



Client's Legal Status for Assumed Lack of the Expediency of the Incapacitated (Mahjūr) to Exercise or Disregard the Right of Pre-emption

Zohre Hajian Forushani¹  | Mohammad Reza Hamidi² 

1. Corresponding Author, Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology & Islamic Studies, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran. Email: z.hajian@scu.ac.ir

2. Assistant Professor, Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Faculty of Theology & Islamic Studies, Shahid Chamran University of Ahvaz, Ahvaz, Iran. Email: m.hamidi@scu.ac.ir

Abstract

Pre-emption is a right based on which, whenever a partner sells his share, the other partner can acquire that share by paying the price to the buyer. Whenever the right owner is mahjūr (incapacitated), it will be the guardian's responsibility to exercise or disregard it, according to the presence or absence of expediency. Given that exercising or disregarding the right can actually be in the presence or absence of expediency or ignorance about it, and considering the possibility of the consent or non-consent of the mahjūr (after removing the incapacitation) with respect to the action of the guardian, several situations can be imagined in this field. The silence of the civil law in these cases and the need to refer to valid fatwas show the necessity of research on this issue. At the same time, most of the fatwas have been issued only with regard to the mahjūr right, and their implementation will also cause significant problems. In this article, while preserving the mahjūr right and emphasizing the client's rights and the need to observe the principle of the necessity of transactions, the said fatwas have been critiqued and based on the separation of responsibility of "guardian against the mahjūr" and "the client against the mahjūr", it was concluded that the guardian's decision in exercising or disregarding the pre-emption is binding. However, in case of non-observance of the expediency of the mahjūr, the guardian is the guarantor of damages caused to the mahjūr due to non-observance of expediency.

Keywords: pre-emption, client's rights, mahjūr (incapacitated), the expediency of the mahjūr, guardian.

Print ISSN: 2008-8744
online ISSN: 2228-7612

Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law

University of Tehran
Faculty of Theology
and Islamic Studies



Cite this article: Hajian Forushani, Z., & Hamidi, M. R. (2024). Client's Legal Status for Assumed Lack of the Expediency of the Incapacitated (Mahjūr) to Exercise or Disregard the Right of Pre-emption. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 56 (2), 281-300. (in Persian)

Publisher: University of Tehran Press.

© The Author(s).

DOI:<https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.365606.669600>



Article Type: Research Paper

Received: 20-Sep-2023

Received in revised form: 16-Dec-2023

Accepted: 25-Dec-2023

Published online: 30-May-2024

وضعیت حقوقی مشتری در فرض عدم مصلحت محجور در اعمال یا ترک حق شفعه

زهرة حاجیان فروشانی^۱ | محمدرضا حمیدی^۲

۱. نویسنده مسئول، استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران. رایانامه: z.hajian@scu.ac.ir
۲. استادیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران اهواز، اهواز، ایران. رایانامه: m.hamidi@scu.ac.ir

چکیده

حق شفعه، حقی است که بر مبنای آن هر گاه شریک سهم خود را بفروشد، شریک دیگر می‌تواند با پرداخت ثمن به خریدار، آن سهم را تملک نماید. هر گاه صاحب این حق محجور باشد، اعمال یا صرف نظر کردن از آن، با توجه به وجود یا عدم وجود مصلحت، بر عهده‌ی ولی خواهد بود. با توجه به اینکه اعمال یا صرف نظر کردن از حق عملاً می‌تواند در حالت وجود یا عدم وجود مصلحت یا جهل به آن باشد و نیز با در نظر گرفتن امکان رضایت یا عدم رضایت محجور (پس از رفع حجر) نسبت به عمل ولی، حالات متعددی در این زمینه قابل تصور است؛ سکوت قانون مدنی در این موارد و لزوم مراجعه به فتاوی معتبر، ضرورت پژوهش در این مسئله را نشان می‌دهد. گفتنی است غالب فتاوی، صرفاً با توجه به حق محجور صادر شده‌اند و اجرای آنها نیز عملاً مشکلات مهمی را به دنبال خواهد داشت. در این نوشتار ضمن محفوظ دانستن حق محجور و تأکید بر حقوق مشتری و لزوم رعایت اصل لزوم معاملات، فتاوی یاد شده مورد نقادی قرار گرفته و بر مبنای تفکیک مسئولیت «ولی» در برابر محجور» و «مشتری در برابر محجور»، این نتیجه حاصل شده که تصمیم ولی در اعمال یا ترک حق شفعه محجور نافذ است. منتهی در صورت عدم رعایت مصلحت محجور، ولی ضامن خسارت‌هایی است که بخاطر عدم رعایت مصلحت بر محجور وارد شده است.

کلیدواژه‌ها: حق شفعه، حقوق مشتری، محجور، مصلحت محجور، ولی.

استناد: حاجیان فروشانی، زهره، و حمیدی، محمدرضا (۱۴۰۲). وضعیت حقوقی مشتری در فرض عدم مصلحت محجور در اعمال یا ترک حق شفعه. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۶ (۲)، ۲۸۱-۳۰۰.

نوع مقاله: علمی-پژوهشی

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

دریافت: ۱۴۰۲/۰۶/۲۹

© نویسندگان

بازنگری: ۱۴۰۲/۰۹/۲۵ DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2023.365606.669600>

پذیرش: ۱۴۰۲/۱۰/۰۴

انتشار: ۱۴۰۳/۰۳/۱۰



مقدمه

حق شفعه یکی از حقوقی است که برای حفظ منافع شریک تشریح شده است. بر مبنای این حق اگر دو نفر در ملکی شریک باشند و یکی از آنها سهم خود را به شخص ثالثی بفروشد شریک دیگر حق دارد ثمن معامله را به مشتری بدهد و سهم فروخته شده را تملک کند. اگر یکی از شرکا محجور باشد و شریک او سهم خود را بفروشد، برای محجور (صغیر، مجنون، سفیه) حق شفعه ایجاد می‌شود. به عبارت دیگر اهلیت شفیع شرط دارا شدن حق شفعه نیست. زیرا حق مزبور در اثر بیع سهم مشاع و برای رفع ضرر از شریک ایجاد می‌شود. ظاهراً در ثبوت شفعه برای محجور اختلاف نظری بین فقها وجود ندارد. (علامه حلی، ۱۴۱۴ق: ج ۲۳۲: ۱۲؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف: ج ۴۴۳: ۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۰) فقها برای حق شفعه محجور به عموم ادله‌ای که بر ثبوت حق شفعه برای شریک دلالت دارد، استناد می‌کنند. (بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲: ۳۱۳؛ مصطفوی، ۱۴۲۳ق: ۱۷۵) علاوه بر این ادله روایتی از امام صادق (ع) نقل شده که به طور خاص بر حق شفعه برای صغیر دلالت می‌کند. امام صادق (ع) می‌فرماید: «برای یهودی و نصرانی شفعه نیست و شفعه برای شریکی است که مالش را تقسیم نکرده، سپس فرمودند امیرالمؤمنین (ع) می‌فرماید: وصی یتیم، به منزله پدر اوست. برای او أخذ به شفعه می‌کند؛ البته در صورتی که در شفعه مصلحتی وجود داشته باشد.»^۱ (کلینی، ۱۴۰۷ق: ج ۵: ۲۸۱؛ شیخ صدوق، ۱۴۱۳ق: ج ۳: ۷۹؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق ب: ج ۷: ۱۶۶؛ حرعاملی، ۱۴۰۹ق: ج ۲۵: ۴۰۱؛ فیض کاشانی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۸: ۷۶۸؛ علامه مجلسی، ۱۴۱۰ق: ج ۱۰۱: ۲۵۷؛ همو، ۱۴۰۴ق: ج ۱۹: ۲۷۳) این روایت به طور خاص بر ثبوت حق شفعه برای صغیر دلالت می‌کند. زیرا، ابتدا باید حق شفعه‌ای باشد تا وصی بتواند آن را اعمال کند. فقها از این روایت، ثبوت حق شفعه برای مجنون و سفیه را هم استنباط کرده‌اند. زیرا درست است که روایت به صغیر اختصاص دارد، اما از آن جهت که صغیر و مجنون و سفیه در غالب احکام مشترکند، هیچ یک از فقها بین صغیر و مجنون و سفیه قائل به تفصیل نشده‌اند. (حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۱۲ق: ج ۱۸: ۳۵۸) اگر کسی این استدلال را نپذیرد، عموم ادله شفعه برای اثبات حق شفعه، برای مجنون و سفیه کافی است.

