

بررسی خلاء ماده ۸۱۹ قانون مدنی در خصوص تصرف مشتری در مال متعلق حق شفعه

زهرة حاجیان فروشانی^۱

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۴۰۱/۴/۱۵ - تاریخ پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۲/۱۲)

چکیده

در صورت اعمال حق شفعه، منافع متصل به شفیع و منافع منفصل به مشتری تعلق می‌گیرد. اما در صورتی که مشتری با صرف هزینه و بدون تعدی ارزش افزوده‌ای در ملک متعلق حق شفعه ایجاد نموده، مثل این که درختی در زمین کاشته یا ساختمانی احداث کرده باشد، مسئله مشکل می‌شود. زیرا از طرفی مشتری در زمان مالکیت خود در ملک تصرف کرده و از طرف دیگر شفیع حق دارد ملک را بدون این تصرفات اخذ کند. ماده ۸۱۹ ق.م. راه حل را در دادن حق به مشتری در برداشتن درخت و ساختمان بیان نموده است. بدیهی است که برداشتن ساختمان مستلزم تخریب بوده و درخت هم در غالب موارد قابل جابه‌جایی نیست. لذا برداشتن این تصرفات به معنای نابودی آنها و سبب ورود خسارت زیادی به مشتری می‌شود. اما قانونگذار درباره این مسئله ساکت است. فقیهان امامیه کوشیده‌اند مسئله را با استناد به اموری مانند اقتضای مالکیت متزلزل، قاعده لاضرر، قاعده احترام مال مسلمان، قاعده سلطنت و... حل کنند. اختلاف نظر فراوان میان فقها و وجود اشکال و خلاء قانونی در این مورد ضرورت پژوهش در این زمینه را روشن می‌سازد. در این نوشتار ضمن بیان و نقد نظرات موجود در این زمینه، این نتیجه حاصل شده که اگر تصرفات مشتری با رعایت تمام الزامات قانونی صورت گرفته، حق شفعه ساقط می‌شود. اما اگر تصرف مشتری مورد حمایت قانون نباشد حق شفعه ثابت است و شفیع می‌تواند با اخذ به شفعه، تصرفات مشتری را زائل کند بدون این که مسئولیتی در برابر نقصان یا فقدان قیمت آن داشته باشد.

کلید واژه‌ها: تصرف در متعلق شفعه، شفعه، حق قلع، حق ایقا.

۱. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه شهید چمران

Email: z.hajian@scu.ac.ir

اهواز، اهواز، ایران؛

۱- مقدمه

حق شفعه یکی از حقوقی است که در راستای حفظ منافع شریک وضع 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 هر زمان از بیع اطلاع پیدا کرد ثمن معامله را به مشتری بدهد و سهم فروخته شده را تملک کند. اگر سهم خریداری شده هیچ تغییری نکرده باشد بحثی در حق شفعه وجود ندارد. اما در صورتی که نمائاتی در این ملک به وجود آمده باشد این نمائات برای کیست؟ در اینجا باید در حکم نمائات متصل و منفصل قائل به تفکیک شد. یعنی نمائات منفصل مال مشتری است و مشتری می‌تواند آنها را با خود ببرد. اما نسبت به نمائات متصل مشتری هیچ حقی ندارد و با اعمال حق شفعه نمائات متصل نیز به تبع سهم مورد شفعه وارد ملکیت شفیع می‌شود. در این مسئله هیچ اختلافی بین فقها وجود ندارد و در ماده ۸۱۹ قانون مدنی نیز تصریح شده است. اما در موردی که مشتری با صرف وقت و هزینه، ارزش افزوده‌ای در ملک ایجاد کرده مثل این‌که در زمین بنایی احداث کرده یا درختانی کاشته باشد، تکلیف این تصرفات و هزینه‌هایی که مشتری متحمل شده چه می‌شود؟ البته باید توجه داشت این مسئله دو صورت دارد: حالت اول آنکه مشتری قبل از قسمت و بدون این‌که حق قانونی داشته باشد در مال مشترک تصرف کرده و اقدام به کاشت درخت یا احداث بنا می‌کند. در این صورت بدون تردید شریک دیگر حق قلع آنها را دارد. زیرا اگر یکی از شرکا بدون اذن سایرین در مال مشترک تصرف کند، شریک دیگر حق تخریب آن را داشته و در مقابل هزینه‌هایی که شریکش متحمل شده، هیچ مسئولیتی ندارد. (علامه حلی، تذکره الفقها، ۲۶۹/۱۲) بنابراین، این قسمت از محل بحث خارج است. بحث در جایی است که به اظهار فقها، تصرف مشتری کاملاً شرعی و قانونی بوده، اما شفیع به دلائلی حق شفعه را اعمال نکرده است، مثل این‌که مشتری به دلیل غائب بودن و عدم دسترسی به شریک یا صغیر بودن او با انجام مراحل قانونی مال مشترک را قسمت می‌کند؛ یا وکیل شفیع، بدون اطلاع او و با توافق مشتری مال را تقسیم کند و مشتری در سهم خود تصرفی انجام دهد و سپس شفیع مطلع شده یا بالغ شده و خواستار اعمال حق شفعه باشد؛ (علامه حلی، تذکره الفقها، ۲۶۹/۱۲؛ شیخ طوسی، المبسوط، ۱۱۷/۳) یا این‌که مشتری بیع را از شفیع مخفی می‌کند تا مانع اعمال حق شفعه شود؛ مثل این‌که به دروغ اظهار می‌کند که به وسیله هبه مالک شده یا وکیل بایع (شریک قبلی شفیع) است و ملک را

تقسیم می‌کند؛ سپس حقیقت معلوم شده و شفیع خواستار اعمال شفعه است. (صاحب جواهر، ۳۶۶/۳۷؛ شیخ طوسی، المبسوط، ۱۱۷/۳) در همه‌ی این موارد فقها در این که مشتری حق احداث داشته و تصرف او در ابتدا به حق و قانونی بوده هیچ تردیدی ندارند. (صاحب جواهر، ۳۷۰/۳۷) بحث و اختلاف نظر در بقای این حق است. قسمت پایانی ماده ۸۱۹ ق.م.ناظر به همین مورد است. بر اساس تصریح این ماده مشتری می‌تواند بنایی را که احداث کرده یا درختی را که کاشته قلع کند. بسیاری از فقها نیز همین نظر را دارند زیرا مسلم است مشتری پس از عقد مالک حصه خریداری شده می‌شود و می‌تواند هرگونه تصرفی در آن بکند. بنابراین اگر در ملک ساختمانی احداث کرده یا درختی کاشته، این ساختمان و درخت مال مشتری است و از مورد شفعه خارج است. بنابراین در این که مشتری می‌تواند ساختمان یا درختی را که به زمین اضافه کرده، قلع کند هیچ شکی وجود ندارد.^۱ (حسینی عاملی، ۶۲۹/۱۸) اگر چه کلام فقها و لحن ماده اشعار به ارفاقی بودن این حکم نسبت به مشتری دارد؛ اما حقیقت امر این است که ساختمانی که ساخته شده را نمی‌توان برداشت و در زمین دیگری قرار داد. مسلم است این امر مستلزم تخریب ساختمان و هدر رفتن سرمایه مشتری و ورود ضرر به مشتری می‌شود. درخت کاشته شده هم در غالب موارد قابل جابه‌جایی نیست. به همین دلیل در مقام عمل معمولاً مشتری از قلع درخت و بنا امتناع می‌کند. حال سوال این است که در صورت امتناع مشتری تکلیف چیست؟ آیا شفیع می‌تواند زمین را از تصرفات خالی کند؟ در صورت اختیار شفیع در قلع، تکلیف ضررهایی که به مشتری وارد می‌شود چیست؟ یا به صرف امتناع مشتری، ساختمان و درخت به تبع زمین با اعمال حق شفعه وارد ملکیت شفیع می‌شود؟ یا این که امتناع مشتری نسبت به قلع موجب سقوط حق شفعه می‌شود؟ اینها مسائلی است که قانون مدنی نسبت به آنها سکوت کرده است. لذا حکم آن باید از طریق مراجعه به کتب معتبر فقهی تعیین شود. در کتب فقهی اختلاف نظر زیادی در حکم این مسئله وجود دارد. لذا با توجه به اهمیت این موضوع و اختلاف نظری که در این مسئله بین فقها وجود دارد و نبود تصریح قانونی در این زمینه، با بحث و بررسی ابعاد این موضوع روشن می‌شود. بنابراین در مقاله حاضر این مسئله مورد بررسی قرار گرفته و سعی شده با نقد و بررسی اقوال فقها به شیوه‌ی توصیفی تحلیلی راه حل مناسبی برای این موضوع ارائه شود.

۱. البته برخی فقهای معاصر در این امر نیز اشکال کرده‌اند که در نظریه چهارم بیان خواهد شد.

۲- نظریه‌های فقهی

همانطور که اشاره شد فقیهان در این زمینه نظرات مختلفی دارند که در ادامه به تبیین این نظرات و نقد و بررسی آنها خواهیم پرداخت.

