

نظریه قائم مقامی شفیع در بیع شریک

چکیده: اخذ به شفعه سبب می‌شود که خریدار سهم مشاع از مال غیرمنقول قابل تقسیم، تملک خود را از دست داده و شفیع مالک حصه میباید شود. از مواد ۸۰۸ به بعد قانون مدنی، چنین استنباط می‌شود که عقد بیع و ایقاع شفعه در طول هم قرار می‌گیرد و دو عمل حقوقی مستقل محسوب می‌شود. در قانون مدنی ما اشاره‌ای به قائم مقامی شفیع در بیعی که توسط شریک او و خریدار منعقد گردیده، نشده است و با وجود حکم ماده ۸۱۷ ق.م.ا. به دشواری می‌توان چنین راه‌حلی را پذیرفت. مقاله حاضر می‌کوشد تا نشانه‌هایی را که در قانون مدنی و فقه در تأیید قائم مقامی شفیع وجود دارد، نمایان سازد و و ثابت نماید که نظریه مذکور، با اصول و قواعد فقهی و حقوقی هماهنگی بیشتری داشته و ما را از توسل به استثنائات بی‌نیاز می‌سازد. همان راه‌حلی که قانون مدنی مصر نیز مورد تأیید قرار داده است.

۱) مقدمه

به موجب ماده ۸۰۸ ق.م.ا. «هرگاه مال غیرمنقول قابل تقسیمی، بین دو نفر مشترک باشد و یکی از دو شریک حصه خود را به قصد بیع به شخص ثالث منتقل کند، شریک دیگر حق دارد قیمتی را که مشتری داده است به او بدهد و حصه میباید را تملک کند»، شفعه ایقاعی است که سبب تملک است (ماده ۱۴۰ ق.م.ا.) و اِعمال آن، باعث انتقال سهم فروخته شده به شریک می‌گردد.

راجع به نظریه قائم مقامی شفیع، حکم صریحی در قانون مدنی بیان نشده است، اما چنانچه پذیرفته شود به این معنی است که پس از اخذ به شفعه، خریدار از بیعی که منعقد نموده است، کنار می‌رود و شفیع به جای او در عقد تکیه می‌زند، به عبارت

دیگر، عقد بیع، به شفیع انتقال می‌یابد و اوست که باید از همه آثار و نتایج چنین بیعی پیروی کند. به عنوان مثال، شفیع می‌تواند بیع را با شریک خود (بایع) اقاله نماید یا بایع می‌تواند در صورت تحقق شرایط قانونی، بیع را در مقابل شفیع، فسخ کند، بایع متعهد به تسلیم مبیع به شفیع است و ضامن درک مبیع در مقابل او می‌باشد. همچنین در مقابل شفیع ضامن عیوب خفیه است و شفیع نیز ملتزم است تا ثمن معامله را به او پرداخت نماید. در چنین وضعیتی و پس از انتقال بیع به شفیع، خریدار دیگر سمتی در بیع ندارد، بنابراین آثار بیع پس از اخذ به شفعه، نسبت به او جریان پیدا نخواهد کرد و به عنوان نمونه نمی‌تواند مبیع را از شریک مطالبه نماید یا بیع را با او اقاله کند.

برعکس، در صورت ردّ نظریه قائم مقامی شفیع، پس از اخذ به شفعه، خریدار همچنان طرف رابطه حقوقی با شریک باقی می‌ماند و بیع میان آن دو جریان پیدا خواهد کرد و از این رو، خریدار از آثار بیع محروم نخواهد شد. بیع، به شفیع منتقل نمی‌شود و او قائم مقام خریدار در عقد مذکور تلقی نخواهد شد، بنابراین، آثار بیع کماکان، میان منعقد کنندگان آن (یعنی شریک و خریدار) جریان خواهد یافت. از نتایج ردّ نظریه قائم مقامی شفیع، این است که شفیع نمی‌تواند بیع را فسخ یا اقاله نماید و یا مبیع را از شریک، مطالبه کند. بایع نیز در مقابل شفیع ضامن درک یا عیوب خفیه نخواهد بود.

۲) مبانی حقوقی و فقهی

در خصوص قائم مقامی شفیع حکم صریحی در قانون مدنی ما بیان نشده است اما ماده ۸۱۷ ق.م. به طور ضمنی یکی از دلایل رد نظریه قائم مقامی شفیع می‌باشد. ماده ۸۱۷ ق.م. مقرر داشته است که: «در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند مشتری ضامن درک است نه بایع...» این حکم همان نظری است که در فقه امامیه مورد تأیید قرار گرفته و قانون مدنی از آن متابعت نموده است.^۱ در آثار حقوقی ما،

۱- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۳، چاپ دوم، تهران، نشر استقلال، ۱۴۰۹، ص ۲۶۰؛ شهید ثانی،

شرح لمعه، ج ۴، چاپ اول، قم، نشر داوری، ۱۴۱۰، ص ۴۱۱.

