

الشفعة

كتاب جديد بنوعه واسلوبه وعرضه
يبحث عن الشفعة بحثاً قانونياً مستفيضاً
مع مقايضة القوانين، والمذاهب المختلفة
ويستعرض اجتهادات المحاكم على ضوء
نظام السجل العقاري في سوريا ولبنان
ويليه ملحق بالاجتهادات الصادرة
عن المحاكم السورية واللبنانية

تأليف

زهدي يكن

obeykandi.com

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

وبعد ، فهذا شرح شامل لمواد الشفعة الواردة في الفصل الخامس من قانون الملكية دعائي الواجب لوضعه بعد ان رايت تشعب الاداء واضطرابها بموضوع الشفعة مع قلة موادها وغموضها .
وقد اجتهدت كثيراً ان يكون هذا الشرح جامعاً وافياً ، حاوياً اقوال العلماء واجتهادات المحاكم

وسيرى القارئ الكريم انني لم اترك مسألة تهمة في الشفعة الا وابنت له احكامها ، وتبسطت في بيانها ، وقد اخترت له احدث المباحث والقوانين الباحثة عن الشفعة وجعلت الشرح تعليقاً على كل مادة ، فان هذا ادعى لسهولة المراجعة وجمع شتات البحث ، في المحل المناسب له
وكل ما اتمناه في النهاية ان يكون هذا الكتاب بما حوى من المباحث القانونية والشرعية الجليلة ، اداة لاطهار الحق ، وازهاق الباطل

مختتماً هذه المقدمة الوجيزة بقول ابن الرومي
اول ما اسأل من حاجة ان يقرأ الشعر الى آخره
ثم كفاني بالذي ترتني في جودة الشعر وفي شاعره

بيروت في ٩ ك ٢ سنة ١٩٤٥

زهدي بكسر

اهم المراجع العربية

شرح مجلة الاحكام العدلية الجزء الثاني - للمرحوم محمد سعيد مراد الغزي
درر الحكم - شرح مجلة الاحكام - تأليف علي حيدر افندي
شرح المجلة - للمرحوم سليم رستم اياز
شرح مجلة الاحكام العدلية - للاستاذ محمد سعيد المحاسني، الجلد الثاني
البحر الرائق - شرح كنز الدقائق - للعلامة الطوري الجزء الثامن
مجمع الانهر - شرح ملتقى الابحر - للعلامة عبد الرحمن افندي داماد - الجزء الثاني
بدر المنتقى في شرح الملتقى - لابن عابدين الجزء الثاني
رد المختار - على الدر المختار - لابن عابدين الجزء الخامس
بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للعلامة الكاساني الجزء الخامس
المبسوط للعلامة السرخسي الجزء الرابع عشر
فتح القدير - للمحقق الكمال ابن الهمام الجزء السابع
شرح الغاية على الهداية للامام اكمل الدين البابرقي الجزء الثاني
حاشية الحلبي - على شرح الغاية - وعلى الهداية
اعلام الموقعين - لابن القيم الجوزية الجزء الثاني
المدونة الكبرى - رواية الامام سحنون عن ابن القاسم عن الامام مالك - الجزء

المراجع الاجنبية

شرح القانون المدني التوركي (لمصطفى بك رشيد بالتركية)
توضيح القانون المدني التوركي للاستاذ راشد بك (بالتركية)
مشروع القانون الاسلامي للجزائر (لمارسل موران) بالفرنسية Marcel Morand
القانون المدني الالماني - مع تعليقات عليه - لراول ده لاكراسيه ري بالفرنسية
Raoul de la Grasserie
شرح القانون المدني الفرنسي (لدالوز) Dalloz
القانون المدني الاسلامي - حسب ترتيب القانون المدني الفرنسي (لمايسوناس)
Meysonnasse بمذهب الامام مالك (بالفرنسية)
شرح القانون المدني السويسري (لروسيل) Russel بالفرنسية
القانون المدني السويسري (لويه لاند بووه) V. Lande Buée بالفرنسية
وغیرها - الواردة في هوامش الكتاب

في حق الشفعة

المادة ٢٣٨ — حق الشفعة هو حق ممنوح لشريك في ملك
أو في حقوق عينية جارية على ملك يخوله ان ينتزع لنفسه
مقابل دفع ثمن المشتري الحصة التي اشتراها شخص آخر بالرضى
في هذا الملك أو في تلك الحقوق العقارية المشتركة

١	الشفعة لغة	١٢	الشفعة والقانون الفرنسي . حق
٢	في اللغة الفرنسية		الاسترداد
٣	نشوء حق الشفعة في العالم	١٣	يختلف حق الاسترداد عن حق
٤	حق الشفعة وهل عرف قبل الاسلام		الشفعة ؟
٥	نظام الشفعة في سورية ولبنان .	١٤	استرداد الحق المتنازع فيه وهل
	لا شفعة في الاراضي الاميرية قديماً .		هو نوع من الشفعة ؟
	حق الرجحان بالاراضي الاميرية	١٥	البيع مع اشتراط حق الاسترداد في
٦	اصحاب حق الرجحان بالدرجة		لبنان وهل هو نوع من الشفعة ؟
	الاولى		في المانيا
٧	الشريك والخليط	١٦	هل هذا نوع من الشفعة ؟
٨	يختلف حق الرجحان عن الشفعة		البلاد التي تستعمل حق الشفعة الحقيقي :
٩	الدرجة الثانية من اصحاب الرجحان	١٧	١ اسبانيا
١٠	اصحاب الرجحان بالدرجة الثالثة	١٨	٢ الجزائر
١١	اسباب التملك بالشفعة ومقابلتها بحق	١٩	٣ تونس
	الرجحان قبل نشر قانون الملكية،	٢٠	٤ مراکش
	اسباب الشفعة بقانون الملكية	٢١	٥ مصر

تعريف مرشد الخيران	٢٢ ٦ تركيا
تعريف ابن عرفة الوارد في سيدي خليل	٢٣ بدء العمل بالشفعة بحسب قانون الملكية
تعريف الشفعة بمشروع القانون الاسلامي الموضوع للجزائر	٢٤ تنظيم احكام المادة ٢٣٨ من قانون الملكية
تعريف مايسوناس للشفعة	٢٥ مصادر حق الشفعة
ما هو تعريف الشفعة بالشرعية ؟	٢٦ مشروعية الشفعة . وصية بالانيول بالاخذ بنظام الشفعة
تعريف الشفعة بالقانون المدني التركي	٢٧ منافع الشفعة
تعريف القانون السويسري	٢٨ ثبوت حق الشفعة
ما هي الشفعة الاتفاقية في سويسرا وتركيا والمانيا ؟	٢٩ هل يجوز استعمال الحيل لاسقاط الشفعة ؟
تعريف القانون الالماني للشفعة ؟	التحليف على ابطال الشفعة بالحيلة . الحيلة وقانون الشفعة
تعريف الشفعة في اسبانيا	٣٠ استعمال الشفعة لمنفعة اجنبي
تعريف الشفعة في القانون المراكشي	٣١ هل الشفعة قرينة قانونية على وقوع الضرر للشفيع ؟
٣٦ القيود الاحترازية في تعريف الشفعة	٣٢ نظام الشفعة وهل يشمل ما قبله ؟
هل الشفعة حق عيني أو شخصي ؟	٣٣ اي النصين يراعى في الشفعة العربي ام الفرنسي ؟
٣٨ الشفعة وهل هي محصورة بالمعقار ؟	٣٤ في تعريف الشفعة بالقانون
٣٩ الحكر والشفعة	٣٥ هل هذا التعريف مستقيم ؟
هل يشفع بالحكر	التعريف الجامع للشفعة :
٤٠ هل يشفع بالحكر	تعريف المجلة
٤١ حق التعليل والشفعة	
٤٢ السطحية وهل تعطى حق الشفعة ؟	
٤٣ هل لصاحب حق الانتفاع الشفعة ؟	
٤٤ هل للحمير حق الشفعة ؟	
٤٥ شفعة الصغير	

١ - في تعريف الشفعة لغة : الشفعة لغة ، مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر ، يقال شفع الرجل شفعاً اذا كان فرداً فصار ثانياً ، وشفع الشيء شفعاً صيره شفعاً اي زوجاً بان يضيف اليه مثله . وشفع جاره : جعله اولى بمشترى البيت ممن لم يكن مجاوراً له

وبما ان الشفيع يضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة^١ وهي بالضم على وزن فعلة بمعنى المفعول اسم للملك المشفوع بملك

ويسمى من له حق الشفعة الشفيع^٢ والعقار الذي تعلق به حق الشفعة المشفوع^٣ والذي وجبت به الشفعة المشفوع به^٤ واما قولهم الدار التي يشفع بها فمن استعمال الفقهاء^٥.

٢ - ويطلق الفرنسيون كلمة « Prémption » على الشفعة ، ويرجع اصل هذه الكلمة الى الكلمة اللاتينية Præemptio ومعناها الشراء Achat ويسمى الشفيع Prémpteur وحق الشفعة Droit de préemption وللدلالة على الشفعة المعروفة بالشريعة الاسلامية يستعملون غالباً نفس اللفظة العربية ويعبرون عنها بكلمة « cheffaâ »^٦ و La chéfâ^٧ و chefa'at^٨

وقد يطلق على الشفيع لفظة L'auteur du retrait او Retrayant وعلى الشفعة لفظة Le retrait^٩ ولكن الاولى اطلاق الالفاظ الاولى حتى لا يقع الاشتباه بين الشفعة وبين حق استرداد الحصة المبيعة المعروفة بالقانون الفرنسي

١ الهداية جزء ٤ ص ١٨ ، المبسوط جزء ١٤ ص ٩٠ ، الزبيري جزء ٥ ص

٢٣٩ ، البحر الرائق جزء ٨ ص ١٤٣ ، الدرر جزء ٢ ص ٢٠٨

٢ المادة ٩٥١ من المجلة

٣ المادة ٩٥٣ منها

٤ المادة ٩٥٤ منها

٥ مجمع الانهر جزء ٢ ص ٤٧١

٦ دالوز المادة ٨٤١ فقرة ٢ ص ١٨٣

٧ مارنر ، اطروحة ، طبعت بباريس سنة ١٩١٠

٨ راجع الفقرة ٤ الآتية

٣ - كيف نشأ نظام الشفعة في العالم ؟ : ان حقوق الفرد على العقار لم يكن معترفاً بها قديماً الا للذين تتألف منهم الجماعة ، وهذه كانت ترفض منح الغرباء . عنها اي حق على العقارات . وفي الدور الروماني الاول كان الاجانب في وضع « خاص » ، منفصلين عن افراد المجموعة الرومانية

ولم تكن الجماعة تتنازل عن الاراضي للاجانب لان هذا التنازل يقلل من الثروة العقارية الوطنية ، ويضعف قوة المجموع

وقد كان هناك عرف عام يمنع التنازل عن العقارات للاجانب الا اذا استحقوا لقب المواطن . فيتوجب عليهم اذ ذاك ان يقوموا باداء الواجبات الوطنية وان يشتركوا بالدفاع عن الوطن

هذا هو اصل الشفعة الذي كانت تفرضه الجماعة

ونجد هذا المبدأ في التشريع العثماني ، فحق الرجحان او الاولوية الذي كان سارياً على الاراضي الاميرية كان يرمي الى منح افراد القرية حق الاولوية على الغريب عنها . فكان يجوز لافراد القرية شراء الاراضي الاميرية ببديل المثل اذا تنازل عنها المتصرف بها للغير ، من غير افراد قريته^١

وقس على ما تقدم حق الانتفاع بالمشاعات فانه محصور بافراد القبيلة التابعة لها وهو يورث ولا يمكن نقله لآخر او لاجنبي عن القرية الا تبعاً للحق الاصلي فهو بالواقع حق قبلي^٢

١ راجع المادة ٢٥ من قانون الاراضي العثماني ونصها « اذا فرغ شخص عن اراضيهِ التي يتصرف بها بموجب الطابو الداخلة في حدود قرية ما لآخر من اهالي قرية غيرهما ، فللذين هم بحاجة للارض من اهالي القرية التي هي داخلة في حدودها المطالبة والدعوى فيها لسنة من تاريخ الفراغ ببديل مثلها » .

٢ راجع المادة ٩٦ من قانون الاراضي العثماني والمادة ٩١ منه

٤ - نظام الشفعة قبل الاسلام : ان الشفعة كانت على ما يظهر معروفة قبل الاسلام^١ ويظهر ان الشريعة الموسوية كانت تعرف نظاماً يشبه الشفعة (مارنر ، ص ١٢ ، وفيكتورو ، قاموس التوراة ، طبعة باريس سنة ١٩٠٣)

تحت لفظة Goël ؛ انظر هاستينغز ، Hastings a Dictionary of the Bible ، Edimburg, 1869 v. Goël; et Jobbé-Duval, étude sur l'histoire du retrait Linger, Paris, 1875. p. 62 et s.)

وكذلك القانون الروماني عرف نوعاً من الشفعة (انظر ج . فاتون G. Phaton, Observations sur le droit de protimesis en droit Byzantin, dans la revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence, années 1903, p. 432; 1904, p. 143; et 1905, p. 33; Jobbé-Duval, op. cit. p. 92 et s. - la protimesis est surtout connue dans le droit Byzantin)

. ويقول ابن رشد : ان الشفعة كانت معلومة لدى العرب قبل الاسلام فقد كان من يريد الاخذ بالشفعة شريكاً او جاراً يطالب بها المشتري حياً لمنع الضرر عنه

ويظهر ان المحققين من العلماء لا يوجد عندهم ريب في قدم الشفعة^٢ الا ان لا عهد للعالم بنظام الشفعة على النسق الذي قرره الشريعة الاسلامية^٣

٥ - الشفعة في سوريا ولبنان : قبل نشر قانون الملكية في ١٢ ت ٢ سنة ١٩٣٠ رقم ٣٣٣٩ كانت تسمي على الشفعة بالاراضي المملوكة احكام المجلة ، المستمدة من الفقه الحنفي ، وقد وردت مباحث الشفعة

Sur les origines de la chéfâ v. les nombreuses références données dans l'excellente monographie de M. Marneur, la chéfâ th. Paris; 1910, p. 13 et suiv.

Zeys; tome 2 ; p. 73 ٢

٣ محمد سعيد مراد الفزي : كتاب الاداة الاصلية الاصولية ، في شرح مجلة الاحكام العدلية جزء ٢ ص ٢٥٥

بالمواد ٩٥٠ - ٩٥٦ والمواد ١٠٠٨ الى ١٠٤٤ من المجلد . اما الاراضي الاميرية والموقوفة ، والمستغلات والمستغلات الوقفية ذات الاجارتين فلم يكن حق الشفعة سارياً عليها لانه يشترط لثبوت الشفعة ان يكون المشفوع والمشفوع به عقاراً مملوكاً^١ وبما ان الاراضي الاميرية والاراضي الموقوفة التي من قبيل التخصيصات ، والمستغلات والمستغلات الوقفية ذات الاجارتين ليست مملوكة المتصرفين بها فلم تكن الشفعة جارية فيها . ولا في الاموال المنقولة لان الابنية والاشجار القائمة في الاراضي الاميرية تابعة في امر التصرف والانتقال الاراضي ، بمقتضى قانون التصرف بالاموال غير المنقولة فلا تجري فيها احكام الشفعة

واذا كانت الاراضي الاميرية والموقوفة وفقاً غير صحيح والتي تعتبر من قبيل التخصيصات لم تجر فيها احكام الشفعة الا انه كان يجري فيها ما يسمونه حق الرجحان او الاولوية Droit de préférence وهو ان يكون لشخص او اشخاص مخصوصين حق باخذ الارض المباعة ببدل المثل ترجيحاً على غيرهم عند توفر شروط الرجحان واصحاب الرجحان على ما صرحت به المواد ٤١ - ٤٦ من قانون الاراضي العثماني هم في الدرجة الاولى الشريك والخليط ، وفي الدرجة الثانية اصحاب الابنية والاشجار المملوكة القائمة على الاراضي المفروغ عنها ، وفي الدرجة الثالثة المحتاجون للاراضي من اهل القرية ولا بد لنا من تفصيل اصحاب الدرجات على الصورة الآتية :

١ راجع المادة ١٠١٧ و ١٠١٨ من المجلد : قال القتيبي في تفسير الشفعة : كان الرجل في الجاهلية اذا اراد بيع منزل اتاه رجلاً فشفع اليه فيها باع فشفعه وجعله اولى بالمبيع ممن بعد سببه فسميت شفعة ، وسمي طالبها شافعاً (مادة شفع ، لسان العرب جز ١٠ ص ٥٠) .