۲-۱- نظریه اول: اختیار شفیع در زائل کردن تصرفات بدون اُرش

برخی فقیهان معتقدند در این فرض شفیع می‌تواند ساختمان یا درخت را قلع کند بدون این‌که در مقابل مشتری مسئولیتی داشته باشد. یعنی بر شفیع واجب نیست اُرش بنا یا درخت را به مشتری بپردازد. (صاحب جواهر، ۳۷۰/۳۷؛ تبریزی، ۱۴۱۶/۴ ج ۴، ص ۲۱۱؛ ابروانی، ۳۷/۲؛ محقق اردبیلی، ۳۵/۹؛ طباطبایی قمی، ۴۳۰/۳؛ مدنی کاشانی، ۹۹؛ علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۵/۵) این نظریه از دو بخش تشکیل شده است. یکی ثبوت حق قلع برای شفیع و دیگری عدم تعلق خسارت به مشتری؛ لذا باید برای هر دو قسمت دلیل آورده شود.

۲-۱-۱- دلایل ثبوت حق قلع

در ثبوت حق قلع برای شفیع به چند دلیل استناد شده که به شرح زیر است:

الف- صدق عنوان غصب و ظلم بر بقاء تصرفات بدون اذن شفیع: در صورت مطالبه‌ی شفیع، از بین بردن بنا و درخت بر مشتری واجب است. زیرا زمین ملک شفیع است پس همانطور که تصرف ابتدایی در زمین مملوک دیگری متوقف بر اذن صاحب زمین است بقاء تصرفات نیز متوقف بر اذن اوست. (طباطبایی قمی، ۴۳۰/۳) به عبارت دیگر در صورت اخذ به شفعه، زمین به ملکیت شفیع درمی‌آید. بنابراین درخت و بنای مشتری مانند مال غیر است که در ملک دیگری قرار دارد. لذا مالک زمین می‌تواند از مالک مال بخواهد مالش را از زمین خارج کند حتی اگر اخراج مال و خالی کردن زمین سبب تنزل قیمت آن مال شود. (تبریزی، ۲۰۹/۴) به علاوه باقی گذاشتن تصرفات در ملک متعلق به دیگری و امتناع از قلع آن، ظلم محسوب می‌شود زیرا اگرچه احداث بنا و درخت به حق بوده اما مشتری، مستحق دوام و بقای آن نیست. بنابراین مشتری نسبت به زمان بعد از اعمال حق شفعه ظالم و غاصب محسوب شده و تحت قول امام (ع) که می‌فرماید "لاحق لعرق ظالم" وارد می‌شود. (صاحب جواهر، ۳۷۰/۳۷؛ ابروانی، ۳۷/۳) اگر اشکال شود که تصرف مشتری غیر مشروع نبوده، زیرا در زمان تصرف مالک زمین بوده و تصرف او در ملک خود و کاملاً قانونی است و لذا در صورت امتناع از قلع ظالم

محسوب نمی‌شود. در پاسخ گفته می‌شود؛ این که تصرف او در ابتدا به حق بوده، سبب نمی‌شود در ادامه نیز به حق باشد. (صاحب جواهر، ۳۷۰/۳۷)

این دلیل قابل پذیرش نیست. توضیح مطلب این که ملکیت مشتری از جهت سبب و مسبب تام بوده و مال او محترم است. زیرا از صاحب حق و به وجه شرعی واقع شده است. بنابراین اگر پذیرفته شود در زمان تصرف، تصرفات او محترم بوده، قلع باید ممتنع باشد. (نائینی، منیه الطالب، ۸۱/۳) به علاوه سلطنت شفیع بر قلع، سلطنت بر مال غیر است. اگر گفته شود شفیع بر تخلیص مالش از مال غیر سلطنت دارد. باید گفت اگرچه تخلیص به حسب عنوان به مال شفیع اضافه شده، اما تخلیص فعلی است که از قلع نشأت می‌گیرد؛ یعنی به وسیله قلع مال شفیع از درخت و بنا خالی می‌شود و از این جهت که شفیع سلطنتی بر قلع ندارد، زیرا تصرف در مال غیر است، سلطنتی هم بر تخلیص مالش ندارد. (اصفهانی، ۲۹۸/۴) همچنین بقاء درخت و بنا در زمین، غصب و تصرف در ملک دیگری بدون اذن او محسوب نمی‌شود. زیرا تصرف در بقاء مستند به مشتری نیست چون بقا قهری است و صرف این که شفیع حق قلع داشته باشد موجب نسبت غصب به مشتری نمی‌شود. چراکه احداث تصرفات اگرچه به اختیار مشتری بوده اما، به اقرار قائلین به این نظریه، تصرف در ملک خود و مشروع بوده است. بقاء تصرفات در ملک دیگری نیز ناشی از اختیار مشتری نیست. بنابراین مشتری در بقاء تصرفات ظالم و غاصب محسوب نمی‌شود. (روحانی قمی، المرتقی الی فقه الارقی، ۳۴۱/۱)

ب- قاعده لاضرر: عدم ثبوت حق قلع برای شفیع مستلزم وارد آمدن ضرر بزرگی به اوست. زیرا شفیع ثمن زمین را می‌پردازد و مشتری برای همیشه مستحق منفعت زمین می‌شود. بلکه ضرر این امر از ضرر نفی شفعه بیشتر است. (حسینی عاملی، ۶۳۵/۱۸؛ روحانی قمی، المرتقی الی فقه الارقی، ۳۴۱/۱؛ بهجت، ۳۳/۵) اما ضرری که در صورت قلع بر مشتری وارد می‌شود در واقع ضرری است که خودش به آن اقدام کرده زیرا در زمینی تصرف کرده که دیگری حق گرفتن آن را داشته است. (صاحب جواهر، ۳۷۰/۳۷)

این دلیل نیز از چند جهت دارای اشکال است. زیرا حق شفعه برای دفع ضرر از شریک تشریح شده لذا اعمال آن نمی‌تواند سبب ورود ضرر به دیگری شود. یعنی همانطور که بقاء تصرفات موجب ضرر شفیع می‌شود، قلع نیز موجب متضرر شدن مشتری می‌شود. لذا دو ضرر با یکدیگر تعارض کرده و تساقط می‌کنند. بنابراین برای جواز قلع تصرفات توسط شفیع باید به دلیل دیگری استناد شود. (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۵۷/۵) استناد به اقدام بر

ضرر برای عدم جریان لاضرر در جانب مشتری نیز صحیح نیست. زیرا حصول اقدام بر ضرر فرع بر جواز قلع ذی حق است. پس نمی‌توان برای جواز قلع به اقدام بر ضرر استناد کرد، زیرا استدلال دوری می‌شود. (ایروانی، ۳۷/۲) یعنی اگر حق قلع برای شفیع ثابت باشد، صدق می‌کند که مشتری بر ضرر خود اقدام کرده است. اما اگر حق قلع برای شفیع ثابت نباشد، مشتری در ملک خود تصرف کرده و اقدام بر ضرر معنایی ندارد. بنابراین نمی‌توان برای اثبات جواز قلع به اقدام بر ضرر استناد کرد. چون اقدام بر ضرر فرع بر جواز قلع است پس جواز قلع نمی‌تواند متفرع بر اقدام بر ضرر باشد.

ج- متزلزل بودن ملکیت مشتری: درست است که مشتری در ملک خود تصرف کرده اما ملکیت او غیر مستقر بوده، لذا در منع از قلع اثری ندارد. به عبارت دیگر در اینجا مشتری تفریط کرده، چون در ملکی که ملکیتش متزلزل بوده تصرف کرده است. (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۵۷/۵؛ رشتی، ۴۸۷؛ مدنی کاشانی، ۹۹) این استدلال نیز صحیح به نظر نمی‌رسد. زیرا ملکیت در خرید مال مشاع متزلزل نیست. (نائینی، منیه الطالب، ۸۰/۲) ملکیت متزلزل یعنی این که ملکیت منتقل شود، اما استقرار آن منوط به تحقق شرطی باشد. مثل این که مالکیت زوجه نسبت به تمام مهریه متوقف بر دخول است و قبل از آن مالکیت زوجه نسبت به نصف مهریه متزلزل است. اما در مورد شفعه مالکیت مشتری متوقف بر اذن شفیع یا عدم اخذ به شفعه نیست و هیچ دلیلی برای این مسئله وجود ندارد. بلکه به محض معامله مشتری مالک مبیع می‌شود. نهایتاً حق شفعه یک حق شرعی است که برای شریک ثابت می‌باشد. پس مشتری در متعلق حق دیگری تصرف نکرده است. (همانجا) به علاوه به فرض تزلزل را بپذیریم تنها اثر تزلزل جواز اخذ به شفعه و انتقال ملکیت زمین به شفیع است. اما این امر مقتضی غیرذی حق بودن تصرفات و جواز قلع آن نیست. (یزدی، ۴۶/۲)

د- اصل استصحاب: دلیل دیگری که برای حق قلع شفیع عنوان شده اصل استصحاب است. یعنی حق شفیع قبل از تصرف در زمین ثابت بوده پس به دلیل سابق بودن حق شفیع بر حق مشتری، شفیع حق ازاله تصرفات را دارد. (صاحب جواهر، ۳۶۹/۳۷؛ رشتی، ۴۸۷) اما اجرای استصحاب در محل بحث از چند جهت اشکال دارد. اولاً همانطور که گفته شد، محل بحث در جایی است که زمین مشاع به نحو قانونی تقسیم شده و اگر بعد از تصرف مشتری در بقای شفعه شک شود، در اینجا شک در مقتضی است چون شک می‌شود آیا بعد از قسمت قانونی هم حق شفعه اقتضای بقا دارد یا

خیر؟ و در شک در مقتضی استصحاب جاری نمی‌شود. (نائینی، فوائد الاصول، ۳۰۷/۴ و ۳۲۴) به فرض که جریان استصحاب در محل بحث را بپذیریم، نهایت این است که اجرای این استصحاب بقای حق شفعه را ثابت می‌کند. اما جواز قلع برای شفیع را ثابت نمی‌کند. به علاوه جریان استصحاب در طرف شفیع با اجرای استصحاب در طرف مشتری تعارض کرده و تساقط می‌کند. توضیح مطلب این که یقین داریم مشتری نسبت به حدوث تصرفات ذی حق و تصرفات او شرعی و قانونی بوده بعد در زمان لاحق شک می‌کنیم آیا مشتری حق بقاء تصرفات را دارد؟ حق بقاء تصرفات مشتری استصحاب می‌شود.

