

بررسی فوریت حق شفعه در فقه امامیه و اهل سنت

(نویسنده مسئول) دکتر مهدی موحدی محب

دانشیار دانشگاه سمنان

movahedi@semnan.ac.i

حسن پور لطف اله

دانش آموخته دکتری دانشگاه سمنان

چکیده

فوریت مطالبه حق شفعه، در فقه اسلامی، مورد اختلاف است. مشهور فقیهان امامی و غالب فقیهان سنی، در عذر غیر موجب، تأخیر در اخذ به شفعه را موجب زوال حق می‌دانند؛ در مقابل قول به وسعت زمانی مطلق، که تا اسقاط آن، حق را همچنان باقی می‌داند و در میان فریقین، قائلان شاخصی دارد. گروه دیگر، مطلقاً، قائل به فوریت شده و دیدگاه بعد، قول به توقف است. اما دیدگاه برگزیده، ضمن پذیرش ادله قول به وسعت زمانی حق شفعه، تعیین حد آن را به عرف و عادت وا گذاشته؛ بدین گونه که، اگر از اولین زمان استحقاق، زمانی بگذرد که عرفاً و عادتاً، کاشف از عدم اراده مطالبه حق، از سوی شفیع باشد، حکم به زوال آن می‌شود. نوشتار حاضر، با روش توصیفی تحلیلی، بانقد مدلل اقوال موجود و ارائه مستندات و مؤیدات، قول اخیر را در این مسأله، منطقی و مبتنی بر ادله ای قابل دفاع دانسته و دیدگاه مشهور را که قائل به فوریت بوده و در ماده ۸۲۱ قانون مدنی، ردای قانون هم پوشیده، از جهات مختلف، قابل مناقشه دانسته، پیشنهاد حذف یا اصلاح آن را مطرح می‌کند. ضمن آن که برابر نگاه برگزیده، اگرچه عرف، هم چون قول به فوریت، معیار پایان زمان حق، دانسته شده، اما اصل بر بقای حق شفعه بوده و اثبات بطلان آن، بر عهده مشتری است؛ حال، آن که در قول مشهور، با گذشت زمانی که عادتاً در آن می‌توان حق را اعمال کرد، حق، ساقط بوده و اثبات موجه بودن عذر و بقاء حق، بردوش شفیع است.

کلید واژه‌ها: اخذ بشفعه، استحقاق، زوال حق، سهم مشاع، شفیع، فقه فریقین.

۱- طرح مسأله

در صورت فروش مال غیر منقول، از سوی شریک، در صورت فراهم بودن شرایطی، برای شریک دیگر، حق شفعه ایجاد شده و می‌تواند با پرداخت ثمن توافقی شریک و مشتری، مبیع را یک‌سویه تملک نماید. در این میان، همواره فوریت این حق و عدم آن مورد اختلاف بوده است. ضمن آن که این اختلاف، علاوه بر فقه امامیه میان فقهای اهل سنت نیز مشهود است. البته اگر تأخیر در اخذ بشفعه ناشی از عذر موجه باشد؛ اغلب فقیهان امامی، معتقد به بقاء حق بوده، اما مناقشه در موردی است که شفیع با علم به برخوردار بودن از این حق و بدون عذر موجه، اجرای آن را به تأخیر اندازد. قانون مدنی ایران در ماده ۸۲۱، به پیروی از مشهور، فوریت حق شفعه را پذیرفته، که با عنایت به وجود دیدگاه‌های مستند دیگر از یک سو، و نقدهای وارد به مبانی فقهی دیدگاه مشهور از سوی دیگر، ضرورت پژوهش و داوری در این موضوع، روشن می‌گردد. ضمن آن که با بررسی پیشینه تحقیق نیز هیچ مقاله‌ای با موضوع اثر حاضر یافت نگردید و از این حیث، چه بسا بتوان آنرا اثر نخست و منحصر دانست. اگرچه مقالاتی بطور عام، با موضوع شرایط حق و اخذ به شفعه در فقه فریقین و حقوق موضوعه نگارش یافته، اما در هیچ یک، بحث فوریت، اساساً مطرح نگردیده است. از جمله: شرایط اخذ بشفعه در حقوق موضوعه ایران و فقه امامیه (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۵)، شرایط و آثار اخذ بشفعه در فقه و حقوق ایران (برزی، ۱۳۹۲)، بررسی تطبیقی حق شفعه در فقه اهل سنت و حقوق ایران (سلطان‌پور، ۱۳۹۵).

۲- اقوال در مسأله

۲-۱- فوریت حق شفعه، بدون عذر موجه (قول مشهور امامیه و غالب فقیهان اهل سنت)؛ مشهور فقیهان امامی بر این باورند که، حق شفعه فوری است؛ بر این اساس، اگر شفیع، با علم به وجود حق و بدون عذر موجه، اخذ به شفعه را به تأخیر اندازد، حق او زائل می‌گردد. (طوسی، ۱۴۰۷، ۳/۴۳۰؛ فاضل‌آبی، ۱۴۱۷، ۲/۳۹۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳/۵/۳۴۱؛ شهید اول، ۱۴۱۷، ۳/۳۴۶؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۲/۲۰۹؛ امام خمینی، بی تا، ۱/۵۵۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳/۱۸، ۱۴۵) شیخ طوسی در مبسوط، تصریح می‌کند: «قول أصح این است که، حق شفعه فوری است - همانند رد معامله بواسطه عیب - پس اگر با وجود قدرت بر اعمال حق شفعه، بدون عذر، آنرا ترک نماید، حق شفعه باطل می‌شود. اما اگر حق شفعه را بجهت عذر هم چون مرض، محبوس بودن و غیبت به تأخیر اندازد، حقیقت ساقط نمی‌شود.» (طوسی، ۱۳۸۷، ۳/۱۰۹) و محقق حلی این قول را، اظهار اقوال دانسته است. (محقق حلی، ۱۴۰۸، ۳/۲۱۲) و صاحب ریاض نسبت به این دیدگاه، ادعای شهرت عظیمه (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۴/۸۵) و علامه حلی اشتها را این قول میان فقهای امامیه را مطرح کرده است.^۱ (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۲/۲۵۱) از معاصرین هم محقق خویی همین نظر را دارد: «قول قوی‌تر، لزوم مبادرت به اخذ به شفعه است. پس با ماماطله، حق شفعه ساقط می‌شود، ولی با تأخیر ناشی از عذر، ساقط نمی‌شود.»^۲ (خویی، ۱۴۱۰، ۲/۷۶) قانون‌گذار مدنی نیز در ماده ۸۲۱، دیدگاه مشهور را پذیرفته و مقرر می‌دارد: «حق شفعه فوری است.»

^۱ «المشهور عند علمائنا أنّ الشفعة علی الفور.»

^۲ «الأقوی لزوم المبادرة الی الأخذ بالشفعة فیسقط مع الماطله والتأخیر بلاعذر ولا یسقط إذا کان التأخیر عن عذر.»

فقیهان اهل سنت نیز، اغلب، قائل به این دیدگاه هستند. ابوحنیفه واصحاب او وابن حنی معتقدند: اگر باوجود امکان مطالبه حق شفعه، شفیع آنرا مطالبه ننماید، حق شفعه باطل می‌شود: «هِيَ وَاجِبَةٌ لَّهُ عَلَى الْفَوْرِ، بِشَرْطِ الْعِلْمِ وَامْكَانِ الطَّلَبِ، فَإِنْ عَلِمَ وَامْكَانَ الطَّلَبِ، وَلَمْ يَطْلُبْ بَطُلَتْ شُفْعَتُهُ» (ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵، ۴/۴۶) شافعی نیز دریکی از اقوالش، قائل به فوریت شده، معتقد است: شفیع، باید فوراً حق شفعه را مطالبه نماید. و درقول دیگرش، حق شفعه را تا سه روز برقرار می‌داند که بعد از سه روز باطل می‌شود. ضمن آن که این نظر، به احمد حنبل نیز منسوب است. (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۵/۴۷۴۳؛ ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵، ۴/۴۶) حسن بن زیاد نیز بپذیرش قول به فوریت، معتقد است: «هرگاه شفیع از حق شفعه اش اطلاع یافته و به آن اقدام ننماید، آنرا ابطال کرده است». (محبی الدین، بی تا، ۱۴/۳۱۳) از احمد حنبل نیز دو قول نقل شده (فور و تراخی) اما مقدسی می‌گوید: والمذهب الأول. (مقدسی، بی تا، ۲/۲۳۴)؛

البته گفته شد که برابر این دیدگاه، فوریت حق شفعه، در مواردی است که شفیع هیچ عذر موجهی برای تأخیر نداشته باشد، اما باوجود آن، حق، در اثر تأخیر، باطل نمی‌شود.

۲-۱-۱- مبانی دیدگاه نخست

۲-۱-۱-۱- روایات

الف- روایات امامیه

روایت اول: عمده دلیل روایی مشهور برای اثبات فوریت حق شفعه، روایت علی بن مهزیار از امام جواد (ع) است: «از امام ابو جعفر ثانی (ع) درباره شخصی که شفعه زمینی را درخواست کرده، سؤال کردم و گفتم او به دنبال تهیه ثمن رفته، ولی نتوانسته ثمن را تهیه کند. آیا صاحب زمین می‌تواند مال خویش را بفروشد یا باید صبر کند تا شریک او (شفیع) بیاید و ثمن را بپردازد و اگر نتوانست آن‌گاه به فروش برساند؟ حضرت (ع) فرمود: «اگر در همان شهر در پی تهیه ثمن است، به اوسه روز مهلت می‌دهند و در صورت پرداخت ثمن، در اختیار او قرار می‌گیرد، وگرنه حق شفعه اوساقت می‌گردد و صاحب زمین، مال خویش را بهرکس که خواست می‌فروشد. اما اگر شفیع برای تهیه ثمن باید مالی را از شهر دیگری حمل کند و به این علت، استمهال کند، به مقدار

^۳ «ظاهر المذهب ان حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع وإلا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهو قول ابن شبرمة والبتی والأوزاعی وأبی حنیفة والعنبری والشافعی فی جدید قوله.»