٦ - اصحاب حق الرجحان بالدرجة الاولى : ان الشريك و الخليط اولى من غيرهما فيما لهما به شركة او خلطة من الاراضي بحسب احكام المادة ٤١ من قانون الاراضي

وان هذا الحق ثابت لهما الخمس سنين من تاريخ الفراغ ما لم يكن هناك تنازل صريح من الشريك او الخليط او استنكاف منه عند عرض تلك الحصة عليه ببذل المثل لا فيما اذا استنكف عنها حين عرضها عليه ببذل زائد عن بدل المثل زيادة فاحشة ، اي ما يزيد على الخمس مضافاً عليه . لان الذي يترتب على الطالب عندما لا يكون اذن صريح او استنكاف هو بدل المثل خلافاً للحال في الشفعة اذ بشروطها يجب دفع الثمن المسمى بحسب احكام المحلة

ثم ان الشفعة بحسب احكام المحلة تسقط بادنى سبب وانما حق الرجحان لا يسقط بالاعراض او السكوت كما الحال بالشفعة في ظل المحلة فالمانع من الطلب والدعوى بحق الرجحان انما هو الابطال عن التفرغ ببذل المثل . وحق طالب الرجحان بمدة خمس سنوات يسقط اذا مرت ولو مع عذر كالصغر والجنون والسفر في ديار بعيدة ، لان هذه المدة هي مدة سقوط Déchéance وليست مدة مرور زمن Prescription وبمقتضى الدليل الموضوع للعادة ٤١ من قانون الاراضي في ١٩ شعبان سنة ١٢٩١ قد جعل حق الرجحان ينتقل لاصحاب حق الانتقال من ورثة الشريك او الخليط بخلاف حق الشفعة الذي لا يورث شرعاً

٧ - من هو الشريك و الخليط الوارد بقانون الاراضي ؟ : الشريك هو ذو الحصة الشائعة في نفس العقار المفروغ عنه ، و الخليط هو ذو الحصة في حقوقه

المشتركة كاطريق اخاص ، والشرب اخاص لا العام^١
 وحق الرجحان يترتب بالدرجة الاولى للشريك فاذا لم يكن او كان واثابه
 او تنازل عنه فللخليط يرجع بذلك الاخص على الاعم في العقار . فالخليط
 الذي له الحق في الشعبة التي فيها المفروغ عنه يرجع على من في غيرها^٢
 ٨ - الفرق بين حق الرجحان والشفعة :

١ حق الرجحان يورث كما رأينا ، وحق الشفعة لا يورث
 ٢ وتتوقف الشفعة على ان تكون فور العلم بالعقد بشروط وقيود
 تسقط بعدم رعايتها وحصولها كما فصلت احكامها المجلة ، وحق الرجحان
 يثبت على التراخي بلا شرط ولا قيد سوى طلبه بالمدة والاذن بالفراغ
 والاستنكاف عن الاخذ به

٣ وبحق الرجحان يترتب الثمن بتقدير اهل الخبرة . وفي الشفعة ،
 يترتب الاخذ بها بحسب الثمن المسمى مع انه بحق الرجحان يجب بدل المثل
 فحسب سواء كان هناك بدل مسمى او لم يكن
 ٤ ان الجار الملاصق للشفيع لا رجحان له في الاراضي الاميرية بخلاف
 الشفعة في عهد المجلة

٥ اذا تعدد الطالبون يراعى عدد الرؤوس بحق الرجحان وعدد
 الحصص بالشفعة

٩ - اصحاب الدرجة الثانية من حق الرجحان : اذا لم يكن للارض
 الاميرية المفروغة شريك او خليط او كان لها وانما اسقطا حقها في الرجحان
 فينتقل حق الرجحان بالدرجة الثانية الى اصحاب الابنية والاشجار القائمة في

١ راجع المادة ٩٥٥ - ٩٥٦ من المجلة

٢ المادة ١٠٠٩ - ١٠١٢ من المجلة

الارض المذكورة . ومثال ذلك : لو باع المتصرف بالاراضي الاميرية ونحوها ما عليها من بناء وشجر مملوك له ، موضوع عليها قبل نشر قانون التصرف لآخر ، ولم يفرغ عما يتبعها من الاراضي المعدة للحث والزرع بل فرغ عنها لآخر وهو طالب الارض ببذل المثل فلصاحب الشجر والبناء المملوك اخذ الارض ببذل المثل حين الطلب لعشر سنوات من تاريخ الفراغ

على انه بعد نشر قانون التصرف بالاموال غير المنقولة في ٥ جمادى الاولى سنة ١٣٣١ هجرية الموافق ٣٠ مارس سنة ١٣٢٩ مالية عثمانية ، المرعي حكمه بموجب المادة الثامنة عشرة منه من تاريخ نشره في جريدة تقويم الوقائع الرسمية للدولة العثمانية الواقع في ١١ جمادى الاولى سنة ١٣٣١ الموافق ٥ نيسان سنة ١٣٢٩ في العدد ١٤٣٥ لم يبق وجود حق الرجحان في الدرجة الثانية لان المادة الخامسة من القانون المذكور نصت على ان الكروم والاشجار والابنية المعروسة والقائمة بالاراضي الاميرية والموقوفة ومشتملاتها وتفرعاتها تابعة في امر التصرف والانتقال الاراضي لذلك لم يبق هناك من امكان قانوني لبيع الاشجار والكروم والابنية او توريثها مجاناً او لقاء بدل ، اما قبل نشر القانون المذكور فيجوز ظهور حق الرجحان بوفاء المتصرف بالاراضي الاميرية التي عليها ابنية واشجار مملوكة كما مر اعلاه

١٠ - اصحاب حق الرجحان بالدرجة الثالثة ، هم بحسب احكام المادة ٤٥ من قانون الاراضي ، اصحاب الحاجة للاراضي من اهالي القرية ، فاذا فرغ شخص عن اراضيه التي يتصرف بها ضمن حدود القرية لآخر من اهالي القرية الاخرى كان لمن له حاجة بالاراضي من اهالي القرية التي توجد فيها الارض المفروغ عنها حق طلب الارض المذكورة واخذها ببذل المثل حين الطلب خلال سنة اعتباراً من تاريخ فراغها ، ولا عبء الاعذار الشرعية

من صغر وغيبة وجنون

١١ - اسباب الشفعة في الاراضي المملوكة، واسباب الرجحان بالاراضي الاميرية : اسباب الشفعة في الاراضي المملوكة ثلاثة قبل العمل بقانون الملكية وهي بحسب احكام المجلة^١ :

١ ان يكون الشفيع مشاركاً في نفس المبيع كاشتراك اثنين في عقار على الشروع

٢ ان يكون خليطاً في حق المبيع كلاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص

٣ ان يكون جاراً ملاصقاً للعقار المبيع
اما اسباب الرجحان في الاراضي الاميرية فتلاثة كما قدمنا تختلف عن اسباب الشفعة^٢ :

١ الشريك والخليط
٢ صاحب البناء والاشجار المملوكة على الاراضي الاميرية قبل نشر قانون التصرف

٣ صاحب اخاجة من اهالي القرية
واسباب الشفعة بحسب قانون الملكية تنحصر : ١ في الشريك بالعقار المشترك ٢ في الشريك في الحقوق العينية العقارية وقد اصبحت العقارات الاميرية والعقارات الملك سواء في الاخذ بالشفعة بحكم المادة الاولى من القرار رقم ٥٧ ل ٠ - المؤرخ في ٢١ حزيران سنة ١٣١١ التي تمت المادة ٢٣٨ من قانون الملكية الحالي

١ راجع المادة ١٠٠٩ من المجلة

٢ راجع الفقرة ٦ - ٩ المقدمة من هذا الكتاب

١٢ - الشفعة والقانون الفرنسي : لا يوجد في فرنسا نظام خاص للشفعة وإنما توجد فيها حالة خاصة تشبه حق الشفعة تسمى حق استرداد الحصة المبيعة^١ ورد النص عليها بالمادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي فقد جاء في هذه المادة « كل شخص لم يكن وارثاً ولو كان قريباً للمتوفى تنازل له أحد الورثة عن حصته في التركة ، فلباقى الورثة أو أحدهم ، الحق في اخراجه من القسمة ، ودفع قيمة الحصة المباعة له » فإذا باع أحد الورثة حصته الشائعة في تركة أو جزءاً شائعاً منها كالثلث والربع مثلاً فيحق لباقي الورثة أو لأحدهم حتى القسمة ان يسترد الحصة المباعة بدفع ثمنها الى المشتري . والفرض من هذا الحق كما قال سراحهم منع الاجنبي من التداخل في العائلات والاطلاع على اسرارها

وقد قام خلاف بين علماء فرنسا فقال البعض ان هذا الحق يجري في الشركات كما يجري في التركات لان للشركات اسراراً تجب المحافظة عليها، ومنع الاجنبي من الوصول اليها

وحق الاسترداد لا يُرفع الا على من اشترى الحصة الشائعة متى كان اجنبياً عن الشركة. un tiers فاذا كان المشتري هو أحد الشركاء الاصلين فلا محل لاستعمال هذا الحق

وقياساً على هذا القول قلنا^٢ ان بيع الشريك نصيبه لأحد الشركاء

١ ترجمنا كلمة Retrait باسترداد فيقال Retrait d'un dépôt استرداد الوديعة Retrait d'indivision الاسترداد في الشيوع ، ويقال لمن استرد ميراثاً بعد بيعه Retrait d'un héritage

٢ شرح قانون الملكية جز ٢ ص ٣٦١ و ٤٣٥ وص ٢٨ من الجزء الاول من الشرح العملي و ٧١ منه ايضاً والمادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود و ٢٣٨ من قانون الملكية

لا يجوز، الآخرين طلب الشفعة لأن علة الشفعة هي إزالة الشيوع وهو باق.
بالنظر لتعدد الشركاء في الملك الواحد

وأما التصرفات التي يترتب عليها استعمال حق الاسترداد فهي عقود البيع
لا عقود التبرعات كالهبة، وهذا الحكم يوافق أحكام الشفعة فإنها لا تجري
إلا بعقد المعاوضة كما سيأتي تفصيله

ومما تقدم يتضح أن حق الاسترداد كحق الشفعة من جهة أنه نوع من
نوع الملكية الفردية للمنفعة الخاصة

وقد أبطل القانون الإيطالي الحديث حق الاسترداد أما القانون الألماني
فقد نص عليه بالمادة ٢٠٣٤

١٣ - اختلاف حق الاسترداد عن حق الشفعة : يختلف حق
الاسترداد عن حق الشفعة بأمور كثيرة أهمها :

١ أن حق الاسترداد يجري في العقار والمنقول مع أن حق الشفعة،
حق عيني عقاري

٢ أن حق الاسترداد مقيد بالتركات والشركات على رأي البعض
مع أن حق الشفعة مطلق يشمل أنواع الشيوع بالعقار

٣ أن حق الاسترداد يسقط بالتنازل عنه صراحة أو ضمناً وليس له
أجل خاص ويسقط بإتمام قسمة التركة مع أن حق الشفعة حدد بآجال إذا
مضت سقط حق الشفعة

٤ إذا بيعت الحصة بالمراد العلني جاز الاسترداد ويرى البعض جواز
الاسترداد إذا حصل المراد برغبة الملاك ولم يكن جبراً وفي الشفعة إذا وقع

البيع جبراً فلا يستعمل حق الشفعة^١

٥ - يقرر القضاء في فرانسة في بعض احكامه ، ويؤيده اكثر العلماء ،

بان الاسترداد لا يجوز اذا انصرف البيع الى حصة شائعة في عقار معين او عقارات معينة^٢ ولا شيء من ذلك في الشفعة

٦ - لم يرسم الشارع عندهم طرقاً معينة يجب اتباعها في الاسترداد كما هي الحال بالشفعة وعلى ذلك يخضع الاسترداد للقواعد العامة ولا يسقط باحدى المسقطات المقررة في الشفعة^٣

١٤ - استرداد الحق المتنازع فيه في فرانسة : يجوز في فرانسة بيع الحق المتنازع فيه سواء كان حق ملكية او حقاً عينياً او دينياً عادياً . وقد اجاز القانون الفرنسي للغير الذي اقيمت عليه الدعوى كواضع اليد على العقار او المدين ، ان يطالب المشتري باسترداد الحق المتنازع فيه على شريطة ان يدفع ثمن الصفقة وبعض ملحقاتها وقد اجاز الشارع الفرنسي هذا النوع من الاسترداد لان الذي يُقدم على شراء الحق المتنازع فيه لا يخرج من عداد المرابين فيشتري الحق بشمن بخس ، ثم يتابع المدعي عليه بلا شفقة ولا رحمة فاوجد هذا النوع من الاسترداد ، ومع فائدته الظاهرة فانه لا يزال موضع جدل بين العلماء في فرانسة^٤

١٥ - البيع مع اشتراط حق الاسترداد : ان البيع مع اشتراط حق الاسترداد المنصوص عليه بالمواد ٤٧٣ - ٤٨٦ من قانون الموجبات يعتبره

١ المادة ٢٥٤ من قانون الملكية .

٢ دالوز فقرة ١٠٧

٣ بلانيول فقرة ١٦٤٩ و ١٦٥٠

بوتيه^١ نوعاً من انواع حق الاسترداد الاتفاقي . وعلى ذلك يمكن القول انه احد انواع الشفعة وقد رتب القانون الالماني احكامه بالمواد ٥٠٤ - ٥١٤ والمواد ١٠٩١ - ١١٠٤ ، واعطاه اسم الشفعة La préemption^٢ وهو غير حق استرداد الحصة المبيعة الموروثة الذي نصت عليه احكام المواد ٢٠٣٤ - ٢٠٣٦ من القانون المدني الالماني والمحصور بالحصص المنقلة ارضاً .

١٦ - عدول المستملك عن الاستملاك : ورد بالمادة ٣٠ من قرار الاستملاك رقم ٤٥ L.R. الصادر في ٢٠ ت ١ سنة ١٣٥٥ ان المستملك اذا صرح بالعدول عن المشروع الذي جرى من اجله الاستملاك فيحق لمن تزعت ملكيته ان يسترد الاملاك التي تفرغ عنها مقابل رده البديل الذي عين للاستملاك ، ويجب عليه ان يستعمل هذا الحق في خلال الاشهر الستة التي تلي ابلاغ العدول الذي يجب على المستملك نشره في الجريدة الرسمية والا سقط حقه وقد سمي دالوز حق الاسترداد هذا شفعة واطلق عليه كلمة Préemption^٣ كما سمي القانون الالماني حق الاسترداد الذي يستعمله البائع ضد المشتري منه شفعة ، وسمي حق الاسترداد الحصة الموروثة شفعة ايضاً كما قدمنا .