ایراد دیگر این نظریه این است که همانطور که شفیع نسبت به زمین حق شفعه دارد و بعد از اخذ به شفعه می‌تواند هر تصرفی در زمین انجام دهد، مشتری هم نسبت به مال خود حق دارد و می‌تواند از مالش در برابر ورود ضرر و تلف محافظت کند و این دو حق با هم تزاخم می‌کنند. لذا نمی‌توان بدون وجود مرجح یکی را بر دیگری ترجیح داد. (موسوی بجنوردی، ۲۱۴/۶؛ عراقی، ۴۵۳) به عبارت دیگر وقتی غرس به حق بوده و مشتری ظالم نبوده چرا حق مالک زمین ترجیح داده شود؟! وجه ترجیح حق صاحب زمین و حفظ سلطنت او و عدم حق سلطنت مشتری چیست؟

۲-۱-۲- دلایل عدم تعلق آرش به مشتری

تا اینجا ادله حق قلع شفیع و ایرادات آن تبیین شد، اما در دلیل عدم حق آرش برای مشتری گفته شده، از آن جهت که مشتری نسبت به احداث ساختمان و درخت اقدام کرده و این امر را از شفیع مخفی کرده، در حالی که علم داشته شفیع حق شفعه دارد. بنابراین بر ضرر خودش اقدام کرده و شخص دیگری موجب ضرر به او نشده است، لذا به موجب قلع، آرش به او تعلق نمی‌گیرد. (حسینی عاملی، ۶۳۷/۱۸؛ محقق اردبیلی، ۳۵/۹) این دلیل اخص از مدعاست. زیرا در مواردی که مشتری به نحو قانونی و با مراجعه به حاکم یا ولی یا وکیل شفیع اقدام به تقسیم و تصرف در مال کرده، جاری نمی‌شود. به همین دلیل، خود مستدل بعد از بیان این دلیل می‌گوید: البته در مواردی که مشتری مراحل قانونی را انجام داده و از وجود حق شفعه اطلاع نداشته، عدم تعلق آرش مشکل است. (محقق اردبیلی، ۳۵/۹) همچنین گفته شده مشتری در احداث این تصرفات تفریط کرده، زیرا در زمینی که متعلق حق دیگری بوده تصرف کرده است. (صاحب جواهر، ۳۷۰/۳۷) اما این دلیل ایراد دارد؛ زیرا به فرض که بپذیریم در فرض مسئله بعد از تقسیم

قانونی، همچنان حق شفعه باقی است، این که مشتری در ملک متعلق حق دیگری تصرف کرده، سبب نمی‌شود که بعد از اعمال شفعه و زائل کردن تصرفات، هیچ خسارتی به مشتری تعلق نگیرد. چون همانطور که چندین مرتبه مورد تأکید قرار گرفت، فقها اتفاق نظر دارند که در این مسئله مشتری در ملک خود تصرف کرده است، بنابراین در اصل حدوث تصرفات متعدی و ظالم محسوب نمی‌شود. (شهید ثانی، مسالک الافهام، ۳۲۹/۱۲)

۲-۲- نظریه دوم: اختیار شفیع در زائل کردن تصرفات به همراه اُرش

شماری از فقیهان بر این باورند که در صورت امتناع مشتری از قلع درخت یا بنا، شفیع می‌تواند خودش به این امر مبادرت کند، منتهی وظیفه دارد قیمت نقصان وارد شده را به مشتری بپردازد. (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۱۴۹/۲؛ طبرسی، ۶۳۴/۱؛ کیدری، ۲۵۶؛ روحانی قمی، المرتقی الی فقه الارقی، ۳۴۱/۱؛ عراقی، ۴۵۷؛ ابن زهره، ۲۳۷؛ شهید اول، غایه المراد، ۱۶۲/۲؛ صیمری، ۱۷۸/۳؛ ابن ادریس حلی، ۳۹۱/۲؛ فقحانی، ۲۹۷؛ یحیی بن سعید حلی، ۲۹۷؛ علامه حلی، اُرشاد الازدهان، ۳۸۶/۱؛ شهیدثانی، حاشیه الأرشاد، ۱۶۲/۲) دلائل حق قلع همان دلائلی است که در نظریه قبل مورد نقد و بررسی قرار گرفت. در این بخش فقط دلائل تعلق اُرش به مشتری مورد ارزیابی قرار می‌گیرد.

۲-۲-۱- دلائل تعلق اُرش به مشتری

برای ثبوت اُرش برای مشتری به قاعده لاضرر، اتلاف و احترام مال مسلمان استناد شده که به شرح زیر است:

الف- قاعده لاضرر: قلع درخت و بنا موجب وارد آمدن ضرر به مشتری می‌شود، بدون این که اقدام به ضرر کرده باشد. پس بر اساس قاعده لاضرر پرداخت اُرش بر شفیع واجب است. (نائینی، منیه الطالب، ۸۰/۲) اما دلیل لاضرر در اینجا جاری نمی‌شود. زیرا لاضرر در جایی که اجرای آن سبب ورود ضرر به دیگری شود، جاری نمی‌شود. در محل بحث دلیل لاضرر نسبت به هر دو در یک حد است. بنابراین شمول لاضرر برای یک طرف با شمول آن برای طرف دیگر تعارض می‌کند. یعنی قلع، بدون اُرش ضرر به مشتری است و اجبار شفیع به پرداخت اُرش، ضرر به اوست پس دو ضرر تعارض و تساقط می‌کند. (خویی، ۳۸۱/۶)

ب- قاعده اتلاف: دلیل دیگری که برای لزوم پرداخت اُرش مورد استناد قرار

گرفته قاعده اتلاف است. توضیح مطلب این که حق شفیع در اخذ به شفعه و تخلیص ملکش از اموال غیر فقط مقتضی عدم حرمت قلع است، اما سببیت اتلاف برای ضمان را نفی نمی‌کند. مانند مورد اکل مال در مخمسه که مستلزم جواز اتلاف مال غیر به همراه ضمان است. (رشتی، ۴۸۷)

این دلیل نیز قابل پذیرش نیست. زیرا محل بحث با اکل در مخمسه قابل قیاس نیست. در موارد اکل در مخمسه وجوب حفظ نفس در یک طرف با حرمت تصرف در مال غیر تراحم می‌کند و به جهت اهم بودن وجوب حفظ نفس، حرمت تصرف در مال غیر برداشته می‌شود، اما ضمان آن باقی می‌ماند. (تبریزی، ۲۱۲/۴) ولی در محل بحث حق شفیع با حق مشتری تراحم می‌کند. یعنی همانطور که بعد از اخذ به شفعه، شفیع می‌تواند هر تصرفی در ملک خود بکند، مالک درخت و بنا هم نسبت به مال خود حق دارد و می‌تواند از مالش در مقابل ضرر و تلف محافظت کند و این دو حق با هم تراحم می‌کنند. لذا نمی‌توان حق یکی را بدون هیچ مرجحی بر دیگری ترجیح داد. (موسوی بجنوردی، ۲۱۴/۶)