^۴ «الشرط الخامس: الطلب بها على الفور ساعة العلم، فإن أخرجها مع إمكانها سقطت الشفعة. قال أحمد: الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم؛ لما روى عن عمر -رضي الله عنه- قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: «الشفعة كحل العقال» رواه ابن ماجه. ولأن إنباتها على التراخي يضر بالمشتري، لكونه لا يستقر ملكه على المبيع، ولا يتصرف فيه بعمارة، خوفاً من أخذ المبيع وضياح عمله. وقال ابن حامد: تتقدر بالمجلس وإن طال؛ لأنه كله في حكم حالة العقد، بدليل صحة العقد بوجود القبض؛ لما يشترط قبضه فيه. وعن أحمد: أنه على التراخي، ما لم توجد منه دلالة على الرضا، كقوله: بعني أو صالحني على مال أو قاسمني؛ لأنه حق لا ضرر في تأخيره، أشبه القصاص. والمذهب الأول، لكن إن أخره لعذر، مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصباح، أو حاجته إلى أكل أو شرب، أو طهارة، أو إغلاق باب، أو خروج من الحمام، أو خروج لصلاة أو نحو هذا، لم تبطل شفيعته.»

رفت و برگشت و حمل مال مزبور به اضافه سه روز به وی مهلت می دهند که در صورت پرداخت، مال به او تحویل می شود وگرنه حق شفعه وی ساقط می گردد»^۵. (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ۲۵ / ۴۰۶)

وجه استدلال، این گونه است که این روایت، تلویحاً به فوریت حق شفعه دلالت دارد، چه، اگر فوری نبود، با انقضای سه روز، باطل نمی شد.

نقد و بررسی استدلال به روایت نخست

استناد به این روایت برای اثبات فوریت حق شفعه، از جهات مختلف قابل مناقشه است:

اولاً، این احتمال مطرح است که مورد سوال روایت، مربوط به حق شفعه قبل از وقوع بیع و انتقال حصه شریک است؛ چه، مراد از «صاحب زمین»، که در این روایت تصریح شده، منطبق با مالک اصلی (یعنی بایع) می باشد. حال آن که محل نزاع، شفعه مصطلح، یعنی وجود حق شفعه بعد از وقوع بیع و انتقال سهم مشاع است و مورد فتوای مشهور فقیهان نیز، همان شفعه لغوی و مصطلح است که پس از وقوع بیع و انتقال تحقق می یابد. (خوانساری، ۱۴۰۵، ۶ / ۳۱۸)

ثانیاً، مفاد روایت تصریح دارد که شفیع، حق شفعه را مطالبه کرده و سپس به دنبال احضار ثمن رفته، نه این که هنوز حق شفعه را مطالبه نکرده باشد. حال آن که محل نزاع، تأخیر در مطالبه حق شفعه با علم و آگاهی از وجود آن است، نه تأخیر در پرداخت ثمن، بنابراین، محل نزاع با مفاد روایت تغایر موضوعی دارد. (حسینی، ۱۴۱۲، ۱۸ / ۳۴۶) از سوی دیگر، محتمل است که دلیل بطلان حق، بعد از سه روز، به جهت فوریت زمان آن نبوده، بلکه بدان جهت که گذشت سه روز، ظهور در این دارد که شفیع هیچ بنایی به پرداخت ثمنی که بالاتفاق شرط اخذ بشفعه است، ندارد. پس اگر نگوییم که ظهور روایت بر ضد فوریت است، بدون شک، دلالتی بر فوریت ندارد. (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۴ / ۸۷) یعنی از آن جهت که پرداخت ثمن معامله، شرط اخذ بشفعه است، پس با مطالبه حق شفعه، اگر شفیع تا سه روز ثمن مبیع را پرداخت نکند، از آن جا که گذشت این مدت، ظهور در عدم اراده وی به پرداخت ثمن معامله دارد؛ بنابراین بطلان حق شفعه، ناشی از عدم تحقق شرط مقدم اخذ بشفعه (پرداخت ثمن) است، نه این که دالّ بر فوریت باشد.

ثالثاً، با چشم پوشی از محذورات فوق، برخی از قائلان به فوریت حق شفعه، دلالت این روایت برای فوریت را نپذیرفته و معتقدند: «اگر فوریت، واجب بود، مهلت سه روز داده نمی شد.» (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۰ / ۳۱۹) صاحب ریاض نیز در نقد مدلول این روایت می نویسد: «این روایت حسنه، دلالتی بر فوریتی که مشهور ذکر کرده اند، ندارد؛ چه، آنان معیار فوریت را به عرف و عادت و اگذار کرده اند و بی شک، تأخیر سه روزه، بلکه کم تر از آن، بدون عذر- همان گونه که مورد روایت نیز چنین است- با فوریت عرفی منافات دارد.» (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۴ / ۸۷)

^۵ «سَأَلْتُ أَبَا جَعْفَرٍ الثَّانِي (ع) عَنْ رَجُلٍ طَلَبَ شَفْعَةَ أَرْضٍ - فَذَهَبَ عَلَى أَنْ يُحْضِرَ الْمَالَ فَلَمْ يَنْضَ - فَكَتِفَ يَصْنَعُ صَاحِبُ الْأَرْضِ إِنْ أَرَادَ بَيْعَهَا - أَيْبِعُهَا أَوْ يَنْتَظِرُ مَجِيءَ شَرِيكِهِ صَاحِبِ الشَّفْعَةِ - قَالَ إِنْ كَانَ مَعَهُ بِالْمِصْرِ فَلْيَنْتَظِرْ بِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ - فَإِنْ أَنَاهُ بِالْمَالِ وَالْأُفْلَاحِ - وَبَطَلَتْ شَفْعَتُهُ فِي الْأَرْضِ - وَإِنْ طَلَبَ الْأَجَلَ إِلَى أَنْ يَحْمِلَ الْمَالَ مِنْ بَلَدٍ إِلَى آخَرَ - فَلْيَنْتَظِرْ بِهِ مِقْدَارَ مَا يُسَافِرُ الرَّجُلُ إِلَى تِلْكَ الْبَلَدَةِ - وَيُنْصَرِفُ وَزِيَادَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ إِذَا قَدِمَ - فَإِنْ وَاوَاهُ وَالْأُفْلَاحَ فَلَا شَفْعَةَ لَهُ.»

رابعاً، از آن جا که این روایت، سه روز را معیار بطلان حق شفعه دانسته و مدلول آن موافق با نظر ائمه فقهی اهل سنت هم چون ابوحنیفه، ابن لیلی و یکی از اقوال شافعی است، احتمال صدور آن در مقام تقیه را ایجاد کرده و موجب عدم اطمینان به مدلول آن، در اثبات حکم واقعی می شود. از این رو، برخی بعد از ارزیابی مفاد روایت، معتقدند که مجالی برای استدلال به آن، وجود ندارد. (خوانساری، ۱۴۰۵، ۳۱۸/۶؛ نجفی، ۱۴۱۴، ۳۷/۳۷۳)

روایت دوم: روایتی که از طریق سکونی از ابو عبدالله (ع) نقل شده است: «وقال: للغائب شفعة: شخص غایب، حق شفعه دارد.» (حرّعاملی، ۱۴۰۹، ۴۰۱/۲۵) وجه استدلال به این روایت، آن است که، شفیع که هنگام وقوع بیع غایب بوده، پس از حضور می تواند حق شفعه را مطالبه نموده و غیبتش عذر موجه محسوب می شود. مفهوم آن، این است که تأخیر بدون عذر موجه، موجب اسقاط حق شفعه خواهد بود.

نقد و بررسی

این روایت دلالتی بر فوریت حق شفعه ندارد، بلکه ظاهر جمله «لغائب شفعة»، دلالت بر این دارد که در اخذ بشفعه، حضور معتبر نیست، بلکه حتی شفیع غائب هم می تواند به طریق مقتضی، اعمال حق شفعه کند. (محقق داماد، ۱۳۸۴، ۱۲۲) و اساساً روایت، در مقام پرداختن به مقوله فوریت نیست.

ب- روایات اهل سنت

در منابع حدیثی اهل سنت دو روایت از رسول اکرم (ص) آمده، که در روایت نخست، منقول است: «الشفعة لمن واثبها: شفعه برای کسی است که فوراً آن را در یابد.» (ابن الملقن، ۱۴۲۵، ۱۵/۷) در روایت دیگر هم آمده است: «الشفعة كحلّ العقل: شفعه مانند گشودن عقال شتر است» (ابن ماجه، بی تا، ۲/۸۳۵) از آن جا که «ووثوب» در روایت نخست، دلالت بر تعجیل کرده و باز کردن عقال شتر در روایت دوم نیز مقتضی فوریت حرکت بازکننده است، پس وجه تشبیه شفعه به «حلّ العقل»، لزوم اقدام معجل در هر دو است. (کزازی، ۱۴۱۴، ۵/۳۸۲) بر این اساس، این دو روایت، مستمسک برخی قائلان به فوریت حق شفعه شده است. (ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵، ۲/۲۱۲)^۶

نقد و بررسی

هیچ یک از دو روایت فوق، در منابع حدیثی امامیه یافت نشده و عده ای در سند این روایات تردید کرده اند. (سیوری، ۱۴۰۴، ۴/۹۱) ضمن آن که اعتبار این روایات از سوی برخی از محققان اهل سنت نیز مورد مناقشه قرار گرفته است. چنان که در کتاب «الاسعاد» از کتب معتبر شافعیه، آمده است: «ان اسناده ضعیف» و ابن حیان نیز می گوید: «لا اصل له»، این روایات اصل ندارد. بیهقی نیز در مورد آن می گوید: «لیس بثابت» (شوکانی، ۱۴۱۳، ج ۵/۴۰۲) در مجموع، ضعف سندی این روایات موجب شده، استناد مشهور به آن، از سوی برخی مورد مناقشه و انتقاد باشد. (بحرانی، بی تا، ۱۱/۴۷۴؛ حسینی، ۱۴۱۲، ۱۸/۹۱)

^۶ «واحتج الشافعی بما روی أنه علیه الصلاة والسلام قال: الشفعة كحلّ العقل وقد روی الشافعی أن أمدّها ثلاثة أيام. وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن أحواله ما يدل على إسقاطه، وكان هذا أشبه بأصول الشافعی، لان عنده أنه ليس يجب أن ينسب إلى ساكت قول قائل، وإن اقترنت به أحوال تدل على رضاه، ولكنه فيما أحسب اعتمد الاثر.»