این موضوع چندان مورد ارزیابی قرار نگرفته است لیکن برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند که «وضع شفیع ممکن است این توهم را بوجود آورد که حق شفعه وسیله انتقال عقد بیع به شریک است و او را جانشین خریدار می‌کند ولی این توهم فریبنده را باید از ذهن زدود. زیرا، شفیع ملک را از خریدار به انتقال می‌گیرد نه از فروشنده و حق شفعه با تمام شدن بیع به زیان خریدار بوجود می‌آید. طرف عقد بیع همچنان خریدار است پس اگر بیع خیاری باشد و فروشنده، بیع را فسخ کند، آن را از خریدار پس می‌گیرد و اگر اقاله‌ای صورت پذیرد باید با شرکت خریدار و فروشنده باشد نه شفیع و فروشنده، ماده ۸۱۷ ق.م. در مورد یکی از آثار اصلی بیع مقرر داشته در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند، مشتری ضامن درک است نه بایع در حالی که اگر عقد بیع به شفیع انتقال می‌یافت، بایستی فروشنده ضامن درک می‌بود»^۱.

همین عده در تحلیل رابطه حقوقی شفیع چنین افزوده‌اند که «...حق شفعه زاده بیع است و به استناد همین اثر فرعی است که شفیع اختیار تملک پیدا می‌کند و خود را جانشین خریدار می‌سازد. در واقع، شفیع تملک‌کننده نهایی مبیع و پرداخت‌کننده ثمن است و در نتیجه اخذ به شفعه، جانشین خریدار می‌شود و در همان موقعیت^۲ قرار می‌گیرد، پس طبیعی است که او - شفیع - حق فسخ وارش گرفتن را نیز از عیب موجود در زمان بیع بگیرد و نسبت به برهم خوردن تعادل اقتصادی آن عقد - یعنی غبن - ذی‌نفع باشد، برعکس، خریدار واسطه‌ای است بیگانه که چندی مالکیت متزلزل پیدا می‌کند، پیرهن در چنگ شریک دارد و به اراده او از میدان بدر می‌رود، در

۱- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، چاپ اول، تهران، نشر بهنشر، ۱۳۶۸، ص ۲۹۹ و

۳۱۰؛ حقوق مدنی - ایقاع، چاپ اول، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۰، ص ۲۴۷.

۲- عده‌ای انتقال عقد را انتقال موقعیت قراردادی نامیده‌اند، (ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها،

ج ۳، ص ۲۹۴)، بنابراین بکار بردن این اصطلاح و استدلال به اینکه شفیع در موقعیت خریدار

قرار می‌گیرد، با مفهوم انتقال بیع به شفیع نزدیکتر است. جهت مطالعه بیشتر در خصوص انتقال

قرارداد رک: ابراهیم شعاریان، مطالعه تطبیقی شرایط و آثار انتقال قرارداد، رساله دوره دکتری

حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۸۱.

نتیجه خود مسئولیتی مستقل ندارد، وسیله حمل مسئولیت فروشنده است و آنچه بر عهده دارد تابع ضمان او است».^۱

همچنین اشاره شده است که: «در عین حال که وابستگی بیع و شفعه سبب می شود که عوامل تزلزل در حضور بیع برای شفیع ایجاد خیار کند، نسبی بودن رابطه شفیع و خریدار از یک سو و رابطه خریدار و فروشنده نیز فراموش نمی شود چنانکه می بینیم ضامن درک نیز به عهده خریدار است نه فروشنده، (ماده ۸۱۷ ق.م.) به بیان دیگر، شفیع انشاء کننده معاوضه تبعی دیگری است نه جانشین خریدار در برابر فروشنده».^۲