ج- قاعده احترام مال مسلمان: مشتری در ملک خود تصرف کرده، پس متعدی و متجاوز محسوب نمی‌شود. از طرف دیگر شفیع برای مصلحت خودش موجب نقصان ملک مشتری شده، پس ضامن است و بر او واجب است، نقصانی که به وسیله قلع بر مال مشتری وارد شده را جبران کند. زیرا تصرف مشتری عمل محترمی بوده و بر اساس قاعده احترام مال مسلمان از ازاله آن بدون اُرش ممکن نیست. (شیخ طوسی، المبسوط، ۱۱۸؛ طبرسی، ۶۳۴/۱؛ شهید اول، غایه المراد، ۱۶۲/۲؛ محقق کرکی، ۴۲۳/۶؛ ابن زهره، ۲۳۷؛ صیمری، ۱۷۸/۲؛ عراقی، ۴۵۷) اما دلیل احترام مال مسلمان نیز نمی‌تواند اُرش را ثابت کند. در واقع در استناد به این دلیل یک نوع تناقض وجود دارد. یعنی اگر گفته شود غرس و بنای مشتری محترم است، دیگر شفیع حق تخریب آن را ندارد. اگر هم به شفیع حق قلع و تخریب داده می‌شود، یعنی مشتری حق ابقا ندارد. وقتی حق ابقا نداشته باشد، پس مالش در زمین شفیع احترام ندارد و وقتی مال احترامی نداشته باشد، دیگر از بین بردن آن ضمانی هم ندارد. بنابراین همانطور که از بررسی ادله ملاحظه می‌شود، نمی‌توان از یک طرف برای شفیع حق قلع قائل شد و از طرف دیگر او را ملزم به پرداخت اُرش نمود. به علاوه اُرش در صورتی ثابت می‌شود که مالک درخت و ساختمان مالک حق نصبی باشد که تلف شده است. در حالی که، طبق این دیدگاه، فرض بر این است که بعد از اخذ به شفعه و مالکیت شفیع بر زمین، مشتری استحقاق نصب نداشته پس استحقاق اُرش هم

ندارد. (تبریزی، ۲۱۱/۴) به عبارت دیگر در صورتی که قلع حق ثابت باشد، دیگر آرش معنایی ندارد. زیرا اگر مشتری استحقاق بقا نداشته باشد، دادن عوض چیزی که استحقاق اصل آن را نداشته وجهی ندارد. (صاحب‌جواهر، ۱۴۰۴ق، ۳۷۰/۳۷)

۲-۳- نظریه سوم: تخییر شفیع بین چند امر

برخی فقهیان بر این باورند که شفیع بین قلع تصرفات به همراه پرداخت آرش یا تملک تصرفات با پرداخت قیمت یا صرف نظر کردن از شفعه مخیر است. (شیخ طوسی، المبسوط، ۱۱۸/۳؛ محقق کرکی، ۲۰۶/۳؛ محقق حلی، ۲۰۶/۳؛ مغنیه، ۱۳۸/۴) برخی شفیع را فقط بین تملک با پرداخت قیمت یا صرف نظر از شفعه مخیر می‌دانند. (ابن جنید، ۱۸۹) دلیل قلع به همراه آرش که مورد نقد و بررسی قرار گرفت. صرف نظر کردن از شفعه هم که بحثی ندارد. تنها موردی که محل بحث است، مالکیت تصرفات پس از دادن قیمت آنها به مشتری است. در این مورد اگر مشتری به گرفتن قیمت و واگذار کردن آنها به شفیع رضایت دهد، بحثی وجود ندارد. اما اگر مشتری به این امر رضایت نداشته باشد، آیا شفیع با اجبار مشتری به گرفتن قیمت مالک ساختمان و درخت می‌شود؟ در این مسئله دو وجه وجود دارد؛ از طرفی مالکیت شفیع به وسیله پرداخت قیمت یک معاوضه است و مسلم است که معاوضه به رضایت هر دو طرف نیاز دارد. (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۴۲۴/۶) وگرنه اکل مال به باطل می‌شود. چنانچه قول خداوند متعال (النساء: ۱۹) و روایت «لایحل مال امرئ مسلم الا من طیب نفسه» بر همین مطلب دلالت دارد. بنابراین شفیع بدون رضایت مشتری نمی‌تواند او را به انتقال ملکیت در برابر پرداخت قیمت مجبور کند. از طرف دیگر، برخی مدعی‌اند این امر به مصلحت هر دو است؛ زیرا ضرر بزرگی که از قلع درخت و بنا لازم می‌آید را از هر دو طرف دفع می‌کند و بین حق مالک و حق شفیع جمع می‌شود. برخی این نظر را به اکثر فقها نسبت داده‌اند. (محقق کرکی، ۴۲۴/۶) اما با جستجوهای انجام شده این نسبت صحیح نیست. در مفتاح الکرامه نیز نسبت این نظر به اکثر فقها رد شده است. (حسینی عاملی، ۶۳۷/۱۸) به هر حال به نظر می‌رسد، این استدلال قابل پذیرش نیست. زیرا؛ اولاً؛ در اجبار مشتری به انتقال مالکیت بیشتر مصلحت شفیع و دفع ضرر از او لحاظ می‌شود. چون در ازاء مالی که می‌پردازد، عوضی به دست می‌آورد بدون این که رنج و سختی ساخت و کاشت را متحمل شده باشد. اما مشتری، بر اساس این قول، به هر حال، چه در فرض قلع و چه انتقال

ملکیت، عوض مالش را می‌گیرد. از طرف دیگر چه بسا اگر مشتری به انتقال ملکیت رضایت ندهد و شفیع ملاحظه کند که در ازاء تخریب بنا یا کندن درخت باید خسارت زیادی به مشتری پرداخت کند، کلاً از حق شفعه صرف‌نظر کند. بنابراین، نمی‌توان ادعا کرد در اجبار مشتری به قبول انتقال ملکیت مصلحت هر دو لحاظ شده است. ثانیاً؛ این نظر به هیچ عنوان با قواعد شرعی سازگاری ندارد. زیرا مفروض این است که مشتری در تصرف خود هیچ عدوانی نداشته و مالک قانونی بنا و درخت است. از طرف دیگر بر مبنای منابع شرعی معامله جز با تراضی طرفین صحیح نیست و انتقال مالکیت جز با تراضی طرفین صورت نمی‌گیرد. به همین دلیل علی‌رغم عدم اشاره شیخ طوسی به رضایت مشتری، صاحب جواهر این قول شیخ طوسی را بر صورت رضایت مشتری حمل کرده است. (صاحب جواهر، ۳۷/۳۷۱)

۲-۴- نظریه چهارم: حق مشتری در ابقاء تصرفات به همراه پرداخت اجرت

برخی فقیهان بر این باورند که شفیع حق قلع ساختمان و درخت را ندارد، اما مشتری موظف است در برابر ابقاء مالش در ملک شفیع اجرت زمین را بپردازد. (اصفهانی، ۴/۳۰۰؛ یزدی، ۲/۴۵) این نظریه از دو بخش تشکیل شده است. یکی حق ابقاء تصرفات و دیگری پرداخت اجرت زمین توسط مشتری؛ لذا باید برای هر دو قسمت دلیل آورده شود.

۲-۴-۱- دلایل حق ابقاء برای مشتری

دلیل عدم حق قلع این است که دلیلی که بر حق شفعه دلالت دارد تنها جواز اخذ به شفعه و ملکیت زمین را ثابت می‌کند، اما بر ثبوت حق قلع برای شفیع دلالتی ندارد. زیرا مفروض این است که تصرف مشتری به حق بوده و مشتری مالک تصرفات است. بنابراین مشتری هم بر مالش مسلط است و شفیع حق قلع ندارد. زیرا قلع، سلطنت بر مال غیر است. (اصفهانی، ۴/۲۹۸؛ یزدی، ۲/۴۵) برخی معتقدند مشتری نیز سلطنتی بر قلع ندارد؛ زیرا قلع توسط مشتری نیز، مستلزم تصرف در زمین شفیع و حفر کردن آن است. در حالی که مشتری، سلطنتی بر مال غیر ندارد. (اصفهانی، ۴/۳۰۰) بنابراین وقتی هیچ یک از شفیع و مشتری سلطنتی بر قلع ندارد ابقاء درختان متعین می‌شود.^۱

۱. ایراداتی که در نظریه اول بر حق قلع شفیع وارد شد، در اینجا می‌تواند به عنوان دلیل ابقا مطرح شود که به دلیل پرهیز از اطاله کلام از تکرار آن خودداری می‌شود.

۲-۴-۲- دلایل لزوم پرداخت اجرت زمین توسط مشتری

مشتری موظف است اجرت زمین را به شفیع بپردازد. زیرا با اخذ به شفعه، زمین به ملکیت شفیع درمی‌آید و ابقاء مال مشتری در آن، از نظر عرفی استیفاء از مال غیر محسوب می‌شود، لذا باید بدل آن پرداخت شود. به عبارت دیگر، مقتضی به حق بودن تصرف مشتری و لزوم رعایت احترام آن این است که شفیع سلطنتی بر قلع و منع از ابقاء آن نداشته باشد. زیرا اسقاط احترام مال مشتری، موجب و مجوزی ندارد. اما از طرف دیگر احترام مال مشتری موجب سقوط احترام مال شفیع نمی‌شود. بنابراین پرداخت اجرت زمین بر مشتری واجب است. (اصفهانی، ۳۰۰/۴-۳۰۲) در واقع پس از اخذ به شفعه، منافع به تبع عین به ملکیت شفیع درمی‌آید و از آنجاکه در محل بحث امکان استفاده از منافع برای شفیع وجود ندارد، باید بدل آن به او پرداخت شود.

