

## امکان سنجی اخذ به شفعه در بیع متضمن خیار و تزام آن‌ها\*

\*\* مهدی میری

\*\*\* فرزانه کرمی (نویسنده مسئول)

\*\*\*\* رضا حق پناه

### چکیده

یکی از چالش‌های اختلافی میان فقها امکان‌پذیری جریان حق شفعه در بیع خیارى است. بسیاری از فقهای امامیه این مسئله را به صورت مطلق پذیرفته‌اند، اما برخی آن را صرفاً در جایی که مشتری دارای خیار باشد، می‌پذیرند. فقهای اهل سنت نیز در صورت خیار داشتن مشتری قائل به جریان حق شفعه شده‌اند، هر چند برخی آن را منوط به تعیین سرنوشت عقد کرده‌اند. بر این اساس در التزام میان اعمال خیار و حق شفعه، دیدگاه‌های متعددی ابراز شده است. قانون مدنی نیز طبق ماده ۸۱۴ جریان حق شفعه در بیع خیارى را پذیرفته، درحالی‌که به موجب ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت در بیع خیارى حق شفعه ایجاد نمی‌گردد و جریان حق شفعه در بیع خیارى با مانع روبه‌رو است. در این پژوهش دیدگاه‌ها و اقوال مختلف در فقه اسلامی و حقوق موضوعه مطرح و مورد ارزیابی قرار گرفته است. با روش توصیفی، تحلیلی از منابع فقهی، حقوقی چنین به دست آمد که امکان جریان حق شفعه در بیع خیارى وجود

---

\* تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۰۶/۱۴ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۱/۰۹/۱۴ - نوع مقاله: علمی، پژوهشی.

\*\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد مقدس/

www.mahdimiri@yahoo.com

\*\*\* مدرس حوزه علمیه و دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، مشهد

مقدس/ F\_karami91@yahoo.com

\*\*\*\* استادیار گروه فقه و اصول دانشگاه علوم اسلامی رضوی مشهد مقدس/ Rhaghp@yahoo.com



دارد؛ با این تفصیل که در صورت اعمال خیار قبل از اخذ به شفعه، حق شفعه ساقط می‌شود، ولی اخذ به شفعه قبل از اعمال خیار منوط به تعیین سرنوشت خیار است.

**کلید واژه‌ها:** اخذ به شفعه، بیع خیاری، شفیع، مال مشاع، شریک.

## مقدمه

از جمله حقوق ثابت شده در قانون مدنی برای شریک مال مشاع، حق شفعه است. در ماده ۸۰۸ این قانون تصریح شده است که:

هر گاه مال غیر منقول قابل تقسیمی بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالثی منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه مبیعه را تملک کند. این حق را «حق شفعه» و صاحب آن را «شفیع» می‌گویند.

طبق ظاهر ماده از شرایط ایجاد حق شفعه، انتقال مال مشاع از طریق بیع می‌باشد. حال سؤال بنیادین این است در صورتی که در بیع سهم مشاع، طرفین یا یکی از آنها برای خود حق خیار فسخ قرار داده باشد، آیا وجود خیار منافاتی با حق شفعه توسط شریک دارد یا منافاتی نخواهد داشت؟

به لحاظ اهمیت موضوع بایسته است این مسئله با توجه به مبانی و ادله مطرح شده مورد بررسی و پژوهش قرار گیرد تا بتوان در این مسئله به دیدگاه صحیح و متقن رسید.

در میان آثار پژوهشی موجود، اگر چه منابعی یافت می‌شود، اما غالباً به صورت مختصر آن هم به ابعاد خاصی از موضوع اشاره کرده‌اند:

پایان‌نامه‌های «تأثیر اقاله و خیارات بر حق شفعه» (بهنام برادران کناری، ۱۳۹۷) و «تأثیر اقاله و خیارات بر حق شفعه با تأکید بر رویه قضایی» (فرزاد برادران کناری، ۱۳۹۹) از جمله این آثار پژوهشی است که در بخشی از این پایان‌نامه‌ها تأثیر حق خیار بر حق شفعه مورد بحث قرار گرفته است، اما آنچه این پژوهش را از آثار دیگر متمایز می‌کند اولاً بررسی امکان‌سنجی اخذ به شفعه در بیع خیاری بوده که آیا در

بیع خیارى اساساً می‌توان حق شفعه را تصوّر نمود و ثانیاً پس از امکان یا عدم آن، بررسی تحلیلی این مسئله در فقه اسلامی و حقوق می‌باشد.

### ۱. بررسی امکان اخذ به شفعه در بیع متضمن خیار

در فقه و حقوق موضوعه ذیل این مسئله دیدگاه‌های مختلفی مطرح شده است که به تفکیک مورد تحلیل و مذاقه قرار می‌گیرد:

#### ۱.۱. فقهای امامیه

##### ۱.۱.۱. دیدگاه امکان اخذ به شفعه در بیع خیارى به طور مطلق

بسیاری از فقهای امامیه ایجاد حق شفعه در بیع خیارى را جایز دانسته و معتقدند در ایجاد حق شفعه تفاوتی نمی‌کند که خیار موجود در بیع به صورت مختص (برای یکی از متبایعین) یا مشترک (برای طرفین) باشد. (ابن ادریس حلی، ۱۴۱۰: ۲/ ۳۸۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸: ۳/ ۲۰۴؛ علامه حلی، ۱۴۱۴: ۱۲/ ۲۱۷؛ ۱۴۱۳: ۵/ ۳۴۰؛ ۱۴۱۳: ۲/ ۲۴۳؛ عمیدی، ۱۴۱۶: ۱/ ۶۸۳؛ شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۶۱؛ ابن طی، بی‌تا، ۲۸۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۴/ ۴۰۱؛ محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۱/ ۵۴۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۰/ ۳۱۵؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/ ۳۲۱؛ خوانساری، ۱۴۰۵: ۶/ ۳۲۴؛ خویی، ۱۴۱۰: ۲/ ۷۹؛ سبزواری، بی‌تا: ۳۰۱؛ ۱۴۱۳: ۱۸/ ۱۶۱؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳: ۵/ ۳۶؛ تبریزی، ۱۴۲۶، ۲/ ۸۶؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ۲/ ۱۰۶)

##### ۱.۱.۱.۱. تبیین دیدگاه

ادله‌ای که برای این دیدگاه بیان شده است عبارت‌اند از:

##### ۱. عدم تنافی وجود خیار با حق شفعه

انتقال مبیع به صرف عقد بیع محقق می‌گردد و حق شفعه تابع عقد است که با انعقاد، حاصل می‌شود. در عین اینکه شفیع حق شفعه دارد متبایعین نیز می‌توانند حق خیار داشته باشند؛ بنابراین مقتضی موجود و مانع - که احتمالاً وجود خیار باشد - منتفی است، چرا که انتقال ملکیت به صرف عقد صورت گرفته است، نه به صورت منقضی شدن مدت خیار، پس حق شفعه ایجاد می‌گردد. (ابن ادریس،

۱۴۱۰: ۳۸۶/۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۴۰/۵) برخی بر این مسئله ادعای عدم خلاف (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۰۷/۱۲) و برخی دیگر نیز ادعای اجماع کرده‌اند. (محقق سبزواری، ۱۴۲۳: ۵۴۵/۱)

## ۲. اطلاق ادله

اطلاق ادله مثبت شفعه؛ اقتضای ثبوت حق شفعه در بیع خیاری را دارد و اطلاق ادله خیاری، اقتضای ثبوت حق خیاری همراه با حق شفعه را دارد؛ دلیلی هم بر سقوط یکی از این دو وجود ندارد، مگر انصراف ادله شفعه نسبت به زمانی که با بیع دارای خیاری نیست، که این انصراف صرف یک احتمال است و اعتباری ندارد. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶۱/۱۸)

## تحلیل و بررسی دیدگاه

بر این دیدگاه از حیث اینکه مبیع به صرف عقد به مشتری منتقل می‌شود، اشکالاتی وارد شده است که مورد تحلیل و بررسی قرار می‌گیرد:

۱. در صورتی که مبیع به صرف عقد به ملک مشتری منتقل گردد و متفرع بر آن حق شفعه ایجاد شود، موجب سقوط حق خیاری با بیع با اخذ به شفعه می‌گردد، درحالی که حق خیاری مزبور برگرفته از ذات عقد و سابق بر حق شفیعی ایجاد گردیده است. حق شفعه بعد از تحقق عقد یعنی انتقال ملکیت و به وسیله امری خارج از خود بیع مانند شراکت به وجود آمده است. نباید حق شفعه که بالغیر ایجاد شده است بر خیاری که بالذات ایجاد شده است، تقدم یابد و موجب سقوط خیاری با بیع گردد. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۳۴۰/۵؛ فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۲۰۰/۲)

این اشکال مردود است؛ حق با بیع از بین نمی‌رود، زیرا اگر با بیع عقد را فسخ کند، بیع و حق شفعه هر دو از بین می‌روند و ملک به ملکیت با بیع بر می‌گردد. در نقطه مقابل اگر با بیع، عقد را فسخ نکند یا مدت زمان خیارش، منقضی شود بیع و حق شفعه هر دو مستقر و لازم می‌گردند. در هر دو صورت با بیع به حق خود می‌رسد. در صورت اول که فسخ کرد از حق فسخ خود استفاده کرد و در صورت دوم نیز او خود

حق خیارش را استفاده نکرد و منجر به ثبوت بیع و حق شفعه گردید. (علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/۳۴۰ و ۳۴۱؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۳۲۱)

۲. برخی از فقها که ایجاد حق شفعه در بیع خیاری را پذیرفته‌اند معتقدند که اخذ به شفعه از ناحیه شفیع باید بعد از انقضاء مدت خیار صورت گیرد و بر اعمال آن قبل از انقضاء مدت خیار فایده‌ای مترتب نیست (علامه حلی، ۱۴۱۰: ۱/۳۸۵) زیرا هنوز ملکیت مشتری نسبت به مبیع استقرار پیدا نکرده است. شفیع قبل از انقضاء خیار نمی‌تواند عین مبیع را از مشتری باز پس گیرد. این دیدگاه را برخی دیگر از فقها نیز مورد اشاره قرار داده‌اند. (عاملی، ۱۴۱۹: ۱۸/۴۴۸؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۹/۲۷؛ محقق ثانی، ۱۴۱۴: ۶/۳۵۹ و ۳۹۶؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۲/۳۰۸-۳۰۷)

این اشکال نیز مردود است؛ فایده اخذ به شفعه از ناحیه شفیع، قبل از انقضاء مدت خیار در نماند و غیر نماند ظاهر می‌شود. اگر شفیع قبل از انقضاء مدت خیار، اخذ به شفعه نماید، نماند حاصله مبیع مزبور، ملک شفیع است و مخارج مبیع را خودش باید بر عهده بگیرد، اما اگر بعد از انقضاء مدت خیار، اخذ به شفعه نمود، منافع مبیع، ملک مشتری است و مخارج مبیع نیز بر عهده مشتری خواهد بود. (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ۴/۴۰۲؛ عاملی، ۱۴۱۹: ۱۸/۴۴۸)

۳. انتقال ملکیت به صرف عقد موجب می‌شود، عقد مذکور خلاف غرض و هدف مشتری گردد و این با قاعده «العقود تابعة للقصود» سازگاری ندارد. (فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۲/۲۰۰) قصد مشتری از ورود در قرارداد و رضایت او به آن در صورتی است که بیع در مدت خیار، غیر لازم باشد. کسی نمی‌تواند او را در این مدت به بیع الزام کند. انتقال ملکیت به صرف عقد و به تبع آن ایجاد حق شفعه، مستلزم الزام مشتری در فروش مالش توسط شفیع است و ضمان عهده نیز در این مدت به عهده مشتری ثابت می‌گردد (فخر المحققین، ۱۳۸۷: ۲/۲۰۰) در حالی که این وضعیت غیر از بیعی که مد نظر مشتری بوده واقع شده است. شفیع نمی‌تواند عقد واقع شده توسط مشتری را تغییر دهد.



این اشکال نیز مردود است؛ هدف مشتری در صورتی که مبیع به صرف عقد منتقل گردد نیز تامین می‌گردد، زیرا مشتری اگر بخواهد قبل از انقضای مدت اختیار یا بعد از انقضاء آن، عقد را فسخ کند، عقد بیع و شفعه باطل می‌گردد و به ثمنش می‌رسد و حق شفعه مانعی بر سر اختیار او ایجاد نکرده است، این دو تداخل و تمانعی نسبت به یکدیگر ندارند. با این توضیح اشکال مخالفت این دیدگاه با قاعده «العقود تابعة للقصود» منتفی است.

به علاوه حق مشتری و شفیع هیچ گونه تقدم و تاخیری نسبت به هم ندارند. حق هر دو در یک زمان و به وسیله عقد حاصل شده است؛ این طور نیست که چون مشتری قبل از عقد با این نیت وارد در عقد شده حقش تقدم و برتری داشته و حق شفعه مانعی بر سر راه جریان اختیار بایع است. (شهید اول، ۱۴۱۰: ۱۶۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸/۱۶۱)

نسبت به اینکه ایجاد حق شفعه در زمان اختیار منجر به ثبوت ضمان عهده (در صورت مستحق للغير درامدن مبیع) بر عهده مشتری می‌گردد باید گفت که در نگاه ابتدایی شفیع ذی حق نیست. تملك شفیع متفرع بر تملك مشتری است. حال که فساد بیع محرز شده، مشتری مالک مبیع نشده است تا شفیع بتواند اخذ به شفعه نماید، اما می‌توان مشتری را در مقابل شفیع ضامن عهده (درک) دانست (طاهری، ۱۴۱۸: ۴۰/۵) زیرا در اخذ به شفعه، شفیع، ثمن مبیع را به مشتری پرداخته است. در صورتی که کشف شود، مشتری استحقاق دریافت ثمن المثل را نداشته است باید آن را به شفیع برگرداند. (طاهری، ۱۴۱۸، ۴۰/۵) البته مشتری امکان رجوع به بایع را دارد و می‌تواند ثمنی را که بابت مبیع پرداخته بود برابر نص ماده ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی پس گیرد.

#### ۱.۱.۲. دیدگاه امکان اخذ به شفعه در صورت ذوالخيار بودن مشتری

برخی از فقها معتقدند در بیعی که صرفاً مشتری صاحب اختیار می‌باشد حق شفعه برای شفیع ایجاد می‌گردد. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷: ۳/۴۴۵؛ ۱۳۸۷: ۳/۱۲۳؛ ابن براج، ۱۴۰۶: ۱/۴۵۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۷/۹)

### ۱. ۲. ۱. ۱. تبیین دیدگاه

طبق این دیدگاه شفعه در بیعی که فقط بایع یا متبایعین خیار داشته باشند امکان‌پذیر نیست، زیرا زمان تحقق شفعه بعد از انتقال ملک (سهم شریک) به مشتری است. زمانی که بایع یا متبایعین خیار دارند هنوز ملک به مشتری انتقال پیدا نکرده است و از ملکیت بایع خارج نشده است. به علاوه در صورتی که قبل از انقضای خیار، شفیع اخذ به شفعه نماید مستلزم این است که مال شریک را به جای گرفتن از مشتری از بایع بگیرد، پس لازم است صبر کند تا خیار بایع منقضی گردد. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷: ۳/۱۲۳؛ ابن براج، ۱۴۰۶: ۱/۴۵۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳: ۲۷/۹)

### تحلیل و بررسی دیدگاه

در صورتی که بایع خیار داشته باشد، وجود خیار برای او موجب می‌شود که عین مبیع از ملک او خارج نگردد، وقتی مال از ملک او خارج نشد سبب تحقق شفعه - که بیع مال مشاع و خروج مبیع از ملک بایع است - ایجاد نمی‌شود و هنوز بایع و شفیع در مال مشاع شریک هستند، لذا حق شفعه ثابت نمی‌شود.