۳۴۶؛ طباطبایی، ۱۴۱۸، ۸۷/۱۴) ازسوی دیگر، فارغ از اشکال سندی، دلالت این اخبار هم چندان روشن نبوده و هیچ‌یک، صراحتی در فوریت ندارند. (نجفی، ۱۴۰۴، ۴۲۵/۳۷)

۲-۱-۱-۲- تنافی عدم فوریت، با حکمت تشریح؛ عدم فوریت حق شفعه، موجب ورود ضرر و زیان بر مشتری می‌شود؛ حال آن‌که، اضرار بغیر، برابر حدیث «لا ضرر ولا ضرار» برداشته شده است. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳۴۲/۵؛ فاضل‌آبی، ۱۴۱۷، ۳۹۴/۲) به این بیان که، اگر شفیع تا زمان طولانی، اقدام به مطالبه حق شفعه نکند، از یک سو، ممکن است مشتری از بیم اخذ بشفعه، راغب به تصرف و بهره‌برداری از مبیع نبوده و مبیع بمدت طولانی بلا تصرف باقی بماند که طبعاً به ضرر مشتری است. ازسوی دیگر، اگر اقدام به تصرف و بهره‌برداری از مبیع نماید، ممکن است شفیع با اخذ بشفعه، اقدام به ازاله آن کند. بنابراین، عدم فوریت، به زیان مشتری بوده که با حکمت تشریح حق شفعه که برای جلوگیری از ضرر است^۷، منافات دارد. این دلیل در مذاهب فقهی اهل سنت نیز مورد استناد است.^۸

نقد و بررسی

اولاً، حکمت تشریح حق شفعه، ازاله ضرر شرکت از شفیع است، نه مطلق ضرر، تا تأخیر در اخذ بشفعه با حکمت تشریح آن در تنافی باشد. مؤید این مدعا نیز آن است که، اگر کسی با وجود حضور در آن شهر، بعد از سالیان متمادی، از بیع سهم مشاع شریک خود آگاه شود، بدون خلاف، برخوردار از حق شفعه است. هم‌چنین مسافر تا زمانی که برگردد و یا صغیر تا زمانی که به بلوغ برسد، برخوردار از حق شفعه‌اند و مواردی از این دست. روشن است که در همه این‌ها، با وجود زیان مشتری، اخذ بشفعه باقی است. (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۲۳۵؛ قمی، ۱۴۲۱، ۲۸۳) حال اگر حکمت تشریح شفعه، دفع مطلق ضرر بود، نه دفع ضرر خاص، نباید در این موارد، که زیان مشتری، مسلم است، حق شفعه باقی باشد. ازسوی دیگر، با عنایت به هدف تشریح حق شفعه (دفع ضرر تحمیل شریک ناخواسته)، در فرض تعارض ضرر شفیع با ضرر مشتری، دفع ضرر از شفیع بر دفع ضرر از مشتری مقدم خواهد بود. بنابراین، وسعت زمان حق شفعه، با حکمت تشریح شفعه، منافای به نظر نمی‌رسد.

ثانیاً، اگر منظور از زیان مشتری بواسطه عدم فوریت حق شفعه، ازاله تصرفات مشتری در مبیع، هنگام اخذ بشفعه باشد (مثل، کندن نهال، تخریب بنا و مواردی از این دست) این قبیل ضررها با ضمان قراردادن شفیع به ارش خسارات حاصله قابل جبران است. اما اگر مراد از ضرر، عدم رغبت مشتری بر اقدام به عمران و آبادانی مبیع باشد؛ استدلال فوق، وارد نیست؛ زیرا اولاً، عدم رغبت مشتری به تصرف در مبیع، بتنهائی، در نظر عرف، ضرر محسوب نمی‌شود. (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۸۵/۱۴؛ حسینی، ۱۴۱۲، ۳۴۶/۱۸) و ثانیاً، بقرض احتساب ضرر، رهایی مشتری از آن امکان‌پذیر است. (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۴۵۷) به این شکل که مشتری پیش از تصرف، مبیع را به شفیع عرضه و اقدام به تسلیم آن نموده و در چنین حالتی، شفیع بین دو امر مخیر می‌شود؛ یا با دریافت مبیع، اقدام به اخذ بشفعه، یا حق شفعه‌اش را ترک می‌کند و بدین‌سان، به هر روی، ضرر از مشتری

^۷ رسول‌اکرم (ص)، در روایت حق شفعه، در مقام تعلیل، قاعده لا ضرر را مطرح فرموده‌اند. (حرّعاملی، بی تا، ۱۷/۳۱۹)

^۸ ولانه خیار لدفع الضر عن المال فکان علی الفور کخیار الرد بالعیب لان اثباته علی التراخی یضر مشتری لکونه لا یتقرر ملکه علی المبیع ویمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا یندفع عنه الضرر بدفع قیمته لان خسارتها فی الغالب أكثر من قیمتها مع تعب قبله وبدنه فیها، والتحدید بثلاثة أيام تحکم لادلیل علیه، والاصل المقیس علیه ممنوع ثم هو یاطل بخیار الرد العیب. (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۴۷۴/۵) هم‌چنین، ر. ک. : مقدسی، بی تا، ۲/۲۳۴.

دفع می‌گردد. واگر مشتری بدون آن که مبیع را در معرض تسلیم شفیع قرار دهد، اقدام به تصرف در آن نمود، در این صورت، علیه خود، اقدام به ضرر کرده و جبران چنین ضرری قابل مطالبه نیست.

ثالثاً، به فرض پذیرش این که حکم به عدم فوریت حق شفعه، در برخی مواقع ممکن است به زیان مشتری بیانجامد، این، سبب تعمیم حکم به فوریت، به موارد عدم زیان مشتری نخواهد بود. از سوی دیگر، اگر ورود ضرر به مشتری، توجیه مناسبی برای قول به فوریت حق شفعه باشد، نباید میان تأخیر ناشی از عذر و بدون عذر فرقی بوده و در هر دو صورت، باید برای دفع ضرر، قائل به فوریت (خوانساری، ۱۴۰۵، ۶/۳۲۷) در واقع باید گفت: استدلال مشهور به قاعده لاضرر بر اثبات فوریت، اخص از مدعا است.

رابعاً، همان طور که برخی از بزرگان اهل سنت گفته‌اند، می‌توان قول به تراخی در اخذ بشفعه را اساساً موجب ضرر ندانست؛ تا به این دلیل، با تأخیر، آن را ساقط بدانیم؛ چه، اگر منافع ملک، هم چون، ساختن بنا و غرس اشجار از آن مشتری است، بفرض تأخیر در اخذ بشفعه، قیمت آن‌ها را خواهد گرفت. (ابن قدامه، ۱۳۸۸، ۵/۴۷۴)^۹

۲-۱-۱-۳- مقتضای اصل؛ در مسأله مورد بحث، پس از ثبوت ملکیت مشتری، اصل، مقتضای عدم وجود حق شفعه یا عدم تسلط شفیع بر ملک او بوده و اصل بر ثبوت و بقاء ولایت مشتری بر ملکش می‌باشد. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵/۳۴۲) یعنی بعد از گذشت اولین زمان ممکن برای اخذ بشفعه و ترک آن بدون عذر موجه، هنگام تردید در وجود حق شفعه، بر اساس اصل عدم وجود حق، یا اصل عدم تسلط بر ملک مشتری، حکم به فوریت حق شفعه می‌شود.

نقد و بررسی

اگر مراد از این اصل، اصل عدم یا استصحاب عدمی باشد، مسأله مورد بحث، مجرای این اصل نیست؛ چه، چارچوب اصل یادشده آن است که، هرگاه در اصل پیدایش چیزی شک کرده و دلیلی بر وقوع و ایجاد آن، نداشته باشیم، اصل بر عدم حدوث خواهد بود. (مشکینی، ۱۳۸۶، ۳۴) حال آن که پیدایش و حدوث حق شفعه در مسأله مورد بحث، قطعی بوده و در بقاء آن، تردید ایجاد شده است. اگر هم مراد از اصل مزبور، استصحاب عدمی باشد، این نیز قابل جریان نیست؛ چه، در استصحاب عدمی، حکم به عدم شیء، مبتنی بر یقین به عدم آن شیء در حالت سابق است. (انصاری، ۱۴۲۸، ۲/۵۴۹؛ مظفر، ۱۳۸۶، ۲/۲۵۶) اما در مسأله مورد مناقشه، حالت سابقه، وجود حق شفعه است. به این معنی که در اولین زمان امکان مطالبه، یقیناً حق شفعه وجود داشته، اما با سپری شدن این زمان، در بقاء حق، شک می‌کنیم؛ که در چنین مواردی، اگر بنا به جریان اصل استصحاب باشد، استصحاب وجودی جاری می‌شود، نه استصحاب عدمی؛ که همسو با عدم فوریت و بقاء حق شفعه است. (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۴/۸۵) صاحب جواهر در این مورد می‌نویسد: «این اصل، منقطع است بوسیله اطلاق ادله شفعه و استصحاب ثبوت حق شفعه بعد از وقوع سبب آن، که همان بیع است.» (نجفی، ۱۴۱۴، ۳۷/۴۲۵) بنابراین، استناد به اصل مزبور برای اثبات فوریت حق شفعه، موجه نخواهد بود.