١ Retrait No 531 : ان البيع مع اشتراط حق الاسترداد هو الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام ان يعيد المبيع الى البائع مقابل رد الثمن ، ويسمى العرف الشرعي البيع مع خيار البائع .

٢ راجع ترجمة القانون المدني الالماني المنشور في ١٨ آب سنة ١٨٩٦ ، والمرعي الاجراء في اول ك ٢ سنة ١٩٠٠ ، الجزء الثاني ، طبعة ١٩٠٦ لبوفلوار وآخرين .

٣ راجع دالوز تحت لفظة تزع الملكية للمنفعة العامة فقرة ٢٣٢ و ١٠٦١ وما يليهما .

١٧ - نظام الشفعة في اسبانيا : فضلاً عن حق الاسترداد الموضوع لمصلحة البائع والمنصوص عليه بالمواد ١٥١١ وما يليها من القانون المدني الاسباني ، فإنه يوجد لديهم نظام يشبه حق الشفعة المعروفة عندنا يستعمله المالك على الشيوع اذا نقل شركاؤه او احدهم حصصهم لأجنبي عنهم ويستعمل هذا الحق في حالة تعدد الشركاء طالبي حق الشفعة بنسبة حصة كل منهم في العقار المشترك .

وكذلك يحق للمجاورين استعمال حق الشفعة اذا كان البيع واقعاً على ارض زراعية لا تريد مساحتها على هكتار .

واذا استعمل حق الشفعة ، جاران او اكثر يفضل الجار الذي يكون مالكا للعقار الاقل مساحة ، واذا تساوت العقارات بالمساحة ، يفضل من تقدم بطاب الشفعة قبل غيره^١ ولا تستعمل شفعة الجوار اذا فصلت بين الاراضي جداول او خنادق او طرق^٢ او غيرها من حقوق الارتفاق المعدة لمنفعة عقارات اخرى .

وقد ادخل الشارع الاسباني شفعة الجوار في الاراضي الزراعية غير المبينة قاصداً تشجيع صغار المزارعين ، وجمع الاراضي المجاورة المتصلة بيد واحدة^٣.

١٨ - نظام الشفعة في الجزائر : في الجزائر نظام خاص للشفعة مقرر للاهالي بقانون ٢٦ تموز ١٨٧٣ و ١٦ شباط ١٨٩٧ وقد كان قبل هذين القانونين قانون مؤرخ في ١٦ حزيران ١٨٥١ ينحول المحكمة قبول الشفعة

١ راجع المادة ١٥٢٢ من القانون الاسباني

٢ راجع المادة ١٥٢٣ منه

٣ راجع بالمجلة الانتقادية لسنة ١٩٢٦ مقالاً الكيمولا تحت عنوان :

بالنسبة للأوربيين تبعاً للظروف وطبيعة العقار أما اليوم فإن القبائل الأهلية يسري عليها نظام الشفعة وأما الأوربيون فإنه يسري عليهم نظام حق الاسترداد الوراثي المعروف بالقانون المدني الفرنسي والذي أشارت إليه المادة ٨١١ منه والذي تجري أحكامه على الأراضي المعتبرة فرنسية .

وقد صدر قرار من الحاكم العام للجزائر في ٢٢ مارس ١٩٠٥ الف بموجب لجنة لأجل جمع أحكام الشريعة بمواد ، خوات الاطلاع على القوانين الإسلامية الصادرة في الاقطار الشرقية وابداء الرأي بما يحسن اقتباسه منها واي قسم من اقسام الفقه يجب جمعه كقانون مع بيان لزوم تطبيق القانون المقترح في سائر القطر او في بعض اجزائه .

وقد انتهت اللجنة مهمتها ، ومن جملة ما جمعتها نظاماً للشفعة اقتبسته من المذاهب الاربعة الإسلامية . واننا سوف نشير اليه في المحل المناسب من هذا الكتاب .

١٩ - نظام الشفعة في تونس : وأما في تونس فإن الأراضي المسوحة قد وضع لها نظام خاص لا تتفق أحكامه مع أحكام الشفعة عندنا . وأما الأراضي غير المسوحة فيسري عليها نظام الشفعة المقرر بأشريعة الإسلامية مع تعديل يتناسب مع العادات المحلية وستأتي تفاصيل اوسع في غير هذا الموضع .

٢٠ - نظام الشفعة في مراکش : حوى قانون الملكية المقاربة في مواكش المؤرخ في ٢ حزيران ١٩١٥ أحكاماً خاصة بالشفعة تشبه أحكام الشفعة في قانون الملكية المعمول به في سوريا ولبنان . وانما أشارت المادة ٣٠ منه ان حق الشفعة يظل بين المسلمين خاضعاً للأحكام الشرعية ، وستبسط بأحكامه في المواضع الخاصة من هذا المؤلف .

٢١ - نظام الشفعة في مصر : يوجد في مصر نظام للشفعة مستمد من احكام الشريعة الاسلامية . صدر به الامر العالي في ٢٦ آذار ١٩٠٠ للمحاكم المختلطة . والامر العالي في ٢٣ آذار ١٩٠١ للمحاكم الاهلية وهذان الامران هما المرعيان الآن في القطر المصري وسنقارن احكامهما مع احكام قانون الملكية المعمول به في سوريا ولبنان عند الاقتضاء . ويوجد عندهم علاوة على ما تقدم حق استرداد الحصة المباعة قبل القسمة الذي ورد عليه النص بالمادة ٥٦١-٥٦٣ من المجموعة المختلطة وبالمادة ٤٦٢ من المجموعة الاهلية . وهذا الحق يشبه حق الاسترداد الوراثي المعروف بفرنسا والمنصوص عليه بالمادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي ، والذي فصلنا احكامه سابقاً . وحق الشفعة في مصر ، مع حق الاسترداد بنظر الاجتهاد المصري حقان مختلفان بعضهما عن بعض ، فحق الشفعة مأخوذ عن الشريعة الاسلامية ويطبق في احوال بيع عقار معين^١ او حصة شائعة فيه مع توافر الشروط والمواعيد المعينة بالامر العالي المؤرخ في ٢٣ مارس ١٩٠١ ، اما حق الاسترداد فانه مقتبس عن المادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي ، وقد منحه الشارع كما قدمنا للشركاء الاصليين في الملك دون غيرهم في حال الشيوع ، سواء اكان ناشئاً عن تركة ام عن شركة على رأي البعض ، متى باع احد الورثة او احد الشركاء لاجنبي حصة شائعة في مجموع التركة او الشركة من عقار أو منقول^٢

١ لان شفعة الجوار موجودة عندهم

٢ هذا هو رأي محكمة الاستئناف بدواثرها المجتمة في ٣٠ تشرين الثاني سنة ١٩٢٢ ، على ان هناك آراء واجتماعات تناقشه لا محل لاستمرارها لعدم وجود الحقيين في بلادنا

٢٢ - الشفعة في تركيا : ان القانون المدني التركي المنشور

في ٤ نيسان سنة ١٩٢٦ قد نص بالمادتين ٦٥٨ و ٦٥٩ على حق الشفعة ، ومنحه للشركاء في غير المنقول تجاه الشخص الثالث الذي اشترى الحصة المباعة .
وسنأتي بتفاصيل ذات اهمية عن شرح مواد الشفعة في هذا الكتاب وبآراء العلماء في تركيا بخصوص الشفعة وميعادها بعد ان نظمت تنظيماً قانونياً ، كالتنظيم الذي حصل في قانون الملكية المعمول به في سوريا ولبنان .

٢٣ - تاريخ العمل بالشفعة في سوريا ولبنان بمقتضى احكام قانون

الملكية : ان قانون الملكية المؤرخ في ١٢ ت ٢ سنة ١٩٣٠ نشر في نشرة المفوضية العليا الفرنسية الرسمية في ٣١ ك ٢ سنة ١٩٣١ بالعدد الثاني وبحسب احكام المادة الاولى من القرار رقم ٩٦ تكون المقررات التشريعية الصادرة من المفوض السامي اجبارية في كل من الدول بعد يومين كاملين من تاريخ استلام النشرة الرسمية فيكون معمولاً به في لبنان بعد يومين من استلام النشرة في قصر حكومة لبنان . اما في سوريا فان قانون الملكية اصبح مرعياً الاجراء في ١٩ آذار سنة ١٩٣١^١

٢٤ - ان المادة ٢٣٨ من قانون الملكية قد تمت احكامها بالمادة

الاولى من القرار رقم ٥٧ ، المنشور في الجريدة الرسمية بالعدد ٣٥٣٩ ، وهو مؤرخ في ٢١ حزيران سنة ١٩٣١ ولاهمية المادة الاولى المذكورة نورد نصها الحرفي ، تبعاً لنص المادة ٢٣٨ من قانون الملكية التي نقوم بشرح احكامها اما نص المادة الاولى فهو « ان العقارات الاميرية ، والحقوق العينية المتعلقة بعقارات اميرية يكون حكمها فيما يختص باستعمال حق الشفعة كحكم العقارات الملك .

١ راجع قرار محكمة التمييز السورية المؤرخ في ٢ شباط سنة ١٩٤١

النيت وتبقى ملغاة حقوق الرجحان والطاير المنصوص عليها في احكام القانون العقاري^١

واما قبل نشر قانون الملكية ، والفصل الخاص بالشفعة فيه ، فان احكام المجلة هي التي تطبق على طلب الشفعة لان ليس لقانون الملكية أثر رجعي على الماضي ، والاحكام الصادرة من المحاكم العليا مستفيضة في هذا الشأن^٢

٢٥ - مصدر مواد الشفعة : ان مواد الشفعة الواردة في الفصل الخامس من قانون الملكية ، مأخوذة عن الشريعة الاسلامية ، ولكن لم تتقيد اللجنة التي وضعتها بالمذهب الحنفي بل راعت في وضعها بقية المذاهب الاسلامية الاخرى كما سييجي .

وقد ورد بالاسباب الموجبة لقانون الملكية^٣ انه ليس كالمجلة عبارة عن جمع للحقوق الاسلامية وانما هو يقترب في صيغته العامة من نصوص القوانين العقارية الموضوعة لبلاد افريقيا الشمالية ، كتونس ، والجزائر ، ومراكش وفي التطور الافريقي - روعيت احكام الشريعة الاسلامية بمواد الشفعة باعتبارها من الانظمة الاسلامية

وعلى ذلك يجب الرجوع الى احكام الشريعة في حالة فقدان النص لالى المبادئ العمومية القانونية .

١ يعني قانون الاراضي^٤ ، وعلى ذلك اصبحت المادة الاولى من القرار ٥٧ كفقرة ثانية للمادة ٢٣٨ من قانون الملكية التي خصصت لتعريف حق الشفعة .

٢ تميز لبنان ١٢ نيسان سنة ١٩٣٣ راجع ملحق هذا الكتاب

٣ ص ١٨٢ جزء اول من مجموعة النصوص التشريعية العقارية في سوريا ولبنان طبعة المفوضية

ولا يمكن القول مطلقاً ان حق الشفعة ولو انه نظام شرعي الا انه قد اصطبغ بصبغة مدنية ويجب الرجوع في تقرير احكامه الى الاصول القانونية لان مجموعة مواد الشفعة تظهر بجلاء انها مقتبسة من الشريعة الاسلامية .
وانما يجب ان يطبق النص الشرعي بقدر ما يتلائم مع النص القانوني ، لان القانون جاء ببعض نصوص تخالف احكام المذهب الحنفي وتتفق مع سواء من المذاهب كعدم اخذه بشفعة الجوار ومنه الحيل لاسقاط الشفعة . وسترد تفصيلات اخرى في الفقرات التالية فانظرها .

٢٦- مشروعية الشفعة : الشفعة نظام اقرته الشريعة الاسلامية وقال الاستاذ سعيد مراد الغزي في تديره « انه حاجة من حاجات هذه الشريعة التي قصدت بتعاليمها مزج الاقوام المختلفة في الشرائع والتربية في صعيد واحد ، من المدائن والامصار ، واخذ الحيلة من اضرار بعضهم بعضاً لاول وهلة باتبات حق الشفعة^١
وقال في العناية شرح الهداية^٢ : ان من محاسن الشفعة دفع ضرر الجوار^٣ وهو مادة المضار ، ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام .
وجاء في المبسوط^٤ : ان الاخذ بالشفعة لدفع الضرر فان الضرر مدفوع

١ جزء ٢ ص ٢٥٥

٢ جزء ٢ ص ٢٥٥ و ٢٥٦

٣ يريد هنا بالمجاورة الشراكة والمجاورة الحقيقية كما يعلم من سياق كلامه
تفلاً عن النهاية ومراج الدراية في تفسير قوله تعالى لا عذبته عذاباً شديداً اي
لازمه صحة الاضداد

٤ جزء ١ ص ٩١

لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار بالاسلام وذلك يتحقق بالمجاورة
يعني الضرر البادي الى سوء المجاورة على الدوام من حيث ايقاد النار ،
واعلاء الجدار واثارة الغبار ، ومنع ضوء النهار ، والشافعي يقول المراد
بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك مستدلاً بقول الاعشى :
ايا جارتى بيني فانك طالق كذلك امور الناس عاد وطائق
والمراد زوجته الخ ...^١

وقال الطوري^٢ : ان سبب الشفعة دفع الضرر الذي ينشأ من سوء
المجاورة على الدوام من حيث ايقاد النار ، واعلاء الجدار ، واثارة الغبار
وقد عقب على ذلك ابن عابدين قائلًا « لا يقال ان ما ذكر ضرر موهوم »
وان الاخذ من المشتري ضرر محقق به ، لانا نقول هو غالب فيرفع قبل
وقوعه والا فقد يحصل ان لا يتمكن من رفعه ، وما أحسن ما قيل :

كم معسر سلخوا لم يؤذهم سبع وما نرى احداً لم يؤذه بشر
واحسن مما تقدم ما ورد في اعلام الموقعين ، لابن القيم الجوزية^٣ في
حكمة مشروعية الشفعة فقد قال : ان الشركة منشأ الضرر في الغالب ،
فان الخلطاء^٤ يكثر فيهم بنفي بعضهم على بعض ، ولذلك شرع رفع هذا
الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة
وانفراد احد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك . فاذا
اراد بيع نصيبه واخذ عوضه كان شريكه احق به من الاجنبي ، وهو

١ راجع هامش ٤ فقرة ٢٣ المتقدمة

٢ تكملة البحر جزء ٨ ص ١٤٣ ، وابن عابدين جزء ٥ ص ١٨٩

٣ جزء ٢ ص ٢٤٧ و ٢٤٨

٤ اي الشركاء.

يصل الى غرضه من العوض من ايها كان ، فكان الشريك احق بدفع العوض من الاجنبي ، ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع ، لانه يصل الى حقه من الثمن . »

وهذا قول فيلسوف حكيم : يستقيم مع القواعد القانونية الحديثة فالشفعة بالواقع نظام اجتماعي لانه يمنع الضرر الذي يسببه الشيوع ، فكم من عقارات قد اهملت وبنائات قد اندرست بسبب اختلاف الشركاء ومنافستهم ، وهل قانون تقسيم الاموال غير المنقولة الا وسيلة قاطعة لمنع ضرر الشيوع ؟ ولا يستطيع احد منا ان ينكر الاضرار التي تحصل بادخال شريك اجنبي على العقار المباع وما يأتيه من ضروب المضايقة التي تعطل استغلال الملك والانتفاع من ثماره انتفاعاً كاملاً .