بنابراین با ملاحظه نظریات فوق که در خصوص جانشینی شفیع به جای خریدار مطرح شده تحلیل و بررسی موضوع خالی از اهمیت نیست. باید افزود که از مهمترین آثار جانشینی شفیع در بیع، تسری آثار بیع به او و امکان فسخ بیع توسط شفیع و اقاله آن در رابطه با بایع می باشد. از آنجایی که اخذ به شفعه در حقوق ما ایقاع معینی است که به اراده شفیع تحقق می یابد و بیع منعقد می بین بایع و مشتری نیز عقدی مستقل محسوب می گردد لذا در تحلیل روابط حقوقی فی مابین، عقد بیع و ایقاع مورد نظر در طول هم قرار گرفته که در ابتدا عقد بیع سبب انتقال مالکیت حصه مبیعه به مشتری می گردد و سپس ایقاعی که به اراده شفیع واقع می شود، انتقال مجدد مالکیت را از مشتری به شفیع به همراه دارد و به همین جهت است که منافع منفصله پس از بیع و قبل از اخذ به شفعه به حکم ماده ۸۱۹ ق.م. به مشتری تعلق دارد زیرا او در فاصله زمانی مذکور مالک مبیع بوده است.

برخی از مقررات قانونی در این زمینه که متخذ از نظر مشهور فقهای امامیه است وضوحاً دلالت دارد بر اینکه دو عمل حقوقی و مستقل عقد بیع و ایقاع شفعه در طول هم واقع گردیده و هر یک واجد آثار حقوقی خاص خود بوده و احتمال انتقال عقد بیع از ناحیه مشتری به شفیع و جایگزینی او در عقد بیع منتفی است.

۱- ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - ایقاع، ص ۳۲۶.

۲- همان، ص ۲۳۷.

مهمترین نشانه این وضعیت در قسمت اول ماده ۸۱۷ ق.م. ملاحظه می شود که به موجب آن، چنانچه مبیع (حصبه مورد تملک توسط شفیع)، مستحق للغیر درآید، مشتری ضامن درک است و مکلف به استرداد ثمنی است که به ناروا از شفیع اخذ نموده است بنابراین چنانچه از نظریه قائم مقامی شفیع پیروی می شد، بایع باید ضامن درک مبیع در مقابل شفیع تلقی می گردید و بر این اساس است که عده ای با استناد به حکم مزبور انتقال بیع به شفیع را منتفی دانسته اند.^۱

همچنین بنا بر قول مشهور فقهای امامیه، اخذ به شفعه، مانع اعمال حق فسخ در رابطه میان بایع و مشتری نیست^۲، حتی اقاله میان آن دو (بایع و مشتری) امکان پذیر می باشد. که این امر دلالت بر عدم انتقال بیع به شفیع دارد زیرا، در غیر این صورت، فسخ یا اقاله بیع می بایست در رابطه میان بایع و شفیع واقع می شد نه بایع و مشتری. با وجود این، برخی از احکام شفعه، بر شبهه انتقال بیع به شفیع دامن می زند و شائبه انتقال عقد بیع و قائم مقامی شفیع را مطرح می سازد.

۳) نشانه های قائم مقامی شفیع در قانون مدنی و فقه

الف - قسمت دوم ماده ۸۱۷ ق.م. برعکس قسمت اول آن به نظریه انتقال عقد و قائم مقام مقامی شفیع نزدیکتر است، زیرا در قسمت اخیر ماده یاد شده می خوانیم «...اگر در مورد اخذ به شفعه مورد شفعه هنوز به تصرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع به مشتری را نخواهد داشت»، این حکم برخلاف اصول و ضوابطی است که در انتقال مکرر مالکیت مصداق می یابد، تردیدی نیست که هر خریدار برای گرفتن مبیع، حق دارد به فروشنده مستقیم خود رجوع کند و چنانچه شخص مذکور مبیع را در تصرف خود نداشته باشد، آخرین خریدار حق مراجعه به متصرف نخواهد داشت، این است که بند ۳ ماده ۳۶۲ ق.م. بایع را به تسلیم مبیع ملزم

۱- همان، ص ۳۰۰.

۲- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۴، پیشین، ص ۴۰۱؛ شیخ محقق بحرانی، حقائق الناضره، ج ۲۰، قم،

جامعه مدرسین، ص ۳۲۲.

می‌نماید و اصل نسبیت قرارداد نیز عدم امکان رجوع مشتری را به غیر از شخص بایع تأیید می‌کند.^۱ در این فصل دو عمل حقوقی مستقل و در طول هم (بیع اول و دوم) قرار دارد و هر یک سبب انتقال مالکیت است مع الوصف آخرین خریدار که مالک نیز محسوب می‌گردد نمی‌تواند به اسناد مالکیت خود، از شخص ثالث مبیع را طلب کند زیرا، بایع قبلی (اولین فروشنده)، بیگانه محسوب می‌شود و تعهدی در عقد بیع دوم به او تحمیل نمی‌شود.