این نظر نیز دارای ایراد است یعنی اجبار مشتری به پرداخت اجرت، ممنوع است و این که گفته شود مقتضای احترام مال مسلمان، پرداخت اجرت است وجهی ندارد. زیرا بقاء ساختمان و درخت در ملک غیر به اختیار مالک آنها و فعلی از افعال او نیست. چون مشتری در زمان احداث مالک زمین بوده و در زمین خودش تصرف کرده و مسلم است تصرف در ملک خود اجرت ندارد. بقاء درخت و بنا در ملک دیگری بعد از اخذ به شفعه نیز به اختیار مشتری نبوده تا بقاء آن استیفاء زمین توسط مشتری محسوب شده و مستلزم اجرت باشد. بر این اساس مالک درخت و ساختمان می‌تواند به مالک زمین بگوید من اجرت نمی‌دهم. (روحانی‌قمی، المرتقی الی فقه الارقی، ۳۴۲/۱) به علاوه اخذ اجرت بدون رضایت مالک از نظر شرعی ممنوع و تصرف در آن حرام است. (موسوی خمینی، ۳۴۲/۱؛ عراقی، ۴۶۱) زیرا گرفتن اجرت مبتنی بر انعقاد عقد اجاره است و مسلم است که عقد اجاره مانند سایر عقود، تنها با رضایت طرفین منعقد می‌شود. (اراک، ۲۲۷) پس این نظر که گفته شود مشتری ملزم به ابقاء تصرفات و پرداخت اجرت زمین است، دارای ایرادات اساسی و بر خلاف اصول شرعی است.

۲-۵- نظریه پنجم: حق مشتری در ابقاء تصرفات بدون پرداخت اجرت

برخی فقیهان بر این باورند که شفیع نه تنها حق قلع ندارد، بلکه اجرتی هم در مقابل بقاء درخت و ساختمان به او تعلق نمی‌گیرد. (شهیدی تبریزی، ۴۷۴/۳) دلیل عدم حق شفیع بر قلع تصرفات که در مباحث پیشین توضیح داده شد؛ اما در دلیل عدم تعلق

اجرت به شفیع گفته شده از آن جهت که مالک درخت و ساختمان حق ابقاء دارد و جهی برای استحقاق شفیع نسبت به اجرت وجود ندارد. زیرا وقتی مشتری حق ابقاء دارد، یعنی منفعت زمین متعلق به اوست؛ لذا دلیلی برای دادن عوض آن وجود ندارد. از طرفی، تنها وجهی که می‌توان برای پرداخت اجرت به شفیع در نظر گرفت این است که پس از اخذ به شفعه، منفعت زمین به تبع زمین به شفیع برمی‌گردد. در حالی که این وجه صحیح نیست؛ زیرا مشتری با کاشت درخت و احداث بنا در زمانی که مالک زمین بوده، از منفعت زمین استفاده کرده و مسلم است که منفعت مستوفات به شفیع بر نمی‌گردد. به علاوه اگر منفعت زمین بعد از اخذ به شفعه برای شفیع باشد، معنایش این است که مشتری حق ابقاء ندارد و این خلاف فرض است. (شهیدی تبریزی، ۴۷۴/۳) اما این دلیل صحیح به نظر نمی‌رسد؛ زیرا در اینجا استیفا از منفعت زمین به تدریج حاصل می‌شود. لذا اگر زمین به شفیع منتقل شود، صاحب درخت و بنا بعد از اخذ به شفعه حقی نسبت به منفعت زمین ندارد. (موسوی خمینی، ۲/۲۱۵) همچنین این که کاشت درخت و احداث بنا منفعت مستوفات تلقی شده، صحیح به نظر نمی‌رسد. توضیح مطلب این که استیفاء منفعت یا حقیقی است یا اعتباری؛ استیفاء حقیقی که به طور تدریجی حاصل می‌شود؛ یعنی در طول زمان درخت از منفعت زمین تغذیه و استفاده می‌کند. در هر لحظه منفعتی ایجاد و استیفا می‌شود؛ زیرا منفعت به طور تدریجی و در طول زمان ایجاد می‌شود. (روحانی قمی، المرتقی الی فقه الارقی، ۱/۳۴۳؛ روحانی قمی، منهاج الفقاهه، ۵/۴۵۸) به عبارت دیگر، مشتری به وسیله تصرف، مالک منفعت تمام مدتی که درخت و بنا در زمین باقی است نمی‌شود. بلکه به طور تدریجی از منفعت زمین استفاده می‌کند. بنابراین اگر زمین به شفیع منتقل شود، نسبت به زمان بعد از اخذ به شفعه منافع زمین غیرمستوفات است. (ایروانی، ۲/۳۷) اما استیفاء اعتباری به معاوضه منفعت به وسیله عقد اجاره برمی‌گردد، که در اینجا منتفی است. بنابراین در محل بحث استیفاء منفعت نه به طور حقیقی و نه اعتباری صدق نمی‌کند.

(روحانی قمی، المرتقی الی فقه الارقی، ۱/۳۴۳؛ روحانی قمی، منهاج الفقاهه، ۵/۴۵۸)

به علاوه لازمه این نظریه این است که زمین برای زمان طولانی (یعنی تا زمانی که درخت و ساختمان باقی است) برای شفیع مسلوب المنفعه باشد. بنابراین این قول از نظر عقلایی هیچ وجهی ندارد. یعنی از طرفی حق شفیع را در اخذ به شفعه ثابت بدانیم و از طرف دیگر تمام منافع زمین را به مشتری بدهیم! زیرا مالیت یک شیء به اعتبار

منافع آن است و اگر چیزی مسلوب المنفعه باشد، اصلاً مالیتی ندارد. همچنین این قول، راه را برای سوءاستفاده از حق تسهیل می‌کند؛ یعنی شخصی مال مشاعی را بخرد و با مخفی کردن بیع و تقسیم زمین و تصرف در آن عملاً حق شفیع در اخذ به شفعه را از بین ببرد! زیرا چه بسا وقتی شفیع متوجه شود با اخذ به شفعه فقط زمین به او برمی‌گردد، اما منافع زمین به او تعلق نمی‌گیرد، از اخذ به شفعه صرف نظر کند.

۳- جمع بندی نظریات و بیان نظر برگزیده

همانطور که از بررسی دیدگاه‌های فقها مشخص می‌شود در این مسئله اقوال متعددی وجود دارد. علاوه بر دیدگاه‌های مذکور، اقوال دیگری هم در مسئله وجود دارد. برخی به شفیع حق می‌دهند که مشتری را بین قلع بدون آرش یا ابقاء به همراه پرداخت اجرت زمین اجبار کند. (امام خمینی، ۵۲۰/۴؛ گلپایگانی، ۳۷۰/۱) برخی نیز شفیع را بین قلع همراه آرش یا ابقا به همراه پرداخت اجرت مخیر می‌دانند. البته در صورت اختیار ابقا توسط شفیع و عدم رضایت مشتری به پرداخت اجرت، شفیع می‌تواند بدون پرداخت آرش بنا و درخت را زائل کند. (کاشف الغطاء، ۱۴۶؛ ترحینی عاملی، ۶۰۲/۴)^۱ همانطور که ملاحظه‌ی اقوال فقها نشان می‌دهد این مسئله یکی از موضوعاتی است که دارای پیچیدگی زیادی بوده و هیچ یک از دیدگاه‌ها خالی از اشکال نیست. به طوری که یکی از فقها در بیان نظریه خود نوشته این مسئله پیچیده است و برگزیدن هر راه‌حلی مستلزم مخالفت با یک یا دو دلیل شرعی می‌شود. لذا باید راه‌حلی انتخاب شود که کمترین مخالفت با قواعد شرعی را داشته باشد. (امام خمینی، ۵۱۹/۴) یکی از فقیهان نیز پس از بیان دیدگاه خود اعتراف کرده استدلالش خودش را هم قانع نکرده چه برسد به دیگران را! (محقق اردبیلی، ۳۵/۹)

به هر حال آنچه در همه این اقوال مشترک است این است که در فرض مسئله فقها علی‌رغم داشتن دیدگاه‌های متفاوت، حق بقاء شفعه را مفروض گرفته‌اند و سپس در مورد حق شفیع بر قلع و عدم آن بحث کرده‌اند در حالی که معتقدند تصرفات مشتری به حق بوده است. به نظر می‌رسد در این پیش فرض تناقضی وجود دارد. زیرا در بسیاری از فروض مسئله مشتری اقدام به تقسیم ملک و سپس تصرف در حصه خود نموده، حال

۱. همانطور که ملاحظه می‌شود این دیدگاهها جمع دو نظریه‌ی اول و چهارم است لذا همان ایراداتی که به آن نظرات وارد بود در این دیدگاهها هم قابل طرح است.

سؤال این است اگر تقسیم و تصرف مشتری به حق بوده، چرا اثر تقسیم یعنی سقوط شفعه بر آن مترتب نمی‌شود؟! و اگر حق شفعه باقی است چطور تقسیم به حق بوده است؟ بنابراین بقاء حق شفعه در فروض مسئله و همچنین به حق بودن تصرفات اول کلام است. توضیح مطلب این که فروضی که این مسئله در آن اتفاق می‌افتد، متعدد است و به نظر می‌رسد حکم مسئله در همه موارد یکسان نباشد.