فاذا توافرت شروط الشفعة كان ذلك قرينة على حصول الضرر ، ولا يقبل من المشتري اقامة الدليل بوجه الشفيع على انتفاء الضرر .

وبناء على ما تقدم فاننا لا نؤيد قول من انتقد الشفعة واعتبرها نظاماً مضطرباً لا يأتلف مع النظام الاجتماعي الحاضر ، مع ان اكثر القوانين المدنية الحديثة قد ادخلت أنظمة خاصة شبيهة بالشفعة كما سبق واشرنا في غير هذا المكان

فاذا بلغت المدنية مبلغها المعروف من الاتساع فان الانسان يبقى غير مضطرب لتحمل اذى الشريك وعلى المدنية ان تكفل راحة المجموع . وها ان العلامة بلانيول يوصي الفرنسيين بالاخذ بالقانون الاسباني الذي احدث نظاماً شبيهاً بالشفعة لمنفعة صغار المالكين لشراء الاراضي المجاورة لاراضيهم ، وهم

ان القانون السويسري يبحث عن الشفعة ايضاً ويوضح احكامها . قد يعترضنا قائل بان الشفعة صورة من صور نزع الملكية للمنفعة الخاصة مع ان نزع الملكية انما شرع للمنفعة العامة .

فترد على ذلك قائلين : ان ضرورات المجتمع الانساني اوجت هذا النظام الذي يؤدي الى تنمية اليد العاملة لان النظام الاقتصادي والعقاري في البلاد يوجبان مواصلة العمل في العقارات والاراضي وهذا لا يتم الا اذا كانت اليد العاملة واحدة ، او اذا كان هناك وفاق بين الشركاء .

وانما يجب الاحتياط لهذا الحق ، ومنع المضاربات به واتخاذ الحيل لاستعماله وان الانظمة العادلة تكفل زوال كل ضرر كما سنشرحه في مكانه من هذا الكتاب .

وقد يقال نقداً لنظام الشفعة : بان البائع قد يبيع الى الغير نصيبه بضمن نجس روعيت فيه الروابط الادبية او العائلية بينهما فيجبي المشتري ويأخذ بالثمن الوارد بالعقد اذا ذكر على حقيقته فيتضرر البائع نعم ان ذلك قد يقع احياناً ، وانما هو نادر ، ولا عبرة للنادر شرعاً . فالظروف الشخصية لا يمكن ان تكون واسطة للاضرار بالغير ، وممانعة من استعمال حق قانوني اجازته الشارع .

وان قيل ان الشفيع قد يستعمل حقه لقصد مالي ، فيشتري العقار ثم يجرؤه فيبيعه قطعاً او برمته فيصيب بذلك ربحاً كان المشتري اولى من الانتفاع به قلنا ان احتمال بيع العقار الى اجنبي بقصد الاضرار بالشريك واقع ايضاً فلا يجوز ترجيح مصلحة المشتري على مصلحة الشفيع .

وقد يقع اعتراض آخر بان شراء المشتري يبقى معلقاً حتى استعمال الشفيع حقه وبذلك تنقيد حرية التعامل وتجعل البيع وحق المشتري مضطرباً

وهذا لا يتلائم مع مبادئ القانون التي تمنع وضع القيود القانونية التي تعطل حرية التعاقد وتزلزل اركان العقد .

والجواب على هذا بسيط فان الشارع قد احتاط لما تقدم فاجب على المشتري بعد تسجيل مشتراه ان يُعطي علماً بالتسجيل الى كل من له حق بالشفعة فاذا لم يطالب الشفيع بحقه اثناء الثلاثة ايام التي تلي التبليغ بعد اضافة مهلة المسافة اليها يسقط من حقه^١ . فاذا بقي حق المشتري مضطرباً فلا يلوم من الانفسه .

وقد يقولون ان هذا الوضع قديم لا يأثف من الوجهة الاقتصادية مع النظام الاجتماعي الحاضر ، فقد يقع ان يشتري المشتري العقار ويجزؤه قطعاً وفي ذلك ترويج للحركة الاقتصادية وواسطة في توزيع بعض العقارات على الطبقة الفقيرة من الناس الذين لا تمكنهم ظروفهم المالية من تملك القطع الواسعة الكبيرة قلنا لقد اعترضتم قبلاً على الشفيع اذا اشترى بقصد المضاربة فلماذا تبيحون الى المشتري ما منعم على الشفيع ؟

ثم ان الشفعة اذا كان وضعها قديماً فما الذي يمنع من تحسينه وفقاً للتطور الحاضر ، وهل منع الحكومات في مصر ، ومراكش ، والجزائر ، وتونس وفي هذه البلاد من ادخال تعديلات جمة على نظام الشفعة ؟ روعي فيها التطور القانوني ، وقد تمت هذه التعديلات دون ان يكون الشارع مقيداً بمذهب من المذاهب الاسلامية بل اخذ بما يتلائم مع الزمان والمكان لذلك كان هذا الاعتراض مخالفاً للعدالة وظروف الاحوال . فالشريعة لا تنكر التطور وفيها تلك القاعدة الثمينة لا ينكر تبدل الاحكام بتبدل الزمان »

٢٧ - منافع الشفعة : للشفعة منافع لا تنكر نوجزها فيما يلي :

١ - انها تزيل الشيوع ، فتجعل العقار تحت يد واحدة وبذلك ينتفع به ، وقد اثبت الاختبار ان العقارات المهمة هي التي تكون مشتركة ، ولا وفاق بين الشركاء على استثمارها .

٢ - انها تمنع مداخله الشريك الاجنبي ، الذي يقوم بسلب راحة بقية الشركاء ، والتنقيص عليهم بالمضايقات التي يبتدعها كل يوم .

٣ - انها واسطة ذات فائدة المزارع في توسيع ارضه الزراعية اذا كان شريكاً في الحق العيني فيها فيستفيد من استعمال الحق العيني وحده ، وضم العقارين واستغلالهما معاً وقد تكون طريقة استغلال عقاره متوقفة على العقار المباع .

٤ - ان نظام الشفعة يمنع الاضرار البالغة التي تقع للوارث فقد يحصل ان الوارث بمجرد وفاة مورثه يتراكم عليه المرابون ليشتروا منه نصيبه في الميراث اذا عرفوا بتدميره بضمن بنحس ولكن حينما يعلم الميراثي ان للشفيع الاخذ بالشفعة فلا يتراكم على العقارات المذروكة ، وان كان له طمع فيها دفع ثمن المثل على الاقل .

٢٨ - ثبوت حق الشفعة بالشرع : الاصل في ثبوت حق الشفعة الحديث الشريف « الشفعة لشريك لم يقاسم » ومعناه شريك الشيوع ، لانه لا شركة بعد الافراز ، ويدل على ذلك الحديث الذي اخرج مسلم عن جابر قضي رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شريك لم يقسم ربة او حائط فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ^١ :

ورد في الموطأ لمالك بن انس « حدثنا يحيى عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ، وعن ابي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه » قال مالك وعلى ذلك السنة التي لا اختلاف فيها عندنا . وقال مالك انه بلغه ان سعيد بن المسيب سئل عن الشفعة هل فيها من سنة فقال نعم الشفعة في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء .

وثبت حق الشفعة ايضاً بالحديث الذي اخرجه ابو داود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : جار الدار احق بدار الجار او الارض

وبما اخرجه اصحاب السنن الاربع عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار احق بشفعته ينتظر بها وان كان غائباً اذا كان طريقهما واحداً . وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الشفعة في كل شيء عمار او ربع .

وقد زعم بعض اصحاب المذهب الحنفي ، ان القياس يأبى ثبوت حق الشفعة لان الشفيع يملك العقار على المشتري ملكاً صحيحاً له بغير رضاه وذلك لا يجوز لانه من نوع الاكل بالباطل ، وقد جاء في الحديث الشريف لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفس منه ولان الشفيع بأخذه الشفعة يدفع الضرر عن نفسه على وجه يلحق الضرر بالمشتري ، في ابطال ملكه عليه ،

(١) يقول الشافعي ان المراد بالجار الشريك فقد يطلق اسم الجار على الشريك ، قال الاعشى : « يا جارتى بيني فانك طالق » والمراد زوجته وهي شريكته في الفراش يبيعون على ذلك أن سعد بن مالك عرض بيتاً له على جاره لانه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الجار احق بصقبة (المراد القرب) وانه فهم سعد من الحديث الجار دون الشريك .

وليس لاحد ان يدفع الضرر عن نفسه بالاضرار بغيره . وقد اجاب على هذا القول شخصُ الائمة السرخسي ، بان القياس ترك هنا بالأخبار المشهورة المؤيدة لحق الشفعة ، وان الاصح ان نقول : ان الشفعة أصل في الشرع فلا يجوز ان يُقال انه مستحسن من القياس بل هو (أي حق الشفعة) ثابت وقد دلت على ثبوته الاحاديث المشهورة عن رسول الله ، واصحابه ^١ .

وتزيد على ماتقدم ان الشفعة من الحقوق المبتنى ثبوتها على قاعدة حديث « لا ضرر ولا ضرار » التي هي اصل واسع من اصول التشريع العام وقد اختص الشرع الاسلامي باثبات هذا الحق ، منعا للضرر ^٢ ولم يختلف احد من الائمة بشروعية حق الشفعة ، فهو حق انعقد الاجماع على صحته ومشروعيته .

وانما بعد وقوع الاجماع على مشروعية حق الشفعة ، لا نقر قول البعض بان هذا الحق يشبهه بالغصب ، لان هذا غير مشروع ، والشفعة مشروعة ، اريد بها ازالة ضرر اعظم من ضرر المشتري وهو ضرر الشريك ، واذا وُجد ضرران ، يُراعى الضرر الاعظم كما هو معلوم للازالة . ولما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب ، فان الشركاء يكثرون فيهم البغي والعدوان ، فقد شرع رفع ضرر الشيوع بالقسمة تارة ، او بالشفعة تارة اخرى ، لان هذه تؤدي في الغالب الى انفراد احد الشريكين في العقار لنفسه فاذا اراد الشريك بيع نصيبه كان شريكه احق به من الاجنبي ، وهو لا يتضرر من جراء ذلك لان ثمن الحصة تصل اليه سليمة ، ويتفقد ضرر الشركة عن شريكه الآخر ولذلك قلنا فيما سبق ان منافع الشفعة اكثر من مضارها .

١ المبسوط جزء ١ ص ٩٠ مع توضيح في العبارة

٢ الادلة الاصولية للفري جز ٢ ص ٢٥٥ .

إذا تقرر كل ذلك فهل يجوز استعمال الحيل لاسقاط هذا الحق ، الذي
قررتة الشريعة ، هذا ما سنعالجه بالفقرة التالية

٢٩ - الحيل والشفعة : لا بد لنا قبل الكلام على جواز استعمال الحيل
لاسقاط حق الشفعة من ايراد هذه التوطئة في جواز استعمال الحيل الشرعية على
الاطلاق لاسقاط الحقوق المقررة .

من الامور الظاهرة في فقه ابي حنيفة الحيل الشرعية^١ وقد اصبحت
فيما بعد باباً واسعاً من ابواب الفقه في مذهب ابي حنيفة . وغيره من المذاهب ،
وان كانت في مذهب الحنفية أظهر ، والفت فيها الكتب الخاصة ، حتى لقد وضعت
فيما بعد حيل للهرب من كل التزام ، فحيل لاسقاط الشفعة ، وحيل لتخصيص
بعض الورثة بالوصية ، وحيل في اسقاط حد السرقة وهكذا وقد خصص
ابن القيم جزءاً كبيراً من كتابه إعلام الموقعين في الكلام في الحيل وفي
قيمتها والتشجيع على من توسع فيها . وقد قال ان تجويز الحيل يضر بالشرائع
لان الشارع يسد الطريق الى المفساد بكل ممكن ، والمحتال يفتح الطريق
اليها بحيلة .

وقد أطال في اقسام الحيل وما يجوز منها وما لا يجوز فما كان من الحيل
لاخذ اموال الناس وظلمهم في نفوسهم وسفك دمائهم ، وابطال حقوقهم
وافساد ذات بينهم ، فهي محرمة . . . ولا يختلف المسلمون ان تعليم هذه
الحيل حرام ، والافتاء بها حرام ، والشهادة على مضمونها حرام ، والحكم
بها مع العلم بمجالتها حرام وهناك حيل للتوصل الى الحق او لدفع
الظلم بطريق مباحة ، وهذا جائز

وقد رويت عن ابي حنيفة مسائل في هذا الباب ، اكثرها من باب
الايان والطلاق ، ومنها يظهر ان سكان العراق تفننوا في الايمان والطلاق
تفنناً عجيباً ، وكانوا يستفتون الائمة في هذه الايمان العجيبة التي يوقعونها ،
فيحلف « الاعمش » بطلاق امرأته ان أخبرته بفناء الدقيق او كتبت به ،
او راسلته ، او ذكرت لاحد ليذكره له ، أو أومأت في ذلك ، فتسأل
امرأته أبا حنيفة ، فيحتال لخرج لهذا ، فيقول لها : اذا انتهى الدقيق فشدي
جواب الدقيق على إزاره أو ثوبه وهو نائم ، فاذا أصبح أو قام من الليل علم
خلاء الجراب ، وفناء الدقيق^١

ويظهر ان الحيلة التي افتي بها ابو حنيفة ، ليست من نوع التحايل
على ابطال الحق أو أكل الاموال بالباطل ، انما هي استخراج فقهي للخروج
من مأزق ، مع عدم التمدي على احد في ماله ونفسه ، وانما توسع به دئذ في
استعمال الحيل من قبل المتأخرين ، مرتكبين على مسائل قليلة واردة عن الائمة
فجعلوها في كل باب من ابواب الفقه بل جعلوا منها ما يحتال به على اضاغة
الحقوق وافساد الالتزامات

فالشريعة كما قال بحق ، صاحب اعلام الموقعين ، بعيدة عن الحيل ،
تأبأها ولا ترضاها وهذا قوله فيما يتعلق باستعمال الحيل : « ان المتأخرين
احدثوا حيلاً لم يصح القول بها عن احد من الائمة ونسبوها الى الائمة وهم مخطئون
في نسبتها اليهم ، ولهم مع الائمة موقف بين يدي الله ، ومن عرف سيرة
الشافعي وفضله ومكانه من الاسلام ، وعلم انه لم يكن معروفاً بفعل

١ المكى جزء اول ص ١٦٠

٢ اعلام الموقعين الجزء الثاني ص ١١٨ طبعة هندية

« الشفعة ٣ »

الحيل ولا بالدلالة عليها ، ولا كان يشير على مسلم بها واكثر الحيل التي ذكرها المتأخرون المنتسبون الى مذهبه من تصرفاتهم ، تلقوها عن المشرقين ، وادخلوها في مذهبه فجاشاه ان يأمر الناس بالكذب ، والخذاع ، والمكر ، والاحتيال وما لا حقيقة له ، ولا يُظن بما دون الشافعي من اهل العلم والدين انه يأمر او يبيح ذلك .»

وقال في موضع آخر^١ : كل من له علم بالشرعية وقدرها ، وبفضل الائمة ومقاديرهم ، وعلمهم ، وورعهم ، ونصيحتهم للدين يتيقن انهم لو شاهدوا امر هذه الحيل ، وما افضت اليه من التلاعب بالدين ، لقطعوا بتحريمها ومما يوضح ذلك ، ان الذين افتوا من العلماء ببعض مسائل الحيل ، واخذوا ذلك من بعض قواعدهم ، لو بلغهم ما جاء في ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه لرجعوا عن ذلك يقيناً ، فانهم كانوا في غاية الانصاف ، وكان احدهم يرجع عن رأيه بدون ذلك ... ثم قال : ان القول بتحريم الحيل قطعي ، ليس من مسالك الاجتهاد ، وقد اتفق السلف ، على ان الحيل بدعة محدثة فلا يجوز تقليد من يفتي بها . وقد نص الامام احمد على ذلك كله ولا خلاف في ذلك بين الائمة .