اما در اخذ به شفعه، به حکم قسمت دوم ماده ۸۱۷ ق.م. شفیع بایستی مبیع را از بایع مطالبه نماید در حالی که اگر دو عمل حقوقی مستقل مدنظر باشد، و شفیع قائم مقام خریدار تلقی نشود، مراجعه او به بایع توجیه منطقی نخواهد داشت، الا آنکه در توجیه حکم ماده مزبور شفیع قائم مقام خریدار در نظر گرفته شود، و اگر چنین نباشد، علی القاعده بایع هیچگونه تعهدی در قبال تسلیم مبیع نخواهد داشت، چرا که شفیع نه طرف قرارداد با وی بوده و نه قائم مقام مشتری، در حالی که قانون مدنی بایع را در قبال شفیع ملزم به تسلیم مبیع دانسته است و برای رفع این اشکال است که عده‌ای در توجیه حکم ماده ۸۱۷ ق.م. شفیع را قائم مقام قانونی مشتری تلقی نموده‌اند.^۲

باید افزود امکان رجوع شفیع به بایع برای مطالبه حصه مبیعه براساس نظر مشهور فقهای امامیه بدان علت است که اولاً مالک حق دارد مال خود را در ید و تصرف هر شخصی باشد مطالبه نماید و ثانیاً مورد شفعه قهراً و بدون معاوضه و تراضی بین شفیع و مشتری تملک می‌شود و از اینرو مشتری تعهدی به اخذ مبیع از بایع و تسلیم آن به شفیع ندارد^۳ و حداکثر وظیفه او رفع ید از مورد شفعه می‌باشد و بنابراین چنانچه مبیع در اختیار بایع باشد شفیع حق ندارد مشتری را مکلف به

۱- در تأیید این نظر رک: سید حسن امامی، حقوق مدنی، ج ۳، چاپ ششم، تهران نشر کتابفروشی

اسلامیه، ۱۳۶۶، ص ۲۹.

۲- همان، ص ۴۷؛ محقق علی حلی، شرایع الاسلام، ج ۳، پیشین، ص ۲۶۰.

۳- شیخ محمدحسن نجفی، جواهرالکلام، ج ۳۷، چاپ سوم، تهران، دارالکتب اسلامی، ۱۳۶۷، ص ۳۵۶.

تسلیم مبیع نماید. لازم به ذکر است که عده‌ای معتقدند که نظر مشهور مشعر بر وجود نظر مخالف در این زمینه می‌باشد. همچنین شافعیه معتقدند که مشتری هر چند مبیع را قبض نکرده باشد در مقابل شفیع مکلف به تسلیم می‌باشد زیرا انتقال مورد شفعه به شفیع به منزله خریداری مشتری از مشتری است.^۱

اگر عدم امکان رجوع شفیع به مشتری در حالت فوق، ناشی از عدم تراضی و تعامل میان آن دو باشد علی‌الاصول و طبق نظر مشهور، در موارد دیگری هم که مشتری بر مورد شفعه تصرف نداشته باشد بایستی همین قاعده (یعنی عدم امکان مراجعه شفیع به مشتری) جاری شود در حالی که بر اساس نظر اکثر فقها، چنانچه مشتری قبل از اخذ به شفعه، مورد شفعه را به دیگری منتقل نموده و تسلیم او کند، شفیع حق دارد ضمن اخذ به شفعه، حصه مبیعه را از مشتری اول ولو آنکه تصرفی بر مبیع نداشته باشد، طلب نماید.^۲ از اینرو بدون توسل به مفهوم قائم مقامی، عدم امکان مراجعه شفیع به مشتری برای مطالبه مبیع قابل تأمل می‌باشد.

ب - نشانه دیگر قائم مقامی شفیع، بطلان شفعه بواسطه فسخ بیع می‌باشد. بر اساس قول مشهور فقها، تملک شفیع مانع از فسخ بیع میان بایع و مشتری نیست و اگر صاحب خیار (مثلاً بایع) بیع را فسخ کند شفعه باطل می‌شود.^۳

قسمت اول این نظریه یعنی امکان فسخ بیع در رابطه میان بایع و مشتری، نظریه انتقال عقد بیع و قائم مقامی شفیع را منتفی می‌سازد، در حالیکه قسمت دوم آن یعنی بطلان شفعه به واسطه فسخ عقد بیع، بر توهّم انتقال عقد می‌افزاید. دلیلی وجود ندارد که فسخ عقد بیع، شفعه را باطل ساخته و مالکیت شفیع را زایل سازد، مبیعی

۱- همان، ص ۳۵۶.