^۹ «وعن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى بعفو ومطالبة بقسمة ونحوه وهو قول مالك وقول الشافعي الا أن مالكا قال تنقطع بمضى سنة وعنه بمضى مدة يعلم انه تارك لها لان هذا الخيار لاضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص، وبيان عدم الضرر ان النفع للمشتري باستغلال المبيع فان أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس فله قيمته.»

۲-۱-۱-۴- اجماع؛ شیخ طوسی معتقد است: فقیهان امامی، بالاتفاق فوریت حق شفعه را پذیرفته‌اند، پس اگر شفیع در اولین زمان ممکن، اقدام به اخذ بشفعه نماید، حقیش باطل می‌گردد. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷، ۳/۴۳۰)

نقد و بررسی

اولاً، این اجماع، با اجماع ادعایی سیدمرتضی بر عدم فوریت، در تعارض است. (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۴۵۶) بنابراین، به جهت نزدیکی عصر این دو فقیه، امکان پذیرش هر دو اجماع وجود نداشته و طبق قاعده اولیه باب تعارض، هر دو از اعتبار ساقط می‌شوند. (بحرانی، بی تا، ۴۷۴/۱۱)

ثانیاً، تقویت این اجماع با شهرت ادعایی نیز چندان نافع نیست؛ چه، انعقاد شهرت، بعد از زمان حکایت است؛ که نمی‌تواند موجب قوت اجماع گردد. (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۴/۸۵)

ثالثاً، به فرض فقدان اجماع معارض، بازهم به دلیل وجود اختلاف نظر عمیق در این مسأله، تحقق چنین اجماعی امکان‌پذیر نیست. بنابراین اجماع ادعایی به هر روی، مخدوش است.

۲-۱-۱-۵- اکتفاء به موضع وفاق در مخالفت با اصل؛ از آن‌جا که ادله قائلان به فوریت، هریک به نوعی، مورد نقد و مناقشه قرار می‌گیرد، از این رو، عمده دلیل قائلان به فوریت حق شفعه، آن است که در موارد استثنائی و مخالف با اصل، باید به موضع یقینی یا محل وفاق، که همان فوریت است، اکتفا و از توسعه آن پرهیز شود. (محقق کرکی، ۱۴۱۴، ۶/۴۰۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰، ۴/۴۰۴؛ فیض کاشانی، بی تا، ۳/۷۸) در مسأله پیش رونیز برابر قواعد سلطنت و نیز حرمت مال مسلم، اصل بر عدم تسلط بر مال دیگری بدون رضایت او بوده، و حق شفعه بر خلاف آن، تشریح شده است. ضمن آن که اصل لزوم بیع شریک و مشتری نیز وجود دارد. در چنین مواردی، باید به موضع یقینی که همان وجود حق، در زمان نخست است اکتفاء گردیده و در زمان‌های بعدی حق شفعه، که حکمی استثنائی است، شناسائی نشود.

نقد و بررسی

اولاً، حکم به سقوط حق شفعه در فرض تأخیر غیر موجّه، با توجیه استثنائی و مخالف اصل بودن آن، با اصول مسلم عقلی و شرعی در حقوق، متعارض است؛ چه، حق، پس از ثبوت، با عدم مطالبه، ساقط نمی‌شود، بلکه باید دلیل فاطمی بر ازاله آن وجود داشته باشد. (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۴۵۶، ابن‌زهرة، ۱۴۱۷، ۲۳۵-۲۳۴؛ قمی، ۱۴۲۱، ۲۸۳) و این، از قواعد و اصول کلی در باب حقوق شناخته می‌شود. البته ممکن است با استثنائی دانستن این حق، بعنوان مثال، تسری آن، به غیر بیع، جائز دانسته نشود؛ اما مسأله پیش‌رو متفاوت از آن است؛ چه، ایجاد حق، بدون ذکر لزوم فوریت در ادله شفعه، مسلم است.

ثانیاً، این اصل، با اطلاق ادله شفعه که مقتضی وسعت زمان آن است، در تنافی به نظر می‌رسد. بدیهی است که با وجود چنین اطلاقی، مجالی برای استناد به اصل یادشده، نخواهد بود. (حسینی، ۱۴۱۲، ۱۸/۳۴۶) چه، عمده اخبار حق شفعه، مطلق بوده و دلالتی بر فوریت آن نداشته و حتی اخبار مورد استناد مشهور برای اثبات فوریت نیز، فارغ از اشکال سندی، از جهت دلالتی نیز صراحتی نسبت به فوریت نداشته و نارسا است.

ثالثاً، اصل یادشده، با اصل استصحاب که در مسأله مورد بحث، طبق ضابطه اصولی، قابل جریان است، در تعارض و فاقد اعتبار می‌باشد. از این جهت که، بعد از فروش سهم مشاع شریک، حق شفعه در اولین زمان امکان مطالبه آن، به یقین، ثابت

شده و با گذشت زمانی بدون عذر موجه، این تردید ایجاد می شود که حق مزبور ساقط شده یا هم چنان باقی است؟ که باید گفت: استصحاب، مقتضی بقای این حق است. صاحب جواهر در نقد اصل مورد استناد مشهور می نویسد: «لأن الشفعة وإن كانت على خلاف الأصل إلا أنه بعد تعلقها يكون مقتضى الأصل بقاءها بعد عدم دليل على الفورية على وجه يناهض ذلك.» (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۷/۳۸۵)

۲-۱-۱-۶- عدم تناسب قلمرو تضيیعی شفعه با وسعت زمانی آن؛ قلمرو حق شفعه به جهت اخذ قهری مال غیر وبدون تأمین رضایت وی، مبتنی بر تضيیق است. از جمله قرائن تضيیق، آن است که حق شفعه، نه در همه اشیاء، بلکه در برخی، آن هم در صورتی که انتقال مال با سبب خاصی چون بیع صورت گیرد، ثابت بوده و مبطلات آن نیز بسیار است. بنابراین، از آن جا که عدم فوریت این حق، نوعی توسیع محسوب می شود، با ابتنای آن بر تضيیق ومحدودیت، تناسبی نخواهد داشت. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵/۳۴۱؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷، ۲/۲۰۹؛ شهید اول، ۱۴۱۴، ۲/۱۵۷)

نقد و بررسی

تضيیق دامنه حق شفعه از یک جنبه، به جهت وجود دلیل قاطع، نباید بدون دلیل کافی، موجب تضيیق دامنه آن از جهت دیگر، شود. (خوانساری، ۱۴۰۵، ۶/۳۲۷) در واقع، فوریت حق شفعه در مسأله پیش رو، از مواردی است که دلیل کافی براعتبار آن وجود داشته و همین فقدان نص ودلیل، موجب گردیده که این مسأله میان فقیهان امامی بایکدیگر و بلکه میان فقیهان اهل سنت، موضوع اختلاف باشد. به حدی که، برخی از قائلان به فوریت نیز، پس از ارزیابی ادله، به فقدان نص یا دلیل کافی بر اعتبار آن، اذعان وتصریح کرده اند.^{۱۰} به همین جهت، صاحب ریاض معتقد است: ادعای این که حق شفعه مبنی بر تضيیق است، مسموع نیست؛ چه، اگر از تضيیق ومحدودیت حق شفعه، اراده عموم شود، یعنی حق شفعه از تمامی جهات، حتی در مسأله فوریت، مبتنی بر تضيیق دانسته شود، این ادعا در فرض فقدان قرینه، نوعی مصادره به مطلوب بوده که عدم حجیتش روشن است. از سوی دیگر، دلالت ادله شفعه بر عمومیت تضيیق در جوانب مختلف شفعه، نه تنها غیر ظاهر، بلکه فاسد است. و در صورتی که مراد از ابتنای حق شفعه بر تضيیق، اثبات تضيیق فی الجملة یا در غیر مورد فوریت باشد، این هم در مسأله پیش رو، نافع نیست. (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۴/۸۵) بنابراین، این دلیل نیز نمی تواند فوریت حق شفعه را توجیه نماید.

۲-۲- فوریت حق شفعه به طور مطلق

برخی از فقیهان چون محقق خوانساری، در صورت عدم اطلاق ادله، تفاوتی میان وجود عذر موجه یا عدم آن، قائل نشده و معتقدند: «اگر ادله جواز اخذ بشفعه، اطلاق داشته باشد، وسعت زمانی آن، جداً قول قوی است. و در فرض عدم اطلاق ادله، لاجرم باید قائل به فوریت شد؛ چه شفیع عذر داشته باشد یا نه. زیرا اقتضای قاعده سلطنت، آن است که شفیع، استحقاق اخذ مبیع را از ملکیت مشتری نداشته باشد، پس بر موضع یقین- که همان فوریت است- اکتفاء شده وباقی، تحت قاعده سلطنت باقی می ماند.» (خوانساری، ۱۴۱۴، ۵/۳۸۳) دونکته مهم پیرامون این دیدگاه، قابل طرح است:

^{۱۰} «...ولم نظفر بنص قاطع من الجانبين» (شهید اول، ۱۴۱۷، ۳/۳۴۶) هم چنین، «...فی ادله الطرفين نظر» (فیض کاشانی، بی تا، ۳/۷۸) و «...والتحقیق أن

المسألة لعدم النص الواضح محل اشكال» (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۰/۳۱۹)

۱. این دیدگاه با اغماض از مستندات دیگر مسأله، فوریت یا عدم آن را تنها با اطلاق یا عدم اطلاق ادله، ارزیابی کرده است. بدین بیان که در فرض احراز اطلاق، وسعت زمانی حق شفعه، موجه بوده و در غیر این صورت، برابر قاعده سلطنت، باید قائل به فوریت شد.