بنابراین با توجه به ادله، دارا شدن حق شفعه، اهلیت تمتع است که با اهلیت استیفاء تفاوت دارد. اما در اعمال حق مزبور، که یک تصرف مالی است، شفیع باید دارای اهلیت استیفاء باشد. پس در صورتی که شفیع به جهتی از جهات (صغر، جنون، سفیه) محجور باشد، ولی او أخذ به شفعه می‌نماید. البته به شرطی که أخذ به شفعه برای محجور مصلحت داشته باشد. (علامه مجلسی، ۱۴۰۴ق: ج ۱۹: ۲۷۳) حال اگر ولی، مصلحت مولی علیه را رعایت نکرد و علیرغم عدم مصلحت، حق شفعه را

۱. عَلِيُّ بْنُ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنِ النَّوْفَلِيِّ عَنِ السَّكُونِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ع قَالَ: لَيْسَ لِلْيَهُودِيِّ وَالتَّضْرَائِيِّ شَفْعَةٌ وَقَالَ لَا شَفْعَةَ إِلَّا لِشَرِيكِكَ غَيْرِ مَقَاسِمٍ وَقَالَ قَالَ أَمِيرُ الْمُؤْمِنِينَ ع وَصِيُّ الْيَتِيمِ بِمَثَلِ أَبِيهِ يَأْخُذُ لَهُ الشَّفْعَةَ إِنْ كَانَ لَهُ رَغْبَةٌ فِيهِ وَقَالَ لِلْغَائِبِ شَفْعَةٌ.

اعمال کرد تکلیف چیست؟ اگر با وجود مصلحت، ولی أخذ به شفعه را ترک کند حکم مسئله چگونه است؟ آیا در این فرض مولی علیه پس از رفع حجر حق اعمال شفعه را دارد؟ در صورتی که ولی أخذ به شفعه را ترک کرده اما وجود یا عدم وجود مصلحت مجهول باشد، آیا محجور بعد از کمال، حق شفعه دارد؟ در صورتی که ترک شفعه توسط ولی با رعایت مصلحت مولی علیه بوده، آیا مولی علیه پس از کمال، حق اعتراض دارد؟ از آنجا که قانون مدنی در مورد این مسائل ساکت است، حکم آن باید از طریق مراجعه به کتب معتبر فقهی تعیین شود. در کتب فقهی اختلاف نظر و اشکالاتی در حکم این مسائل وجود دارد. لذا با توجه به اهمیت این موضوع و اشکالاتی که در این مسائل وجود دارد و نبود تصریح قانونی در این زمینه، لزوم بحث و بررسی ابعاد این موضوع روشن می‌شود. بنابراین در مقاله حاضر این مسائل مورد بررسی قرار گرفته و سعی شده با نقد و بررسی اقوال فقها به شیوه توصیفی تحلیلی، راه حل مناسبی برای این موضوع ارائه شود.

۱. عدم اعمال حق شفعه توسط ولی

مسئله مهمی که در اینجا مطرح می‌شود این است که در صورتی که ولی أخذ به شفعه نکند، آیا حق شفعه محجور باطل می‌شود، یا پس از رفع حجر، حق أخذ به شفعه دارد؟ در این مسئله چند حالت قابل تصور است: یکی اینکه با وجود مصلحت در أخذ، ولی حق شفعه را اعمال نکرده است؛ دیگری اینکه ولی شفعه را اعمال نکرده است، چون در أخذ به شفعه مصلحتی برای مولی علیه وجود نداشته است؛ و حالت سوم جهل به وجود یا عدم وجود مصلحت است. در ادامه این مسائل مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱-۱. عدم اعمال حق شفعه در صورت وجود مصلحت در أخذ

فقیهان بر این باورند در صورتی که ولی با وجود مصلحت حق شفعه را اعمال نکند، حق شفعه محجور ساقط نمی‌شود، بلکه در صورت حصول کمال برای محجور، حق شفعه او باقی است. (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۲: ۲۸۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳: ۲۰۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۲: ۲۴۴؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۶: ۳۶۷؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۱؛ حسینی عاملی، بی تا: ۳۳۶؛ امام خمینی، ۱۴۲۵ق: ج ۲: ۴۶۱؛ عراقی، ۱۴۱۴ق: ج ۵: ۳۹۱؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق: ج ۲: ۹۹؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۹: ۲۵؛ فخرالمحققین، ۱۳۸۷ق: ج ۲: ۲۰۳) در این مسئله ادعای اجماع شده است. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۱؛ حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۶؛ ابن زهره حلبی، ۱۴۱۷ق: ۲۳۷) فقها برای اثبات این نظر، به اطلاق ادله استناد می‌کنند. یعنی نصوصی که حق شفعه را برای محجور ثابت می‌کند اطلاق دارند و این مورد را هم شامل می‌شود و دلیلی برای سقوط حق محجور در صورت اهمال و تقصیر ولی، وجود ندارد. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۱)

اشکالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که حق مولی علیه با تأخیر ولی در اعمال شفعه از بین می‌رود؛ زیرا حق شفعه فوری است. سپس شک می‌کنیم آیا پس از رفع حجر، حق جدیدی برای مولی علیه ایجاد می‌شود؟ اصل بر عدم حدوث حق جدید پس از رفع حجر است. اما این اشکال وارد نیست؛ زیرا تأخیر در اینجا به دلیل وجود عذر یعنی حجر است و مسلم است که چنین تأخیری حق شفعه مولی علیه را از بین نمی‌برد. (شهیدثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۲: ۲۸۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳: ۲۰۱؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۲: ۳۱۴؛ علامه مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۱: ۲۸۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۱) بنابراین حقی که محجور پس از کمال دارد، حق متجددی نیست که بعد از کمال ایجاد شده باشد؛ بلکه همان حق شفعه‌ای است که در زمان حجر یعنی زمان انعقاد قرارداد ایجاد شده و تا بعد از کمال استمرار پیدا می‌کند و آن چیزی که متجدد است، اهلیت أخذ است که با رسیدن محجور به کمال حاصل می‌شود نه اصل حق.

(شهیدثانی، ۱۴۱۳ق: ۲۸۶/۱۲؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ج ۶: ۳۳۶؛ ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق: ج ۵: ۵۰۷؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۱) بنابراین اصل وجود حق شفعه برای صغیر یقینی است؛ حال پس از رفع حجر، شک می‌شود آیا فعل ولی در عدم اعمال شفعه، حق مولی علیه را ساقط می‌کند؟ در اینجا حق شفعه پس از رفع حجر استصحاب می‌شود.

در فرض مسئله حتی اگر ولی حق شفعه را عفو کند، این عفو اثری ندارد و حق باقی است. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۱) زیرا با دلیل ثابت شده که محجور حق شفعه دارد و عفو ولی در صورت عدم رعایت مصلحت محجور باطل بوده و اثر حقوقی ندارد.

۱-۱-۱. ایرادات وارد بر بقاء حق شفعه محجور

همانطور که ملاحظه می‌شود در این فرض تنها رعایت مصلحت محجور مورد توجه قرار گرفته و به سود و زیان مشتری هیچ توجهی نشده است. این دیدگاه دارای ایرادات مهمی است که در ادامه تبیین خواهد شد.

۱-۱-۱-۱. عدم اطلاق ادله

مهمترین دلیلی که برای اثبات حق شفعه مولی علیه بعد از کمال مورد استناد قرار گرفته، اطلاق ادله ثبوت شفعه برای محجور و عدم وجود دلیل برای اسقاط آن است.

آنچه حائز اهمیت است این است که چه بسا تا رفع حجر محجور مدتی طولانی مثلاً یک یا حتی دو دهه زمان بگذرد. حال آیا ادله ثبوت شفعه از چنان اطلاقی برخوردار است که بتواند شفعه را برای یک یا حتی دو دهه برای محجور ثابت بداند؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت روایاتی که مورد استناد فقها قرار گرفته دو دسته‌اند: یک روایت که به طور خاص بر ثبوت حق شفعه برای صغیر وارد شده است.