۲- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۳، ص ۲۵۹؛ جواد احمدی طباطبائی، اخذ به شفعه در حقوق مدنی ایران و فقه اسلام، پایان نامه دکتری، دانشکده تهران، ۱۳۴۴، ص ۸۳.

۳- شهید ثانی، شرح لمعه، ج ۲، پیشین، ص ۲۵؛ مرحوم دکتر سید حسن امامی، این قول را به اجماع فقها نیز نسبت داده‌اند: رک: حقوق مدنی، ج ۳، ص ۴۳. و در مقابل برخی از حقوقدانان با استناد به نسبی بودن آثار عقد، اقاله یا فسخی را که پس از اخذ به شفعه انجام گرفته موجب زوال مالکیت شفیع نسبت به حصه مبیعه نمی‌دانند (ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، ایقان، ص ۲۳۵ و ۲۳۸).

که، توسط شفیع تملک شده، در رابطه حقوقی میان بایع و مشتری، در حکم تلف است^۱ و در حقوق ما، تلف مبیع، مانع فسخ یا اقاله نیست^۲، که در این صورت، مشتری مکلف به دادن بدل مبیع به بایع خواهد بود، زیرا تصرفات حقوقی و ناقله از قبیل بیع و اجاره، در زمان خیار برای مشتری امکان پذیر است و اخذ به شفعه نیز مانند سایر تصرفات حقوقی، سبب انتقال مالکیت می باشد.

حال چنانچه فسخ بیع، شفعه را باطل کند،^۳ معنی آن، در فرض اعمال خیار توسط بایع، انتقال مالکیت مورد شفعه از شفیع به بایع می باشد که این امر نیز دلالت بر قائم مقامی شفیع در رابطه حقوقی بایع و مشتری دارد. گفتنی است در فرض یاد شده احتمال بازگشت مالکیت بایع از طریق و با واسطه مشتری نیز منتفی می باشد زیرا پس از تملک شفیع، انتقال مالکیت به مشتری - و به تبع آن به بایع - منحصرأ از طریق انعقاد عقد جداگانه میان شفیع و مشتری امکان پذیر است.

ج - ماده ۸۲۰ ق.م. نیز بطور ضمنی نظریه قائم مقامی شفیع را تقویت می کند، زیرا چنانچه پس از بیع، بواسطه خیار عیب، مشتری ارش گرفته باشد، شفیع به همان اندازه از ثمن کسر خواهد نمود، با توجه به اینکه به موجب ماده ۸۰۸ ق.م. شفیع در اخذ به شفعه، ثمن المسمی را به مشتری پرداخت می نماید، لذا حکم ماده مرقوم در تسری ارش به شفیع، با قائم مقامی وی تجانس بیشتری دارد، زیرا دلیلی وجود ندارد تا ارش مأخوذه توسط مشتری، به شفیع تسری یابد.^۵

۱- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ص ۳۳.

۲- ماده ۲۸۶ ق.م. مقرر می دارد: «تلف یکی از عوضین مانع اقاله نیست در این صورت به جای آن چیزی که تلف شده است مثل آن در صورت مثلی بودن و قیمت آن در صورت قیمی بودن داده می شود.»

۳- سید مصطفی محقق داماد، اخذ به شفعه، چاپ اول، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۶۵، ص ۹۹.

۴- ماده ۸۲۰ ق.م. مقرر می دارد: «هرگاه معلوم شود که مبیع حین البیع معیوب بوده و مشتری ارش گرفته است شفیع در موقع اخذ به شفعه مقدار ارش را از ثمن کسر می گذارد.»

۵- صاحب جواهر اشکال کرده است که ارش جبران خسارت و حق خریدار است نه جزئی از ثمن پس

بر طبق قاعده شفیع نباید به این عنوان به خریدار رجوع کند (شیخ محمد حسن نجفی، جواهر

الکلام، ج ۳۷، ص ۴۰۹).