۲. در فرض حکم به فوریت، برخلاف نظر مشهور فقیهان، نباید میان تأخیر ناشی از عذر یا بدون آن، قائل به تفصیل شد، بلکه تأخیر در مطالبه حق شفعه به طور مطلق (چه با عذر و چه بی آن) با فوریت، منافات داشته و موجب بطلان آن می شود. و این برخلاف نظر قاطبه فقیهان است، که تأخیر با عذر موجه را موجب بطلان ندانسته اند.

نقد و بررسی

اولاً، با وجود ادله عقلی و نقلی قابل توجه، پیرامون مسأله مورد بحث، نباید فوریت یا عدم آن را تنها دایر مدار اثبات اطلاق ادله یا عدم آن دانست.

ثانیاً، این نظر، مخالف نظر قاطبه فقیهان، حتی قائلان به فوریت است؛ چه، آنان وجود عذر موجه را منافی با فوریت نمی دانند که این، منطبق با حکم عقل نیز هست. بنابراین، دیدگاه فوق، بنوعی، بجهت مخالفت با اجماع فقیهان امامی، چه بسا، چندان قابل پذیرش نباشد.

ثالثاً، از آن جا که عمده اخبار مربوط به شفعه، از حیث زمان، اطلاق داشته، بنابراین، تفصیل مذکور در این دیدگاه - که بدون داوری روشن نسبت به وجود اطلاق، حکم مسأله را دایر مدار اثبات اطلاق ادله یا عدم آن کرده - چندان موجه بنظر نمی رسد؛ چه، مقتضای اطلاق مسلم ادله شفعه، وسعت زمانی آن است.

۲-۳- توقف در مسأله

برخی از صاحب نظران در این مسأله، قائل به توقف شده اند. مثلاً صاحب ریاض برغم این که در ابتدا، ادله عدم فوریت را در نهایت متانت و پاسخ های داده شده به آن را - به جز دلیل اجماع که معارض با اجماع شیخ است - فاسد می داند، اما در نظر نهایی خود، مسأله را محل اشکال دانسته و در هر حال، ترک احتیاط را در آن، سزاوار ندانسته است.^{۱۱} (طباطبایی، ۱۴۱۸، ۱۴/۸۸) هم چنین، محقق بحرانی نیز مستندات هر دو دیدگاه (فور و تراخی) را نارسا و ناموجه خوانده و در نهایت، قائل به توقف در مسأله شده است.^{۱۲} (بحرانی، بی تا، ۱۱/۴۷۴)

۲-۴- وسعت زمانی حق شفعه

در مقابل دیدگاه مشهور، تعداد قابل توجهی از فقیهان در مذاهب مختلف، بر این باورند که حق شفعه دارای وسعت زمانی بوده و با تأخیر در مطالبه آن، ساقط نمی شود؛ بلکه تنها اسقاط آن توسط شفیع، موجب سقوط حق شفعه می شود. سید مرتضی می نویسد: «حق شفعه ساقط نمی شود مگر با تصریح شفیع به اسقاط حقش، و با خودداری او از مطالبه، با وجود علم به آن،

^{۱۱} «فالمسأله محل إشکال فلا ينبغي ترك الإحتیاط فیها علی کل حال.»

^{۱۲} «فکل من المذهبین غیر تام الدلیل والبرهان.»

ساقط نمی‌گردد.»^{۱۳} (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۴۵۴) فقیه دیگری معتقد است: «بعد از ثبوت حق شفعه، درباره این که، فوریت شرط است یا نه، می‌گویم: اصل، عدم اعتبار فوریت است؛ چه، فوریت، قید زائد بوده و با انتفای آن، قول به بقای حق شفعه، خالی از رجحان نیست.» (فرطوسی، ۱۴۱۶، ۳۵۹) محقق سبزواری نیز این قول را اقوی شمرده است.^{۱۴} (قمی، ۱۴۲۱، ۲۸۳) از دیگر قائلان این نظر، می‌توان از فقیهانی چون ابن زهره، ابن جنید، علی بن بابویه و ابن ادریس یاد کرد. (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۲۳۵-۲۳۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵/۳۴۱) و هم‌چنین، ظاهر عبارت ابوالصلاح حلبی نیز باور وی به این دیدگاه است: «فان علم بالبيع وأسقط حق المطالبة، بطلت الشفعة.» (ابوالصلاح حلبی، ۱۴۰۳، ۳۶۱)؛ چه، بعد از علم شفیع به بیع، تنها اسقاط حق مطالبه را موجب بطلان حق شفعه دانسته، که مفهومش این است که تا حق مطالبه را اسقاط نکرده، با تأخیر در مطالبه آن نیز، حق مذکور، هم‌چنان باقی است. بنابراین، براساس این دیدگاه، اگر شفیع با وجود علم به حق شفعه و تمکن از اخذ، مطالبه آن را به تأخیر اندازد نیز حق شفعه ساقط نمی‌شود.

در میان فقیهان اهل سنت نیز، مالک، قائل به وسعت زمان حق شفعه شده است. اما این که آیا این وسعت زمانی، محدود به وقت خاصی است یا نه؟ قول او در این زمینه مختلف است: گاه حکم به غیر محدود بودن این زمان کرده و معتقد است: حق شفعه هیچ‌گاه قطع نمی‌شود مگر این که، مشتری در ملک فروخته شده، ساختمانی بنا کرده یا تغییرات اساسی انجام بدهد و شفیع نیز به رغم حضور و آگاهی از آن، سکوت نماید. و گاه این وقت را محدود به یک سال کرده که این، قول اشهر اقوال او است. و گاه بیش از یک سال دانسته و تا این که در قول دیگرش، محدود به پنج سال کرده است. (ابن رشد الحفید، ۱۴۲۵، ۴/۶۴) سرخسی، فقیه نامدار حنفی نیز همین دیدگاه را پذیرفته و معتقد است: اگر شفیع از حق شفعه اش، آگاه شده ولی مطالبه ننماید، حق، هم‌چنان باقی است. (سرخسی، ۱۴۱۴، ۱۴/۱۱۸) هم‌چنین، شافعی نیز در یکی از اقوالش، قائل به این دیدگاه شده است. (محبی الدین، بی تا، ۱۴/۳۱۹؛ ابن قدامة، ۱۳۸۸، ۵/۴۷۸)

۲-۴-۱- مبانی فقهی قول به وسعت زمانی

۲-۴-۱-۱- مقتضای اصل عقلی و شرعی در حقوق

پس از ثبوت یک حق، تأخیر در مطالبه آن، علی‌الأصول، موجب سقوط آن نمی‌شود، همان‌گونه که حقوق دیگری چون حق قصاص و دیگر حقوق شرعی چنین بوده و با تأخیر در مطالبه آن، ساقط نمی‌شوند.^{۱۵} (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۵/۳۴۲) مگر آن که دلیل خاصی مبنی بر خروج از اصل یاد شده و سقوط حق ثابت شده، وجود داشته باشد. از آن جا که، در باب شفعه نیز نصی دالّ بر سقوط حق شفعه با تأخیر در مطالبه آن، در دسترس نیست، فقدان تخصیص، موجب بقای حق شفعه تحت این اصل مسلم عقلی و شرعی می‌گردد. سیدمرتضی در اثبات وسعت زمان حق شفعه، معتقد است: «حقوق در اصول شریعت و نیز طبق مقتضای عقل، با امساک از مطالبه آن، باطل نمی‌شود.»^{۱۶} و مؤید مدعا، از باب تمثیل، این است که: اگر کسی ودیعه یا دینی نزد کسی داشته باشد، چنین حقوقی با غفلت از مطالبه آن، باطل نشده، بلکه هم‌چنان ثابت می‌باشد. (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۴۵۶) این دلیل، مورد استناد سید ابوالمکارم ابن زهره حلبی نیز واقع شده است. (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۲۳۵-۲۳۴) هم‌چنین،

^{۱۳} «إن حق الشفعة لا يسقط إلا بأن بصرح الشفيع باسقاط حقه ولا يكون مسقطاً بكفه في حال علمه عن الطلب.»

^{۱۴} «لنا على أن الاقوى هو القول في الشفعة بالتراخي.»

^{۱۵} «...بأنه خيار فلا يبطل بتراخيه، كحق القصاص.»

^{۱۶} «بأن الحقوق في الاصول الشرعية وفي العقول أيضا لا تبطل بالامساک عن طلبها...»

محقق سبزواری معتقد است: «حق شفعه برای شفیع، اجماعاً ثابت است؛ پس واجب است که با تأخیر مطالبه آن، ساقط نگردد و این اصل است در هر حقی، شرعاً و عقلاً؛ و از این اصل خارج نمی‌گردد مگر این که دلیل قاطعی مبنی بر خروج، وجود داشته باشد.»^{۱۷} (مؤمن، ۱۴۲۱، ۲۸۳) برخی از معاصران نیز با ملاحظه اصل فوق، تصریح می‌دارند: «حق شفعه از حقوق مالی است و اصل در حقوق مالی این است که با امساک از مطالبه آن، باطل نمی‌شود.» (روحانی، ۱۴۱۲، ۱۸/۳۴۷)

دو اشکال و پاسخ

(۱) شاید این اشکال مطرح شود که، حقوقی که با عدم مطالبه ساقط نمی‌شود، حقوق غیر متجدد هستند؛ حال آن که، حق شفعه از حقوق متجدد است که عدم مطالبه و یا اهمال در مطالبه، موجب سقوط آن می‌گردد.

در پاسخ خواهیم گفت: حتی اگر بپذیریم که حق شفعه از حقوق متجدد است، باز هم عدم مطالبه، موجب سقوط آن نخواهد بود؛ زیرا نمونه‌های فراوانی را می‌توان یافت که به رغم آن که از حقوق متجددند، به سبب عدم مطالبه یا اهمال در آن، ساقط نمی‌شوند. به عنوان مثال، اگر کسی زمان دینش فرا برسد، آن حق استمراری دین، برای وی تجدید یافته و با این حال، اگر مطالبه حقی را به تأخیر اندازد، حقی باطل نمی‌شود. و یا اگر کسی فوت کرده و خویشاوندی که فی الحال مستحق دریافت میراث است، با علم به استحقاق خود، میراث را مطالبه ننماید، حق او باطل نمی‌شود. (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۴۵۶) و مواردی از این دست، که دلالت بر عدم وجاهت اشکال نخست می‌کند.