این روایت تنها بر اصل ثبوت شفعه برای صغیر دلالت دارد، اما نمی‌توان از آن چنین اطلاقی برداشت کرد. به خصوص اینکه در این روایت حق شفعه برای صغیر ثابت دانسته شده است، منتهی اجرای آن به شرط رعایت مصلحت، به وصی واگذار شده است، اما اینکه در صورت عدم رعایت مصلحت توسط وصی یا ولی تکلیف چیست، این روایت هیچ دلالتی بر آن ندارد؛ چون از این جهت در مقام بیان نیست. به عبارت دیگر یکی از شرایط مهم در استناد به اطلاق دلیل، تمام بودن مقدمات حکمت است و مهمترین شرط مقدمات حکمت، در مقام بیان بودن گوینده است. اما در این روایت امام (ع) فقط در مقام بیان اصل ثبوت شفعه برای محجور است. یعنی ثبوت شفعه نیاز به اهلیت تصرف ندارد. اما اینکه شرایطش چیست؟ آثار و احکامش چیست؟ و باید از ادله دیگر استخراج شود. ادله دیگری که بر ثبوت شفعه برای محجور دلالت دارد، روایاتی هستند که به طور عام در مورد ثبوت شفعه برای شریک وارد شده‌اند و محجور هم بخاطر صدق عنوان شریک در مدلول این روایات وارد می‌شود. این روایات نیز تنها بر اصل تشریح شفعه برای محجور دلالت دارند.

۱-۱-۲. تعارض ضرر مشتری با بقاء حق شفعه محجور

به فرض که اطلاق این روایات پذیرفته شود، اطلاق تا جایی اعتبار دارد که دلیل دیگری آن را تنقید نزنند. در فرض مسئله، حکم به ثبوت شفعه برای محجور تا بعد از کمال با مصلحت مشتری در تضاد بوده و به ضرر مشتری است. مثلاً چه بسا مشتری با توافق ولی اقدام به افراز ملک مزبور نموده و در آن تصرفی کرده باشد؛ مثل اینکه ساختمانی احداث کرده باشد، در اینجا فقیهان معتقدند از آنجا که مصلحت محجور رعایت نشده است، همچنان حق شفعه مولی علیه باقی است و مشتری هم می‌تواند پس از اِعمال شفعه، ساختمان را قلع کند. در این فرض، برخی حق اُرش را برای مشتری ثابت می‌دانند، اما بسیاری از فقها حتی مشتری را مستحق جبران خسارت هم نمی‌دانند. (نک: حاجیان فروشانی، ۱۴۰۱ش: ۲۶۸-۲۷۴) حال چطور می‌توان ضرر به این بزرگی را بر مشتری مترتب دانست؟ آیا صحیح است که در معامله فقط مصلحت یک طرف لحاظ شود و مصلحت طرف دیگر به طور کلی نادیده گرفته شود؟ آیا صحیح است که همه بار مسئولیت بر عهده مشتری گذاشته شود و ولی را به طور کلی بری‌الذمه باشد؟ چنانکه برخی فقها اذعان داشته‌اند؛ (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ج ۴: ۵۶۱) درحالی‌که مسئول اصلی تضرر محجور، ولی اوست. به همین دلیل است که یکی از فقهای معاصر ثبوت حق شفعه را در این فرض بدون دلیل می‌داند و به دلیل قاعده لاضرر و اینکه اگر تفریطی هم بوده از جانب ولی بوده و از جهت مشتری تفریطی صورت نگرفته، بقاء حق شفعه بعد از کمال مولی علیه را رد می‌کند. (شوشتری، ۱۴۰۶ق: ج ۸: ۱۸۲) به عبارت دیگر اشکال اصلی که در باقی بودن حق شفعه برای مولی علیه تا بعد از کمال مطرح می‌شود این است که این امر سبب ضرر مشتری می‌شود. بنابراین ضرر مشتری و ضرر محجور تعارض می‌کند و مقتضی تعارض دو ضرر، رجوع

به حکم اصل مربوطه بوده که در اینجا اصل لزوم معاملات، مقتضیلزوم معامله و عدم وجود حق شفعه، است. (حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۷؛ طباطبایی حائری، بی تا: ج ۲: ۳۱۳)

البته تنها عده محدودی از فقها به ضرر مشتری در این فرض توجه داشته‌اند که از میان آنها تنها یک فقیه به عدم بقاء شفعه فتوا داده‌است. (شوشتری، ۱۴۰۶ ق: ج ۸: ۱۸۲) اما سایرین در استناد به لاضرر برای مشتری اشکال کرده‌اند. (طباطبایی حائری، بی تا: ج ۲: ۳۱۳) آنچه در بررسی مسائل حق شفعه مجبور جلب توجه می‌کند این است که اکثر فقها در بررسی این مسائل به ضرر مشتری توجه نداشته‌اند؛ درحالی‌که در بررسی سایر مسائل و احکام شفعه، قاعده لاضرر و عدم ورود ضرر به مشتری را لحاظ نموده‌اند. مثلاً در بحث فوریت شفعه و دادن مهلت به کسی که ثمنش در شهر دیگری است و برای حاضر کردن ثمن مهلت می‌خواهد با اینکه روایت دال بر دادن مهلت به اندازه رفت و برگشت شفیع اطلاق دارد؛ اما فقها دادن مهلت به عدم ضرر مشتری را، به دلیل طولانی بودن مسافت، مقید کرده‌اند. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ ق: ج ۶: ۳۶۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ ق: ج ۳: ۲۰۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ ق: ج ۴: ۵۶۰؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ ق: ج ۱۲: ۲۸۵؛ سیوری حلی، ۱۴۰۴ ق: ج ۴: ۸۷) برخی فقها این نظر را به همه فقها نسبت داده‌اند. (طباطبایی حائری، بی تا: ج ۲: ۳۱۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق: ج ۳۷: ۲۸۳) با این استدلال که باید بین ادله شفعه و ادله نفی ضرر جمع شود و همچنین شفعه بر مبنای نفی ضرر تشریح شده‌است و در نتیجه نباید از جهت دیگری موجب ضرر شود. (طباطبایی حائری، بی تا: ج ۲: ۳۱۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق: ج ۲۸۳: ۳۷) اما عجیب است که در این مورد، بدون توجه به قاعده لاضرر، به بقاء حق شفعه مجبور فتوا داده‌اند. شاید دلیل حکم فقها در اینجا حمایت از مجبور به دلیل عدم توانایی او در اداره اموالش باشد. اما در ادامه توضیح داده خواهد شد که برای حمایت از مجبور راه‌های دیگری هم وجود دارد که جمع بین حقیقین محقق شود.

۱-۱-۳. بررسی اشکالات استناد به قاعده لاضرر

در استناد به لاضرر اشکال شده که اولاً: این امر اجتهاد در برابر نص و فتوا است؛ (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ ق: ج ۳۷: ۲۹۱) ثانیاً: خود مشتری با خرید سهم شریک یتیم سبب اذخار ضرر بر خود شده‌است. (همانجا؛ حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۷) مقصود این است که مشتری اطلاع دارد که فروشنده با شخص مجبوری شریک است و این احتمال را می‌دهد که مجبور بعد از بلوغ حق شفعه را اعمال کند و با وجود این احتمال، معامله را انجام می‌دهد. پس مشتری خودش بر علیه خودش اقدام کرده‌است و در نتیجه کسی در برابر او مسئول نیست؛ ثالثاً: فقها در مورد شفیع غائب هم همین نظر را دارند؛ یعنی غائب پس از بازگشت، حق شفعه دارد. هرچند زمان طولانی گذشته باشد. (حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۷) در پاسخ به اشکال اول باید گفت، استناد به لاضرر اجتهاد در برابر نص نیست. زیرا نصوص بر اصل تشریح حق شفعه برای مجبور دلالت دارد؛ اما اینکه این حق تا چه زمانی باقی است و آیا ترک ولی با وجود مصلحت در أخذ، حق مولی علیه را ساقط می‌کند یا خیر؟ این امر با نصوص

شفعه ثابت نمی‌شود، بلکه به ادله دیگری نیاز دارد. در این مورد دلیل نفی ضرر بر ادله شفعه حاکم می‌شود و آن را به موارد غیرضرری اختصاص می‌دهد. (خوانساری، ۱۴۰۵ق: ج ۶: ۳۲۴) اجتهاد در برابر فتوا هم که ایرادی ندارد؛ زیرا فتوای هیچ فقیه‌ای برای فقیه دیگر حجت نیست. در این مورد حتی اگر همه فقها هم اتفاق نظر داشته باشند، به دلیل وجود نصوصی که نه تنها احتمال استناد فقها به آن نصوص وجود دارد بلکه صراحتاً مورد استناد برخی فقها واقع شده، اجماع مدرکی بوده و قابل استناد نیست.