در نقطه مقابل، وجود خیار برای مشتری مانعیتی برای حق شفعه ندارد، زیرا سبب تحقق شفعه ایجاد شده و در ملک مشتری داخل گردیده است، بر این اساس خیار داشتن مشتری مانعی در خروج ملک و سبب تحقق شفعه نخواهد داشت.

### ۱. ۲. ۱. ۲. فقهای عامه

در متون فقهی اهل سنت نسبت به جریان اخذ به شفعه در بیع خیاری و تزامم این دو حق، دیدگاه‌های زیر مطرح است:

### ۱. ۲. ۱. ۱. دیدگاه امکان اخذ به شفعه در صورت ذوالخیار بودن مشتری

حنفی‌ها معتقدند در صورت وجود خیار برای بایع، حق شفعه به وجود نمی‌آید، اما در صورتی که مشتری ذوالخیار باشد، ایجاد حق شفعه مانعی نخواهد داشت. به عقیده ایشان خیار رؤیت و عیب، مانعی از اخذ به شفعه برای شفیع نیستند. (موصلی حنفی، ۲۰۰۵ م: ۲/۴۵؛ ابن نجیم، بی‌تا: ۸/۱۵۸؛ قادری، بی‌تا:





۸ / ۱۵۸؛ غیتابی، ۱۴۲۰: ۱۱ / ۳۵۹-۳۶۰؛ زبیدی، ۱۳۲۲: ۱ / ۲۸۰؛ شیبانی، ۱۴۰۳: ۳ / ۸۹؛ بابرتهی، بی تا: ۹ / ۴۰۷؛ سرخسی، ۱۴۲۱: ۱۴ / ۲۶۰-۲۵۹؛ عده من علماء (المجله)، ۱۹۸؛ بخاری، ۱۴۲۴: ۷ / ۲۵۴؛ ابن عابدین، ۱۴۲۱: ۶ / ۲۳۷ و ۲۴۲؛ همو، ۱۴۲۱: ۶ / ۲۳۷؛ قدری باشا، ۱۳۰۸: ۱۸؛ شیبانی، بی تا: ۵ / ۱۴۱-۱۴۰ (برخی از فقهای حنبلی نیز همین دیدگاه را پذیرفته اند). (صالحی، ۱۴۱۹: ۶ / ۲۲۶-۲۲۵؛ حرانی، ۱۳۹۷ق: ۵۰۴)

طبق این دیدگاه در صورتی که بایع حق خیار داشته باشد، شفیع از حق شفعه برخوردار نخواهد بود، زیرا عین به صورت متزلزل از ملکیت بایع خارج شده و در ملک مشتری مستقر نگردیده است. علاوه بر این، حکم به ثبوت شفعه برای شفیع موجب می شود که حق خیار بایع ساقط گردد، در حالی که شفیع چنین اختیاری ندارد که حق بایع را از بین ببرد، اما در صورت وجود خیار برای مشتری، اخذ به شفعه جایز است و این فتوا مبتنی بر این نکته است که ملک به صرف عقد به مشتری منتقل می گردد و خیار مشتری مانعی در انتقال ملکیت به مشتری ندارد.

تحقق ملکیت شفیع، تابع تملک مشتری است. در صورت تحقق ملکیت مشتری، شفیع با پرداخت مثل ثمن مالک مبیع می گرد اما در صورتی که بایع خیار داشته باشد وجود خیار، باعث عدم خروج ملک از ملکیت بایع و عدم تملک مشتری می گردد، در نتیجه تملک شفیع به جهت عدم تحقق ملکیت مشتری ایجاد نخواهد شد. (کاشانی، ۱۴۰۶: ۱۱ / ۳۱)

### ۱.۲.۲. دیدگاه امکان اخذ به شفعه بعد از انقضای خیار

برخی از فقهای مالکی و شافعی معتقدند، در صورتی که شخص قسمتی از زمین مشاعی را بخرد و دارای خیار باشد شرکای مال مشاع نمی توانند تا زمانی که خیار مشتری منقضی نشده و بیع ثابت نگردیده است اخذ به شفعه نموده و زمین مشاعی را از مشتری بخرند. هر زمان که بیع از جانب مشتری لازم گردید امکان اخذ به شفعه خواهد بود. حتی به ادعای برخی، مالک -پیشوای مالکی ها- در این مسئله تفاوتی بین خیار مالک و مشتری ندیده است و اخذ به شفعه را منوط به انقضای



خیار کرده است. تا زمانی که بیع قطعی نشود، سبب تحقق شفعه که بیع ملک مشاع است، ایجاد نخواهد شد.

به علاوه در صورت خیار داشتن مشتری، در ضمان مشتری نسبت به مبیع تردید وجود دارد، چون هنوز مبیع به طور قطعی و مستقر در ملک وی داخل نشده است. (قرطبی، ۲۰۰۰م: ۷/ ۸۳-۸۲؛ عبدری، ۱۳۹۸ق: ۵/ ۳۲۰؛ قرافی، ۱۹۹۴م: ۷/ ۳۰۷؛ دسوقی، بی تا: ۳/ ۴۷۵؛ قرطبی، ۱۴۰۰ق: ۲/ ۸۵۷؛ قرطبی (ابن رشد)، ۱۴۲۵: ۴/ ۴۳؛ کردی، ۱۴۲۱: ۴۱۸؛ خرسی، بی تا: ۶/ ۱۶۴؛ شافعی، ۱۴۱۰: ۴/ ۴)

برخی از فقهای حنبلی نیز معتقدند حق شفعه در زمان خیار برای شفیع ثابت نیست، زیرا در بیع خیاری که مشتری ذوالخیار است اخذ به شفعه موجب می شود ملکیتی که به واسطه خیار، متزلزل است، لازم و مستقر گردد و مشتری در عین داشتن خیار و بدون رضایت قبلی به عقد ملزم و متعهد به تعهداتی گردد و در جایی که با بیع ذوالخیار است اخذ به شفعه موجب ابطال خیار با بیع شده و حق رجوع او را نسبت به عین مالش از بین می برد، درحالی که این مسئله در شرع ممنوع می باشد. (ابن قدامه، بی تا: ۵/ ۵۳۵؛ ۱۴۱۴: ۲/ ۲۴۲؛ ۱۴۰۵: ۵/ ۴۷۱؛ ابن مفلح، ۱۴۲۳: ۵/ ۱۵۸؛ حرانی، ۱۴۰۴: ۱/ ۳۶۵؛ نجدی، ۱۳۹۷ق: ۵/ ۴۵۵؛ بهوتی، ۱۴۱۴: ۲/ ۳۵۰؛ همو، ۱۴۰۲: ۴/ ۱۶۲)

بر اساس این دیدگاه، در فرض وجود خیار برای مشتری تا زمانی که مشتری، عقد را امضاء نکرده است یا زمان خیار وی منقضی نشده است حق شفعه ای برای شفیع وجود ندارد. اگر هم با بیع و هم مشتری حق خیار داشته باشند وجود حق فسخ موجب می شود که عقد بین متبایعین مستقر نبوده و متزلزل باشد و این تزلزل باعث عدم تحقق سبب ایجاد حق شفعه می گردد. (مصری، ۱۴۲۷: ۱/ ۷۹؛ شریجی و همکاران، ۱۴۱۳: ۷/ ۱۶؛ هیتمی، ۱۳۵۷ق: ۶/ ۶۱)





### ۱.۲.۳. دیدگاه تفصیل در ذوالخیار بودن بایع و ذوالخیار بودن مشتری

فقه‌های شافعی معتقدند در بیع خیار در صورتی که متبایعین یا بایع به تنهایی ذوالخیار باشد، شفیع قبل از انقضاء خیار، حق اخذ به شفعه را نخواهد داشت. اخذ به شفعه، موجب قطع و عدم استمرار خیار بایع و ضرر بر وی می‌شود درحالی‌که شفیع، حقی بر بایع ندارد، ولی در صورتی که مشتری تنها ذوالخیار باشد دو وجه قابل تصور است:

۱. انتقال ملک متوقف بر انقضای خیار باشد. در این صورت شفیع قبل از اتمام مدت خیار، حق اخذ به شفعه را نخواهد داشت، زیرا ملکیتی برای مشتری حاصل نشده است تا شفیع با اخذ به شفعه مالک آن گردد.