وقال في مكان آخر^٢ « ... ولو لم يكن في هذا الباب شيء من الاحاديث^٣ والآثار البتة فان المؤمن يعلم بالاضطرار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يعلم اصحابه هذه الحيل ، ولا يدلهم عليها ، ولو بلغه عن احد فعل شيء منها لانكره عليه ، ولم يكن من اصحابه احد يفتي بها ، ولا يعلمها

١ ص ١٢١

٢ ص ١٢٢

٣ مع انها كثيرة ، أوردها المؤلف في مجته هذا

وذلك مما يقطع به كل من له أدنى اطلاع على أحوال القوم وسيرتهم
وفتاويهم .»

وقال بشأن الشفعة^١ : «ومن الحيل الباطلة المحرمة التحيل على إسقاط ما
جعله الله حقاً للشريك على شريكه من استحقاق الشفعة دفعاً للضرر، والتحيل
لإبطالها مناقض لهذا الغرض وإبطال لهذا الحكم بطريق التحيل ، وبعد
أن ذكر الحيل المستعملة لإبطال الشفعة قال : أن الإمام أحمد في رواية
إسماعيل بن سعيد سئل عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل
في ذلك ولا في إبطال حق مسلم ، وقال عبد الله بن عمر في هذه الحيل
وأشباهها ، من يخدع الله يخدعه ، والحيلة خديعة ، وقد قال النبي صلى الله
عليه وسلم لا تحل الخديعة لمسلم .» اهـ

فالإمام مالك ، والإمام أحمد لم يجوزوا استعمال الحيل لإسقاط حق الشفيع ،
وحجتهما أن الحيلة لإبطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها^٢
والإمام أبو حنيفة والشافعي ، أجازا استعمال الحيلة لإسقاط الشفعة
وحجتهما القياس على قصة أيوب الواردة بالآية القرآنية «وخذ بيدك صفئاً
فاضرب به ولا تحنث»

ولا تُكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد^٣
على التفصيل الآتي :

فالحيلة إما أن تكون بعد وجوب الشفعة وإما قبل الوجوب فإن كانت

١ ص ١٢٥

٢ الميزان للشمراني جز ٢ ص ١٠٤

٣ نكسلة الفتح لقاضي زاده أفندي جز ٧ ص ٤٥٠ ، وبدائع الصنائع جز ٥

بعد الوجوب قيل انها مكروهة بلا خلاف وذلك بان يقول المشتري للشفيع
صالحتك على كذا درهماً على ان تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفعتك ولا يستحق
بدل الصلح وان كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه قال ابو يوسف لا تُكره
وقال محمد تُكره . وحجة محمد ان شرع الحيلة يؤدي الى سد باب الشفعة
وفيه ابطال هذا الحق اصلاً ورأساً

ووجه قول ابي يوسف ان الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب مباشرة
سبب الامتناع شرعاً وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات
ويقول ابن عابدين^١ ان الفتوى على قول ابي يوسف بالشفعة وانما قيده
في السراجية بما اذا كان الشفيع غير محتاج الى الشفعة . واستحسنه محشي
الاشباه

بقي امر هام وهو هل يجوز تحليف المشتري من قبل الشفيع انه قد احتال
لابطال شفعتك ؟

جاء في حاشية ابن عابدين على الدر المختار^٢ : ادعى الشفيع على المشتري
انه احتال لابطال الشفعة يحلف . وفي الوهبانية خلافة

وجاء في الحاشية على الحاشية : ان ما ذهب اليه ابن وهبان اولى من
جهة الفقه لانه قال كل موضع لو اقر به لا يلزمه شيء . لو انكره لا يحلف
وهنا لو اقر بالحيلة لعدم ثبوتها ابتداء لا يلزمه شيء . فلا يحلف . والحيلة

١ جز ٥ ص ٢١٤

٢ خصصنا القول بالشفعة لان هناك من قال لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة
بلا خلاف وانما الخلاف في الزكاة فتأمل

٣ جز ٥ ص ٢١٧

لعدم ثبوتها ابتداءً لا تذكره عند أبي يوسف وعلى قوله الفتوى كما في الدرر والغرر^١

على أن المفهوم من كتب المعتبرات : أن المتعاقدين أن قصدا حقيقة البيع فراراً من الشفعة كان بيعاً جائزاً والآ أن أظهره للشفيع لم يكن جائزاً لأنه تلجئة (بيع التلجئة هو أن يظهر عقداً لا يريدانه) ولذا يجاب الشفيع إلى التحليف

وعلى ذلك لا يحلف إلا بحالة واحدة وهي ما إذا ادعى الشفيع على المشتري أن البيع كان تلجئة والا فلا يحلف^٢

بقي علينا امر واحد وهو أن الحيلة لاسقاط الشفعة أو لمنع استحقاق الشفيع الشفعة هل هي جائزة بعد صدور قانون الملكية الذي نظم أحكام الشفعة تنظيماً قانونياً جديداً ؟

اول ما يخطر على البال القول بأن الحيل جائزة شرعاً ، والشرعية اساس حق الشفعة الا اننا نقول ان الشفعة دخلت اليوم بعداد الحقوق القانونية التي اقرها القانون ولذلك لا يجوز التحايل مقدماً لاسقاط حق الشفعة بعد ان اصبح حقاً مدنياً صرفاً خصوصاً وان الفقهاء غير متفقين على جواز استعمال الحيل لاسقاط الحقوق المشروعة كما اسلفنا^٣

١ وإلى ذلك جنح قاضيخان بغتساويه مع تخصيص دقيق فقد قال وانما لو اراد تحليف المشتري ان البيع الاول ما كان تلجئة (اي سوريا) له ذلك لانه ادعى عليه معنى لو اقر به يلزم

٢ ابن عابدين جزء ٥ ص ٢٢٠

٣ استقر رأي المحاكم الاستثنائية المختلطة في مصر منذ سنة ١٨٩٢ حق هذا اليوم ، على القول بعدم جواز استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة . وفي لبنان منذ ظهور

وبناء على ما تقدم اذا باع شخص عقاراً لآخر ، وانما وصف العقد بأنه هبة ، فراراً من الشفعة ، فللشفيع ان يثبت حقيقة البيع بالطرق القانونية كافة من بينات وقرائن . لانه يُعتبر أولاً من طائفة الغير ولان الحيلة نوع من الغش ، الذي يمنعه القانون والاشخاص الذين لهم حق الشفعة قد عينهم القانون ، وليس لغيرهم حق الاخذ بالشفعة لا مباشرة ولا بطريق الحيلة لان هذا الحق استثنائي .

٣٠ - المضاربة بالشفعة : اذا تبين بعد التحقيق ان الشفيع انما يستعمل حق الشفعة بقصد الاستفادة كأن يتفق مع اجنبي على ان يقيم دعوى الشفعة باسمه ، بمقابل حصة في العقار المشفوع ، فهل ان شفعة الشفيع تبقى قائمة ؟ اذا وقع ما تقدم فان الشفعة تُرد لان حق الشفعة يكون لمنفعة شخص اجنبي مع انه حق استثنائي محصور بالشريك بعين العقار او بالحقوق العينية العقارية المرتبة عليه والشفيع هنا يعمل لمصلحة الغير لا لمصلحته ، والشفعة شرعت لمنع الضرر عنه لا لجلب المنفعة لكل صاحب مصلحة بالعقار ، فكأنما يُحتال لادخال غريب على الشركاء لم يمنحهم القانون هذا الحق ، ولذلك يكون سعيه هذا مردوداً .

واذا شاء الشفيع بعد استعمال حق الشفعة لنفسه ، ان يبيع العقار للغير ؟ فان القانون لا يمنعه من ذلك لانه لا يجوز للقضاء ان يقرر من تلقاء نفسه اسباباً لسقوط هذا الحق .

قانون الملكية الجديد لم تستعمل الحيل لإبطال الشفعة فكأنه قد استقر بذهن الناس ان نية الشارع صريحة بمنع الحيلة لاسقاط الشفعة . ان الامام مالك منع المضاربة بالشفعة ، وابطل حق الشفعة اذا اريدت به المضاربة .

واذا ثبت 'عسر الشفيع' فهل ترد دعواه بطلب الشفعة ؟
 ان مجرد العسر لا يكفي وحده لرد دعوى الشفعة ، الا اذا كان الشفيع
 يعمل لمصلحة الغير لقاء نصيب في العقار المباع ، اما اذا اراد استعمال حق الشفعة
 على ان يستفيد بعدئذ من بيعه للغير ، فالقانون لم ينص على منعه^١

٣١ - الشفعة قرينة قانونية على وقوع الضرر للشفيع : متى توفرت
 عناصر المطالبة بالشفعة ، استحق الشفيع النصيب المباع بحق الشفعة ولا
 يجوز للمشتري ان يقيم دليل النفي على ان البيع لا يورث ضرراً ما للشفيع
 لان القانون فرض الضرر للشريك بمجرد بيع الشريك الآخر نصيبه لاجنبي
 فقرينة الضرر هنا قرينة قانونية لا يجوز اثبات عكسها فاذا انتفى وقوع
 الضرر بالكلية كما لو ثبت عدم حصول ضرر جديد للشفيع بالبيع فلا شفعة
 كأن حصل البيع لاحد الشركاء في العقار المشترك وقد ورد النص على هذه
 الحالة في المادة التي نحن بمعرض شرح احكامها فقد جاء فيها « ان حق الشفعة
 ممنوح للشريك في الملك او في الحقوق العينية الجارية على ملك يحوله ان يتزع
 لنفسه الحصة التي اشتراها شخص آخر في هذا الملك او في تلك الحقوق
 العينية العقارية

وقس على ذلك عقاراً مشتركاً بين الورثة ، فباع بعضهم نصيبه لوارث

١ راجع في تأييد هذا المبدأ ما قرره غارسونه بالجزء الاول فقرة ٣٠٣
 واوبري ورو ، جزء ٨ فقرة ٢٤٨ ص ١٣٦ فقد قررا عدم جواز قبول الدعوى
 بالاسم المستعار اذا كانت نتيجة غش قانوني وعليه فإن ماقررناه هو ما لاحظنا انه غاية
 الشريعة والشارع

٢ لا لغيره بطريق الاسم المستعار

٣ اي اجنبي عن الشركاء لا الشركاء انفسهم

آخر ، فلا شفعة لبقية الورثة اعدم ثبوت حصول ضرر جديد لهم بالبيع ، لان الشركة بالارث باقية وان زاد نصيب بعضهم على الاخر فالشركاء في الملك هم متساوون في الحقوق لا بحسب انصبتهم بل بعدد رؤوسهم فالذي يملك نصف قيراط شائع يستعمل حقه بالشفعة كالذي يملك القراريط الباقية كما سيأتي في شرح المادة ٢٤٠ من قانون الملكية

٣٢ - قانون الملكية لا يشمل ما قبله : قلنا بالفقرة ٢٣ من هذا الكتاب ، ان احكام المجلة كانت مرعية بالشفعة في الارض الملك ، واحكام قانون الاراضي بالعقارات الاميرية قبل نشر قانون الملكية ، ونقول الان اذا تقدمت دعوى بطالب الشفعة قبل نشر قانون الملكية فان المسائل المتعلقة بشروط الشفعة والمواعيد الواجب مراعاتها يسري عليها حكم المجلة . واذا تقدم طلب بحق الرجحان لارض اميرية فان احكام قانون الاراضي العثماني هي التي يجب تطبيقها لا احكام قانون الملكية الذي سوى بين عقارات الملك والعقارات الاميرية لان قانون الملكية ليس له مفعول رجعي

٣٣ - يعتمد النص الفرنسي اذا اختلف مع النص العربي : من المعلوم ان قانون الملكية وضع في الاصل باللغة الفرنسية ، ولم يقدم هذا القانون الى المجلس النيابي اللبناني ولا السوري للمناقشة فيه فاذا وقع الاختلاف بين النصين فالعبرة بالنص الفرنسي لان وضع القانون كان في الاساس باللغة الفرنسية من قبل المفوضية العليا ثم ترجم الى اللغة العربية ، وفي حالة غموض النص العربي يجب الرجوع الى النص الفرنسي وكذلك في حالة تناقض النصين .

٣٤ - تعريف الشفعة بالقانون : عرفت المادة ٢٣٨ من قانون الملكية الشفعة بانه حق ممنوح لشريك في ملك او حقوق عينية جارية على ملك

ينحوله ان يملك الحصة التي اشتراها بالرضا ، شخص آخر ، مقابل دفع ثمن الشراء . في هذا الملك او في الحق الجاري على الملك المشترك^١

٣٥ - تعريف الشفعة ناقص :

ان هذا التعريف ناقص اذا لاحظنا ان العقارات الاميرية ، والحقوق العينية المتعلقة بعقارات اميرية اصبح حكمها فيما يختص باستعمال حق الشفعة كحكم العقارات الملك كما اشارت المادة الاولى من القرار رقم ٥٧ لـ ٠ ر المؤرخ في ٢١ حزيران سنة ١٩٣١ ، التي تمت حكم المادة ٢٣٨ من قانون الملكية واذا اردنا ان نعرف الشفعة تعريفاً جامعاً امكناً ان نختار لها التعريف الاتي : « الشفعة هي حق ممنوح لشريك في عقار او في حق عيني على عقار ينحوله حق تملك العقار المباع رضا لاجني ، بمثل الثمن الذي قام على المشتري بعد دفع مقدار التحسين لهذا الاخير ، والمصاريف الرسمية المترتبة على العقد مع رسوم التسجيل

عرفت المجلة الشفعة بانها « تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام على المشتري^٢ » وجاء تعريف الشفعة بمشرد الحيوان الى معرفة احوال الانسان بان « الشفعة هي حق تملك العقار المبيع او بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والمؤن^٣ »

وقد عرف الشفعة ابن عرفة في سيدي خليل ، تبعاً لمذهب الامام مالك قائلاً : « الشفعة هي الحق العائد لكل شريك على الشيوع بان يأخذ من يد

١ ترجمنا هذا التعريف عن الاصل الفرنسي ، لان الترجمة الرسمية للمادة لا تطابق الاصل تماماً

٢ المادة ٩٥٠ من المجلة

٣ المادة ٩٥٠ منه

المشتري الاجنبي بعد التعويض عليه ، النصيب الذي اشتراه من الشريك
الآخر^١»

وعرف ابن قاسم الغزي الشفعة « بانها الحق الممنوح من الشارع للشريك
الاصلي في الملك ، اتزع ملكية الشريك الجديد ، بمقتضى حقه بالشاركة ،
على شريطة ان يعاد اليه الثمن المدفوع للصفقة^٢ »

وجاء في المادة ٥٠٧ من مشروع القانون الاسلامي للجزائر تعريف
الشفعة على الصورة الاتية « ان حق الشفعة هو الحق الذي يعود الى الشركاء
الآخرين ، في حالة بيع بعضهم نصيبه الشائع رضاء ، الى مشتر ، وذلك بتزع
ملكية هذا المشتري لقاء التعويض عليه بثمان الشراء المدفوع منه »

وعرف الشفعة مایسوناس اخذاً عن المذهب المالكي هكذا^٣ « كل
شريك بعقار قابل للقسمة او غير قابل لها ، وصل اليه ارضاً او بطريق اخرى ،
مسلماً او غير مسلم ، يمكنه ان يبعد كل مشتر لخصة او عدة حصص مشاعة
قابلة للقسمة او غير قابلة للقسمة بالعقار المذكور ، لقاء دفع قيمة الصفقة
المشتري مع المصاريف الرسمية . »

عرف الفقهاء الشفعة : بانها تمليك العقار وما في حكمه جبراً على

١ Trad, Seignette., P. 378

٢ Op. Cit., P. 375

٣ مادة ٣٤٢ ص ٨٤ و ٨٥ طبعة ١٨٩٨

٤ كالمطوب يستحق بالشفعة ونستحق به الشفعة في السفلى وان لم يكن طريق العلو

في السفلى لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار (الدرر جز ٢ ص ٢٠٨)

المشتري^١ بثمل ما قام عليه من الثمن

عرفت الشفعة المادة ٦٥٩ من القانون المدني التركي قائلة « يُستعمل حق

الشفعة القانوني ، ضد الشخص الثالث الذي اشترى حصة من العقار ».