اما دلیل دوم؛ یعنی اقدام مشتری به ضرر خویش، نیز قابل پذیرش نیست؛ زیرا این دلیل مستلزم دور باطل است. یعنی اینکه مشتری علیه خود اقدام کرده باشد، متفرع بر ثبوت حق شفعه برای مولی علیه بعد از کمال است. یعنی اگر مولی علیه بعد از رفع حجر حق شفعه داشته باشد، مشتری علیه خود اقدام کرده است. بنابراین نمی‌توان برای اثبات حق شفعه مولی علیه بعد از کمال، به اقدام علیه خود استناد کرد. به علاوه مشتری با تصور اینکه محجور ولی دارد که می‌تواند از جانب او تصمیم بگیرد و تصمیمات او در اموال و حقوق محجور از اعتبار قانونی برخوردار است، وارد معامله شده لذا از این جهت هم اقدام بر ضرر خود صدق نمی‌کند.

به علاوه چنین قوانینی با چنین استدلالی، در نهایت به ضرر محجور تمام می‌شود. یعنی اگر مصلحت محجور در فروش بخشی از اموال او باشد، کسی به راحتی حاضر به شریک شدن با محجور نیست؛ زیرا اگر در آینده شریک محجور قصد فروش سهم خود را داشته باشد، کسی به راحتی حاضر به خرید سهم او نمی‌شود؛ زیرا احتمال ضرر وجود دارد و قانونی برای حمایت از او وجود ندارد.

دلیل سوم، بر عدم توجه به ضرر مشتری قیاس محجور با غائب است؛ یعنی فقها همین حق را در مورد غائب هم مطرح کرده‌اند؛ اگرچه زمان زیادی طول بکشد. (حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۷) این هم دلیل قابل قبولی نیست؛ زیرا سخن فقها در مورد حق شفعه غائب، در جایی که غیبت طولانی شود، نیز با همین اشکالات مواجه است؛ چنانکه برخی فقها اشاره نموده‌اند. (طباطبایی حائری، ۱۴۰۹ق: ج ۳: ۱۴۳)

۱-۱-۱-۴. عدم سازگاری بقاء حق شفعه با قواعد پذیرفته شده در باب معاملات

علاوه بر قاعده لاضرر، مترتب کردن مسئولیت عدم رعایت مصلحت محجور بر مشتری، با قواعد پذیرفته شده در باب معاملات ناسازگار است. در اینجا اصل بر این است که ولی مصلحت مولی علیه را رعایت کرده است، لذا خلاف آن نیاز به اثبات دارد. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۲) حال اگر مشتری بنا را بر این اصل بگذارد، بر اساس چه قاعده‌ای مسئولیت عدم رعایت مصلحت محجور را متحمل شود؟ توضیح مطلب اینکه از احکام و مسائل باب معاملات یک قاعده کلی قابل استخراج است. قاعده این است که هر کس بنا را بر اصل عرفی و عقلایی بگذارد و معامله‌ای انجام دهد چنانچه معلوم شود خلاف اصل محقق شده، قانون از او حمایت می‌کند بسیاری از خیاراتی که مبنای فسخ

معامله قرار می‌گیرد، بر همین اساس استوار است. مثلاً اصل بر این است که بائع کالای سالم به مشتری تحویل می‌دهد. حال اگر مشتری بنا را بر اصل سلامت گذاشته و کالایی را خریداری کرده و بعد از معامله مشخص شود که کالا معیوب است، قانون از او حمایت کرده و حق فسخ یا ارجش را برای او قرار داده است. در اختیارات دیگری مثل خیار غبن، خیار تدلیس، خیار تخلف وصف و ... نیز همین قاعده جاری است که به نظر می‌رسد یک قاعده کاملاً منطقی و عقلایی است. حال در اینجا فقها بر خلاف این قاعده عمل کرده و تمام بار مسئولیت را بر عهده مشتری گذاشته‌اند. عجیب‌تر اینکه برای ولی هیچ مسئولیتی قائل نیستند. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۲) در واقع در محل بحث دو رابطه وجود دارد: یکی رابطه میان ولی و مولی علیه؛ و دیگری رابطه بین ولی و مشتری. رابطه بین ولی و مولی علیه بر مبنای سنجش و رعایت مصلحت مولی علیه است؛ اما سنجش و رعایت مصلحت مولی علیه هیچ ارتباطی به مشتری ندارد. یعنی مشتری نمی‌تواند جستجو کند که در اعمال یا عدم اعمال حق شفعه، آیا ولی مصلحت مولی علیه را رعایت کرده یا خیر؟ اصلاً عرف عقلا چنین اجازه‌ای به او نمی‌دهد. زیرا او نسبت به مولی علیه بیگانه محسوب می‌شود. بنابراین مصلحت ر در ارتباط با رابطه بین ولی و مشتری، در اعمال یا عدم اعمال حق شفعه، موضوعیت ندارد. بلکه بر اساس عرف، شرع و قانون، ولی هر تصمیمی بگیرد، فرض بر رعایت مصلحت مولی علیه بوده و مشتری موظف است از آن تبعیت کند. حال چگونه در مورد مسئله‌ای که نه تنها هیچ ارتباطی با مشتری ندارد، بلکه او حتی حق دخالت و اظهار نظر و تجسس در آن را ندارد، مشتری را مسئول دانسته و تبعات عدم رعایت مصلحت مولی علیه را بر او مترتب کنیم؟! به همین دلیل است که یکی از فقهای معاصر، ثبوت حق شفعه را در این فرض بدون دلیل دانسته و با توجه به قاعده لاضرر و عدم تقریب از جهت مشتری، بقاء حق شفعه بعد از کمال مولی علیه را رد می‌کند. (شوشتری، ۱۴۰۶ق: ج ۸: ۱۸۲)

۱-۲. سقوط حق شفعه و ضمان ولی

از مطالب فوق مشخص شد که بقاء حق شفعه محجور، با ایرادات اساسی مواجه است؛ لذا نمی‌توان این دیدگاه را پذیرفت. ممکن است کسی بگوید در اینجا مصلحت محجور و حمایت از او مطرح است، لذا در جایی که مصلحت او رعایت نشده امکان ابطال عمل حقوقی وجود دارد. در پاسخ می‌گوییم حمایت از محجور حرف صحیحی است و جعل ولایت هم از همین مقوله است؛ اما بحث در این است که آیا تنها راه حمایت از محجور قرار دادن بار مسئولیت بر عهده مشتری است؟ مسلماً جواب منفی است. در اینجا طبق اصول و قواعد حقوقی بار مسئولیت باید بر کسی مترتب شود که مرتکب تقصیر شده است. لذا در اینجا ولی باید در مقابل خسارتی که به محجور وارد شده ضامن باشد.

به عبارت دیگر تأخیر در أخذ به شفعه به دلیل ورود ضرر به مشتری موجب سقوط حق شفعه می‌شود. لذا اگر به شفعه توسط ولی اعمال نشود حق مذکور ساقط می‌شود و اگر در اثر سقوط این حق خسارتی متوجه مولی علیه شود، ولی که سبب ورود خسارت است در مقابل جبران خسارت

مولی علیه ضامن است. برخی فقها چنین دیدگاهی را اقوی و مطابق اصول و قواعد حقوقی دانسته‌اند؛ منتهی به دلیل وجود اجماع فقها، به آن فتوا نداده‌اند. (طباطبایی حائری، بی تا: ج ۳۱۳:۲؛ امامی، بی تا: ج ۲۲:۳) صاحب ریاض در این رابطه می‌گوید: «چه بسا حکم به ثبوت شفعه برای مولی علیه و غائب در صورتی که غیبت و انتظار برای رفع حجر طولانی شود، درجایی که ولی أخذ به شفعه نکند، مشکل باشد؛ زیرا موجب ضرر به مشتری می‌شود. اگر اشکال شود که عدم ثبوت شفعه نیز سبب ضرر غائب و محجور می‌شود. در پاسخ می‌گوییم در جایی که دو ضرر با هم تعارض می‌کنند مقتضای قاعده رجوع به حکم اصل است و اصل در اینجا عدم شفعه است. منتهی عدم اختلاف نظر فقها در ثبوت شفعه، به صورتی که نزدیک به اجماع است، مانع از اثبات این نظر می‌شود.» (طباطبایی حائری، بی تا: ج ۳۱۳:۲) البته باید توجه داشت که چنین اجماعی مدرکی بوده و قابل استناد نیست. بنابراین استناد به اصل در اینجا متعین می‌شود. به خصوص اینکه شفعه برخلاف اصل بوده و برای دفع ضرر از شریک تشریح شده است. لذا نمی‌توان دامنه آن را آنقدر گسترش داد که باعث ضرر مشتری شود. همچنین با تقسیم مال مشترک می‌توان ضرری را که از جهت شراکت بر مولی علیه مترتب می‌شود، تا حدود زیادی جبران نمود و ولی را ضامن سایر خسارتهایی دانست که از عدم رعایت مصلحت مولی علیه نشأت گرفته است؛ زیرا ولی سبب ورود این خسارت‌ها می‌باشد.