۲. انتقال ملک به مشتری به صرف عقد باشد، که نسبت به استحقاق شفیع در اخذ به شفعه دو نگرش وجود دارد:

أ) برخی، با تکیه بر اینکه بیع مزبور بیع خیار است و مشتری اختیار فسخ و امضای معامله را دارد، معتقدند شفیع تا قبل از انقضای خیار، حق اخذ به شفعه ندارد. به علاوه مشتری به جهت و غرض خاصی برای خود شرط خیار گذاشته است، بنابراین اگر قائل به اخذ شفعه قبل از انقضای خیار شویم، غرض مشتری از بین رفته و این صحیح نیست.

ب) برخی دیگر شفیع را مستحق اخذ به شفعه دانسته، معتقدند وقتی توانایی اخذ مبیع بعد از انقضای خیار را داشته باشد، چون ملکیت او مستقر و ثابت شده و شخصی غیر از مشتری در مبیع حقی ندارد، قبل از انقضای خیار به طریق اولی این توانایی را دارد، چون هنوز ملکیت مستقر نشده و متزلزل است و مشتری ملکیت مسلّم و بلامنازعی بر مبیع ندارد. به علاوه، در جایی که مشتری در مبیع عیبی مشاهده کند و قصد رد مال به بایع را داشته باشد، شفیع می‌تواند مال را از او بگیرد و حق رد مشتری به جهت خیار عیب، به جهت اخذ به شفعه، باطل می‌گردد. در این مورد هم شفیع قبل از انقضای خیار، توانایی اخذ به شفعه دارد. (یمنی، ۱۴۲۱:

۱۱۰/۷؛ نووی، بی تا: ۳۴۳/۱۴؛ شیرازی، بی تا: ۲/ ۲۱۵-۲۱۴؛ نووی، ۱۴۱۲: ۵/ ۷۴؛ ماوردی، ۱۴۱۹: ۲۷۸/۷؛ شربینی، ۱۴۱۵: ۳/ ۳۷۹-۳۷۸)

در تحلیل عدم حق اخذ به شفعه در صورتی که بایع یا متبایعین خیار داشته باشند بیان می شود که وضع اخذ به شفعه در شریعت اسلام به جهت دفع ضرر شریک می باشد. محال است قائل به حق اخذ به شفعه شد و خیار بایع را صحیح دانست، چرا که وجود اخذ به شفعه با بقای حق خیار بایع سازگار نیست. (جوینی، ۱۴۲۸: ۳۸۶/۷) اگر هم شفیع حق اخذ به شفعه داشته باشد و هم بایع حق خیار داشته باشد، این اخذ به شفعه مشروع نیست، چون ضرر شفیع با این اخذ دفع نمی گردد. هدف نهایی و مقصود از اخذ شفعه دفع ضرر شریک است، لذا هر جایی که اخذ شفیع نتواند ضرر او را از بین ببرد، نمی توان آن را ثابت دانست.

### ۱.۳. حقوق موضوعه

برخی از حقوق دانان معتقدند «شفیع» باید تا قبل از انقضای خیار، اخذ به شفعه نماید. تاخیر انداختن در اخذ به شفعه منافی با فوریت حق شفعه می باشد. ایشان در مقام تعلیل بیان می دارند که حق شفیع در اخذ به شفعه، به وسیله بیع سهم مشترک برای شفیع حاصل می گردد. (امامی، بی تا: ۱۶/۳)

برخی با اشاره به ماده ۸۱۴ قانون مدنی<sup>۱</sup> و عدم منع قانونگذار، جریان اخذ به شفعه را در بیع خیار پذیرفته اند و با استناد به ماده ۸۱۴ و اخذ وحدت ملاک از ماده ۸۱۶ قانون مدنی<sup>۲</sup> بیان می دارند در صورتی که یکی از طرفین قرارداد به وسیله یکی از اختیارات، بیع را فسخ کند و سپس شفیع اخذ به شفعه نماید، فسخ بلا اثر می گردد. (طاهری، ۱۴۱۸: ۳۵/۵)

۱. ماده ۸۱۴ قانون مدنی: «خیاری بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست».

۲. ماده ۸۱۶ قانون مدنی: «اخذ به شفعه هر معامله را که مشتری قبل از آن و بعد از عقد بیع نسبت به مورد شفعه نموده باشد باطل می نماید».



برخی با اذعان به جریان حق شفعه در بیع متضمن خیار، با استناد به ماده ۳۶۴ قانون مدنی<sup>۱</sup> معتقدند که با توجه به اینکه انتقال مبیع به همراه عقد صورت گرفته است حق شفعه جاری می‌گردد؛ سبب متضرر شدن مشتری، انتقال است و خیار نقش و تأثیری در این خصوص ندارد. (محقق داماد، ۱۳۸۴؛ ۵۴-۵۵)

این دیدگاه با تکیه بر مواد ۳۶۳ و ۳۶۴ و ۸۱۴ قانون مدنی خیاری بودن بیع را مانع اخذ به شفعه نمی‌داند. (قاسم‌زاده، ۱۳۹۱؛ ۳۳)

برخی دیگر با تکیه بر ماده ۸۱۴ قانون مدنی معتقدند که حکم ماده مزبور با تعریف بیع خیاری و شرط که سبب انتقال مالکیت از حین عقد به مشتری می‌شود (موضوع مواد ۴۵۹<sup>۲</sup> و ۳۶۴ قانون مدنی) مناسبت دارد؛ البته در ادامه در بیع شرط با تکیه بر ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت<sup>۳</sup> که اثر تملیکی بیع را زایل کرده است حکم به عدم تحقق حق شفعه در بیع شرط می‌دهند. (صفایی و همکاران، ۱۳۹۷؛ ۳۵۲-۳۵۱)

نسبت به این موضوع، استنباط از نگاه قانون مدنی، نیازمند بررسی چندین ماده است:

۱. ماده ۳۶۴ قانون مدنی: «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار و در بیعی که قبض شرط صحت است مثل بیع صرف انتقال از حین حصول شرط است نه از حین وقوع بیع».
۲. ماده ۴۵۹ قانون مدنی: «در بیع شرط به مجرد عقد مبیع ملک مشتری می‌شود با قید خیار برای بائع بنابراین اگر بائع به شرایطی که بین او و مشتری برای استرداد مبیع مقرر شده است عمل ننماید بیع قطعی شده و مشتری مالک قطعی مبیع می‌گردد و اگر بالعکس بائع به شرایط مزبوره عمل ننماید و مبیع را استرداد کند از حین فسخ مبیع مال بائع خواهد شد، ولی نمآت و منافع حاصله از حین عقد تا حین فسخ مال مشتری است».
۳. ماده ۳۴ قانون ثبت مصوب ۱۳۸۶ «در مورد کلیه معاملات رهنی و شرطی و دیگر معاملات مذکور در ماده ۳۳ قانون ثبت، راجع به اموال منقول و غیرمنقول، در صورتی که بدهکار ظرف مهلت مقرر در سند، بدهی خود را نپردازد طلبکار می‌تواند از طریق صدور اجرائیه وصول طلب خود را توسط دفترخانه تنظیم‌کننده سند، درخواست کند...».

برابر ماده ۸۱۴ قانون مدنی: «خیاری بودن بیع مانع از اخذ به شفعه نیست». از سوی دیگر قانونگذار در ماده ۳۶۴ مقرر می‌دارد: «در بیع خیاری مالکیت از حین عقد بیع است نه از تاریخ انقضای خیار...».