د - موضوع دیگری که در تحلیل قضیه مؤثر است، مؤجل بودن ثمن معامله میان بایع و مشتری است. با توجه به اینکه شفیع باید ثمن معامله را به مشتری داده و حصه مبیعه را تملک کند، این سؤال مطرح شده که آیا شفیع ثمن را با همان شرط (اجل) به خریدار پرداخت می نماید یا آنکه وی ملزم به پرداخت نقدی ثمن است. در این خصوص فقهای امامیه نظرات مختلفی ابراز نموده اند و عده ای معتقدند که شفیع می تواند ثمن را با همان اجل به مشتری بپردازد.^۱

در فقه عامه، مالکیه معتقدند شفیع با همان اجل مقرر ثمن را به مشتری می پردازد و شافعیه شفیع را مخیر دانسته اند که یا نقداً ادا کند و یا در اجل مقرر، که در صورت اخیر، اثر اخذ به شفعه که انتقال مالکیت است تا حین اداء به تأخیر خواهد افتاد.^۲ بدیهی است تسری اجل ثمن در معامله میان بایع و مشتری به رابطه حقوقی میان شفیع و مشتری با مفهوم قائم مقامی شفیع تناسب بیشتری دارد^۳ زیرا در غیر این صورت دلیلی وجود ندارد تا شفیع، از همان اجل بهره مند شود. شاید به همین علت است که برخی در توجیه این امر، شفیع را صریحاً قائم مقام مشتری تلقی نموده اند.^۴ هـ قضیه دیگری که نظریه قائم مقامی شفیع را تقویت می کند، توسل به خیارات از جمله خیار عیب توسط شفیع است. قانون مدنی هر چند برای شفیع، امکان توسل به خیار عیب را قائل نگردیده است، مع الوصف گروهی از فقها و نویسندگان معتقدند که هرگاه عیب مورد شفعه، در زمان وقوع بیع وجود داشته باشد، شفیع نیز می تواند به استناد آن تملک به شفعه را فسخ کند یا از خریدار ارش بگیرد ولی حق فسخ بیع را

۱- محقق حلی، شرایع الاسلام، ج ۳، پیشین، ص ۲۶۲.

۲- احمد بن رشد قرطبی، بدایة المجتهد و نهاية المقتصد، ج ۲، قاهره، نشر استقامة، ص ۲۵۶.

۳- مطابق ماده ۲۵۳ قانون مالکیت غیرمنقول لبنان (اصلاحی سال ۱۹۴۸ میلادی)، شفیع قائم مقام خریدار تلقی نگردیده است و به همین دلیل نمی تواند از اجل ثمن، بهره برد. رک: عبدالرزاق احمد

السنهوری، الوسیط، ج ۹، ص ۷۳۸.

۴- جواد احمدی طباطبائی، پیشین، ص ۹۵.

ندارد.^۱ و برخی از فقهای عامه خیار عیب شفیع را در مقابل بایع تأیید نموده‌اند.^۲ در خصوص سایر خیارات نیز، برخی، استناد به خیار غبن برای برهم زدن شفعه را احتمال داده‌اند.^۳ در فروض مذکور، اگر چه انحلال شفعه عمدتاً در رابطه میان شفیع و مشتری مطرح گردیده و ارتباطی به جانشینی شفیع ندارد، مع الوصف برای رفع بی‌عدالتی ناشی از عیب یا غبن مورد شفعه، به راه حلی توسل شده که نه در قانون مدنی سابقه داشته و نه با اصول و مبانی فقهی و حقوقی ما سازگار است.

می‌دانیم که ایقاع، از جمله اخذ به شفعه، لازم تلقی می‌شود و قابلیت انحلال و اعاده ندارد و برهم زدن ایقاع نیازمند حکم خاص است^۴ و چون در قوانین ما، حکم خاصی در خصوص فسخ اخذ به شفعه وجود ندارد و حتی قاعده کلی نیز در خصوص امکان رجوع از ایقاع مشاهده نمی‌شود، لذا تأیید فسخ شفعه بلحاظ عیب یا غبن دشوار است، در حالی که اگر قانونگذار قائم مقامی شفیع را به رسمیت می‌شناخت، برای او نیز مانند خریدار خیار عیب یا غبن به راحتی قابل تصور بود.

۴) حقوق مقایسه

در قانون مدنی جدید مصر، به موجب بند ۱ ماده ۹۴۵، شفیع در مقابل بایع و نسبت به تمامی حقوق و تعهدات ناشی از عقد بیع در محل مشتری قرار گرفته و قائم مقام خاص او تلقی شده است،^۵ براساس بند ۳ ماده مزبور، چنانچه مورد شفعه مستحق للغير درآید، شفیع برای استرداد ثمن فقط حق رجوع به بایع را خواهد

۱- ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی - ایقاع، ص ۳۲۲؛ سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۲۲.

۲- احمد بن رشد قرطبی، پیشین، ص ۲۶۰.

۳- «لوکان فی المبیع غبن فاحش لم یبعد القول باستحقاق الشفیع رده» محقق کرکی، جامع المقاصد، ج

۶، چاپ اول، قم، نشر آل بیت، ۱۴۱۰، ص ۴۳۷.