۲-۱. ترک شفعه در صورت وجود مصلحت در ترک

اگر ولی شفعه را به دلیل اعسار محجور ترک کند، بعد از رفع اعسار نه ولی و نه مولی علیه، پس از کمال، حق أخذ ندارند. زیرا با توجه به عجز از پرداخت ثمن حق شفعه ساقط می‌شود. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۲۹۲:۳۷) اما اگر مصلحت در ترک بوده، مثل اینکه مشتری مال را به بیشتر از ثمن المثل خریده باشد یا به ثمن المثل خریده منتهی مولی علیه مالی نداشته و لازم باشد ولی مالی بهتر از متعلق شفعه را بفروشد تا بتواند أخذ به شفعه کند، در این صورت اگر ولی شفعه را ترک یا عفو کند، سپس مصلحت در أخذ بشود، دیگر ولی حق أخذ به شفعه ندارد. (حسینی عاملی، بی تا: ج ۳۳۷:۶) اما در اینکه آیا مولی علیه پس از کمال، حق أخذ به شفعه دارد یا خیر؛ اختلاف نظر وجود دارد. برخی گفته‌اند مولی علیه حق شفعه ندارد. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۳۶۷:۶؛ طباطبایی حائری، بی تا: ج ۳۱۳:۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف: ج ۳۵۹:۵؛ همو، ۱۴۲۰ق: ج ۵۶۲:۴؛ شیخ انصاری، ۱۴۲۱ق: ۱۷۸؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۱۰ق: ج ۹۹:۲؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۶:۵؛ محقق اردبیلی، ۱۴۰۳ق: ج ۲۵:۹) در برخی منابع آمده که بیشتر فقها قائل به این نظر هستند. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۳۶۷:۶؛ طبرسی، ۱۴۴۱ق: ج ۶۳۶:۱؛ صیمری، ۱۴۰۸ق: ج ۱۸۰:۲) در مقابل برخی از فقها بر این باورند که در این حالت محجور پس از کمال، حق شفعه دارد و می‌تواند برای أخذ به شفعه یا ترک آن تصمیم بگیرد؛ (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف: ج ۴۴۴:۳؛ همو، ۱۳۸۷ق: ج ۱۲۳:۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۲۹۲:۳۷؛ حسینی عاملی، بی تا: ج ۳۳۷:۶) زیرا شفعه حق محجور بوده و

امری که بر سقوط آن دلالت کند وجود ندارد. به عبارت دیگر ادله شفعه اطلاق دارد یعنی همه اطلاقاتی که در وجوب شفعه وارد شده این مورد را هم شامل می‌شود و دلیلی بر اسقاط آن در صورت ترک ولی وجود ندارد. (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق الف: ج ۳: ۴۴۴؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۲؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ج ۶: ۳۳۷) البته بعضی از فقها پس از بیان اصل مسئله و ترجیح دیدگاه دوم در نهایت بین صورت ترک و عفو قائل به تفصیل شده‌اند. به این صورت که ترک ولی در صورت رعایت مصلحت مولی‌علیه، حق محجور را ساقط نمی‌کند اما عفو ولی در این فرض حق شفعه محجور را ساقط می‌کند. با این استدلال که او ولی محجور است و با رعایت مصلحت محجور، حق او را عفو کرده‌است، لذا محجور پس از کمال حق اعتراض ندارد. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۳؛ حسینی عاملی، بی‌تا: ج ۶: ۳۳۷) به نظر می‌رسد تفاوت گذاشتن بین ترک و عفو ولی، هیچ وجهی ندارد. اگر عفو معتبر باشد به چه دلیل ترک با رعایت مصلحت محجور معتبر نباشد؟! در حقیقت عفو و ترک، تصرف در جهت عدم اعمال شفعه‌است. تنها تفاوت آنها این است که عفو از مقوله فعل است و ترک شفعه از مقوله ترک فعل. و به نظر می‌رسد در این مسئله بین فعل و ترک فعل تفاوتی وجود ندارد؛ چون حقیقت و اثر هر دو عدم اعمال حق شفعه با رعایت مصلحت محجور است.

۱-۲-۱. عدم بقاء حق شفعه محجور

دیدگاه دوم (ظاهراً شیخ طوسی اولین فقیهی است که آن را مطرح کرده‌است) صحیح به نظر نمی‌رسد. اینکه گفته شده اطلاقاتی که در شفعه وارد شده این مورد را هم شامل می‌شود، سخن صحیحی نیست؛ زیرا همانطور که در مباحث پیشین گفته شد، ادله‌ای که در حق شفعه وارد شده فقط اصل ثبوت حق برای محجور را ثابت می‌کند؛ اما اینکه آیا ولی حق عفو دارد؟ آیا حق ترک شفعه دارد؟ در صورت ترک شفعه توسط ولی تکلیف چیست؟ و ... ادله شفعه، پاسخی برای این سؤالات ندارد. در حقیقت این ادله از چنان اطلاقی برخوردار نیستند که تمام این حالات را شامل شود. بنابراین پاسخ این سؤالات، باید از سایر ادله استخراج شود. ادله دلالت می‌کند که مسئول اداره اموال و حقوق مالی محجور، ولی اوست. در واقع شرع اجازه تصرف در اموال محجور را به ولی داده و او را قائم مقام قانونی محجور دانسته و تشخیص مصلحت و مفسده را نیز بر عهده او گذاشته‌است. بنابراین شرع تصمیم ولی را در حق مولی‌علیه، در صورت رعایت مصلحت، صحیح و نافذ دانسته‌است. در محل بحث فرض بر این است که ترک شفعه توسط ولی به مصلحت مولی‌علیه بوده، لذا عدم اعمال شفعه، تصرف صحیحی بوده که توسط ولی صورت گرفته و باید مانند سایر تصرفات ولی معتبر باشد. به عبارت دیگر همانطور که فعل ولی به نفع مولی‌علیه نافذ است، علیه مولی‌علیه هم با رعایت مصلحت نافذ خواهد بود. (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق: ج ۵: ۵۰۷) یعنی همانطور که اعمال شفعه توسط ولی با رعایت مصلحت، نافذ بوده و مولی‌علیه پس از کمال حق اعتراض ندارد در فرض مسئله هم که ولی با رعایت مصلحت أخذ به شفعه را ترک یا عفو کرده‌است، فعل ولی بر علیه مولی‌علیه نافذ بوده و بعد از کمال هم حق شفعه ندارند؛

چنانکه در سایر تصرفات نیز، همین‌گونه است. (همانجا؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق الف: ج ۵: ۳۵۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۱۸: ۱۴۰)

به علاوه در فرض مسئله، اصلاً حق شفعه‌ای ثابت نبوده که مولی علیه بعد از کمال بخواهد آن را اعمال کند. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ۶: ۳۶۷) توضیح مطلب اینکه أخذ و ترک ولی، منوط به رعایت مصلحت مولی علیه است و در صورت عدم مصلحت، أخذ صحیح نیست و ملک مشتری زائل نمی‌شود. بر این اساس حقی برای محجور در زمان عقد ثابت نبوده؛ لذا بعد از آن هم حق شفعه ثابت نمی‌شود. (صیمری، ۱۴۰۸ق: ج ۲: ۱۸۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳ق: ج ۱۸: ۱۴۰)

اشکال نظر شیخ طوسی و موافقین ایشان، وقتی بیشتر آشکار می‌شود که بدانیم این فقیهان معتقدند در صورتی که مصلحت در ترک شفعه باشد و ولی آن را أخذ کند، أخذ ولی صحیح نیست. (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق: ج ۳: ۱۲۲؛ حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۸؛ کیدری، ۱۴۱۶ق: ۲۹۷) توضیح مطلب اینکه قول به عدم صحت أخذ توسط ولی در صورت وجود مصلحت در ترک، با ثبوت شفعه برای محجور پس از کمال در همین فرض، ناسازگار بوده و مستلزم تناقض است؛ زیرا از یک طرف می‌گوید در صورت مصلحت در ترک اگر ولی أخذ به شفعه کند صحیح نیست؛ از طرف دیگر می‌گوید اگر شفعه را ترک کند باز هم صحیح نیست! چون اگر صحیح بود محجور پس از کمال، نباید حق أخذ یا اعتراض داشته باشد.