همانطور که در مقدمه توضیح داده شد فروض مسئله از موردی که مشتری از طریق وکیل یا ولی شفیع یا مراجعه به مراجع قانونی (در صورت غائب بودن شفیع) به صورت مشروع به تقسیم مال و تصرف در سهم خود اقدام نموده تا جایی که با حيله و تقلب مانع اطلاع شفیع از بیع و تزییع حق او می‌شود، را شامل می‌شود. به نظر می‌رسد حکم مسئله و به خصوص نحوه استدلال در همه مصادیق یکسان نباشد. لذا لازم است حکم هر مورد به طور جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

۳-۱- تقسیم زمین توسط وکیل، ولی یا حاکم

از جمله مصادیق بحث که فقها از طرفی تقسیم ملک و تصرف مشتری را مشروع دانسته و از طرف دیگر قائل به باقی بودن حق شفعه هستند، جایی است که مشتری به همراه وکیل یا ولی شفیع یا حاکم نسبت به افراز زمین اقدام می‌کند. در ادامه هر یک از این فروع به طور جداگانه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱-۱- تقسیم زمین توسط وکیل شفیع

یکی از مصادیق بحث، جایی است که وکیل قانونی شفیع به اتفاق مشتری ملک متعلق حق شفعه را تقسیم کرده و وکیل اختیارات قانونی در این زمینه داشته است. (شیخ طوسی، المبسوط، ۱۱۷/۳؛ شهیدثانی، مسالک الافهام، ۳۲۷/۱۲؛ حسینی عاملی، ۶۲۹/۱۸) در تذکره گفته شده اگر وکیل به دلیل عدم اطلاع از وجه و مصلحتی که برای او مخفی بوده، اخذ به شفعه نکرده و اقدام به تقسیم مال نموده و مشتری هم در سهم خود تصرفی انجام داده سپس موکل بیاید و وجه مصلحت را برای وکیل روشن کند حق شفعه موکل باقی است. (علامه حلی، تذکره الفقها، ۲۶۹/۱۲) عجیب‌تر از آن سخن شهیدثانی در مسالک در است که نوشته: حتی در موردی که شفیع از اقدام وکیل در تقسیم اطلاع داشته و گمان کرده مصلحت در ترک شفعه است، بعد معلوم می‌شود

مصلحت در اخذ به شفعه است... . حق شفعه باقی است. (شهیدثانی، مسالک الافهام، ۳۲۷/۱۲) اما به نظر می‌رسد در این فرض حق شفعه موکل باطل می‌شود. زیرا وقتی وکیل اختیارات قانونی دارد، به نحوی که اخذ به شفعه و ترک آن را هم شامل می‌شود، اقدام وکیل و موکل در عرض هم هستند. لذا هر کدام زودتر عمل حقوقی را انجام دهد، عملش مقدم است و اثر حقوقی خود را می‌گذارد. بنابراین از آنجاکه وکیل به نحو قانونی از حق شفعه صرف‌نظر کرده و راضی به قسمت مال شده، بقاء حق شفعه‌ی موکل معنایی ندارد. چنانچه در سایر تصرفات وکیل چنین است. مثلاً اگر وکیل با اختیارات قانونی ملک موکل را فروخته یا اجاره داده و ظاهر هم در مصلحت بوده اما بعد از معامله موکل برای وکیل روشن کند، به دلائلی که بر وکیل پوشیده بوده، مصلحت بر خلاف تشخیص وکیل است، آیا می‌توان گفت اجاره یا بیع باطل است؟ مسلماً جواب منفی است. صرف‌نظر کردن از شفعه و اقدام به تقسیم هم یک عمل حقوقی مانند سایر اعمال حقوقی است. پس وقتی وکیل به وکالت از شفیع زمین را تقسیم کرده حق موکل در اخذ به شفعه از بین می‌رود. به خصوص که شفعه بر خلاف اصل مالکیت است، لذا نمی‌توان دامنه آن را آنقدر گسترش داد که حقوق قانونی مشتری نادیده گرفته شود. لذا در این مورد وجهی برای بقاء حق شفعه موکل وجود ندارد.

۳-۱-۲- تقسیم زمین توسط ولی شفیع

فرض دیگر مسئله این است که شفیع صغیر یا مجنون باشد و ولی او شفعه را ترک کرده و ملک را با مشتری تقسیم کرده است. فقها این فرض را به طور مطلق مطرح نموده و به رعایت مصلحت و عدم آن اشاره نکرده‌اند. (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۱۴۹/۲؛ محقق کرکی، ۴۲۱/۶؛ فخرالمحققین، ۲۱۴/۲؛ شهید اول، الدروس الشرعیه، ۳۷۳/۳؛ حسینی عاملی، ۶۲۹/۱۸) اما برای مشخص شدن حکم مسئله باید صورت رعایت مصلحت و عدم آن را جداگانه بررسی کنیم.

در صورتی که اخذ به شفعه به مصلحت صغیر یا مجنون نباشد فقها معتقدند اخذ به شفعه جایز نیست. (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۵۹/۵؛ شیخ طوسی، المبسوط، ۱۲۲/۳) حال اگر صغیر بالغ شود یا مجنون افاقه پیدا کند آیا می‌تواند حق شفعه‌ای را که ولی ترک کرده، اخذ کند؟ در اینجا برخی گفته‌اند محجور بعد از رفع حجر اختیار اخذ و ترک را دارد و به عمومیت اخبار استناد کرده‌اند. یعنی اخباری که حق شفعه را

برای صغیر و مجنون بعد از رفع حجر ثابت می‌داند، بر اسقاط شفعه در صورت ترک ولی دلالتی ندارند. (شیخ طوسی، المبسوط، ۱۲۲/۳؛ همو، الخلاف، ۴۴۴/۳؛ حسینی عاملی، ۴۸۲/۱۸) اما به نظر می‌رسد در اینجا حق شفعه ساقط می‌شود زیرا فعل ولی همراه با مصلحت و کاملاً قانونی بوده و صغیر و مجنون نمی‌توانند بعد از رشد و افاقه فعلی را که از روی مصلحت انجام شده، نقض کنند. بنابراین در اینجا صغیر و مجنون بعد از رفع حجر حق اخذ ندارند، مانند بقیه تصرفاتی که ولی با رعایت مصلحت انجام داده است. (علامه حلی، مختلف الشیعه، ۳۵۹/۵؛ شیخ انصاری، ۱۷۸/۲؛ بهجت، ۱۷/۵) به علاوه عمومیت اخبار شفعه باید با سایر احکام و قواعد شرعی سنجیده شود. نمی‌توان این حق را به حدی گسترش داد که باعث تضییع حقوق سایر اشخاص شود. در اینجا وقتی مشتری به همراه ولی و با رعایت مصلحت محجور ملک را تقسیم کرده و تقسیم هم قانونی بوده به طوری که حتی اعمال حق شفعه به دلیل عدم مصلحت برای ولی جایز نبوده، چطور حق شفعه صغیر باقی باشد؟! در صورت پذیرش این نظر حق مشتری که با رعایت تمام موارد قانونی اقدام به تقسیم و تصرف در ملک نموده چه می‌شود؟ به خصوص در صورتی که فاصله معامله تا بلوغ زیاد بوده و مشتری تصرفاتی در زمین داشته است.

به نظر می‌رسد حتی اگر ولی مصلحت صغیر را در عدم اخذ به شفعه رعایت نکند، باز نمی‌توان حق شفعه صغیر را تا بعد از بلوغ ثابت دانست. به خصوص در صورتی که مدت زمان زیادی گذشته باشد. زیرا نمی‌توان در معاملات فقط حق یک طرف را لحاظ نموده و دامنه آن را آنقدر گسترش داد که سبب تضییع حقوق سایر اطراف معامله گردد. (امامی، ۲۲/۳) در محل بحث وقتی ولی صاحب اختیار اموال محجور است و مشتری با تراضی او به تقسیم مال و تصرف در آن اقدام می‌کند، مشتری از کجا باید وجود مصلحت یا عدم آن را در فعل ولی احراز کند؟ بنابراین وقتی به مشتری این اجازه قانونی داده می‌شود که با رضایت ولی ملک را تقسیم و در آن تصرف کند، دیگر معقول نیست که تبعات افعال ولی که بر مشتری پوشیده بوده بر مشتری تحمیل شود. بلکه در این موارد باید قوانین مناسبی وضع شود مثل این که یک مقام مسئول مانند دادستان، بر اعمال ولی نظارت داشته باشد تا در حد امکان فعلی بر خلاف مصلحت محجور، صورت نگیرد و اگر در مواردی با وجود نظارت، فعلی بر خلاف مصلحت محجور اتفاق افتاد خود ولی ضامن و پاسخگو باشد و اثر آن به شخص ثالث (مشتری) سرایت نکند.