جمع دو ماده، ما را به این نتیجه می‌رساند که حکم ماده ۸۱۴ فرع بر قاعده‌ای است که قانون مدنی در ماده ۳۶۴ انتخاب کرده است. سبب اصلی ضرر شریک و ایجاد حق شفعه، انتقال مالکیت سهم شریک به شخص دیگری است و عقد بیع مقدمه این سبب است. پس، اگر انتقال منوط به وجود شرطی شود، حق شفعه نیز زمانی تحقق پیدا می‌کند که شرط محقق گردد. در نتیجه، هر زمان خیار شرط؛ در واقع شدن انتقال تأثیری نداشته باشد، وقوع حق شفعه نیز از تاریخ بیع خواهد بود. با این حال با توجه به تصویب ماده ۳۳ و ۳۴ اصلاحی مصوب ۱۳۸۶ قانون ثبت که منحصص ماده ۳۶۴ قانون مدنی است، باید اظهار داشت بیع خیاری موجب انتقال ملکیت نمی‌شود، لذا بیع خیاری موجب ایجاد حق شفعه نمی‌گردد، چه اینکه مطابق ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت بیع خیاری موجب انتقال ملکیت به مشتری نمی‌گردد و مشتری در حکم مرتهن قرار داده شده است؛ یعنی طلبکاری که مبیع شرطی را در وثیقه دارد و می‌تواند در صورت خودداری مدیون از پرداخت طلبش، از محل مبیع به حق خودش برسد. (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۲۳۰-۲۲۹)

## ۲. بررسی تراحم حق شفعه و حق خیار مشتری

حق شفعه و حق خیار در مرحله ایجاد، تعارضی ندارند؛ منشا هر دو عقد است اما در مرحله فعلیت و اجرای این دو حق، تراحم مطرح می‌گردد.

### ۲.۱. دیدگاه‌های موجود در فقه

در کلام فقها سه نگرش و دیدگاه در این زمینه وجود دارد:

## ۲.۱.۱. دیدگاه تقدم حق خيار شرط بر حق شفعه

خيارات، از نوع خيار شرط، پديده‌ای موازی با عقد و ناشی از آن هستند، ولی ساير خيارات چنين خصوصيتی ندارند و اين تفاوت در حاکميت و محکوميت هر کدام مؤثر است. (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۳۲۲ به بعد؛ علامه حلی، بی تا: ۵۹۹/۱)

از نگاه اين دسته از فقها، برخی خيارات مانند خيار شرط، چون زمان ايجاد آن مقارن با عقد است، در تراحم حق خيار و حق شفعه، بايد حق خيار را مقدم دانست، حق شفعه مترتب و متفرع بر صحت بيع است. مشهور فقهای اماميه (ابن ادریس، ۱۴۱۰: ۲/۳۸۶؛ علامه حلی، ۱۴۱۳: ۵/۳۴۰) با وجود اينکه معتقد بودند ملکيت به صرف عقد به مشتری منتقل می‌گردد و حق شفعه نیز به موازات عقد به وجود می‌آید، در خيار شرط معتقدند چون ملکيت متزلزل و قابل بازگشت به بايع است، حق مبيع از بايع به صورت کامل سلب نشده است. بنابراین حق شفعه مستقر نگردیده است، لذا خيار شرط بر حق شفعه مقدم می‌باشد. (طاهری، ۱۴۱۸: ۵/۳۹۳۸)

## ۲.۱.۲. دیدگاه تقدم بر اساس زمان اعمال حق

برخی از فقها «زمان اعمال حق» را ضابطه تقدم هر کدام از دو حق دانسته بیان می‌دارند: «در صورتی که شفيع زودتر اعمال شفعه کند، حق خيار ساقط می‌شود و چنانچه صاحب خيار، قبل از اخذ به شفعه، اختيار فسخ کند، حق شفعه ساقط می‌گردد». (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۳۲۴ به بعد؛ علامه حلی، بی تا: ۵۹۹/۱؛ شهيد ثانی، ۱۴۱۲: ۲/۲۵)

## ۲.۱.۳. دیدگاه تقدم حق شفعه در صورت ذوالخيار بودن مشتری

برخی ديگر معتقدند بايد بين اقسام خيار، از اين جهت که خيار فسخ مختص چه شخصی است، تفصيل قائل شد. اگر خيار فسخ اختصاص به بايع داشته باشد، بايد حکم به تقدم خيار بايع داد و در جایی که خيار مختص مشتری است، حق شفعه مقدم می‌باشد و خيار مشتری به دليل بی فايده بودن آن، ساقط است. (شهيد ثانی، ۱۴۱۳: ۱۲/۳۰۸؛ نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۳۲۲ به بعد؛ علامه حلی، بی تا: ۵۹۹/۱)

چرا که غرض مشتری از فسخ مسترد کردن ثمن است و این امر با اخذ شفعه قابل دستیابی است. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۰۸/۱۲)

## ۲.۲. دیدگاه‌های موجود در حقوق

برخی با اعتقاد به اینکه پدید آمدن حق شفعه از زمان انجام عقد است و وجود خيار مانع آن نیست، اثر اخذ به شفعه را مشروط به عدم اعمال خيار فسخ می‌دانند. از نگاه ایشان تا وضعیت خيار روشن نشود، عمل اخذ به شفعه، استقرار پیدا نمی‌کند، هر چند انتقال مبیع هم زمان با عقد صورت گرفته باشد، ولی این انتقال منجز نیست و تزلزل دارد و اخذ به شفعه در بیعی که به خاطر وجود خيار متزلزل است، نیز متزلزل می‌باشد. (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۵۶)

برخی دیگر معتقدند حتی در صورتی که یکی از متبایعین در اثر یکی از خيارات، بیع را فسخ نماید و سپس شفیع اخذ به شفعه نماید فسخ کان لم یکن گشته و بلا اثر می‌شود و حق شفعه را مقدم بر خيارات می‌دانند. (امامی، بی تا: ۴۱/۳؛ طاهری، ۱۴۱۸: ۳۵/۵) ایشان در مقام تعلیل بر این مدعای خود به تحلیل عقلی و وحدت ملاک و روح ماده ۸۱۶ قانون مدنی روی آورده‌اند. (امامی، بی تا: ۴۶-۴۵)

از نگاه برخی دیگر، به دلیل اینکه اجرای هر کدام از این دو حق موجب از بین رفتن زمینه اعمال دیگری می‌شود، بیان داشته‌اند، هر کدام از این دو حق که زودتر اجرا گردد بر دیگری مقدم می‌گردد. در ادامه با تشکیک در این مسئله افزوده‌اند اگر عقد همراه خيار ایجاد گردد، حق شفعه نیز با عنایت به این مسئله پدید می‌آید، لذا اثر آن منوط به منتهی شدن مقتضای عقد به انتقال ملکیت می‌باشد. در نتیجه در فرضی که عقد به وسیله خيار شرط و غبن و مانند این‌ها فسخ گردد، در حقیقت شرط نفوذ شفعه و مبنای آنکه ضرر است، تحقق پیدا نمی‌کند. بنابراین هر گاه مبیع پیش از اخذ به شفعه و با اعمال خياری که به وسیله عقد به وجود آمده به بایع بازگردد دیگر محلی برای شفعه وجود ندارد. در نقطه مقابل در جایی که در زمان اخذ به شفعه خيار هنوز اعمال نشده است چون خيار مانع انتقال نیست، مانع تملیک مبیع

به ملکیت شفیع نمی‌گردد و اجرای اختیار فقط در رابطه بین متبایعین مؤثر می‌باشد. (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۲۳۸-۲۳۷)

### ۳.۲. تحلیل و بررسی

با عنایت به اینکه حق شفعه به موازات انتقال به وجود آمده و مطلق اختیار (چه اختیار بایع و چه مشتری) مانع آن نیست، در صورت اجتماع دو حق می‌توان آن‌ها را اعمال نمود. اگر شفیع قبل از انقضای مدت اختیار، اخذ شفعه نماید، حق اختیار باقی می‌ماند، چون جهت اسقاط اختیار به وجود نیامده است و استصحاب مقتضی بقای آن است. بنابراین اگر پس از اخذ به شفعه، ذوالخیر اعمال اختیار نماید، حق شفعه ساقط می‌گردد.