ان قانون المقاطعات السويسرية المعمول به اعتباراً من اول ايلول سنة ١٩١٢

اورد نفس التعريف الوارد بالقانون المدني التركي لان هذا نقل القانون
السويسري عيناً

ثم ان القانون السويسري والقانون المدني التوركي والقانون الالماني

اوجدت نوعاً من الشفعة الاتفاقية ورد ذكرها بالمادة ٦٥٨ من القانون المدني

التوركي و ١٠٩٤ من القانون المدني الالماني والمادة ٦٨٢ من القانون
السويسري .

وهذا النوع من الشفعة يجيز ان يحمل العقار ، لمصلحة الغير بحق الشفعة

ضد المالك

ويجوز ان يرتب حق الشفعة لمصلحة اي مالك كان لعقار آخر .

فهذه القوانين اوجدت نوعين من الشفعة ، النوع الاول تندمج تحته

الشفعة القانونية ، والنوع الثاني الشفعة الاتفاقية (راجع شرح المادة ٦٨٢ من

القانون السويسري لكورتي فقرة ٢)

عرفت المادة ٥٠٤ من القانون المدني الالماني الشفعة على الصورة الاتية :

« كل من له حق بالشفعة متعلق بشي . يمكنه ان يارس حق الشفعة في الوقت

١ مع ان الشفعة تارة تنقرر بالتراضي واخرى بالقضاء ، وقد حذفت المجلة

بالمادة ٩٥٠ هذه العبارة وحسناً فقلت (راجع جزء ٢ ، الفري ص ٢٢٤)

٢ الفتح جزء ٢ ص ٤٠٦ ، وهناك تعاريف اخرى لا تفي بالمقصود ذكرت في

شرح الهداية والكتنر (الكتنر ص ١٤٣ جزء ٨ ، هداية جزء ٢ ص ٤٠٦)

الذي يعقد المالك مع آخر عقد بيع على الشيء. (ترجمة Raoul de la Grosserie)

وفضلاً عما تقدم فإنه يوجد في المانيا نوع من الشفعة يستعمله الورثة اذا بيع العقار من احدهم لاجنبي ، وقد نصت عليه المادة ٢٠٣٤ من القانون المدني وفي اسبانيا نوعان من الشفعة احدهما يستعمل لمصلحة الشركاء في الملك ، والثاني لمنفعة الجيران .

وقد عرفت المادة ١٥٢٢ من القانون الاسباني النوع الاول هكذا « يجوز للمالك الشيء المشترك ان يستعمل حق الشفعة في الحالة التي ينقل فيها جميع الشركاء في الملك او احدهم شيئاً لمصلحة اجنبي

وعرفت المادة ١٥٢٣ النوع الثاني فقالت « لملك العقارات المتجاورة الحق في طلب الشفعة اذا كان البيع خاصاً بعقار زراعي لا تريد مساحته على هكتار واحد ، ولا ينطبق الحق المذكور على الاراضي المجاورة التي تفصلها انهار او خنادق او طرق او غيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة لمصلحة عقارات اخرى .

وفي مراکش عرفت المادة ٢٥ من ظهير ٢ حزيران سنة ١٩١٥ الشفعة بانها « الحق المقرر لكل شريك على المشاع في ملكية عقارات او حقوق عينية عقارية للحصول على الحصة المباعة للغير بحلولة محل المشتري مقابل دفع مقدار ثمن المبيع والتحسينات ومصاريف العقد .

٣٦ - ما هي القيود الاحترازية التي يجب مراعاتها في تعريف الشفعة؟

ان القيود الاحترازية التي يجب ان ينتبه اليها هي :

١ - ان يكون الشراء رضا ، فاذا وقع البيع جبراً فلا يستعمل حق

الشفعة^١ فاذا بيع العقار بالمزايدة رضا بدون امر محكمة او بغير طريقة دائمة الاجراء ، فان الشفيع يبقى على شفעתه .

ويقول روسدل ، احد شارحي القانون السويسري ، في الطبعة الاولى من كتابه ، ان الشفيع اذا علم بالمزايدة الرضائية ولم يشترك بها يسقط حقه بطالب الشفعة ، الا انه بالطبعة الثانية اعترف بعدم صوابية رأيه هذا ، وقرر ان الشفيع يبقى على شفעתه طالما ان المزايدة لم تحصل بواسطة القضاء^٢ وتسترد التفاصيل في شرح المادة ٢٥٤ من هذا القانون .

٢ - ان يكون البيع لاجنبي فاذا بيع النصيب الى احد الشركاء فلا شفعة وهذا القيد ظاهر من نص المادة ٢٣٨ من قانون الملكية فقد ورد فيها صراحة عبارة « الحصة التي اشتراها شخص آخر » وهذا يعني غير الشريك وحكمة ذلك ظاهرة اذ لا شفعة اذا ثبت عدم حصول ضرر جديد للشفيع في البيع . وستأتي تفصيلات اخرى عند شرح المادة ٢٣٩ الاتية فانتظروها .

٣ - ان يكون الشفيع شريكاً في العقار او ما في حكم العقار او في الحقوق العينية العقارية (مادة ٢٣٩ الاتية)

٤ - ان يؤدي الشفيع الثمن ومقدار تحسين العقار والمصاريف الرسمية المترتبة على العقد ، ورسوم التسجيل التي دفعها المشتري (مادة ٢٤٩ من هذا القانون الاتي شرحها) .

٥ - ان يكون الشراء لنفس الشفيع لا باسم غيره ، متخذاً الشفعة

١ راجع المادة ٢٥٤ من قانون الملكية ، التي سبرد شرحها

٢ روسدل ، فقرة ١٢٧٨

٣ راجع حكم محكمة بيروت المختلطة في ٣٠ حزيران سنة ١٩٣٧

طريقة للكسب كما أوضحنا سابقاً^١

فكل تعريف يجمع هذه القيود كان بنظرنا ، تعريفاً جامعاً مانعاً^٢
 ٣٧ - الشفعة وهل هي حق عيني او شخصي ؟ عدت المادة ١٠ من
 قانون الملكية الحقوق العينية ولم تدخل فيها حق الشفعة . وقد ورد حق
 الشفعة تحت الفصل المتعلق بطرق اكتساب الملكية بالمادة ٢٢٨ فقد نصت
 هذه المادة على ان حق التسجيل في السجل العقاري يكتسب بالطرق الاتي
 بيانها :

١ - بالوراثة ٢ - بالهبات بين الاحياء او بالوصية ٣ - بأشغال
 المكان ٤ - بالشفعة ٥ - بمرور الزمن ٦ - بمفعول العقود ، ولذلك
 صار يجب معالجة هذا الموضوع معالجة قانونية صرفة .
 نستطيع ان نقول ان حق الشفعة ، حق عيني حقيقي ، وحجتنا تلخصها
 فيما يلي :

١ - الشفعة تخول الشفيع حق تملك العقار فتجعل له حقاً على العقار
 المشفوع .

٢ - للشفيع استعمال حق التبع فاذا باع المشتري العقار الى آخر يجوز له
 مطالبة المشتري الجديد ، ولو كان حقاً شخصياً لما استطاع الا مقاضاة
 المشتري الاول .

٣ - وللشفيع ايضاً حق الافضلية فهو مقدم على اصحاب الحقوق الاخرين
 على البيع اذا استعملوا حقوقهم بعد تاريخ طلب الشفعة .

١ - فقرة ٢٩ من هذا الكتاب

٢ - راجع التعريف الذي اخترناه بالفقرة ٣٥ من هذا الكتاب

٤ - ان حق الشفعة ، يتولد من حق ملكية العقار ، وينتقل من مالك الى مالك بانتقال الملك من فرد الى فرد .

٥ - ان دعوى الشفعة مصدرها القانون ، وليس مصدرها الاتفاق ، وسببها الشراكة في العقار ، فهي اذن عينية عقارية .

٦ - ان موضوع الدعوى هو عقار معين ، والحلول محل المشتري . اذا تقور ما تقدم أمكن الرد علينا بما يأتي :

أ - ان الشفعة ليست حقاً عينياً ، لان الشفعيع يحل محل المشتري ، فهو يستعمل حقاً شخصياً لا عينياً ، وتنتقل اليه حقوق العقد التي كانت للمشتري السابق .

ب - ان الشفعة وردت بين طرق اكتساب الملكية (المادة ٢٢٨ من قانون الملكية . ولم ترد مع الحقوق العينية التي عددها القانون بالمادة ١٠ من نفس القانون .

ج - ان الملكية لا تكتسب بقتضى حق الشفعة الا بالتسليم الاختياري او بحكم القاضي ، فالدعوى بالشفعة اذا شخصية ، تعني الحلول في حقوق المشتري .

٤ - لا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع ، وانما يتولد هذا الحق عند طلب اخذ الشفعيع بالشفعة والقضاء به (المادة ٢٥٢ من قانون الملكية)

و يُلاحظ ان هذه الحجج لها أهميتها ، ولذلك ارتأى البعض ان يجعل من حق الشفعة حقاً شخصياً عينياً . شخصياً بالنسبة للشفيع ، وعينياً بالنسبة للعقار المشفوع فيه ، وبذلك يوفق بين الرأيين المتقدمين المتعارضين .

وهناك فئة من ارباب القانون ترى ان الشفعة ليست حقاً عينياً ولا حقاً شخصياً ، وانما هي حالة قانونية طبيعية من شأنها اكتساب الملكية فهي

ليست حقاً بل مصدر له

وهناك فئة أخرى تعتبر ان حق الشفعة ، هو حق شخصي متعلق بشيء مرتبط بالشخص الذي تتوافر فيه الشروط الواجبة وقت بيع العقار الذي تترتب عليه الشفعة^١ . ولا ينتقل مع ملكية العقار اذا بيع بعد هذا الوقت . الا ان هذا الرأي لا يمكن اخذه على اطلاقه لان حق الانتفاع عيني ، مع انه لا ينتقل الى الورثة كما هو صريح بالمادة ٣٢ من قانون الملكية ومن الذين اخذوا بحجة القائلين بان حق الشفعة ، حق شخصي لا عيني البارون Adrien Forgeur يقال هام عقده في مجلة مصر العصرية لسنة ١٩٢٠ بالصفحة ١٢٢ .

اما فيلاند - بوه ، احد شارحي القانون السويسري فانه يرى ان حق الشفعة القانوني حق عيني ، واما حق الشفعة الاتفاقي المتولد عن المقاوله فهو حق شخصي^٢ .

ومن هذا الرأي اوجهن هوبر ، مدرس الحقوق المدنية في جامعة برن ، وواضع مشروع القانون السويسري وقد اوضحه بالاسباب الموجبة بالصفحة ٧٤ .

اما القانون الالماني ، فانه بالمادة ٥٠٤ يعطي الشفعة ، صفة الحق الشخصي ، اما اذا حمل العقار بحق الشفعة لمصلحة الغير ، ضد المالك فانه يعطيه صفة الحق العيني بالمادة ١٠٩٤ منه

ولذلك يقول المعلق على القانون المدني الالماني Raoul de la Grosserie

١ من هذا الرأي De Hull في كتابه Répertoire alphabétique de

droit civil égyptien. تحت لفظة préemption فقرة ٦

٢ ص ٣١٥ وراجع الفقرة ٣٥ من هذا الكتاب

يوجد في القانون الالماني حقان للشفعة ، احدهما عيني والاخر شخصي ،
 والمادة ٥٠٤ تعالج الحق الشخصي ، وهو كثير الاستعمال في المانيا^١
 اما القانون المدني التوركي فيجعل من الشفعة القانونية بحسب رأي شراحه
 حقاً عينياً كما افاد مصطفى بك رشيد ، المدرس بجامعة استانبول ، تعليقاً على
 المادة ٦٥٨ من القانون المدني التوركي^٢
 فما تقدم يُعلم الخلاف الهام في الرأي بين اعتبار الشفعة حقاً عينياً او حقاً
 شخصياً او بين بين .

ويظهر ان اجتهاد المحاكم الاستثنائية المختلطة الحديث بمصر ، متفق على
 القول بان حق الشفعة ، حق عيني^٣ .

واذا وقع الخلاف بشأن حق الشفعة وكونه عينياً او عقارياً فلا خلاف
 بانه حق عقاري ، موضوعه العقار المشفوع فيه .

٣٨ - الشفعة لا تكون الا بالعقار : من الاطلاع على الفصل الخامس
 من قانون الملكية المختص بالشفعة نرى ان هذه محصورة بالعقار ولا تتناول
 المنقولات .

والعقارات على ثلاثة انواع بحسب احكام المادة الاولى من قانون
 الملكية :

١ ص ١٠٧ و ٢٣١

٢ ص ٨٢

٣ راجع حكم محكمة الاستئناف المختلطة بمر المورخ في اول مارس سنة
 ١٩٢١ ، و ٢٢ كانون الثاني سنة ١٩٢٤ وقبل هذا التاريخ كان بعضها يرى من حق
 الشفعة ، حقاً شخصياً والبعض الاخر يراه عينياً .

أ - العقارات بالنظر الى ذاتها - وهي كما عرفت المادة الثانية من قانون الملكية، الاشياء المادية التي يكون لها بالنظر الى جوهرها موقع ثابت غير منتقل كالاراضي، والمناجم، والنباتات المتأصلة في الارض ما دامت ثابتة فيها والابنية .