۳-۱-۳- تقسیم زمین توسط حاکم

فرض بعدی جایی است که شفیع غائب بوده و مشتری با مراجعه به حاکم شرع اقدام به تقسیم ملک و تصرف در سهم خود می‌نماید. (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۱۴۹/۲؛ محقق کرکی، ۴۲۱/۶؛ فخرالمحققین، ۲۱۴/۲؛ شهیداول، الدروس الشرعیه، ۳۷۳/۳؛ حسینی عاملی، ۶۲۹/۱۸؛ شیخ طوسی، المبسوط، ۱۱۷/۳) همان ایرادی که در فرض قبلی مطرح شد، در این فرض نیز جاری است. یعنی اگر به مشتری حق داده می‌شود که در صورت غیبت شفیع به حاکم شرع مراجعه کند و او هم مال را به نحو قانونی تقسیم می‌کند، دیگر نباید حق شفعه باقی بماند. به عبارت دیگر یا باید حضور شفیع برای تقسیم مال الزامی باشد، یا در صورتی که به مشتری حق داده می‌شود در صورت غیبت شریکش به مراجع قانونی مراجعه کند و به مراجع قانونی هم اجازه داده می‌شود مال را به نیابت از شخص غائب تقسیم کنند، باید تمام آثاری که بر تقسیم مال توسط شریک مترتب می‌شود، بر تقسیم مال توسط حاکم هم مترتب شود. یعنی نمی‌توان از یک طرف به مشتری گفت می‌توانی به حاکم شرع مراجعه و ملک را افزاز کنی و از طرف دیگر گفت هر وقت شفیع حاضر شود (ولو بیست سال بعد) می‌تواند حق شفعه‌اش را اعمال کند! به‌خصوص در مواردی که مشتری در سهم خود تصرف کرده و هزینه زیادی متحمل شده است. بنابراین، در این مورد هم باید قائل به حق ایبقا برای مشتری و سقوط حق شفعه شد یا حداقل برای اعمال حق شفعه توسط شفیع مدت زمان معقولی قرار داده شود و در قانون تصریح شده و به اطلاع مشتری برسد تا مشتری آگاه باشد در این زمان احتمال مراجعه شفیع و اعمال شفعه وجود دارد و از تصرف در زمین خودداری کند.

۳-۲- حيله و تقلب مشتری در عدم اعمال حق شفعه

اما در صورتی که مشتری حيله‌ای به کار برده تا از اعمال حق شفعه توسط شفیع جلوگیری کند، مثل این که بیع را مخفی نموده و اظهار کرده به وسیله‌ی هبه مالک شده و شفیع ملک را تقسیم کرده بعد معلوم می‌شود انتقال ملکیت به سبب بیع بوده یا قیمت خرید را بیشتر از ثمن‌المثل اعلام می‌کند یا به دروغ اظهار می‌کند و کیل بایع است و خرید زمین از بایع را مخفی می‌کند و مواردی از این قبیل که هدف مشتری مخفی کردن واقع از شفیع جهت جلوگیری از اخذ به شفعه است. (علامه حلی، تحریر الاحکام، ۱۴۹/۲؛ حسینی عاملی، ۶۲۹/۱۸؛ شیخ طوسی، المبسوط، ۱۱۷/۳؛ صاحب

جواهر، ۳۶۶/۳۷؛ محقق اردبیلی، ۳۳/۹؛ شهیدثانی، مسالک الافهام، ۳۲۷/۱۲) در این گونه موارد به نظر می‌رسد حق شفیع همچنان باقی است و پس از روشن شدن واقع، شفیع می‌تواند اخذ به شفعه کند و تصرفاتی که مشتری در ملک انجام داده را از بین ببرد و نه تنها شفیع هیچ مسئولیتی در قبال نقصان یا فقدان قیمت این تصرفات پس از تخریب ندارد؛ بلکه مشتری موظف است حفره‌هایی که در زمین در اثر تخریب ایجاد شده را اصلاح نماید. زیرا مشتری با علم به این که شفیع حق شفعه دارد، با حيله و تقلب، به دنبال تضییع حق او بوده و مسلم است قواعد و اصول شرعی و عقلایی به هیچ وجه حيله و تقلب در معاملات و تعاملات اجتماعی را تجویز نمی‌کند. لذا تصرفات مشتری در این موارد احترامی ندارد. زیرا درست است که مشتری در ملک خود تصرف کرده در زمان تصرف مالک زمین بوده اما از آنجا که با حيله و تقلب قصد داشته حق دیگری را تضییع کند تصرفات او احترامی ندارد. در اینجا مشتری ظالم محسوب می‌شود و عرق ظالم حقی ندارد چون ملاک در ظالمیت عدم اذن معتبر شرعی است. (یزدی، ۴۵/۲) به عبارت دیگر از آنجا که مشتری قصد داشته با حيله و تقلب حق شفیع را از بین ببرد و شارع به کار بردن حيله جهت تضییع حق دیگران را تجویز نمی‌کند لذا تصرفات مشتری احترامی ندارد و حق شفیع باقی است. به علاوه مشتری با علم به این که شفیع حق شفعه دارد اقدام به تصرف در زمین کرده لذا خودش بر ضرر خودش اقدام کرده است. (محقق اردبیلی، ۳۵/۹) همچنین دلیل «لا یحل مال المسلم الا بطیب نفسه» نیز بر عدم احترام تصرفات مشتری دلالت می‌کند. توضیح مطلب این که، مقتضای نسبت عدم حلیت به ذات مالی که متعلق به غیر است، عدم حلیت هر چیزی است که به مال تعلق می‌گیرد؛ یعنی هر چیزی به ذات مال تعلق می‌گیرد، از جمله تصرف، تقلب، حبس، منع مالک از تصرف در مال و... نسبت به مال غیر حرام است. (امام خمینی، ۵۱۹/۴) بنابراین در محل بحث از آنجا که مشتری با حيله و تقلب مانع استفاده شفیع از حق مالی خود شده، تصرف او احترامی ندارد. اگر گفته شود تصرفات مشتری در این فرض محترم است در واقع بدین معنی است که شرع و قانون به افراد اجازه داده با حيله و تقلب و سوءاستفاده از حق، حقوق دیگران را تضییع کنند.

۳-۳- بررسی مسئله در فرض اشتراک در راه یا مجرای آب

فرض دیگر موردی است که ملک خریداری شده از ابتدا مفروز بوده اما در راه یا مجرای

آب با شخص دیگری شریک است. (فخرالمحققین، ۲/۲۱۴؛ حسینی عاملی، ۱۸/۶۲۹؛ مغنیه، ۴/۱۳۸) در این فرض نیز حق شفعه برای شریک ثابت است. اما در صورتی که مشتری قبل از اعمال حق شفعه در ملک خود ارزش افزوده‌ای ایجاد کند به طوریکه هیچ یک از شفیع و مشتری در عدم اخذ به شفعه تقصیری نداشته باشند، در اینجا حق شفیع در اعمال شفعه با حق مشتری تزامم می‌کند. در این مورد به نظر می‌رسد حق مشتری مقدم است؛ زیرا از یک طرف تصرف مشتری در ملک خود موافق اصل مالکیت بوده و از طرف دیگر حق شفعه برخلاف اصل مالکیت است و از همین جهت فوری است. لذا حقی که موافق اصل است بر حقی که مخالف اصل است، مقدم می‌شود. به علاوه ادله حق شفعه در مقام اصل تشریح این حق بوده‌اند؛ اما نمی‌توان اطلاق آن نسبت به بعد از تصرف مشتری را هم پذیرفت. زیرا همانطور که اشاره شد این حق برخلاف اصل است، لذا نمی‌توان دامنه آن را به حدی گسترش داد که موجب تضییع حقوق دیگران شود.

نتیجه‌گیری

در صورتی که مشتری در مال متعلق حق شفعه تصرفی نموده، مثل این که درختی کاشته یا ساختمانی احداث کرده باشد، ماده ۸۱۹ قانون مدنی به مشتری حق داده این تصرفات را بردارد. این قانون، علیرغم ظاهر ارفاقی، به هیچ وجه منافع مشتری را تأمین نمی‌کند و در نهایت به ضرر مشتری تمام می‌شود. زیرا مسلم است درخت و ساختمان قابل جابه‌جایی نیست و برداشتن آنها مستلزم تخریب آنها است. بنابراین طبیعی است که مشتری از برداشتن تصرفات امتناع می‌کند. اما قانونگذار درباره حکم مسئله در صورت امتناع مشتری ساکت است. واکاوی در وجوه مسئله حاکی از این است که باید بین تصرفات به حق و تصرفات ناحق مشتری قائل به تفکیک شد. توضیح مطلب این که اگر مشتری به‌طور قانونی اقدام به تقسیم و تصرف در مال نموده و هیچ ظلم و تعدی متصور نباشد، در ادامه نیز حق ایضا دارد و از آنجا که قانون به مشتری حق تقسیم و تصرف داده، تمام آثار تقسیم مال از جمله اسقاط حق شفعه بر آن مترتب می‌شود. اما در صورتی که تصرف و تقسیم مشتری از ابتدا به حق نبوده بلکه با حيله و تقلب مانع اعمال حق شفعه شده و اقدام به تقسیم ملک نموده، بر این تقسیم اثر قانونی مترتب نمی‌شود و لذا حق شفعه باقی است و شفیع می‌تواند بعد از اعمال شفعه و امتناع مشتری از برداشتن تصرفات، تمام تصرفات را زائل کند و نسبت به نقصان یا فقدان

قیمت این تصرفات مسئولیتی ندارد. بنابراین پیشنهاد می‌شود با توجه به این نتیجه، ماده‌ی ۸۱۹ قانون مدنی اصلاح شود یا مواد قانونی جدیدی در این زمینه وضع و به قانون مدنی الحاق گردد تا تکلیف قانونی تصرفات مشتری در مال متعلق حق شفعه مشخص شده و از تضییع حقوق اشخاص پیشگیری شود.