(۲) اشکال دیگر، قیاس حق شفعه به حق ردّ معامله با اعمال خیار عیب است. بدین بیان که، حق شفعه همانند خیار عیب، برای دفع ضرر مالی، تشریح شده است؛ پس همان گونه که حق ردّ معامله در اثر عیب، فوری است، حق شفعه نیز فوری می‌باشد. (علامه حلی، ۱۴۱۴، ۱۲/۳۱۲) در واقع، همان گونه که خیار ردّ معامله به واسطه وجود عیب، از مقتضای اصل عقلی و شرعی در حقوق، خارج شده و فوری است، می‌توان با وحدت ملاک، حق شفعه را نیز فوری دانسته و حکم به خروج آن، از مقتضای اصل عقلی و شرعی پیش گفته کرد.

در پاسخ باید گفت:

اولاً، همان گونه که پیش تر گفته شد، اصل عقلی و شرعی یاد شده، تا هنگامی معتبر است که دلیل روشنی دالّ بر خروج از آن موجود نباشد؛ حال آن که برفوریت حق ردّ معامله در فرض وجود خیار عیب، دلیل قاطع وجود دارد. (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۲۳۵-۲۳۴ قمی، ۱۴۲۱، ۲۸۳)

ثانیاً، شاید دلیل فوریت حق ردّ معامله (در خیار عیب) این باشد که با تعلق و تأخیر در ردّ معامله، ممکن است علائم و نشانه‌های عیب موجب خیار، به مرور زمان مخفی گشته و دراصل وجود عیب، شبهه و تردید ایجاد شود، پس لازم است صاحب حق خیار عیب، بلافاصله مبادرت به ردّ مبیع معیوب نماید. اما این جهت در حق شفعه قابل تحقق نیست؛ چه، حق شفعه با انعقاد عقد بیع تحقق یافته و سببیت آن نیز قابل تغییر نیست.^{۱۸} (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۴۵۷) و اگر گفته شود که از کجا ثابت شده که

^{۱۷} «إن الشفعة ثابتة للشفيع إجماعاً فيجب أن لا يسقط بتأخير الطلب وهو الأصل في كل حق شرعاً و عقلاً ولا يخرج من هذا الأصل إلا ما أخرجه دليل قاطع.»

^{۱۸} - «على أن حق الردّ ربما كان في تأخيره إبطاله، لجواز تغير أمارات العيب و خفائها، فحصلت الشبهة في وجوده، فوجب لذلك المسارعة إلى الرد و ليس كذلك حق الشفعة، لأن ما يجب به من عقد البيع قد امن فيه» (ابن زهره، ۱۴۱۷، ۲۳۵-۲۳۴)

دلیل فوریت خیار عیب، مناط مذکور است تا وجه افتراق حق رد (درخیار عیب) و حق شفعه باشد، می‌توان گفت: احکام معاملات، عرفی و غیرتوقیفی بوده و برخلاف عبادات، دلیل و مناط آن، قابل کشف است. ازسوی دیگر، به فرض ثابت نشدن نقشی برای مناط یادشده، درحکم به خیار عیب، بایدگفت: صرف محتمل بودن آن، موجب بطلان قیاس آن با حق شفعه خواهدبود؛ چه، «إذا جاء الإحتمال بطل الإستدلال».

۲-۴-۱-۲- مقتضای استصحاب

اقتضای جریان استصحاب، حکم به بقای حق شفعه است، تازمانی که شفیع حق خود را اسقاط نماید. (نجفی، ۱۴۰۴، ۳۷/۳۸۵) درواقع، با انعقاد عقد بیع به همراه شروط آن، سبب تامه پیدایش حق شفعه، تحقق یافته، بنابراین، وجود این حق دراولین فرصت امکان مطالبه، قطعی است. حال با سپری شدن این زمان بدون عذر موجه، دربقای چنین حقی، تردید شده که مقتضای استصحاب، بقاء حق شفعه خواهدبود.

اشکال و پاسخ

ممکن است گفته شود: سبب بیع برای حق شفعه، ازباب علل حدوثی است؛ یعنی بیع علت حدوث حق شفعه است اما خصوصیات چون فوریت یا اطلاق زمانی، که محل نزاع است، از آن استفاده نمی‌شود. پس نمی‌توان وسعت زمانی حق شفعه را از طریق سبب بیع توجیه کرد. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳۴۴/۵؛ ابن فهد حلی، ۱۴۰۷، ۲۷۳/۴)

در پاسخ می‌توان گفت: همین قدر که سبب بیع برای حدوث حق شفعه معلوم شود، وجود حالت سابقه یقینی، بعنوان یکی از ارکان اصلی استصحاب، تحقق یافته و باشک بعدی که درواقع شک در رافعیت امر موجود است، رکن دیگر (مشکوک لاحق) نیز ایجاد شده و استصحاب، بدون اشکال، جریان می‌یابد. درواقع، با انعقاد عقد بیع، یقیناً حق شفعه دراولین زمان امکان مطالبه، وجود داشته، حال، شک در این است که تأخیر بدون عذر موجه، می‌تواند بعنوان رافع محسوب شده تا جلوی استمرار این مقتضی را بگیرد؟ روشن است که در چنین مواردی، برابر ضابطه اصولی، استصحاب، قابل جریان بوده و حجت خواهدبود.

۲-۴-۱-۳- اجماع

یکی از ادله که برای اثبات وسعت زمان حق شفعه مطرح شده، ادعای اجماع است (سیدمرتضی، ۱۴۱۵، ۴۵۶) درواقع، برابر این ادعا، چون وسعت زمانی حق شفعه، قولی متفق علیه دانسته شده، قائل به آن می‌شویم.

نقد و بررسی

اجماع یادشده، قابل مناقشه است؛ چه، ازیک سو، اجماع شیخ طوسی مبنی بر فوریت حق شفعه که تفصیلاً گذشت، معارض با آن بوده و هیچ یک از دو نقل، اولی از دیگری نیست. (علامه حلی، ۱۴۱۳، ۳۴۴/۵) بنابراین، به دلیل عدم وجود مرجع در یکی از دو اجماع منقول، برابر قاعده اولیه باب تعارض هر دو، از حجیت ساقط می‌شوند. ازسوی دیگر، بفرصت فقدان اجماع

^{۱۹} فاضل مقداد می‌نویسد: «چون شفعه مسبب از بیع است و بیع نیز ثابت گردیده، پس مسبب آن نیز ثابت می‌شود و فقط اسقاط (شفیع) است که موجب سقوط این حق می‌شود» (سیوری، ۱۴۰۴، ۹۱/۴) هم‌چنین، گفته شده: «...بأن البيع سبب في إستحقاق الشفعه والأصل ثبوت الشيء على ماكان إلى أن يثبت المزيل.» (حسینی، ۳۴۶/۱۸)

معارض، بازم تحقّق چنین اجماعی باوجود اختلاف نظر عمیق دراین مسأله، قابل تحقّق نبوده، ازاین رو، اجماع مورد ادعا، ازاساس، مخدوش به نظر می رسد.

۲-۴-۱-۴- اطلاق ادله شفعه

دلیل دیگری که می توان بر وسعت زمان حق شفعه، مطرح ساخت و مورد اشاره برخی از محققان نیز واقع شده، اطلاق ادله شفعه است. (کزازی، ۱۴۱۴، ۴/۳۸۳-۳۸۲؛ حسینی، ۱۴۱۲، ۱۸/۲۳۴۶) عمده اخبار وارده پیرامون شفعه، مطلق بوده ودلالتی بر فوریت ندارند حتّی آن قسمت از اخبار هم که مستمسک مشهور برای اثبات فوریت قرار گرفته، فارغ از اشکال سندی، صراحتی دراین زمینه نداشته و دراثبات فوریت، نارسا هستند. ازسوی دیگر، اقتضای اطلاق اخبار شفعه، حاکی ازوسعت زمان حق شفعه است؛ چه، اگر فوریت، شرط اعمال حق شفعه بود؛ باید در اخبار مربوطه، به این مهم پرداخته می شد، همان گونه که به شروط دیگر پرداخته شده است.

ناگفته پیداست که این دیدگاه، ازاین حیث که، با اطلاق ادله شفعه (که دال بر وسعت زمان حق شفعه هستند)، همسو بوده، از نقطه قوت برخوردار و بیشتر قابل دفاع است. اما ازاین حیث که وسعت زمان حق شفعه را بی حد و مرز دانسته و تا زمان اسقاط آن، توسط شفیع، این حق را باقی می پندارد، به جهت محذورات وارده که در دیدگاه برگزیده، به تفصیل، بررسی می شود، چندان مورد پذیرش نیست.

۲-۵- قول برگزیده

برابر این نگاه، ضمن پذیرش وسعت زمانی حق شفعه، براساس ادله مربوط، حدود و ثغور آن را می توان به عرف و عادت واگذار نمود. بدین بیان که، اگر از نخستین زمان استحقاق حق شفعه، مدت زمانی سپری گردد که طبق قضاوت عرف و عادت، عدم اراده مطالبه حق شفعه توسط شفیع، کشف گردد، می توان حکم به بطلان حق شفعه نمود. محقق اردبیلی می نویسد: «ویمکن البطلان بمضیّ زمان يعلم مع ذلك عدم ارادة المطالبة عادة و عرفاً.» (اردبیلی، ۱۴۰۳، ۹/۲۲) در واقع، ضمن پذیرش قول چهارم از حیث وسعت زمان حق شفعه، بدون مرز بودن آن، مورد پذیرش نبوده، معیار و ملاک در تعیین محدوده و مرز آن، به عرف و عادت، واگذار می شود.