به عبارت دیگر با وجود اینکه اختیار مانعی برای اخذ به شفعه نیست باید اثر اخذ به شفعه را مشروط به عدم اعمال اختیار فسخ دانست. استقرار عمل اخذ به شفعه، وابسته به روشن شدن وضعیت اختیار است. بنابراین انتقال مبیع هر چند به موازات بیع است، اما به دلیل وجود اختیار متزلزل است و اخذ به شفعه‌ای که در این زمان تزلزل واقع شده نیز متزلزل می‌باشد. (محقق داماد، ۱۳۸۴: ۵۶)

اینکه بیان شد حق شفعه مقدم می‌باشد و اختیار مشتری به دلیل بی‌فایده بودن ساقط است، می‌تواند مورد تردید قرار گیرد، چون احتمال دارد هدف مشتری از اختیار، غیر از استرداد ثمن باشد. مثلاً هدف او از اعمال اختیار، دفع کردن ضمان درک مبیع از خود باشد. (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۱۲/۳۰۸)

بی‌فایده بودن اختیار به ثبوت یا عدم ثبوت اختیار ارتباطی ندارد. اطلاق ادله و استصحاب بقای اختیار اقتضا می‌کند که اختیار برای ذوالخیر ثابت و باقی بماند. (نجفی، ۱۴۰۴: ۳۷/۳۲۳) در مورد جایی هم که اختیار مختص بایع باشد می‌توان با تمسک به استصحاب و اصالة البقاء حکم به عدم سقوط اختیار بایع نمود. اگر بایع یا ذوالخیر فسخ نمود حق شفعه باطل می‌گردد و اگر فسخ نمود تا اینکه مدت اختیار به پایان رسید؛ حق شفعه ثابت می‌گردد. (فیض کاشانی، بی‌تا: ۳/۸۰)



### ۳. دیدگاه برگزیده

نسبت به اصل امکان‌پذیری حق شفعه در بیع خیاری، آنچه صواب به نظر می‌رسد، جریان حق شفعه در بیعی است که مشتری ذوالخیار باشد. در این فرض مبیع از ملک بایع خارج گردیده و به مشتری منتقل گردیده است و حق خیار مشتری مانعیتی در این انتقال ندارد. با انتقال مالکیت از بایع به مشتری، سبب اخذ به شفعه که بیع سهم شریک باشد صورت گرفته است، لذا شفیع حق شفعه دارد.

اما نسبت به جایی که بایع یا متبایعین خیار داشته باشند گفته شده که حق شفعه ثابت نیست. در مورد این فرض باید یادآور شد تشکیل حق شفعه همزمان با انتقال مبیع از سوی بایع به مشتری صورت می‌گیرد؛ یعنی وجود حق شفعه از زمان انعقاد عقد می‌باشد نه از زمان انقضای خیار.

قانون مدنی نیز به تبعیت از مشهور فقها در ماده ۳۶۴ تاریخ انتقال مالکیت در بیع خیاری را از حین عقد بیع می‌داند. از سوی دیگر وجود خیار متبایعین در بیع خیاری مانعیتی در امکان اخذ به شفعه ایجاد نمی‌کند. چون سبب تحقق خیار اخذ به شفعه دو چیز مجزا بوده و تزامنی با یکدیگر ندارند.

سبب تحقق اخذ به شفعه انتقال ملکیت شریک به مشتری بوده و سبب تحقق خیار؛ شرط یا غبن یا عیب و... است. مجرای تحقق این دو مزاحمتی با یکدیگر ندارد. علاوه بر اینکه اصل صحت اقتضاء می‌کند اخذ به شفعه در بیع خیاری که بایع یا متبایعین خیار داشته باشند امکان‌پذیر باشد. مؤید بر این مسئله عدم ورود نهی از جانب شارع مبنی بر ممنوعیت است. همچنین عموماً کتاب مثل «اوفوا بالعقود» (مائه: ۱) و سنت مثل روایت «المسلمون عند شروطهم» (کلینی، ۱۴۰۷: ۱۶۹/۵؛ صدوق، ۱۴۱۳: ۲۰۲/۳) اقتضای جریان حق شفعه در بیع خیاری و پایبندی طرفین را به آن دارد.

همان طور که قبلاً بیان شد اطلاق ادله خیار اقتضا می‌کند که ثبوت آن همراه با حق شفعه بلا مانع باشد. دلیلی بر سقوط یکی از این دو وجود ندارد، مگر انصراف ادله شفعه نسبت به زمانی که بایع ذوالخیار باشد، یعنی در زمانی که بایع دارای خیار



است حق شفعه ثابت نمی‌شود؛ البته این انصراف صرف یک احتمال است و اعتباری ندارد. (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۸/۱۶۱)

ممکن است اشکال شود اخذ به شفعه، حق الخیار متبایعین را که حقی مسلم برای ایشان است مورد خدشه قرار می‌دهد، درحالی‌که شفیع از چنین حقی برخوردار نیست. در پاسخ گفته می‌شود:

این مسئله در زمان اعمال خیار و اخذ به شفعه قابل جبران بوده و می‌توان به نحوی این چالش را حل و فصل نمود و آن این است که بعد از ثبوت حق شفعه در بیع خیاری دو صورت فرض دارد:

فرض اول در جایی است که قبل از اعمال شفعه توسط شفیع، ذوالخیار اعمال خیار نماید، که در این صورت با عنایت به اینکه عوضین به صاحبان اصلی خود مسترد شده است، دیگر انتقال ملکیت و بیع سهم شفیع منتفی شده و حق شفعه موجودیت خود را از دست می‌دهد. در این فرض سخن از پایمال شدن حق الخیار متبایعین مطرح نمی‌شود.

فرض دوم در جایی است که شفیع قبل از اعمال خیار اخذ به شفعه نماید. باید نکته مهمی را مورد توجه قرار داد تا مسئله تأمین حقوق متبایعین دچار اشکال نگردد و آن این است که با وجود خیار مانعی در اجرای شفعه نیست. اجرای آن نیز موجب اسقاط حق خیار نمی‌گردد، زیرا ثبوت خیار اسباب خاص خود را دارد مانند شرط کردن عیب کالا، غبن و مسائل دیگر. سقوط خیار به واسطه اخذ به شفعه محل تردید است و استصحاب، اقتضای عدم سقوط آن را دارد.

باید اثر اخذ به شفعه را منوط به تعیین سرنوشت عقد توسط ذوالخیار دانست. اگر ذوالخیار عقد را امضا نمود که حق شفعه اثر خود را خواهد گذاشت. در صورت فسخ عقد نیز اخذ به شفعه فلسفه وجودی خود را از دست خواهد داد. چون سبب ثبوت شفعه انتقال ملکیت است و در اثر اعمال خیار و فسخ عقد از بین می‌رود. وقتی علت چیزی منتفی گردد، معلول آن نیز منتفی می‌گردد.



