفی، زمانی که شفیع صراحتاً اعلام می‌کند که از اعمال حق شفعه خود صرف نظر کرده، تصمیم

قطعی و بازگشت‌ناپذیر خود را اعلام نموده است. سیره عقلا به این اعلام اعتنا می‌کند، چه در غیر این صورت، استحکام روابط تجاری بدون هیچ ضمانت اجرایی از بین می‌رود. قانون‌گذار نیز طبق ماده ۴۴۸ قانون مدنی اسقاط حق شفعه قبل از بیع را صحیح دانسته است.

در صورتی که شفیع پیشنهاد خرید سهم شریک را رد نماید، صرف رد پیشنهاد دلالت بر اعراض از حق شفعه نمی‌کند، بلکه احتمال دارد رد پیشنهاد به این جهت باشد که بتواند با بررسی «اوضاع و احوال حاکم بر بازار»، با حفظ حق شفعه به منافع دلخواه خود دست یابد و از خود دفع ضرر نماید.

بنابراین شایسته است قانون‌گذار در ماده ۸۲۲ قانون مدنی «امکان اسقاط حق شفعه قبل از بیع» را ملحوظ داشته، چنین مقرر نماید: «حق شفعه ولو قبل از بیع، در صورتی قابل اسقاط است که صراحت بر اعراض شفیع از حق مزبور نماید و صرف امتناع شفیع از اعمال حق شفعه، حتی بعد از بیع، صراحتی در اسقاط حق شفعه ندارد».

### فهرست منابع

۱. قرآن کریم
۲. ابن‌ادریس حلی، محمد بن منصور. (۱۴۱۰). السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳. ابوداود، سلیمان بن اشعث. (۱۴۲۰). سنن أبی داوود. قاهره: دار الحدیث.
۴. احسائی، ابن‌ابی‌جمهور محمد بن علی. (۱۴۰۵). عوالی اللئالی العزیزیه. قم: دار سیدالشهداء للنشر.
۵. اردبیلی، احمد بن محمد. (۱۴۰۳). مجمع الفائده والبرهان فی شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۶. اصفهانی، سید ابوالحسن. (۱۴۲۲). وسیلة النجاه. قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی(ره).
۷. امامی، سید حسن. (بی‌تا). حقوق مدنی. تهران: انتشارات اسلامی.
۸. بحرانی، یوسف بن احمد. (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۹. پورکریمی دارنجانی، مسلم. (۱۳۹۷). زوال شفعه در فقه امامیه و حقوق ایران. (استاد راهنما: مجید سربازیان). پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه شیراز، دانشکده حقوق و علوم سیاسی. گروه حقوق خصوصی.

۱۰. تبریزی، جواد بن علی. (۱۴۲۶). منهاج الصالحین. قم: مجمع الإمام المهدی (عج).
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۷۸). مبسوط در ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
۱۲. حر عاملی، محمد بن حسن. (۱۴۰۹). تفصیل وسائل الشیعه إلى تحصیل مسائل الشریعه. قم: مؤسسه آل البيت(ع).
۱۳. حسینی روحانی، سید محمدصادق. (۱۴۱۲). فقه الصادق(ع). قم: دار الكتاب - مدرسه امام صادق(ع).
۱۴. حلبی، ابن زهره، حمزة بن علی. (۱۴۱۷). غنیة النزوع إلى علمی الأصول والفروع. قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۱۵. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف «الف». (۱۴۱۳). مختلف الشیعه فی أحكام الشریعه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۶. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۰). إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۷. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۱). تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۸. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۳). قواعد الأحكام فی معرفة الحلال والحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۹. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۱۴). تذكرة الفقهاء، (چاپ جدید). قم: مؤسسه آل البيت(ع).
۲۰. حلبی (علامه)، حسن بن یوسف. (۱۴۲۰). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامیه، (چاپ جدید). قم: مؤسسه امام صادق(ع).
۲۱. حلبی (فخرالمحققین)، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). إيضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۲. حلبی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۰۸). شرائع الإسلام فی مسائل الحلال والحرام. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. حلبی (محقق)، جعفر بن حسن. (۱۴۱۸). المختصر النافع فی فقه الإمامیه. قم: مؤسسه المطبوعات الدینیة.
۲۴. حلبی، جمال الدین احمد بن محمد. (۱۴۰۷). المهذب البارع فی شرح المختصر النافع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۲۵. حلبی، مقداد بن عبدالله. (۱۴۰۴). التفتیح الرائع لمختصر الشرائع. قم: کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
۲۶. حلبی، یحیی بن سعید. (۱۴۰۵). الجامع للشرائع. قم: مؤسسه سید الشهداء العلمیه.
۲۷. خمینی، سید روح الله. (بی تا). تحرير الوسيله. قم: دار العلم.