شواهد و مؤیدات نگاه برگزیده

۱. ازیک سو، عرف، افزون بر این که مرجع تشخیص موضوعات و مصادیق آن ها به شمار می آید، می تواند بنانی را پی افکنده و با امضای شارع، منشأ کشف احکام شرعی نیز باشد. (صفار، ۱۴۲۹، ۲۰۴) از دیگر سو، روشن است که احکام مربوط به باب معاملات، غیر توقیفی و امضایی بوده و نیز، مبتنی بر عرف و عادت است. ازاین رو شیوه معقول و متعادل این است که ضمن پذیرش وسعت زمان حق شفعه، تعیین حد و مرز آن، به عرف و عادت محوّل گردد.

۲. حکم به فوریت حق شفعه، مقتضی آن است که حتی اگر مدت زمان کوتاهی (مثل سه روز) بدون عذر موجّه، شفیع، اخذ بشفعه را به تأخیر اندازد، حقیش باطل شود. چنین حکمی فارغ از مغایرت با اطلاق ادله و مستندات دیگر که بروسعت زمان

۲۰ «أن مقتضى اطلاق ادله الشفعه أی اطلاقها الزماني، ثبوتها علی نحو التراخي و معه لا مجال للرجوع إلى الأصل: مقتضای اطلاق ادله شفعه، ثبوت شفعه به شکل تراخی (وسعت زمانی) بوده و با وجود اطلاق ادله، نوبت مراجعه به اصل فوریت نمی رسد.»

حق شفعه دلالت می‌کنند، باحکمت تشریح این حق نیز منافات دارد. چه، هدف از تشریح آن، دفع ضرر عظیم شرکت و تحمیل شریک ناخواسته از شفیع بوده و ممکن است شریک دوم، از حیث اخلاق و کیفیت تعامل و معاشرت، فاقد صلاحیت یا تناسب مورد نظر شفیع بوده و موجب نارضایتی یا حرج شفیع گردد، از این رو، شارع مقدس با منتهای حکمت و عقلانیت، حق شفعه را وضع کرده تا گریزگاهی برای برون رفت از این حالت مشقت‌بار باشد. در چنین شرایطی، اگر تأخیر اندک مجالی را، هر چند بدون عذر موجه، که مغایر با فوریت زمان است، موجب ابطال حق شفعه بدانیم، در موارد زیادی به دلیل عدم تأمین حکمت تشریح شفعه، لغویت در تشریح آن لازم آمده، که صدور آن از شارع حکیم، قبیح است.

۳. قائل شدن به وسعت زمان مطلق و بدون حد و مرز (دیدگاه چهارم) نیز چه بسا به اختلال در نظام معاملات و معاش انجامیده، ممکن است شفیع در مدت زمان طولانی، حق شفعه‌اش را مطالبه ننموده و آن را اسقاط هم ننماید که این، موجب می‌شود در مدت زمان طولانی، مشتری، از تملک قهری او در امان نبوده و مالکیتش، مواجه با نوعی تزلزل و در انگیزه او برای تصرفات اساسی در مبیع و تقویت عمده منافع مبیع مؤثر بوده و در نهایت، بجهت مخدوش شدن هدف عمده از انعقاد معاملات، به لغویت و بالمآل، به اختلال در نظام بیانجامد. (انصاری، ۱۴۱۱، ۲/۲۳۷؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳، ۱/۳۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱/۲۳۵) در واقع، در چنین مواردی، می‌توان با مراجعه به قواعد عناوین ثانوی، گستره موضوع یا حکم را توسعه یا تحدید نمود؛ بگونه‌ای که به اختلال در نظام یا حرج منتهی نگردد. (ولایی، ۱۳۹۱، ۵۵)

۴. همان‌گونه که مشهور فقیهان، که قائل به فوریت‌اند، تعریف و حدود فوریت را به عرف و اگذار کرده‌اند، می‌توان با پذیرش وسعت زمان حق شفعه، تعیین حد و مرز آن را به عرف و عادت و اگذار کرد. روشن است که به جهت غیر توقیفی و نیز امضایی بودن عمده احکام مربوط به معاملات، عرف و عادت می‌تواند بهترین قاضی و حاکم در تعیین حد و مرز این مسأله باشد. و از طرف دیگر، با معیار قراردادن عرف، محذورات قول به فوریت یا وسعت مطلق حق شفعه، بروز نخواهد کرد.

با نقد مبانی عمده دیدگاه مشهور دال بر فوریت حق شفعه و با پذیرش دیدگاه اخیر مبنی بر وسعت زمان حق شفعه و نیز ملاک دانستن عرف و عادت برای تعیین حد و مرز آن، نظر قانون‌گذار مدنی که به پیروی از مشهور، فوریت را پذیرفته^{۲۱} مورد نقد قرار گرفته و پیشنهاد اصلاح و تنظیم آن مطابق با نگاه برگزیده ارائه می‌گردد.

اشکال و پاسخ

ممکن است در ایراد به دیدگاه برگزیده مبنی بر وسعت زمانی حق شفعه و ملاک بودن عرف برای تعیین حد بقای آن، و ترجیح این نگاه بر قول مشهور مبنی بر فوریت، گفته شود: اگر قرار است که در نگاه برگزیده، عرف، معین‌کننده حد و مرز زمانی بقای حق شفعه شناخته شده و تشخیص آن به عرف و عادت و اگذار شود، از حیث نتیجه، با قول مشهور تفاوتی نخواهد کرد؛ چه، بر اساس قول مشهور نیز، اگر چه حق شفعه فوری بوده، اما فوریت عرفی مورد نظر است، نه عقلی؛ چه، در قول مشهور، معاذیر تأخیر، به موجه و غیر موجه تقسیم شده و تشخیص آن و اگذار به عرف است. بنابراین، تفاوت میان نظر مشهور و دیدگاه برگزیده، در عمل، چندان قابل اعتنا نیست.

در پاسخ می‌گوییم: اگر چه از نگاه هر دو قول، عرف، بعنوان معیار تشخیص، معرفی شده، اما روشن است که در قول مشهور، که اصل را بر فوریت قرار داده، با گذشت زمانی که عادتاً در آن زمان می‌توان حق را اعمال کرد، حق، ساقط بوده و اثبات موجه

^{۲۱} ماده ۸۲۱ قانون مدنی: «حق شفعه فوری است.»

بودن عذر و بقاء حق، بردوش شفیع است. حال، آن که برابر نگاه برگزیده، اگرچه عرف، معیار پایان زمان حق دانسته شده، اما اصل بر بقای حق شفعه بوده و اثبات بطلان حق، بردوش مشتری است. و این، ثمره قابل توجه و معتنا بهی در مقام اثبات به شمار می‌رود.

نتیجه‌گیری

۱. زمان حق شفعه، در فقه اسلامی، مورد اختلاف است. مشهور فقیهان امامی و غالب فقیهان اهل سنت، در فرض عدم عذر موجب، تأخیر در اخذ بشفعه را موجب زوال حق می‌دانند. در مقابل مشهور، قول به وسعت زمانی مطلق حق شفعه، بوده که تا اسقاط آن، هم‌چنان باقی است. این دیدگاه که مقابل مشهور قرار دارد، مبتنی بر وسعت زمانی حق شفعه است؛ به نحوی که برابر آن، مطالبه حق شفعه، محدودیت زمانی نداشته و تا زمان اسقاط حق، توسط شفیع، باقی است. گروه دیگر، به طور مطلق، قائل به فوریت شده، بگونه‌ای که مطابق این دیدگاه، حتی اگر تأخیر مطالبه حق شفعه ناشی از عذر موجب باشد، باز هم حق شفعه باطل می‌شود. گروه دیگر، با مشکل شمردن حکم مسأله، قائل به توقف شده‌اند.

۲. عمده ادله مشهور در اثبات فوریت حق شفعه، اخباری است که صراحتی نسبت به فوریت نداشته و از این حیث، نارسا بوده، از نظر سندی نیز، به شدت ضعیف و موجب اعراض اغلب فقیهان بوده است. گذشته از این، محذور دیگر این‌که، برابر این دیدگاه، تأخیر اندکی که مغایر با فوریت است، موجب بطلان حق شفعه بوده، که این، با حکمت تشریح آن (دفع ضرر تحمیل شریک ناخواسته) منافات داشته و به دلیل عدم تأمین حکمت تشریح آن در غالب موارد، ملازم با لغویت در تشریح آن خواهد بود.

۳. فقیهان اهل سنت، اغلب، در این مسأله با مشهور فقیهان امامی، هم‌عقیده و قائل به فوریت‌اند. ابوحنیفه و اصحاب او معتقدند: اگر با وجود امکان مطالبه حق شفعه، شفیع آن را مطالبه ننماید، حق، باطل می‌شود. شافعی نیز در یکی از اقوالش، قائل به فوریت شده و در قول دیگر، این حق را تا سه روز باقی می‌داند. اما مالک، قائل به وسعت زمان حق شفعه شده است. اما در خصوص حد آن، اقوال او مختلف بوده و گاه به غیر محدود بودن زمان آن، حکم کرده، تا این‌که چیزی دال بر اسقاط حق، آشکار شود. شافعی در یکی از اقوالش، قائل به این دیدگاه است. هم‌چنین، سرخسی، فقیه نامدار حنفی، همین دیدگاه را پذیرفته و معتقد است: با وجود عدم مطالبه شفیع آگاه از حق شفعه، حق، هم‌چنان باقی است.