۴- ناصر کاتوزیان، پیشین، ۱۸۹.

۵- بند ۱ ماده ۹۴۵ قانون مدنی مصر مقرر می‌دارد: «یحل الشفیع قبل البائع محل مشتری فی جمیع

حقوقه و التزاماته» (عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج ۹، ص ۷۳۸).

داشت،^۱ و این برخلاف حکمی است که در قسمت اول ماده ۸۱۷ ق.م. ما بیان گردیده است. از جمله تعهداتی که بایع مستقیماً و در مقابل شفیع دارد تعهد وی به انتقال رسمی مالکیت مورد شفعه، تحویل مبیع به شفیع و ضمان درک و ضمان عیوب خفیه می باشد. شفیع نیز در مقابل بایع متعهد به تسلیم ثمن می باشد البته در صورتی که ثمن را مشتری پرداخت ننموده باشد. ماده ۹۴۹ ق.م. لیبی مطابق با ماده ۹۴۵ ق.م. مصر، همان نظریه را تأیید نموده و ماده ۱۱۴۲ ق.م. عراق نیز با عبارتی دیگر قائم مقامی شفیع را تأیید نموده است.^۲

ماده ۱۰۳۷ الجمله الاحکام العدلیه (که حاوی نظریات مشهور فقهای حنفی است) بر قائم مقامی شفیع دلالت دارد و در تفسیر آن گفته شده که شفیع در وضعیت خرید مبیع قرار دارد و برای او خیار موجود است و چنانچه خیار مشتری با رویت مبیع ساقط شده باشد عمل او در حق شفیع مؤثر نمی باشد.^۳

نتیجه بحث

تملک قهری مال دیگری از طریق اخذ به شفعه امری استثنایی و خلاف قاعده تلقی می شود و احکام و مقررات آن نیز در نوع خود ویژه و استثنایی است و به نحوی که بیان شد، قسمت اول و دوم ماده ۸۱۷ ق.م. در مقایسه با یکدیگر هماهنگی ندارد و به رغم رد نظریه قائم مقامی توجیهی منطقی برای ماده ۸۲۰ ق.م. نمی توان ارائه نمود. شاید به این علت است که اختلاف نظرها و تضارب آراء در اخذ به شفعه متنوع و گسترده است و بسیاری از آراء مطروحه با اصول و قواعد عمومی هماهنگی ندارد، تا آنجا که مؤلف کتاب حدائق، در باب شفعه بارها به دلیل نداشتن نص یا مدرک صریح از اظهار نظر خودداری کرده است.^۴

۱- بند ۳ ماده ۹۴۵ قانون مدنی مصر مقرر می دارد: «اذا استحقق العقار للغير بعد اخذ بالشفعة، فلیس للشفیع أن یرجع الی العلی البائع، (همان، ص ۷۴۵).

۲- همان، ص ۷۳۸ و ۷۴۰ به بعد.

۳- جواد احمد طباطبائی، پیشین، ص ۱۰۹.

۴- به نقل از ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۲۸، پاورقی ۱.

چنین اوضاع و احوالی، نشان می‌دهد که بسیاری از مطالب و نظریات ارائه شده، رأی فقیه است نه حکم شرعی که قانونگذار و رویه قضایی را ممنوع از ابتکار کند.^۱ ابتکاری که قانونگذار مدنی مصر چه در قانون قدیم و چه در قانون مدنی جدید مصر از خود نشان داده، نه تنها راه را برای گریز از استثنائات و روی آوردن به اصول و قواعد مهیا ساخته، بلکه بسیاری از اختلافات نظرها را بیهوده ساخته و مشکلات عملی را مرتفع نموده است.

در حال حاضر، استناد به خیار غبن یا عیب توسط شفیع در قانون مدنی پیش‌بینی نشده است و بر فرض که به منابع فقهی توسل شود، اولاً انتخاب حکم قاطع در بسیاری از موارد با مشکل روبروست، ثانیاً قبول برخی از آراء فقهی با اصول و ضوابط قانون مدنی هماهنگی نخواهد داشت چنانکه برسمیت شناختن خیار عیب یا غبن برای شفیع و در مقابل مشتری، چندان سهل نیست.