۲۸. خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰). منهاج الصالحین. قم: نشر مدینه العلم.
۲۹. سبزواری، سید عبدالاعلی. (۱۴۱۳). مهذب الأحكام فی بیان الحلال والحرام. قم: مؤسسة المنار.
۳۰. سبزواری، سید عبدالاعلی. (بی تا). جامع الأحكام الشرعیه. قم: مؤسسة المنار.
۳۱. سبزواری، محمدباقر. (۱۴۲۳). کفایة الأحكام. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۲. سید مرتضی، علی بن حسین. (۱۴۱۵). الانتصار فی انفرادات الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۳. صفایی، سیدحسین و شعبانی کندسری، هادی. (۱۳۹۷). حقوق مدنی (وصیت، ارث، شفعه). تهران: شرکت سهامی انتشار.
۳۴. طاهری، حبیب‌الله. (۱۴۱۸). حقوق مدنی. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. طباطبایی حائری، علی بن محمد. (۱۴۱۸). ریاض المسائل فی تحقیق الأحكام بالدلائل، (چاپ جدید). قم: مؤسسة آل البيت (ع).
۳۶. طوسی، محمد بن حسن. (۱۳۸۷). الميسوط فی فقه الإمامیه. تهران: المكتبة المرتضویه.
۳۷. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۰). النهایة فی مجرد الفقه والفتاوی. بیروت: دار الكتاب العربی.
۳۸. طوسی، محمد بن حسن. (۱۴۰۷). تهذیب الأحكام. تهران: دار الکتب الإسلامیه.
۳۹. طوسی، محمد بن علی. (۱۴۰۸). الوسيلة إلى نیل الفضیله. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۴۰. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۴). غایة المراد فی شرح نکت الإرشاد. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۴۱. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی. (۱۴۱۷). الدروس الشرعیه فی فقه الإمامیه. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۴۲. عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین بن علی. (۱۴۱۳). مسالک الأفهام إلى تنقیح شرایع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامیه.
۴۳. عاملی (محقق ثانی)، علی بن حسین. (۱۴۱۴). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسة آل البيت (ع).
۴۴. عباسپور، تقی. (۱۳۹۷). زوال حق شفعه از منظر فقه امامیه و قانون مدنی. (استاد راهنما: اسلام محمدزاده). پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ماکو. گروه حقوق خصوصی.
۴۵. فیض کاشانی، محمد محسن بن شاه مرتضی. (بی تا). مفاتیح الشرائع. قم: کتابخانه آیت‌الله مرعشی نجفی.
۴۶. قاسم‌زاده، سید مرتضی. (۱۳۹۱). حقوق مدنی (حق شفعه، وصیت و ارث). تهران: انتشارات دادگستر.
۴۷. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۷۰). ایقاع نظریة عمومی - ایقاع معین. تهران: یلدا.
۴۸. کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۷). دوره مقدماتی حقوق مدنی (شفعه، وصیت، ارث). تهران: میزان.
۴۹. کلینی، محمد بن یعقوب. (۱۴۰۷). الکافی، تهران: دار الکتب الإسلامیه.

۵۰. متقی هندی، علی بن حسام‌الدین. (۱۴۰۵). کنز العمال فی سنن الأقوال والأفعال. بیروت: مؤسسة الرسالة.
۵۱. محقق داماد، سید مصطفی. (۱۴۲۶). ایقاع، اخذ به شفعه. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۵۲. محمودی، احسان. (۱۳۹۲). بررسی امکان اسقاط حقوق احتمالی. (استاد راهنما: محمود امامی نمینی). پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه محدث نوری، دانشکده اقتصاد و علوم اداری. گروه حقوق خصوصی.
۵۳. معلم، محمد. (۱۳۷۷). حق شفعه و شرایط آن در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه. (استاد راهنما: ابوالحسن محمدی). پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران. مجتمع آموزش عالی قم. گروه حقوق خصوصی.
۵۴. مفید، محمد بن محمد عکبری. (۱۴۱۳). المقنعه. قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید.
۵۵. نجفی، محمدحسن. (۱۴۰۴). جواهر الکلام فی شرح شرایع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.
۵۶. نوری، میرزا حسین. (۱۴۰۸). مستدرک الوسائل ومستنبط المسائل. بیروت: مؤسسة آل البيت (ع).
۵۷. وحید خراسانی، حسین. (۱۴۲۸). منهاج الصالحین. قم: مدرسه امام باقر(ع).