۱-۳. عدم اعمال حق شفعه و جهل به وجود یا عدم مصلحت

در صورتی که ولی أخذ به شفعه نکرده باشد و وجود یا عدم مصلحت در ترک شفعه مجهول باشد، در اینکه آیا مولی علیه بعد از کمال حق أخذ دارد، اختلاف نظر وجود دارد. در ادامه دیدگاه فقها بررسی خواهد شد.

۱-۳-۱. دیدگاه اول: بقاء حق شفعه برای محجور

در فرض عدم اعمال حق شفعه توسط ولی و جهل به رعایت مصلحت محجور، برخی فقها به وجود حق شفعه برای مولی علیه تصریح کرده‌اند؛ (حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۷) اما برخی تصریح نکرده‌اند؛ اما این دیدگاه از ظاهر کلام آنها قابل استنباط است. محقق کرکی معتقد است ظاهر کلام علامه حلی در قواعد اقتضا می‌کند که در فرض مذکور مولی علیه بعد از کمال حق شفعه داشته باشد. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۶: ۳۶۷) چون علامه نوشته «فلو ترک فلهمما بعد الکمال المطالبه الا ان یکون الترتک اصلح» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق ب: ج ۲: ۲۴۴) در جمله اول حق شفعه بعد از کمال را به طور مطلق ثابت دانسته و مسلم است این جمله حالت جهل به مصلحت را هم در برمی‌گیرد. در عبارت بعد که استثنا را بیان می‌کند و می‌نویسد «الا ان یکون الترتک اصلح» فقط مواردی را از تحت جمله اول خارج می‌کند که به اصلح بودن ترک نسبت به أخذ یقین وجود داشته باشد. اما سایر موارد تحت اطلاق کلام اول باقی می‌ماند. بنابراین از آنجا که در حالت جهل به وجود مصلحت، اصلحیت ترک یا

أخذ معلوم نیست، طبق نظر علامه ثبوت شفعه برای محجور بعد از کمال استنباط می‌شود. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۶: ۳۶۷) به هر حال در دلیل این دیدگاه گفته شده چون سبب حق شفعه یعنی بیع شریک محرز است پس بقاء آن استصحاب می‌شود. (حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۷) به عبارت دیگر یقین داریم حق شفعه با بیع شریک ایجاد شده است، سپس شک می‌کنیم در صورت ترک ولی با جهل به وجود مصلحت، حق شفعه ساقط می‌شود؟ در اینجا ثبوت حق شفعه استصحاب می‌شود. بعلاوه قول به ثبوت حق شفعه در اینجا با علت تشریح شفعه، که عدم ورود ضرر به شریک است، موافق می‌باشد. زیرا ممکن است محجور با قسمت کردن، که شرکت را زائل می‌کند، متضرر شود. بنابراین اصل، وجود مصلحت در أخذ به شفعه است مگر اینکه علم وجود داشته باشد که مصلحت در ترک شفعه است. (حسینی عاملی، بی تا: ج ۶: ۳۳۷)

۱-۳-۲. بررسی اشکالات بقاء حق شفعه

دلایل این نظر قابل ایراد است. اشکال استناد به اصل استصحاب در ذکر دلیل قول بعد، بیان خواهد شد. اما اینکه گفته شده اصل در وجود مصلحت در أخذ به شفعه است، قابل قبول نیست. در این سخن یک خلط بحث ظریفی صورت گرفته است. توضیح مطلب اینکه مقصود از مصلحت و دفع ضرری که در اصل تشریح حق شفعه لحاظ شده، مصلحت نوعی عدم شراکت و دفع ضرری است که از شراکت نشأت می‌گیرد. اما مصلحتی که ولی در اعمال شفعه برای مولی علیه باید در نظر بگیرد، مصلحت در پرداخت ثمن از سایر اموال محجور و تملک مال متعلق شفعه است. درست است که مصلحت در زائل کردن شراکت در همه جا وجود دارد، اما این مصلحت محل بحث نیست. محل بحث در اینجا، مصلحت در پرداخت ثمن از اموال محجور است که وجود چنین مصلحتی کاملاً شخصی بوده و بستگی به مورد و شرایط اموال محجور و ثمن معامله دارد. لذا وجود چنین مصلحتی در هر مورد باید با توجه به شرایط همان مورد بررسی و سنجیده شود. به علاوه برای استناد به اصل باید دلیل معتبر عقلی یا شرعی در وجود اصل اقامه شود اما در اینجا دلیلی بر اعتبار این اصل وجود ندارد.

۱-۳-۳. دیدگاه دوم: عدم بقاء حق شفعه برای محجور

در مقابل، برخی فقها بر این باورند که مولی علیه بعد از کمال حق شفعه ندارد. زیرا أخذ شفعه فرع بر ثبوت این حق است و حق شفعه فقط با وجود مصلحت ثابت می‌شود؛ در حالیکه فرض بر مجهول بودن مصلحت است. بنابراین مقتضی برای ثبوت حق شفعه وجود ندارد. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۶: ۳۶۷؛ شهیدثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۴: ۴۰۱؛ انصاری شیرازی، ۱۴۲۹ق: ج ۲: ۴۴۴) به عبارت دیگر ایجاد شدن حق شفعه برای محجور مقید به وجود مصلحت است؛ یعنی تا مصلحت نباشد حق شفعه ایجاد نمی‌شود. زیرا مسلم است در اموری که مقید به امری هستند احراز قید، شرط احراز آن امر است و در صورت جهل به ثبوت قید، وجود مقید هم مجهول می‌شود. لذا در محل بحث از آنجا که حق

شفعه مقید به وجود مصلحت است و وجود قید یعنی مصلحت مجهول است، به دلیل عدم احراز قید، حق شفعه منتفی است.

دلیل دیگری که برای دیدگاه دوم وجود دارد، استناد به اصل صحت است. توضیح مطلب اینکه در صورت ترک شفعه توسط ولی و جهل به وجود مصلحت، حکم سایر تصرفات ولی جاری می‌شود. یعنی مولی علیه بعد از کمال حق اعتراض ندارد زیرا اصل بر صحت است و فعل و ترک مسلمان بر وجه صحیح حمل می‌شود. خصوصاً در مورد ولی که مولی علیه حق اعتراض ندارد؛ مگر اینکه علم به فساد فعل یا ترک وجود داشته باشد. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۳؛ بهجت، ۱۴۲۶ق: ج ۵: ۱۷) به عبارت دیگر فعل ولی مقید به مصلحت است و از آنجا که علم نداریم که ترک ولی همراه مصلحت بوده یا خیر؟ لذا قاعده حمل فعل مسلمان بر صحت مقتضی این است که ترک در حق مولی علیه نافذ باشد. (ترحینی عاملی، ۱۴۲۷ق: ج ۵: ۵۰۷) بنابراین با ترک ولی حق شفعه محجور ساقط می‌شود و بعد از کمال حق مطالبه ندارد. جریان اصل صحت در مورد فعل ولی موضوع اصل استصحاب را نیز برمی‌دارد. توضیح مطلب اینکه در محل بحث، مقتضای اصل استصحاب بقای حق شفعه برای محجور بعد از کمال است؛ اما مقتضای اصل صحت این است که محجور پس از رفع حجر، حق شفعه ندارد؛ لذا این دو اصل با هم تعارض می‌کنند. یکی از قواعد اصولی در صورت تعارض دو اصل این است که در صورتی که یک اصل موضوع اصل دیگر را بردارد، بر آن مقدم می‌شود. در اینجا به فرض که یقین به حدوث حق شفعه وجود داشته باشد، اما وقتی فعل ولی حمل بر صحت می‌شود دیگر شکی در بقای حق شفعه باقی نمی‌ماند.