فاذا بيعت العرصة مع ما عليها من الاشجار والابنية تجري الشفعة في الاشجار والابنية ايضاً تبعاً للارض
وانما نقطة الخلاف اذا بيعت الاشجار والابنية فقط فهل تجري فيها الشفعة ؟

الجواب سهل اذا لاحظنا ان البناء وحده والغراس وحدها تعتبر عقاراً بمقتضى المادة الثانية من قانون الملكية
الا ان المادة ١٠٢٠ من المجلة تصرح بان الاشجار اذا بيعت مستقلة، وكذلك الابنية فلا تجري فيها الشفعة
فهل ان هذا النص لا يزال قائماً رغم صراحة المادة الثانية من قانون الملكية التي تجعل الاشجار وحدها والابنية ايضاً عقاراً بذاتها ؟
لو كنا نتبع المذهب المالكي في هذه البلاد لما كان الجواب صعباً لان الامام مالك يعتبر البناء من العقارات، فتصح فيه الشفعة عنده .
ومع هذا فاننا نرى الشفعة في البناء، والغراس للاسباب الوجيهة الآتية :

أ - ان الشارع عند وضعه قانون الملكية لم يشأ ان يتقيد باحكام المجلة، بل اقتبس من القوانين الموضوعة لتونس والجزائر ومراكش اكثر

الاحكام وهذا ظاهر نجلا. من الاسباب الموجبة لقانون الملكية
 ٢ - ان المادة ١٠١٢ من المجلة ، منعت الشفعة في الاراضي الاميرية ،
 باعتبار ان رقبة الارض للحكومة ، وان واضع اليد حكمه حكم المتصرف
 في الارض فقط ، وقد ابطال حكم هذه المادة بالمادة الاولى من القرار رقم
 ٥٧ المؤرخ في ٢١ حزيران سنة ١٩٣١ واصبحت العقارات الاميرية والحقوق
 العينية المتعلقة بعقارات اميرية كمعقارات الملك في ما يختص باستعمال حق
 الشفعة . ولذلك لم تعد احكام المادة ١٠٢٠ من المجلة مرعية بعد وضع
 قانون الملكية الذي اعتبر الاشجار والبناء من العقارات بذاتها

٣ - ان مشروع القانون الاسلامي للجزائر ، قد حوى بالمادة ٥٠٨ ،
 بالفقرة الثانية منها ، صراحة كافية تجوز استعمال الشفعة بالبناء مستقلا عن
 الارض ، وكذلك بالشجر

٤ - ان المادة الرابعة وما يليها من القانون التونسي ، منحت صاحب
 البناء والشجر حق الشفعة ايضا

٥ - ان الفقه المالكي - الساري بالمغرب - يجيز الشفعة في البناء او
 الفراس القائم على ارض الغير او على ارض محبوسة او معارة^١

٦ - لا يمكن الاعتماد على ما ورد بالمجلة من اشتراط بيع البناء مع
 الارض لاستعمال الشفعة وان يكونا لمالك واحد ، لان البناء في نظر الفقه

١ فقد ورد فيها بالحرف الواحد : *Ce projet d'arrêté n'est donc pas à proprement parler comme le medjellé , une codification du droit musulman . Dans sa forme générale , il se rapproche des textes qui forment le droit foncier des pays de l'Afrique du Nord : Tunisie, Algérie, Maroc .*

٢ المدونة الكبرى ، جزء ١٢ ص ١٠٩ ، والعلامة خليل ترجمة سينت مادة ٨٨٢

الحنفي دون الارض يعتبر منقولاً لا عقاراً ، والمادة الثانية من هذا القانون تخالف الفقه الحنفي ، وتطابق المذهب المالكي ، كما خالفت المادة ٢٣٨ و ٢٣٩ من قانون الملكية احكام المجلة - المأخوذة من الفقه الحنفي - فيما يتعلق بشفعة الجوار ، واتبعنا مذهب مالك

٧ - ان الامام احمد كالامام مالك اعتبر البناء والشجر ، بحكم العقار للمطالبة بحق الشفعة

٨ - إن اللجان التي كانت تضع القوانين الحديثة للبلاد التي كان حكم الشريعة فيها سارياً ، لم تكن تتقيد بمذهب معلوم ، ليكون النص الموضوع متلائماً مع تطور الزمن ، وهذه هي الخطة التي سار عليها واضع قانون الملكية في لبنان وسورية وواضع القوانين العقارية في المغرب

٩ - ان المادة ٤٦ من قانون الاراضي العثماني التي منعت الشفعة في الاراضي الاميرية ، لان حق التصرف فيها من الحقوق المجردة والشفعة يشترط فيها ان يكون المشفوع والمشفوع به ملكاً عقارياً قد الفيت بقانون الملكية الجديد بالمادة ٢٧٠ منه ، و بالمادة الاولى من القرار رقم ٥٧ المتقدم الذكر

١٠ - ان المادة ٢٣٨ من قانون الملكية اجازت الشفعة للشريك في العقار ، والشريك في الحقوق العينية المترتبة على العقار ، والبناء ما دام متأصلاً وثابتاً في الارض يعتبر من العقارات بحكم المادة الثانية من قانون الملكية وكذلك الفراس

٢ - العقارات بالنظر للغاية المعدة لها : وهي التي اوضحتها المادة ٣ من قانون الملكية وقالت عنها بانها الاشياء التي تعتبر بالنظر الى ذاتها كمنقولات

غير انها تكون تابعة لذات العقار كالحیوانات المعدة للزراعة ، والمعاصر والانايبق والآلات الزراعية الخ ...

فبالنسبة لهذا النوع فانها تتبع العقارات التي اتصلت بها ولا شفعة فيها اذا بيعت مستقلة ، لانها تكون منقولة في هذه الحالة

يؤيد هذا القول ما ورد في المبسوط ^١ : ما كان من المنقول متصلاً بالعقار يستحق بالشفعة تبعاً كالأبواب ، والشرف المركبة .

وما ورد فيه ايضاً ^٢ : اذا اشترى بيتاً ورحى ماء فيه ونهرها ومتاعها فللشفيع الشفعة في ذلك كله الا ما كان من متاعها ليس بمركب في البناء لان ما كان مركباً متصلاً بالارض فهو بمنزلة البناء فيستحق بالشفعة تبعاً الا ترى ان الحمام يباع ويأخذه الشفيع بقدر الحمام لانه في البناء ^٣

ولو اشترى أجرة فيها قصب وسمك يؤخذ بصيد ، اخذ الأجرة والقصب بالشفعة مع السمك لان القصب متصل بالارض ، والسمك تابع للحركة ^٤

وتزيد على ما تقدم ما ورد في بدائع الصنائع ^٥ فقد جاء فيه « ان الذي يملكه الشفيع بالشفعة هو الذي يملكه المشتري بالشراء سواء ملكه اصلاً او تبعاً بعد ان يكون متصلاً وقت التملك بالشفعة وذلك نحو البناء والغرس

١ جزء ١٤ ص ١٣٤

٢ ص ١٣٥

٣ واستحقاق الشفعة في الحمام ، والقدر ، والرحى هو مذهب الاحناف واما الشافعي فما لا يحتمل القسمة لا شفعة فيه عنده ، وعند الامام مالك لا شفعة في الارحية بخلاف الحمام (المدونة الكبرى جزء ١٤ ص ١٣٨)

٤ اما اذا كان السمك يؤخذ بغير صيد ، فيعتبر كالتناع الموضوع بالارض ، فلا شفعة فيه (المبسوط جزء ١٤ ص ١٣٥ ، مع تصرف وزيادة في عبارة المتن)

• جزء ٢٧ ص ٢٧

والزرع والشر وهذا استحسان والقياس ان لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والشر بالشفعة لان الشفيع انما يملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وانه يثبت في العقار لا في المنقول ، وهذه الاشياء منقولة ، وقد اخذ بالاستحسان لان الحق اذا ثبت في العقار يثبت فيما هو تبع له لان حكم التبع حكم الاصل ، وهذه الاشياء تابعة للعقار حالة الاتصال »

وعلى ذلك فان الحمام اذا بيع يدخل فيه القدر^١ ولا تدخل القصاع لانها غير متصلة بالبناء ، الا ان الرجل لو اشترى نصيباً من دار وعروضاً صفقة واحدة واراد الشفيع ان يأخذها بالشفعة برضاء المشتري فليس هناك من مانع يمنعه (المدونة الكبرى ص ١١٣ جزء ١٤)

٣ - النوع الثالث : المقارنات المعنوية : وهي الواردة بالمادة ٤ من قانون الملكية ، وهي عبارة عن الارتفاقات العينية والدعاوى المقامة في العدية على العقارات الذاتية والتأمينات . فانها لا تجوز بها الشفعة الا في الحالات التي اجازها القانون فمثلاً تجوز الشفعة للشريك في الحقوق الارتفاقية ، ولا تجوز لصاحب التأمين والرهن لانها من اجزاء الملكية والشفعة لا تجوز الا للشريك في الملك او في الحقوق العينية المرتبة على الملك كالشريك في الحق الارتفاقي ، كما سيأتي تفصيله في شرح المادة الاتية :

٣٩ - هل تجوز الشفعة في الاراضي المحتكرة ؟ جزم ابن الكمال في اول باب ما هي فيه الشفعة بان البناء اذا بيع مع حق القرار يلتحق

١ ابن عابدين نفلا عن النهاية جزء ٥ ص ٢٠٦ ، وجاء في الطوري عن المحيط ويدخل في الرحى الحجر الاسفل دون الاعلى لانه مبني في الارض (فتأمل)

بالعقار . ورد هذا القول الشيخ الرملي ، وافق بعدم الشفعة في هذه الحال تبعاً للبرازية^١ وغيرها لان البناء فيما ذكر ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال لما قالوا ان الارض المحتكرة اذا امتنع المحتكر من دفع اجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره

وقد انتصر ابو السعود في حاشية مسكين لابن الكمال وجزم بخطأ من افق بانه لا شفعة في البناء في الارض المحتكرة كالطوري اذ لا سند له في فتواه ثم استدل في شرح المجمع الملكي لو بيع النخل وحده او البناء وحده فلا شفعة لانهما لا قرار لهما بدون العرصة قال فتعليقه كالصريح في ثبوت الشفعة في البناء في المحتكرة لما له من حق القرار . (ابن عابدين جزء . ص ١٨٩-١٩٠)

فالقارىء يفهم مما تقدم ان المسألة خلافية في الشريعة ، الا اننا نميل للاخذ بقول من قال بجواز الشفعة في البناء بالارض المحتكرة . لان البناء بحد ذاته عقار بطبيعته كما اشرنا الى ذلك بالفقرات السابقة (راجع المادة ٢ من قرار الملكية)

وقد نص مشروع القانون المصري الحديث على جواز الشفعة بالارض المحتكرة بالمادة ١٣٨٣ بالفقرة د :
ويجيز مذهب الامام مالك ، الشفعة في البناء القائم على الارض المحتكرة (شرح منح الحليل ، على مختصر العلامة خليل ص ٥٩١)

١ كالبناء في الارض السلطانية ، او ارض الوقف المحتكرة
٢ اي للفتاوى البرازية : فقد جاء فيها لا شفعة في الكر دار اي البناء ، ويسمى حق القرار لانه تقلى كالاراضي السلطانية التي حازها السلطان ليبت المال ويدفعه مزارعة الى الناس بالنصف فصار لهم فيها كر دار كالبناء والاشجار ، فبيع الكر دار اذا كان معلوماً يجوز لكن لا شفعة فيه

وقد اجاز مشروع القانون الجزائري الاسلامي بالمادة ٥٠٨ فقرة ٢ ،
الاخذ بالشفعة بالبناء القائم على الارض المحتكرة (سيدي خليل ، ترجمة
Seignette مادة ٨٨٢)

٤٠ - جواز شفعة الحكر : يتلخص مما تقدم ان البناء القائم على
الارض المحتكرة له حق القرار ، فهو عقار بطبيعته ، يشفع ويشفع به . يؤيد
هذا الرأي ما ورد في شرح الحطاب نقلا عن التوضيح « وينبغي ان يتفق في
الاحكام ان تجب الشفعة في البناء القائم فيها ، لان العادة عندنا ان رب
الارض لا يخرج صاحب البناء اصلا ، فكان كالك الارض » (ص ٣١٩) .
وان مشروع القانون المصري الحديث ، من هذا الرأي ايضاً . وكذلك
القانون التونسي فقد اجازت المادة ٧٧ من قانون اول تموز سنة ١٨٨٥ بفقرتها
الرابعة والخامسة الاخذ بالشفعة للمحتكر لامتلاك الارض ولما لك الارض
لامتلاك الحكر .

٤١ - جواز الشفعة اصحاب العلو : جاء في الجزء الثامن من تكملة
البحر الرائق شرح كثر الدقائق للعلامة الطوري : « لا تجب الشفعة في بناء
ونخل بيما بلا عرصة لانها منقولان ، وان بيما معها تجب فيها الشفعة تبعاً
للعرصة بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ، وتستحق الشفعة به على انه

جاء في القهستاني عن المحيط : لو اشترى نخلة بأرضها ففيها الشفعة تبعاً للارض
بخلاف ما اذا اشترى ليقلمها حيث لا شفعة فيها لانهما ثقلية كما في البناء والزرع ، وهذا
القول يوافق قول ابن الكمال بان البناء والشجر اذا بيما قصداً بدون الارض لكن
مع حق القرار ففيهما الشفعة (راجع الفقرة ٣٦ المتقدمة ودر المنتقى في شرح المنتقى

مجاوره وذلك اذا لم يكن طريقه غير طريق السفلى ، وان كان طريقهما واحداً يستحق بالطريق الشفعة على انه خليط في الحقوق» .

وقد جاء في درر الحكماء في شرح غرر الاحكام للعلامة منلا خسرر نقلاً عن الكافي « ان العلوي يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة في السفلى وان لم يكن طريق العلوي في السفلى لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار» وجاء في الهداية^١ : « العلوي يستحق بالشفعة ، وتستحق به الشفعة في السفلى اذا لم يكن طريق العلوي فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار^٢ » .

وفسر الامام اكمل الدين الباهرتي^٣ هذا القول « ان استحقاق الشفعة للعلوي بسبب الجوار لا بسبب الشركة ، وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفلى بل اذا كان له ذلك كان استحقاقه بالشركة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدماً على الجار» .

قال في الزخيرة : فان كان طريقه في السفلى ، فالشفعة بسبب الشركة في الطريق ، وان في السكة العظمى فبسبب الجوار ، وان لم يأخذ صاحب العلوي الحفل بها حتى انهدم العلوي فعلى قول ابن ابي يوسف بطلت لان الجوار بالاتصال وقد زال كما لو باع التي يشفع بها قبل الاخذ ، وعلى قول محمد تجب لانها ليست بسبب البناء بل بالقرار ، وحق القرار باق ، وان كانت

١ ينفي للسفل

٢ جز ٢ ص ٢٠٨

٣ جز ٢ ص ٣١٣

٤ العلوي مجرد بناء ، فكان ينبغي قياساً ان لا يكون فيه شفعة الا انه التحق بالعقار : (ابن الكمال في حاشية الهداية)
٥ جز ٧ ، نتائج الافكار ص ٤٣٥

ثلاثة ابيات بعضها فوق بعض ، وباب كل الى السكة فبيع الاوسط تثبت
 للاعلى والاسفل ، وان بيع الاسفل او الاعلى فالاوسط اولي .
 قال الزيلعي : حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به
 الشفعة كالعقار ، فهو يرجح قول محمد المار ذكره .^١

فما تقدم يعلم ان السفلى اذا كان لشخص ، والعلو لشخص آخر يعتبر كل
 منهما بحسب الشريعة جارا ملاصقا (١٠١١ من المجلة) هذا اذا كان ممر كل
 منهما منفصلا عن الآخر ، اما اذا كان ممرهما واحداً ، بان كان طريق العلو
 في السفلى اعتبر كل منهما شريكاً للآخر في حق المرور

فاذا اردنا ان نوفق بين احكام المادة ٢٣٨ و ٢٣٩ من قانون الملكية
 والاحكام الشرعية المتقدمة ، فاننا لا نرى اية صعوبة بتقرير حق الشفعة
 لصاحب العلو ، اذا كان ممره من السفلى لانه يعتبر شريكاً في الحق العيني .
 واما اذا لم يكن طريقه من السفلى فاحكام الشريعة تعتبره مجاوراً ، والقانون
 انى شفعة الجوار ولكننا نقول بشفعته في هذه الحالة ايضاً ، باعتبار حق
 التعلي من الحقوق العقارية ، يشبه حق السطحية (راجع البدائع ص ١٣ جزء
 ٥ فقد قال ان حق العلو حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار فهو بمنزلة
 البقعة) .