وانگهی انتقال بیع به شفیع، ناهماهنگی ماده ۸۱۷ ق.م.م.ا حل می‌کند، در قسمت اول آن مشتری ضامن درک است در حالی که در قسمت دوم آن با بیع متعهد به تسلیم مبیع است در حالی که در قانون مدنی مصر این ایراد مشاهده نمی‌شود، با بیع علاوه بر اینکه متعهد به تسلیم مبیع به شفیع است، در مقابل او ضامن درک نیز می‌باشد. تردید در قائم مقامی شفیع به جای مشتری، در عبارات برخی از نویسندگان نیز ملاحظه می‌شود به نحوی که برخی علیرغم منتفی بودن انتقال بیع به شفیع در محل دیگری او را جانشین مشتری و در همان موقعیتی دانسته‌اند که برای خریدار متصور است.^۲ که البته این تردیدها عمدتاً ناشی از استثنایی بودن قواعد حاکم بر اخذ به شفعه می‌باشد. در مفهوم عرفی نیز اخذ به شفعه، جانشینی شریک - شفیع - به جای خریدار را در ذهن تداعی می‌کند و مفاهیمی نظیر ایقاع و تملک قهری از طریق اخذ به شفعه در اراده مردم جای نمی‌گیرد، بلکه شفیع با اطلاع از وقوع بیع نسبت به حصه مشاع، می‌خواهد جای خریدار را بگیرد و او را از میدان بیرون کند.

۱- همان، ص ۲۳۸.

۲- ناصر کاتوزیان، پیشین، ص ۳۲۶؛ سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج ۳، ص ۴۷.

در مجموع هر چند زوایای پنهانی از جانشینی و قائم مقامی شفیع در فقه و قانون مدنی ملاحظه می شود (شق دوم ماده ۸۱۷ و ماده ۸۲۰ ق.م.) مع الوصف از برخی مقررات اخذ به شفعه از جمله قسمت اول ماده ۸۱۷ ق.م. و پاره‌ای از آراء فقهی نمی توان نظریه قائم مقامی شفیع را قاطعانه به رسمیت شناخت مگر اینکه قانونگذار با اصلاح ماده ۸۱۷ ق.م. و ضامن درک شناختن بایع در مقابل شفیع بسیاری از مشکلات مطروحه را مرتفع سازد.

شایان ذکر است آنچه از روایات وارده در خصوص شفعه استنباط می شود، استحقاق شفیع در تملک حصه مبیعه است و پذیرش نظریه قائم مقامی شفیع، با روایات وارده منافاتی ندارد. آنچه که در روایات و اخبار وارده به آن اشاره شده است استحقاق شفیع در تملک حصه مبیعه و پاره‌ای دیگر از احکام شفعه می باشد و هیچ یک از اخبار وارده مانع از پذیرش نظریه قائم مقامی شفیع نیست.^۱ همچنین بیشتر احکام شفعه در آرای فقها تجلی یافته که با عنایت به تنوع و تکثر نظریات مطروحه در فقه، نمی توان برخی از آنها را موافق و برخی دیگر را مغایر حکم شرع تلقی نمود. آنچه مسلم و مفروض عنه است استحقاق شریک در تملک حصه مبیعه است، بیشتر آثار و احکام آن زاییده سایر اصول و قواعد فقهی است، پذیرش نظریه قائم مقامی شفیع در بیع میان بایع و مشتری نیز نه تنها تزاممی با حکم اولیه شرع ندارد و تأیید کننده آن است، در فروع و سایر احکام شفعه نیز با اصول و قواعد مسلم تطابق بیشتری دارد، چرا که امکان فسخ ایقاع در فقه و حقوق به رسمیت شناخته نشده و شاید به این علت است که برخی از فقها، فسخ شفعه را بلحاظ عقد نبودن آن، نپذیرفته‌اند. وانگهی چگونه می توان مدعی شد که قانونگذار مصر و عراق و لیبی با قبول نظریه قائم مقامی شفیع برخلاف حکم شرع عمل کرده است. اتفاقاً قانونگذار مصر در قانون شفعه مصوب ۱۹۰۱ میلادی، که قانون مستقلی به شمار می رفت احکام فقه اسلامی را مدنظر قرار داد و سپس همان قواعد را در قانون مدنی جدید

۱- جهت مطالعه احادیث وارده رک: حرعاملی، وسایل الشیعه، ج ۱۷، چاپ دوم، هم، نشر موسسه

خود وارد ساخت و در هر دو قانون نظریه قائم مقامی شفیع را تأیید نمود.^۱ پذیرش انتقال عقد، روابط پیچیده میان شفیع و مشتری را حل می‌کند و تزامم حق شفعه و اقاله و خیار را از بین می‌برد و این طریقی برای رعایت اصول و ضوابط مسلم فقهی - حقوقی است.