۲. اِعمال حق شفعه توسط ولی در فرض عدم مصلحت

از دیدگاه فقها، اگر أخذ به شفعه برای مولی علیه مصلحت داشته و ولی آن را اِعمال کند تردیدی در صحت و نفوذ این تصرف و عدم حق اعتراض برای مولی علیه بعد از کمال وجود ندارد. اما در صورتی که أخذ به شفعه برای مولی علیه مصلحت نداشته باشد، مثل اینکه شریک مال را به بیشتر از ثمن المثل فروخته است یا معامله به ثمن المثل باشد، اما مولی علیه مالی ندارد و لازم است برای أخذ به شفعه مالی از اموال مولی علیه، که بهتر از مال مأخوذ به شفعه است، فروخته شود و مانند اینها، أخذ به شفعه صحیح نیست؛ زیرا فعل ولی مقید به رعایت مصلحت است در حالیکه فرض عدم وجود مصلحت است. (محقق حلی، ۱۴۰۸ق: ج ۳: ۲۰۱؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق: ج ۱۲: ۲۸۷؛ علامه مجلسی، ۱۴۰۶ق: ج ۱۱: ۲۸۳؛ صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۲؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق: ج ۴: ۵۶۱) بنابراین در این صورت حتی در صورت أخذ به شفعه هم ملک همچنان در مالکیت مشتری باقی می‌ماند. (محقق کرکی، ۱۴۱۴ق: ج ۶: ۳۶۸؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق: ج ۲: ۲۴۵؛ حسینی شیرازی، ۱۴۲۵ق: ج ۲: ۲۲۳) ولی از آنجا که ولی به وجه مشروع در مال مولی علیه تصرف نکرده، در مقابل او ضامن ثمنی است که به مشتری داده است. (صاحب جواهر، ۱۴۰۴ق: ج ۳۷: ۲۹۲)

۲-۱. عدم توجه به حقوق مشتری در دیدگاه بطلان اخذ به شفعه

فقیهان در فتوای فوق در ظاهر برطبق قواعد عمل کرده‌اند. یعنی از آنجا که اعمال حق شفعه محجور مقید به مصلحت مولی علیه است تا مصلحتی وجود نداشته باشد حق شفعه‌ای وجود ندارد. پس فعل ولی باطل و فاقد اثر حقوقی است. لذا مال متعلق شفعه در ملکیت مشتری باقی می‌ماند. از طرفی با توجه به اینکه ولی سبب ورود خسارت به مولی علیه شده، بر اساس قاعده تسبیب، در برابر او ضامن بوده و مسئول جبران خسارت مولی علیه است. منتهی چنین فتوایی در زمینه قانونگذاری به مشکل برمی‌خورد؛ زیرا سبب عدم امنیت معاملات، اختلاف در ثمن و نادیده گرفتن حقوق مشتری می‌شود. توضیح مطلب اینکه در این مسئله به تنها موضوعی که توجه شده مصلحت و حق محجور است؛ اما به حق مشتری اصلاً توجهی نشده است. ممکن است مولی علیه بعد از یک یا دو دهه به کمال برسد و در این فاصله زمانی تغییر و تحولات زیادی در وضعیت مالی مشتری حاصل شده باشد. حال گفته شود مال در این مدت در ملکیت مشتری باقی بوده و او ملزم به پرداخت ثمن و گرفتن مال است؛ چه بسا آن مال بعد از گذشت مدتی طولانی برای مشتری منفعتی نداشته باشد و یا حتی موجب ضرر او شود. در اینجا تکلیف مصلحت و ضرر مشتری چه می‌شود؟ چه بسا مشتری با ثمن آن معامله املاک دیگری خریده و برنامه مالی اش را براساس آن اموال تنظیم کرده باشد و باز پس گرفتن مال متعلق شفعه و الزام او به دادن ثمن آن مال، پس از گذشت سالها، مشتری را با مشکلات زیادی مواجه کند. مثلاً در نظر بگیری هدف مشتری از خرید زمین مشاع با محجور این بوده که، پس از افراز سهم خود، آن را تبدیل به کارخانه یا مرکز تولیدی کند؛ اما با اعمال شفعه و پس گرفتن زمین توسط ولی محجور، ثمن معامله را در جای دیگری سرمایه‌گذاری کرده و زمین دیگری خریده و آن را تبدیل به کارخانه کرده است. حال پس از گذشت سالها آیا معقول است که مشتری به پس گرفتن زمین و پرداخت ثمن آن الزام شود؟! لذا اینکه در مسائل حقوقی فقط حق یک طرف لحاظ شود اصلاً صحیح نیست و با قواعد حقوقی و اصل ثبات و امنیت قضایی معاملات سازگاری ندارد. به علاوه در فرض بقای ملکیت مشتری، فعل ولی سبب محرومیت مشتری از تصرف در مالش شده، اما فقها به منافع تفویض شده مشتری هیچ اشاره‌ای نکرده‌اند. حال به فرض بقاء مال در ملکیت مشتری و لزوم پرداخت ثمن توسط او پذیرفته شود؛ کدام ثمن ملاک است؟ ثمن زمان معامله؟ ثمن فعلی ملک؟ ثمن زمان معامله با احتساب نرخ تورم؟ اینها مشکلاتی است که در زمینه اجرا با آن مواجه می‌شویم. قانون باید قابلیت اجرا داشته باشد، اصل ثبات و امنیت قضایی معاملات در آن رعایت شود و نزاع طرفین را به حداقل ممکن برساند. اینگونه حکم کردن تنها سبب آشفتگی اوضاع معاملات، زیاد شدن نزاع بین طرفین و طولانی شدن روند دادرسی می‌شود که هیچ یک به صلاح جامعه نیست. بنابراین باید راه‌حلی در نظر گرفته شود که مصلحت و حقوق همه طرفین معامله رعایت شود. به نظر می‌رسد در اینجا نیز به همان دلالتی که در بخش ترک شفعه بدون رعایت مصلحت محجور، تبیین شد جمع بین ادله شفعه و سایر قواعد حاکم بر تصرفات مالی ایجاب می‌کند که اعمال شفعه توسط ولی معتبر دانسته شود و در صورتیکه در اثر عدم

رعایت مصلحت، خسارتی بر محجور مترتب شده باشد، ولی ضامن و مسئول جبران خسارت قرار داده شود.

نتایج

از آنجا که که حق شفعه یک حق مالی است و محجور صلاحیت تصمیم‌گیری در مورد آن را ندارد، تصمیم‌گیری در مورد اِعمال یا ترک شفعه، به شرط رعایت مصلحت محجور، به ولی واگذار شده است. در صورتی که ولی در اِعمال یا ترک شفعه، مصلحت محجور را رعایت نکند، اکثر قریب به اتفاق فقها قائل به بطلان تصمیم ولی هستند. اما از آن جهت که طرف دیگر حق شفعه مشتری است، باطل دانستن تصمیم ولی و بقاء حق شفعه (در فرض ترک شفعه توسط ولی) یا بقاء ملکیت مشتری (در فرض اِعمال شفعه بدون رعایت مصلحت محجور) بدون توجه به حقوق مشتری و زیان‌های احتمالی وارد بر وی با ایرادات جدی مواجه است. به نظر می‌رسد جمع بین ادله شفعه و سایر قواعد حاکم بر تصرفات مالی، مقتضی صحت و نفوذ تصمیم ولی و ضمان وی در فرض عدم رعایت مصلحت مولی علیه است.

از آنجا که یکی از مهمترین مصالح اجتماعی، ثبات و استقرار قضایی معاملات است، رویکرد یاد شده علاوه بر توجه به حقوق مشتری و حمایت از محجور تضمین این مصلحت را نیز به همراه دارد؛ چراکه باز بودن پرونده یک تصرف مالی برای سالهای طولانی با امنیت قضایی معاملات در تعارض بوده و سبب تزلزل این معاملات و نیز اطاله دعاوی می‌شود.