به نظر می‌رسد عمده‌ی این مشکلات به دلیل نامحدود بودن زمان اعمال حق شفعه ایجاد می‌شود. درست است که براساس ماده ۸۲۱ قانون مدنی حق شفعه فوری است، اما این فوریت از زمان اطلاع شفیع از معامله یا در صورت محجور بودن شفیع، از زمان رفع حجر لحاظ می‌شود. این مسئله می‌تواند زمینه‌ساز مشکلات متعددی شود. چه‌بسا شفیع بعد از ده سال اهلیت پیدا کند یا از معامله مطلع شود. احتمال دارد در این مدت مشتری با صرف هزینه زیاد تصرفاتی در ملک انجام داده باشد. یا حتی به دلیل تورم زیاد قیمت ملک چند برابر شده و اعمال شفعه با همان ثمن معامله (ماده ۸۰۸ ق.م.) موجب ضرر فاحش مشتری شود. بنابراین پیشنهاد می‌شود قانونگذار مدت زمان معقولی (مثلاً شش ماه یا یک سال) را برای اعمال حق شفعه قرار دهد. ایجاد محدودیت زمانی در اعمال شفعه با حکم شرعی هم ناسازگاری ندارد. زیرا از طرفی ادله شرعی در مقام اصل تشریح این حق، به منظور حفظ منافع و عدم ورود ضرر به شریک، هستند. از طرف دیگر براساس شرع و قانون حق شفعه فوری است مگر این که عذر قانونی سبب تأخیر در اعمال این حق شود. حال می‌توان برای اعمال حق شفعه و تأثیر معاذیر قانونی، در جهت حفظ مصالح اجتماعی و عدم ورود ضرر به سایر اشخاص، مدت زمان معقولی برای اعمال این حق لحاظ نمود. چنانچه در قانون برخی کشورهای اسلامی زمان اعمال شفعه محدود شده مثلاً در قانون مدنی عراق (ماده ۱۱۳۴) برای اخذ به شفعه مدت شش ماه لحاظ شده است و پس از آن اعمال شفعه به هیچ دلیلی پذیرفته نمی‌شود. البته باید موردی که مشتری سعی داشته با حيله و تقلب مانع اعمال شفعه شود از این قاعده مستثنی شود. زیرا به کار بردن حيله و تقلب برای تضییع حقوق دیگران به هیچ وجه قابل توجیه نبوده و گذر زمان نیز نمی‌تواند آن را موجه کند.

سپاسگزاری: بدینوسیله از حمایت مالی معاونت پژوهش و فناوری دانشگاه شهید چمران اهواز در قالب پژوهانه (SCU.TP1401.36809) در انجام این تحقیق تشکر و قدردانی می‌شود.

فهرست منابع

۱. قرآن کریم.
۲. ابن ادريس، محمد بن منصور، السرائر الحاوی لتحرير الفتاوى، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
۳. ابن جنید، محمد بن احمد، مجموعة فتاوى ابن جنید، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۶ق.
۴. ابن زهره، حمزة بن علی، غنية النزوع إلى علمی الأصول و الفروع، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۱۷ق.
۵. اراکی، محمد علی، الخيارات، قم، مؤسسه در راه حق، ۱۴۱۴ق.
۶. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، حاشية كتاب المكاسب، قم، أنوار الهدی، ۱۴۱۸ق.
۷. امام خمینی، سیدروح الله، كتاب البيع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۲۱ق.
۸. ایروانی، علی بن عبدالحسین، حاشية المكاسب، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامي، ۱۴۰۶ق.
۹. بهجت، محمد تقی، جامع المسائل، قم، دفتر معظم له، ۱۴۲۶ق.
۱۰. تبریزی، جواد بن علی، ارشاد الطالب إلى التعليق على المكاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۱۶ق.
۱۱. ترحینی عاملی، سید محمد حسین، الزبدة الفقهية فی شرح الروضة البهية، قم، دار الفقه للطباعة و النشر، ۱۴۲۷ق.
۱۲. حسینی عاملی، سیدجوادبن محمد، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ق.
۱۳. خوبی، سید ابو القاسم، مصباح الفقاهة، بی جا، بی نا، بی تا.
۱۴. رشتی، میرزا حبیب الله، فقه الإمامية، قسم الخيارات، قم، کتابفروشی داورى، ۱۴۰۷ق.
۱۵. روحانی قمی، سید صادق حسینی، منهاج الفقاهة، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ق.
۱۶. -----، المرتقی إلى الفقه الأرقی، تهران، مؤسسه الجلیل للتحقیقات الثقافية (دار الجلی)، ۱۴۲۰ق.
۱۷. شهید اول، محمد بن مکی، غایة المراد فی شرح نکت الأرشاد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامي حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.
۱۸. -----، الدروس الشرعية فی فقه الإمامية، قم، دفتر انتشارات اسلامي وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۷ق.
۱۹. شهیدثانی، زین الدین بن علی، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية، ۱۴۱۳ق.
۲۰. -----، حاشية الأرشاد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامي حوزه علمیه قم، ۱۴۱۴ق.
۲۱. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح، هداية الطالب إلى أسرار المكاسب، تبریز، چاپخانه اطلاعات، ۱۳۷۵ق.
۲۲. شیخ انصاری، مرتضی، صیغ العقود و الإیقات، قم، مجمع اندیشه اسلامي، ۱۴۲۱ق.
۲۳. شیخ طوسی، محمد بن حسن، المبسوط فی فقه الإمامية، تهران، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، ۱۳۸۷ق.

۲۴. ----- ، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۷ق.
۲۵. صاحب الجواهر، محمدحسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ۱۴۰۴ق.
۲۶. صيمرى، مفلح بن حسن، تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف، قم، انتشارات كتابخانه آية الله مرعشى نجفى، ۱۴۰۸ق.
۲۷. طباطبایى قمى، سيد تقى، عمدة المطالب فى التعليق على المكاسب، قم، كتابفروشى محلاتى، ۱۴۱۳ق.
۲۸. طبرسى، فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بين أئمة السلف، مشهد، مجمع البحوث الإسلامية، ۱۴۱۰ق.
۲۹. عراقى، آقا ضياء الدين، على كزازى، حاشية المكاسب (للنجم آبادى)، قم، انتشارات غفور، ۱۴۲۱ق.
۳۰. علامه حلى، حسن بن يوسف، أرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۰ق.
۳۱. -----، تحرير الأحكام الشرعية على مذهب الإمامية، مشهد، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، بی تا.
۳۲. -----، مختلف الشيعة فى أحكام الشريعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۳ق.
۳۳. -----، تذكرة الفقهاء، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۳۴. فخر المحققين، محمد بن، إيضاح الفوائد فى شرح مشكلات القواعد، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۳۸۷ق.
۳۵. فقحانی، على بن على بن محمد بن طى، مسائل ابن طى - المسائل الفقهية، بی تا، بی نا، بی تا.
۳۶. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹.
۳۷. کاشف الغطاء، على بن جعفر بن خضر، شرح خيارات اللمعة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۲۲ق.
۳۸. کيدرى، محمد بن حسين، إصباح الشيعة بمصباح الشريعة، قم، مؤسسه امام صادق عليه السلام، ۱۴۱۶ق.
۳۹. گلپایگانی، سيد محمد رضا، هداية العباد، قم، دار القرآن الكريم، ۱۴۱۳ق.
۴۰. محقق اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائدة و البرهان فى شرح أرشاد الأذهان، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳ق.
۴۱. محقق حلى، نجم الدين، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعيليان، ۱۴۰۸ق.
۴۲. موسوى خمينى، سيدمصطفى، مستند تحرير الوسيلة، تهران، مؤسسه تنظيم و نشر آثار امام خمينى قدس سره، بی تا.
۴۳. محقق کرکى، على بن حسين، جامع المقاصد فى شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام، ۱۴۱۴ق.
۴۴. مدنى کاشانى، حاج آقارضا، تعليقة شريفة على بحث الخيارات و الشروط، قم، مكتبة آية الله المدنى الكاشانى، ۱۴۰۹ق.
۴۵. مغنیه، محمد جواد، فقه الإمام الصادق عليه السلام، قم، مؤسسه انصاريان، ۱۴۲۱ق.
۴۶. موسوى بجنوردى، سيدحسن، القواعد الفقهية، قم، نشر الهادى، ۱۴۱۹ق.

٤٧. نائيني، محمد حسين، منية الطالب في حاشية المكاسب، تهران، المكتبة المحمدية، ١٣٧٣ق.
٤٨. -----، فوائد الأصول، قم، جامعه مدرسين حوزة علميه، ١٣٧٦.
٤٩. يحيى بن سعيد حلي، الجامع للشرائع، قم، مؤسسة سيد الشهداء العلمية، ١٤٠٥ق.
٥٠. يزدي، سيد محمد كاظم، حاشية المكاسب، قم، مؤسسه اسماعيليان، ١٤٢١ق.
٥١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.