این نگرش با عنایت به ماده ۸۱۴ و ۸۱۵ قانون مدنی است که قانونگذار امکان اخذ به شفعه در بیع خیار را پذیرفته است، اما ماده ۳۴ قانون ثبت نشان می‌دهد بیع خیار موجب ایجاد حق شفعه نمی‌گردد، چرا که مشتری مملک نیست و صرفاً طلبکار با وثیقه محسوب می‌گردد، لذا ایجاد حق شفعه با چالش و مانع روبه‌روست، در حالی که طبق سؤالی که از فقهای شورای نگهبان راجع به ماده ۳۴ اصلاحی قانون ثبت اسناد و املاک مصوب ۱۳۵۱/۱۰/۱۸ از لحاظ انطباق آن با موازین شرعی شده بود ماده مذکور را به شرح ذیل مغایر با موازین شرعی اعلام کردند:

در بیع به شرط خیار و نحو آن مثل شرط وکالت فروشنده در انتقال مبیع به خود، پس از انقضاء مدت و عدم اخذ، اخذ به خیار و انتفاء موضوع شرط مورد معامله ملک طلق مشتری است. بنابراین ترتیبات مقرر در این ماده در مورد آن مغایر با موازین شرعی است. (نامه شماره ۴۸۹۸ مورخ ۱۹/۰۹/۱۳۶۴)<sup>۱</sup>

اصل ۴ قانون اساسی هم مقرر می‌دارد:

کلیه قوانین و مقررات مدنی، جزایی، مالی، اقتصادی، اداری، فرهنگی، نظامی، سیاسی و غیر این‌ها باید بر اساس موازین اسلامی باشد. این اصل بر اطلاق یا عموم همه اصول قانون اساسی و قوانین و مقررات دیگر حاکم است و تشخیص این امر بر عهده فقهای شورای نگهبان است.

هر چند مقنن در سال ۱۳۸۶ اقدام به اصلاح دوباره ماده ۳۳ و ۳۴ قانون ثبت نمود و متعاقب آن در سال ۱۳۸۷ این‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا را به تصویب رساند، اما فلسفه وجودی مقرر قانون ثبت صرفاً جلوگیری از رباخواری عده‌ای بود که با استفاده از بیع شرط به عنوان حيله‌ای قانونی به دنبال سرپوش گذاشتن بر عمل رباخواری خود بودند.

۱. nazarat.shora-rc.ir/Forms/frmMatn.aspx?id=JFbCupnKEZA=&TN



بنابراین جریان حق شفعه در بیع خیاری با عنایت به دلایلی که ذکر شد هیچ منعی در شرع برایش نیست. اصل جواز ذاتی جریان حق شفعه در بیع خیاری ممکن بوده است و بیع را نمی‌تواند با چالش روبه‌رو کند. با صرف نظر از قانون ثبت هیچ مانعی در جریان حق شفعه در بیع خیاری در قانون و شرع وجود ندارد.

### نتیجه:

قانون مدنی طبق نظر مشهور فقهای امامیه جریان حق شفعه در بیع خیاری را پذیرفته است. فقهای اهل سنت نیز جریان حق شفعه در بیع خیاری را پذیرفته‌اند، اما در چگونگی آن اختلاف دارند، چرا که مشهور امامیه قائل به جریان حق شفعه در بیع خیاری به صورت مطلق (چه خیار مختص یکی از متبایعین و چه خیار مشترک باشد) است، ولی فقهای اهل سنت بین حالتی که خیار مربوط به بایع یا مشتری بوده یا اعمال اخذ به شفعه قبل یا بعد از انقضای خیار باشد تفکیک قائل هستند. با تحلیل و بررسی که صورت گرفت به دست آمد که در بیع خیاری و بیعی که خیار فسخ در آن پیش‌بینی شده است، چون تملیک صورت می‌گیرد، حق شفعه نیز برای شفیع به وجود می‌آید. به این دلیل که دو حق از دو سبب متفاوت ایجاد شده است و تراحمی با هم ندارند. اصل صحت و عمومات کتاب و سنت نیز اقتضای آن را دارد. منتها در صورت اعمال خیار قبل از اخذ به شفعه؛ حق شفعه ساقط می‌شود، زیرا در صورت فسخ عقد، اخذ به شفعه فلسفه وجودی خود را از دست می‌دهد و سبب ثبوت حق شفعه که انتقال ملکیت است، در اثر اعمال خیار و فسخ عقد از بین می‌رود و در صورت اخذ به شفعه قبل از اعمال خیار، منوط به تعیین سرنوشت خیار است؛ به این بیان که اگر ذوالخیار عقد را امضاء نمود حق شفعه اثر خود را خواهد گذاشت.

بنابراین شایسته است قانونگذار ضمن تصریح بر این مهم، در ماده ۸۱۴ قانون مدنی چنین مقرر نماید: «در بیع خیاری، با اعمال خیار قبل از اخذ به شفعه، حق شفعه ساقط می‌گردد و اعمال حق شفعه قبل از خیار منوط به امضای عقد توسط ذوالخیار می‌باشد».

## منابع و مأخذ:

### قران كريم

- ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد ابن مفلح (١٤٢٣)، المبدع شرح المقنع، الرياض: دار عالم الكتب.
- ابن براج، قاضى عبد العزيز (١٤٠٦)، المهذب، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- ابن عابدين، محمد امين بن عمر (١٤٢١)، حاشية رد المختار على الدر المختار شرح توير الابصار فقه ابوحنيفه، بيروت: دار الفكر للطباعة والنشر.
- اردبيلى، احمد بن محمد (١٤٠٣)، مجمع الفائدة و البرهان فى شرح ارشاد الازهان، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به حوزه علميه قم.
- امامى، سيد حسن (بى تا)، حقوق مدنى، تهران: انتشارات اسلاميه.
- بحراني، ال عصفور، يوسف بن احمد بن ابراهيم (١٤٠٥)، الحدائق الناضرة فى احكام العترة الطاهرة، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به حوزه علميه قم.
- البخارى الحنفى، ابو المعالى برهان الدين محمود بن احمد (١٤٢٤)، المحيط البرهانى فى الفقه النعمانى فقه الامام ابى حنيفة، بيروت: دار الكتب العلمية.
- بصرى بحراني، زين الدين، محمد امين (١٤١٣)، كلمة التقوى، قم: سيد جواد وداعى.
- البهوتى، منصور بن يونس (١٤٠٢)، كشاف القناع عن متن الاقناع، بيروت: دار الفكر.
- البهوتى الحنبلى، منصور بن يونس (١٤١٤)، دقائق اولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الارادات، بيروت: عالم الكتب.
- تبريزى، جواد بن على (١٤٢٦)، منهاج الصالحين، قم: مجمع الامام المهدي عليه السلام.
- الجوينى، عبد الملك بن عبدالله (١٤٢٨)، نهاية المطلب فى دراية المذهب، دمشق: دار المنهاج.
- الحدادى العبادى، ابو بكر بن على بن محمد (١٣٢٢ق)، الجوهرة النيرة، [بى جا]: المطبعة الخيرية.



- الحرائی، احمد بن عبد الحلیم (۱۳۹۷ق)، الاختیارات الفقهیه (مطبوع ضمن الفتاوی الکبری المجلد الرابع)، بیروت: دار المعرفه.
- الحرائی، عبد السلام بن عبدالله (۱۴۰۴)، المحرر فی الفقه علی مذهب الامام احمد بن حنبل، الرياض: مكتبة المعارف.
- حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین (المحسّی)، بیروت: دار التعارف للمطبوعات.
- حلّی، فخر المحققین، محمّد بن حسن بن یوسف (۱۳۸۷ق)، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلاّت القواعد، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلّی، ابن ادریس، محمد بن منصور (۱۴۱۰)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- الحنفی، زین الدین ابن نجیم (بی تا)، البحر الرائق شرح کنز الدقائق، بیروت: الناشر دار المعرفه.
- الخرشی المالکی، محمد بن عبدالله (بی تا)، شرح مختصر خلیل للخرشی، بیروت: دار الفكر للطباعة.
- الخطیب الشریبّی، محمد بن احمد (۱۴۱۵)، معنی المحتاج الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- الحنّ، مُصطفی، مُصطفی البُغا و علی الشّریجی (۱۴۱۳)، الفقه المنهجی علی مذهب الامام الشافعی، دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزیع.
- خوانساری، سید احمد بن یوسف (۱۴۰۵)، جامع المدارک فی شرح مختصر النافع، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۰)، منهاج الصالحین، ج ۲۸، قم: نشر مدینه العلم.
- الدسوقی المالکی (بی تا)، حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر، محمد بن احمد، بیروت: دار الفكر.
- الدمشقی، محمد امین بن عمر بن عبد العزیز (۱۴۲۱)، حاشیه رد المختار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار، بیروت: دار الفكر للطباعة والنشر.
- الرومی البارتی، محمد بن محمد بن محمود (بی تا)، العنایه (شرح الهدایه)، بیروت: دار الفكر.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (بی تا)، جامع الاحکام الشرعیه، ج ۹، قم: مؤسسه المنار.

- سیزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳)، **مهذب الاحكام فى بيان الحلال و الحرام**، ج ۴، قم: مؤسسه المنار.
- سیزواری، محمد باقر (۱۴۲۳)، **كفاية الاحكام**، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- السرخسى، شمس الدين ابوبكر (۱۴۲۱)، **المبسوط للسرخسى**، بيروت: دارالفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
- سيستانى، سيدعلى (۱۴۱۷)، **منهاج الصالحين**، ج ۵، قم: دفتر معظم له.
- الشافعى المصرى، عمر بن على (۱۴۲۷)، **التذكرة فى الفقه الشافعى لابن الملتن**، بيروت: دار الكتب العلمية.
- الشافعى، محمد بن ادريس (۱۴۱۰)، **الام**، بيروت: دار المعرفة.
- الشيبانى، ابو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد (۱۴۰۳)، **الحجة على اهل المدينة**، بيروت: عالم الكتب..
- الشيبانى، محمد بن الحسن (بى تا)، **الاصل المعروف بالمبسوط**، كراتشى، اداره القرآن والعلوم الاسلاميه.
- شيخ طوسى، محمد (۱۳۷۸ق)، **المبسوط فى فقه الاماميه**، ج ۳، تهران: المكتبة المرتضويه لاحياء الاثار الجعفرية.
- شيخ طوسى، محمد (۱۴۰۷)، **الخلاف**، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- الشيرازى، ابراهيم بن على (بى تا)، **المهذب فى فقه الامام الشافعى**، بيروت: دار الكتب العلمية.
- صفياى، حسين و هادى شعبانى كندسرى (۱۳۹۷)، **حقوق مدنى (حق شفقه وصيت وارث)**، تهران: شركت سهامى انتشار.
- طاهرى، حبيب الله (۱۴۱۸)، **حقوق مدنى**، ج ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- العاصمى الخبلى النجدى، عبدالرحمن بن محمد (۱۳۹۷ق)، **حاشيه الروض المربع شرح زاد المستقنع**، [بى جا]: [بى نا].
- عاملى، سيد جواد بن محمد حسينى (۱۴۱۹)، **مفتاح الكرامه فى شرح قواعد العلامه (ط-الحديثه)**، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- عاملى، شهيد اول، محمد بن مكى (۱۴۱۰)، **اللمعة الدمشقية فى فقه الاماميه**، بيروت: دار التراث-الدار الاسلاميه.

- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، (المحشى-كلاوتر)، قم: كتابفروشی داوری.
- عاملی، شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳)، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام، قم: مؤسسه المعارف الاسلاميه.
- عاملی کركی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴)، جامع المقاصد في شرح القواعد، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
- العبدري، محمد بن يوسف (۱۳۹۸ق)، التاج والاكلیل لمختصر خليل، بيروت: دار الفكر.
- علامه حلی، حسن بن يوسف (۱۴۱۰)، ارشاد الاذهان الى احكام الايمان، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۴)، تذكرة الفقهاء، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳)، قواعد الاحكام في معرفة الحلال والحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- \_\_\_\_\_ (۱۴۱۳)، مختلف الشيعة في احكام الشريعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- العمرانی الیمنی الشافعی، یحیی بن ابی الخیر (۱۴۲۱)، البیان فی مذهب الامام الشافعی، جده: دار المنهاج.
- عمیدی، سید عمیدالدین بن محمّد اعرج حسینی (۱۴۱۶)، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به حوزه علمیه قم.
- الغیتابی الحنفی، ابو محمد محمود بن احمد (۱۴۲۰)، البنايه شرح الهدایه، بيروت: دار الکتب العلمیه.
- فقعی، علی بن علی بن محمد بن طی (بی تا)، المسائل الفقهيّه-مسائل ابن طی-المسائل المفیده، [بی جا]: [بی نا].
- قاسم زاده، مرتضی (۱۳۹۱)، حقوق مدنی (حق شفعه وصیت و ارث)، تهران: انتشارات دادگستر.
- قدری باشا، محمد (۱۳۰۸)، مرشد الحیران الى معرفه احوال الانسان، [بی جا]: [بی نا].
- القرطبی، محمد بن احمد (۱۴۲۵)، بدايه المجتهد ونهايه المقتصد، القاهرة: دار الحديث.





- قمی، صدوق، محمد بن علی بن بابویه (۱۴۱۳)، من لا یحضره الفقیه، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ایقاع، تهران: یلدا.
- کاشانی، فیض، محمد محسن ابن شاه مرتضی (بی تا)، مفاتیح الشرائع، قم: انتشارات کتابخانه آیت الله مرعشی نجفی.
- کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷)، الکافی، تهران: دار الکتب الاسلامیه.
- الکاسانی الحنفی، علاء الدین ابو بکر بن مسعود (۱۴۰۶)، بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- الکردی المالکی، عثمان بن عمر (۱۴۲۱)، جامع الامهات، [بی جا]: الیمامه للطباعه والنشر والتوزیع.
- المالکی الشهیر بالقرفی، احمد ابن ادريس (۱۹۹۴)، الذخیره، احمد بن ادريس، بیروت: دار الغرب الاسلامی.
- الماوردی، علی بن محمد (۱۴۱۹)، الحاوی الکبیر فی فقه مذهب الامام الشافعی وهو شرح مختصر المزنی، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- محقق حلّی، نجم الدین (۱۴۰۸)، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۴)، ایقاع اخذ به شفعه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- المرداوی الدمشقی، علی بن سلیمان (۱۴۱۹)، الانصاف فی معرفة الراجح من الخلاف علی مذهب الامام احمد بن حنبل، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- المصری، زین الدین بن ابراهیم (ابن نجیم) و الطوری الحنفی القادری، محمد بن حسین (بی تا)، البحر الرائق شرح کنز الدقائق و تکمله البحر الرائق و منحه الخالق لابن عابدین، بیروت: دار الکتب الاسلامی.
- المقدسی، عبدالرحمن (بی تا)، الشرح الکبیر علی متن المقنع، بیروت: دار الکتب العربی للنشر والتوزیع.
- المقدسی، عبدالله بن احمد (۱۴۱۴)، الکافی فی فقه الامام احمد، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- الموصلی الحنفی، عبدالله بن محمود بن مودود (۱۴۲۶)، الاختیار لتعلیل المختار، بیروت: دار الکتب العلمیه.

- نجفی، محمد حسن (۱۴۰۴)، جواهر الكلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- النمری القرطبی، یوسف بن عبدالله (۲۰۰۰م)، الاستذکار الجامع لمذاهب فقهاء الامصار، بیروت: دار الکتب العلمیه.
- النمری القرطبی، یوسف بن عبدالله (۱۴۰۰)، الکافی فی فقه اهل المدینة المالکی، الرياض: مكتبة الرياض الحديثه.
- النووی، یحیی بن شرف (بی تا)، المجموع شرح المهذب مع تکملة السبکی والمطیعی، بیروت: دار الفکر.
- النووی، یحیی بن شرف (۱۴۱۲)، روضة الطالبین و عمدة المفتین، بیروت/ دمشق/ عمان: المكتب الاسلامی.
- الهیتمی، احمد بن محمد (۱۳۵۷ق)، تحفة المحتاج فی شرح المنهاج، مصر، المكتبة التجاریه الکبری.
- سامانه جامع نظرات شورای نگهبان: <http://nazarat.shora-rc.ir>