پیشنهاد می‌شود که برای کاستن از پیامدهای نامطلوب قوانین فعلی، قوانینی وضع شود که به موجب آنها، اولاً: فروش اموال غیر منقول شریک محجور به اطلاع دادستان برسد و در مدت معینی که منجر به زیان مشتری نشود، مصلحت یا عدم مصلحت اُخذ به شفعه به حکم کارشناس احراز شود؛ نهایت آنکه برای ولی قهری حق اعتراض به نظر کارشناس محفوظ باشد؛ و در نهایت اِعمال یا ترک شفعه با نظارت مستقیم دادگاه و رعایت مصلحت محجور صورت گیرد و در صورت عدم رعایت این قوانین توسط ولی و ورود ضرر به محجور بخاطر اِعمال یا ترک شفعه، ولی ضامن و مسئول جبران خسارت محجور باشد. لزوم اجازه از دادگاه سبب می‌شود شخصی که نسبت به معامله بی‌طرف است، به نحو واقعی بر احراز مصلحت محجور نظارت داشته و سوءاستفاده از حق توسط ولی یا عدم رعایت مصلحت و تضییع حق محجور منتفی شود کما اینکه در قوانین برخی کشورهای اسلامی، چنین قوانینی وجود دارد؛ مثلاً در قانون مدنی عراق مدت شش ماه برای اِعمال حق شفعه تعیین شده است. (قانون المدنی العراقی، ماده ۱۱۳۴) در قانون مصر نیز چهار ماه برای اُخذ به شفعه در نظر گرفته شده است. (السنهوری، ۱۹۹۸م: ج ۴۷۸:۹) و جد پدری نیز مانند وصی و قیم تنها با اجازه دادگاه حق اِعمال شفعه برای محجور را دارد. (همان، ج ۵۸۹:۹). در این صورت فرض عدم رعایت مصلحت محجور در اِعمال حق شفعه و عدم نفوذ اُخذ به شفعه نیز منتفی می‌شود.

سپاسگزارى

بدینوسیله از حمایت مالی معاونت پژوهش و فناوری دانشگاه شهید چمران اهواز در قالب پژوهانه (SCU.TP1402.36809) در انجام این تحقیق تشکر و قدردانی می‌شود.

منابع

- ابن زهره حلبى، حمزة بن على حسينى (١٤١٧ق). غنية النزوع إلى علمى الأصول و الفروع. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
- امام خمينى، سيد روح الله (١٤٢٥ق). تحرير الوسيلة. ترجمه على اسلامى. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- امامى، سيد حسن (بى تا). حقوق مدنى. تهران: انتشارات اسلاميه، تهران.
- انصارى شيرازى، قدرت الله و پژوهشگران (١٤٢٩ق). موسوعة أحكام الأطفال و أدلتها. قم: مركز فقهى ائمه اطهار عليهم السلام.
- بحرانى، يوسف بن احمد (١٤٠٥ق). الحدائق الناضرة في أحكام العترة الطاهرة. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- بصرى بحرانى، زين الدين (١٤١٣ق). كلمة التقوى. قم: سيد جواد وداعى.
- بهجت، محمد تقى (١٤٢٦ق). جامع المسائل. قم: دفتر معظم له.
- ترحينى عاملى، سيد محمد حسين (١٤٢٧ق). الزبدة الفقهية في شرح الروضة البهية. قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
- حاجيان فروشانى، زهره (١٤٠١ش). بررسى خلاء ماده ٨١٩ قانون مدنى درخصوص تصرف مشتري در مال متعلق حق شفعه. مجله فقه و مبانى حقوق اسلامى، ٥٥ (٢)، ٢٦٥-٢٨٨.
- حرعاملى، محمد بن حسن (١٤٠٩ق). وسائل الشيعة. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- حسينى روحانى، سيد صادق (١٤١٢ق). فقه الصادق عليه السلام. قم: دار الكتاب-مدرسه امام صادق عليه السلام.
- حسينى شيرازى، سيد صادق (١٤٢٥ق). التعليقات على شرائع الإسلام. قم: انتشارات استقلال.
- حسينى عاملى، سيد جواد بن محمد (بى تا). مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. بيروت: دار إحياء التراث العربى.
- خوانسارى، سيد احمد بن يوسف (١٤٠٥ق). جامع المدارك في شرح مختصر النافع. قم: مؤسسه اسماعيليان.
- سيزوارى، سيد عبد الأعلى (١٤١٣ق). مهذب الأحكام. قم: مؤسسه المنار-دفتر حضرت آية الله. السنهورى، عبد الرزاق احمد (١٩٩٨م). الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- سيورى حلى، مقداد بن عبد الله (١٤٠٤ق). التنقيح الرائع لمختصر الشرائع. قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى.
- شوشترى، محمد تقى (١٤٠٦ق). النجعة في شرح اللمعة. تهران: كتابفروشى صدوق.

- شهيد ثانى، زين الدين بن على (١٤١٠ق). الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية (المحشى - كالانتر). قم: كتابفروشى داورى.
- _____ (١٤١٣ق). مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام. قم: مؤسسة المعارف الإسلامية.
- شيخ انصارى، مرتضى (١٤٢١ق). صيغ العقود و الإيقاعات. قم: مجمع انديشه اسلامى.
- شيخ صدوق، محمد بن على بن بابويه (١٤١٣ق). من لا يحضره الفقيه. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- شيخ طوسى، ابو جعفر محمد بن حسن (١٤٠٧ق الف). الخلاف. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- شيخ طوسى، محمد بن حسن (١٤٠٧ق ب). تهذيب الأحكام. تهران: دار الكتب الإسلامية.
- _____ (١٣٨٧ق). المبسوط في فقه الإمامية. تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.
- صيمرى، مفلح بن حسن (١٤٠٨ق). تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف - منتخب الخلاف. قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى.
- طباطبائى حائرى، سيد على بن محمد (بى تا). رياض المسائل. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- _____ (١٤٠٩ق). الشرح الصغير في شرح مختصر النافع. قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى.
- طباطبائى حكيم، سيد محسن (١٤١٠ق). منهاج الصالحين. بيروت: دار التعارف للمطبوعات.
- طبرسى، فضل بن حسن (١٤١٠ق). المؤلف من المختلف بين أئمة السلف. مشهد: مجمع البحوث الإسلامية.
- عراقى، آقا ضياء الدين، على كزازى (١٤١٤ق). شرح تبصرة المتعلمين. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- علامه حلى، حسن بن يوسف بن مطهر اسدى (١٤١٣ق الف). مختلف الشيعة في أحكام الشريعة. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- _____ (١٤٢٠ق). تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية. قم: مؤسسه امام صادق (ع).
- _____ (١٤١٣ق ب). قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- _____ (١٤١٤ق). تذكرة الفقهاء. قم: جلد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- علامه مجلسى، محمد باقر بن محمد تقى (١٤١٠ق). بحار الأنوار. بيروت: مؤسسة الطبع و النشر.
- _____ (١٤٠٤ق). مرآة العقول في شرح أخبار آل الرسول. تهران: دار الكتب الإسلامية.
- _____ (١٤٠٦ق). ملاذ الأخيار في فهم تهذيب الأخبار. قم: انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى.

- فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف (١٣٨٧ق). إيضاح الفوائد في شرح مشكلات القواعد. قم: مؤسسه اسماعيليان.
- فيض كاشاني، محمد محسن (١٤٥٦ق). الوافي. اصفهان: كتابخانه امام امير المؤمنين علي عليه السلام.
- كلينى، محمد بن يعقوب (١٤٥٧ق). الكافي. تهران: دار الكتب الإسلامية.
- كيدرى، قطب الدين محمد بن حسين (١٤١٦ق). إصباح الشيعة بمصباح الشريعة. قم: مؤسسه امام صادق عليه السلام.
- محقق اردبيلى، احمد بن محمد (١٤٥٣ق). مجمع الفائدة و البرهان في شرح إرشاد الأذهان. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه.
- محقق حلّى، نجم الدين جعفر بن حسن (١٤٥٨ق). شرائع الإسلام في مسائل الحلال و الحرام. قم: مؤسسه اسماعيليان، قم.
- محقق كركى، على بن حسين (١٤١٤ق). جامع المقاصد في شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
- مصطفوى، سيد محمد كاظم (١٤٢٣ق). فقه المعاملات. قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
- نجفى، محمد حسن (١٤٥٤ق). جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام. بيروت: دار إحياء التراث العربى.
- القانون المدنى العراقى رقم ٤٥ لسنة ١٩٥١.