۴. بخلاف قول به وسعت مطلق، که حدی برای زمان مطالبه حق شفعه معین نکرده و زوال آن را به اسقاط حق شفعه توسط شفیع، موکول دانسته، که در غالب موارد، موجب اختلال در نظام، تقویت عمده منافع مبیع و لغویت در انعقاد این‌گونه معاملات می‌گردد، در دیدگاه برگزیده، ضمن پذیرش وسعت زمانی یادشده و ادله آن (چون، اطلاق اخبار شفعه، اقتضای اصل عقلی و شرعی در حقوق، اقتضای استصحاب و لازمه حکمت تشریح شفعه)، می‌توان تعیین حد آن را به عرف و عادت و اگذار کرد؛ که به جهت غیرتوقیفی و نیز امضایی بودن عمده احکام معاملات، می‌تواند معیار مناسبی برای قضاوت در این مسأله باشد. بدین شکل که، اگر از نخستین زمان استحقاق حق شفعه، مدت زمانی که عرفاً و عادتاً کاشف از عدم اراده مطالبه حق شفعه از سوی شفیع می‌گردد، سپری شود، می‌توان حکم به بطلان آن نمود. از سوی دیگر، با پذیرش این دیدگاه، محذورات قول به فوریت یا وسعت مطلق، بروز نخواهد کرد.

۵. اگرچه از نگاه قانون گذار مدنی، عرف، بعنوان معیار تشخیص فوریت، دانسته شده، اما روشن است که برابر این قول، با گذشت زمانی که عادتاً در آن زمان بتوان حق را اعمال کرد، حق، ساقط شده و اثبات موجه بودن عذر و بقای حق، برعهده شفیع است. حال آن که مطابق نگاه برگزیده، اگرچه عرف، پایان زمان حق را مشخص می کند، اما اصل بر بقای حق شفعه بوده و اثبات بطلان آن، بردوش مشتری است.

منابع

- آل عصفور، حسین بن محمد (بی تا). الأنوار اللوامع، ۱۱/ ج اول، قم: مجمع البحوث العلمية.
- ابن الملقن، ابو حفص عمر بن علی (۱۴۲۵). البدر المنیر، ۷/ ریاض: دارالهجرة.
- ابن رشد الحفید، محمد بن أحمد (۱۴۲۵). بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ۴/ قاهره: دارالحدیث.
- ابن زهره، حمزة بن علی (۱۴۱۷). غنية النزوع، چاپ اول، قم: موسسه امام صادق (ع).
- ابن فهد حلی، احمد بن محمد (۱۴۰۷). المهذب البارع، ۴/ چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی.
- ابن قدامه، عبد الله بن أحمد (۱۳۸۸). المغنی، ۵/ نشر مكتبة القاهرة.
- ابن ماجه، محمد بن یزید (بی تا). سنن ابن ماجه، ۲/ دار احیاء الکتب العربیة.
- أبو الصلاح حلبی، تقی الدین (۱۴۰۳). الکافی، چاپ اول، اصفهان: کتابخانه امیرالمؤمنین (ع).
- اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۰۳). مجمع الفائدة والبرهان، ج ۹، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین، «شرایط اخذ بشفعه در حقوق موضوعه ایران وفقه امامیه»، نشریه پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، سال اول، پائیز ۱۳۸۵، شماره ۲ و ۳، صص ۳۷-۵۴.
- امام خمینی، سید روح الله (بی تا). تحریر الوسیله، ۱/ چاپ اول، قم: دارالعلم.
- أنصاری، مرتضی (۱۴۲۸). فرائد الأصول، ۲/ چاپ نهم، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- أنصاری، مرتضی (۱۴۱۱). المكاسب، ۲/ چاپ اول، قم: دارالذخائر.
- برزی، ودود، «شرایط و آثار اخذ بشفعه در فقه و حقوق ایران»، نشریه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی، بهار ۱۳۹۲، شماره ۱، صص ۲۶-۹.
- فاضل آبی، حسن بن ابی طالب (۱۴۱۷). كشف الرموز، ۲/ چاپ سوم، قم: انتشارات اسلامی.
- بحرانی، یوسف بن أحمد (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة، ۲۰، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی.
- حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹). وسائل الشیعة، ۲۵/ چاپ اول، قم: آل البيت (ع).

- روحانی، سیدصادق (۱۴۱۲) فقه الصادق (ع)، ج ۱۸، چاپ اول، قم، دارالکتاب.
- خوانساری، سیداحمد (۱۴۰۵). جامع المدارک، ۶/ چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
- سبزواری، سیدعبدالأعلى (۱۴۱۳). مهذب الاحکام، ۱۸، چاپ چهارم، قم: المنار.
- سرخسی، محمدبن أحمد (۱۴۱۴). المبسوط، ۱۴، بیروت: دارالمعرفة.
- سلطان پور، صادق، «بررسی تطبیقی حق شفعه در فقه اهل سنت و حقوق ایران»، نشریه مطالعات علوم سیاسی، حقوق و فقه»، پائیز ۱۳۹۵، سال دوم، شماره ۳، صص ۲۴۳-۲۳۶.
- سیدمرتضی، علی بن حسین (۱۴۱۵). الانتصار، چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی.
- سیوری، مقداد بن عبدالله (۱۴۰۴). التنقیح الرائع، ۴/ چاپ اول، قم: آية الله مرعشی.
- شوکانی، محمدبن علی (۱۴۱۳). نیل الأوطار، ۵/ مصر: دارالحديث.
- شهیداول، محمدبن مکی (۱۴۱۴). غایة المراد، ۲/ چاپ اول، قم، دفتر تبلیغات.
- شهیداول، محمدبن مکی (۱۴۱۷). الدروس الشرعیة، ۳/ چاپ دوم، قم: انتشارات اسلامی.
- شهیدثانی، زین الدین (۱۴۱۰)، الروضة البهیة، ۴/ چاپ اول، قم: کتابفروشی داوری.
- شیخ طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷). المبسوط، ۳/ چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية.
- شیخ طوسی، محمدبن حسن (۱۴۰۷). الخلاف، ۳/ چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی.
- صفار، فاضل (۱۴۲۹). فقه المصالح والمفاسد، لبنان: دارالعلوم.
- طباطبایی، سیدعلی (۱۴۱۸). ریاض المسائل، ۱۴، چاپ اول، قم: آل البيت (ع).
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴). تذکرة الفقهاء، ۱۲/ چاپ اول، قم: آل البيت (ع).
- علامه حلّی، حسن بن یوسف (۱۴۱۳). مختلف الشیعة، ۵/ چاپ دوم، قم: انتشارات اسلامی.
- غروی نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳). منیة الطالب، ۱/ مقرر: شیخ موسی خوانساری، چاپ اول، تهران: المكتبة المحمدية.
- فخرالمحققین، محمد (۱۳۸۷). ایضاح الفوائد، ۲/ چاپ اول، قم: اسماعیلیان.
- فیض کاشانی، محمدحسن (بی تا). مفاتیح الشرائع، ۳/ چاپ اول، قم: آية الله مرعشی.
- قانون مدنی ایران، با آخرین اصلاحات، به کوشش: جهانگیر منصور، تهران: دوران.
- کزازی، علی (۱۴۱۴). شرح تبصرة المتعلمین، ۵/ چاپ اول، قم: انتشارات اسلامی.

- محقق حلی، جعفر بن حسن (۱۴۰۸). شرائع الاسلام، ۳/ چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴). ایقاع اخذ بشفعه، چاپ اول، تهران: علوم اسلامی.
- محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد، ۶/ چاپ دوم، قم: آل البيت (ع).
- محیی الدین، یحیی بن شرف (بی تا). المجموع شرح المهذب، ۱۴، قم: دارالفکر.
- مشکینی اردبیلی، علی اکبر (۱۳۸۶). اصطلاحات الأصول، چاپ دهم، قم: الهادی.
- مظفر، محمد رضا (۱۳۸۶). اصول الفقه، ۲/ چاپ پنجم، قم: اسماعیلیان.
- مقدسی، عبدالرحمن بن محمد، (بی تا). الشرح الكبير على متن المقنع، ۵/ دارالکتاب العربی.
- موسوی بجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۱۹). القواعد الفقهية، ۱/ چاپ اول، قم: الهادی.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰). منهاج الصالحین، ۲/ قم: نشر مدینه العلم.
- قمی، علی (۱۴۲۱). جامع الخلاف والوفاق، چاپ اول، قم: زمینه سازان ظهور.
- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴). جواهر الکلام، ۳۷، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث.
- ولایی، عیسی (۱۳۹۱). جرایم و مجازات ها در اسلام، چاپ اول، تهران: مجد.

Examining the urgency of the Right of pre-emption

in Imami and Sunni jurisprudence

Abstract

The urgency of claiming the right of pre-emption is disputed in Islamic jurisprudence. Well-known Imami jurists and most Sunni jurists, assuming no excuse, consider the delay in taking the intercession to cause the decline of the truth. In contrast to the glance of the absolute breadth of time, which, until its abolition, still retains the truth; Which has prominent believers among Imami and Sunni jurists. The other group, absolutely, believes in urgency and the next view is the glance to stop. But the chosen view, while accepting the arguments of the glance to the extent of the right of pre-emption, has left the determination of its limit to custom and habit; Thus, if from the first time of entitlement, a time passes when the discoverer, customarily and habitually, is the discoverer of the unwillingness to demand the right from the intercessor, the ruling will be for its decline. This article, in a descriptive-analytical manner, with a reasoned critique of the existing statements and the presentation of documents and confirmations, considers the recent theory in this matter as

logical and based on defensible arguments. Various, controversial and the mentioned article needs to be Delete or amended. Moreover, according to the preferred view, although custom is considered as the criterion for the end of the time of truth, but the principle is the survival of the right of pre-emption and the proof of the invalidity of the right is the responsibility of the customer; Now, the one who, in the famous saying, with the passage of time in which the right can usually be exercised, the right is invalid, and the proof of the justification of the excuse and the survival of the right is on the intercessor.

Keywords: Acceptance of intercession, Entitlement, Decline of rights, Common share, Intercessor, Jurisprudence of Farighayn.

نسخه
پس
انتشار