٤٢ - حق السطحية والشفعة : ان جميع ما قررناه بشأن شفعة الاراضي
 المتكررة نقوله هنا ، ولا حاجة للاعادة

٤٣ - حق الانتفاع لا تجوز به الشفعة : ان حق الانتفاع وان كان
 حقاً عينياً الا انه يتعلق باستعمال شيء يخص الغير والتمتع به ، ويسقط هذا

الحق حتماً بموت المنتفع (راجع المادة ٣٢ من قانون الملكية)
 فحق الانتفاع ليس حقاً مستمراً وإنما موقوتاً ينتهي بموت المنتفع أو
 بانتهاء أجله أو بتلف الشيء المنتفع به (مادة ٥٠ من قانون الملكية). وليس
 لصاحب حق الانتفاع الحق في طلب الشفعة بحسب الشريعة الإسلامية وبما
 أن مصدر حق الشفعة هو الشريعة، وهذا الحق مقيد فلا يجوز تشميله لصاحب
 حق الانتفاع

٤ - المعير وحق الشفعة : إذا عارَ أحدهم أرضه لآخر ، وأذن
 له بالبناء عليها ، ثم أراد أن يبيع البناء لآخر ، فهل لمعير الأرض حق بالشفعة ؟
 نرى الجواب على هذا السؤال واضحاً في المدونة الكهية^١ التي تتضمن
 مذهب الإمام مالك ، فقد ورد تحت باب الشفعة في النقص السؤال والجواب
 الآتي :

(قلتُ) أرايت لو أن رجلاً أذن لرجلين في أن يبنيا في عرصة له فبنيا
 بأمره ، فباع أحدهما حصته من النقص ، أيبكون في ذلك شفعة أم لا
 في قول مالك ؟ ولمن تكون الشفعة ؟ (قال) قال مالك في رجل أذن لرجل أن
 يبني في عرصته فأراد الخروج منها ويأخذ نقضه (قال مالك) صاحب العرصة
 عليه بالخيار أن يحب أن يدفع إليه قيمتها نقضاً (مقلوعة) ويأخذها فذلك
 له ، وإن أبى أسلمها إلى صاحبها بنقضها .

وجاء في مكان آخر « أن مالكاً قال في الشركا. الذين بنوا في حبسهم
 فباع بعضهم أنه رأى لهم الشفعة »

فيفهم مما سبق ان المعير الحق بالشفعة . وانما يأخذ النقض بالاقل من قيمته او من الثمن الذي باعه به .

فاذا فرض ان رجلين بنيا في ارض باذن صاحبها ، ثم باع احدهما شقصه (نصيبه) من النقض ، فلصاحب الارض اخذ ذلك النقض بالاقل من قيمته (مقلوعاً) او من الثمن الذي باعه به ، فان ابى فلشريكه الشفعة لان اصل الشفعة انما حملت للمضرة^١

وهذا الحكم غير منصوص عليه لدى علماء المذهب الحنفي^٢ ، ولا في قانون الملكية ، ولا نستطيع بناء على ذلك منح المعير حق الشفعة ، لانه حق مقيد ، لا يجوز التوسع فيه

٤٥ - شفعة الصغير : ان حق الشفعة يستوي في طلبه الذكر والانثى ، والصغير والكبير ، وسبب استحقاق الصغير الشفعة ضرر الاشتراك فيكون مساوياً للكبير في استحقاق الشفعة^٣

وكما تجب الشفعة للصغير ، تجب للمأذون والمجنون لان حق الشفعة مبني على التملك وهؤلاء من اهل ثبوت الملك لهم الا ان الخصم فيما يجب للصبي او عليه وليه الذي يتصرف في ماله فاذا بيعت دار والصبي شفيعها كان لوليه ان يطالب بالشفعة ويأخذ له لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشتري والولي يملك ذلك فان سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبي اذا

١ نفس المرجع ص ١٠٩

٢ وورد صراحة بعدم جواز شفعة المستعير والمستأجر (حاشية الهداية ص ٣١٣

جزء ٢

٣ شرح الهداية جزء ٢ ص ٣١٣ ، خلافاً لابن ابي ليلى فلا يرى الشفعة للصغير ،

والفتى به ما تقدم اعلاه .

بلغ عند الي حنيقة والي يوسف وهذا يتفق مع احكام المادة ٢٤٨ من قانون الملكية الآتية . فالشفعة اصبح لها آجال معينة اذا انتهت بطل حق الشفعة وهذا الاجال هي مدد سقوط حق وليست مدد مرور زمن كما سيأتي تفصيله بحله .

المادة ٢٣٩ — عين كبايلي ترتيب درجة الافضلية في استعمال حق الشفعة :

١ — الشريك في الملك المشترك

٢ — الشريك في الحقوق العينية العقارية

١	من هم اصحاب الحق بالشفعة	١١	الشفعة في الدار المكونة من طبقات
٢	من هو الشريك في الملك المشترك	١٢	صاحب الاجارتين وهل له الشفعة؟
	إسهاب وتفصيل لتحقيق ان الشفعة لا تستعمل الا ضد المشتري الاجنبي . وفيه استعراض لاقوال الائمة بمن له حق طلب الشفعة .	١٣	والمقاطعة ؟
٣	الشركة في الشفعة	١٤	الشفعة وحق السطحية
٤	امثلة على الاشتراك في الملك	١٥	حق المرور والشفعة
٥	لم يعرف قانون الملكية الشروع	١٦	هل للمرضى حق الشفعة ؟
٦	الاشتراك في الطريق الخاص	١٧	صاحب حق المسيل
	والشرب الخاص	١٨	مالك الرقبة وهل له حق الشفعة؟
٧	تعريف الطريق الخاص	١٩	هل للمنتفع حق استعمال الشفعة ؟
٨	تعريف الشرب الخاص	٢٠	السفينة وهل حكمها حكم العقار؟
٩	الشركة في الحائط	٢١	اصحاب حق الشفعة بالقانون المصري الحالي
١٠	هل تجري الشفعة هنا ؟	٢٢	اصحاب حق الشفعة بمشروع القانون المصري الحديث

قانون الملكية	٢٣	بالقانون التونسي
٣١ الفاء شفعة الجوار	٢٤	بالقانون المراكشي
٣٢ اصحاب حق الشفعة بمذهب الامام مالك	٢٥	بالقانون الجزائري
٣٣ اصحاب حق الشفعة بمذهب الشافعي	٢٦	بالقانون الاسباني
٣٤ اصحاب حق الشفعة بمذهب احمد	٢٧	بالقانون الالماني
٣٥ اصحاب حق الشفعة بمشروع القانون الجزائري	٢٨	بالقانون التركي
	٢٩	بالقانون السويسري
	٣٠	اصحاب حق الشفعة قبل نشر

١ - اصحاب الحق بالشفعة : بمقتضى المادة ٢٣٩ من قانون الملكية
ينحصر حق طلب الشفعة بمن يلي :

١ - الشركاء في الملك المشترك

٢ - الشركاء في الحقوق العينية العقارية

٢ - الشريك في الملك المشترك : هو الشخص الذي له حصة شائعة في العقار المبيع لاجنبي ، لان نص المادة المتقدمة صريح في حصر طلب الشفعة بالحصة التي اشتراها شخص آخر بالرضى في الملك المشترك ، او في الحقوق العينية المشتركة . وقد تأيد نص المادة ٢٣٨ من قانون الملكية بالمادة ٨٣٨ من قانون الموجبات ، فهذه المادة ذكرت صراحة ان احد الشركاء يتذرع بحق الشفعة وفقاً للقوانين المختصة بها ، اذا باع الشريك الثاني ، حصته الشائعة من آخر ، وها نحن نبين وجهة نظرنا باسهاب ، مستعرضين اقوال

١ راجع نص المادة ٢٣٨ من قانون الملكية

٢ تقدم معنا في شرح المادة السابقة ان حق الاسترداد بفراصة لا يقبل الا على من اشترى الحصة الشائعة من الاجانب ، اما اذا كان المشتري احد الشركاء الاصليين ، فلا محل لحق الاسترداد ، لانعدام الضرر ، وراجع ايضاً حكم محكمة بداية بيروت المختلطة في ٣٠ حزيران سنة ١٩٣٧

الفقهاء، بموضوع الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة .

اختلف أئمة الشريعة فيمن يثبت له حق الشفعة على ثلاثة مذاهب .
الاول مذهب الجمهور ومنه الأئمة الثلاثة - مالك والشافعي واحمد - وهو
ان الشفعة انما تكون للشريك في نفس العقار المبيع حصة منه ، وعللوا
ذلك بدفع ضرر القسمة عن الشركاء .

قال في المذهب : ان الشفعة انما تثبت لانه يدخل عليه شريك فيتأذى
به فتدعو الحاجة الى مقاسمته ، فيدخل عليه ضرر بنقصان قيمة الملك وما
يحتاج الى احداثه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم .

ولم يجزوا للجار الاخذ بالشفعة بسبب الجوار حتى بالغ بعضهم فقال :
ذا قضى قاض للجار بالشفعة فلا ينفذ قضاؤه (تبصرة ابن فرحون)

الثاني مذهب المحققين من العلماء ، وهو الذي سار عليه واضع قانون
الملكية ، وهو ان الشفعة تثبت للشريك في نفس العقار وكذا للشريك في
حقوقه كحق الطريق والشرب ولا تثبت للجار من حيث هو جار^١

الثالث مذهب ابي حنيفة الذي اخذت به المجلة بالمواد ١٠٠٨ و ١٠٠٩
و ١٠١٠ وهو يقضي بشبوت الشفعة لمن ذكرها وكذا للجار بسبب جواره
وان لم يكن له شركة لا في نفس العقار ولا في حقوقه وعللوا ذلك بدفع
الضرر بسبب سوء المعاشرة والمعاملة^٢

فما تقدم يعلم ان حكمة الاخذ بالشفعة ، اما دفع ضرر القسمة على
ذهب اليه المذهب الاول والثاني . واما دفع ضرر المشتري عن الشفعة على

١ الأئمة الثلاثة المتقدمون

٢ اعلام الموقعين جزء ٢ ص ١٩٩

٣ التبيين

ذهب اليه ابو حنيفة واصحابه ، وكل من الفريقين استنبط علته استنباطاً ، فهي علة ظنية عرفت بالاجتهاد ولما كانت هذه العلة غير منضبطة بالنسبة لما تتناوله من الجزئيات ناطوا بالحكم بعلة اخرى وهي الشركة على رأي الاولين والشركة والجوار على رأي الآخرين من اجل ذلك اجاز الفقهاء الاخذ بالشفعة للشفيع سواء اكان المشتري رجلاً صالحاً او فاسقاً وسواء اكان اجنبياً ام كان احد الشفعاء طرداً للعلة وعلى هذا جاءت فتاواهم واحكامهم لكن في المسألة نظراً اذا كان المشتري احد الشفعاء لان حكمة شرعية الشفعة هي دفع ضرر الدخيل^١ لذلك يجب ان يكون المشتري اجنبياً اي ليس احد الشفعاء^٢ لان المشتري اذا كان شريكاً للشفيع من قبل ، وقد اشترى الحصة المباعة ، فهو بالاشراء لم تتغير حالته وانما اتسع ملكه وليست زيادة ملك احد الشفعاء على الآخر بغيره ما كان ثابتاً لهم من حقوق الشركة في العقار من قبل اذ لم يطرأ طارئ جديد ، ولم يدخل بينهم دخيل يراى اتقاء ضرره .

٣ - الشركة في الشفعة : الشركة في الشفعة على نوعين : شركة في نفس العقار المبيع ، وشركة في حقوقه^٣

فالشركة في نفس العقار المبيع ان يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت او كثيرة ، فان كانت له حصة مفروزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه^٤

١ الفتاوى الخيرية ، وتنقيح الحامدية :

٢ الزيلعي جز ٥ .

٣ راجع التفصيل الذي اوردناه بالفقرة ٣١ من شرح المادة السابقة

٤ المادة ٩٧ ، من مرشد الخبران ، لقدري باشا

• المادة ٩٨ منه فقرة اولى

والمشارك في ارض حائط الدار يعتبر مشاركاً في نفس العقار والشركة في حقوق العقار المبيع هي عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص او الطريق الخاص سواء اكان الطريق خاصاً بدار واحدة او بجملة دور مفتوحة ابوابها في زقاق غير نافذ .

فبسبب وجوب الشفعة بحسب احكام المادة ٢٣٩ من قانون الملكية هو الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك وان شئت قلت الشركة . فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط يكون في حقوق المبيع . سمي خليطاً لاختلاط بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك .

والحاصل ان الشفعة بحسب احكام القانون على مرتبتين ، يقدم بالمرتبة الاولى الشريك في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع بعده . واما شفعة الجوار فقد ألغاه القانون ، ولم تعد قائمة .

وتثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة ، فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة .

ويقدم الشريك في نفس المبيع لان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى

١ المادة ٩٨ فقرة ثانية

٢ بدائع الصنائع ص ٤ جزء ٥

٣ نفس الموضع

٤ المبسوط جزء ١ ص ٩٢

٥ نفس المرجع و ص ١٣٢ فالشريك في الارض احق بالشفعة من الشريك في

الشرب كما ان الشريك في نفس المنزل احق بالشفعة من الشريك في الطريق ، والشرب من حقوق المبيع كالطريق ، والشركة في الشرب بمنزلة الشركة في الطريق

٦ الغناية ص ٤٠٢

لأنه في كل جزء ، وبعده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق الملك ، والترجيح يتحقق بقوة السبب ، فإن سلم الشريك في نفس المبيع فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة لأن السبب قد تقور في حق الكل إلا أن للشريك حق التقدم ثم إن الشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت ، وفي بيت منها شركة ، فالشفعة للشريك^١

وإذا قاسم الشريك وبقيت له شركة في حق العقار ، فيعد بالمرتبة الثانية أي شريكاً في الحقوق العينية لأنه قبل القسمة يستحق الشفعة من حيث كونه شريكاً في نفس المبيع لا في حقه (ابن عابدين نقلاً عن أبي السعود جزء ٥ ص ١٩٢) .

٢ - المشاركة في نفس المبيع : تكون المشاركة في نفس المبيع على وجهين :

أ - في كل المبيع ، كأن يكون نصف دار شائع لزيد ، والنصف الآخر لـ بكر ، فكل منهما شريك الآخر في كل المبيع (الكفاية) وكاشتراك اثنين أو أكثر في عقار شائع .

فلو كان اثنان متصرفين ، أو مالكين لعقار شائع سواء اكانت حصة كل منهما النصف ، أم كانت حصة أحدهما الربع والآخر الثلاثة أرباع ، كان كل منهما شريكاً الآخر في نفس المبيع .

ويستفاد من تعبير الفقرة الأولى من المادة ٢٣٩ من قانون الملكية

١ الهداية جزء ٧ ص ٤١٣ ، تكملة الفتح

٢ نفس المراجع ، ثم انه قد تستعمل لفظة الحايط بمعنى الشريك فانتبه (مجمع

لانهر ص ٤٧٢)

« الشريك في الملك المشترك » ان الشركاء في نفس المبيع اذا قسموا المبيع ، ولم تبق بينهم شركة لا في نفس العقار ولا في حقوقه لا تثبت الشفعة لهم بعد

٢ - في بعض المبيع : كما لو كانت دار لزيد و كان في تلك الدار حجرة نصفها لزيد شائعاً ، والنصف الآخر الشائع بتلك الحجرة لعمره ، او لو كانت الدار لعمره ، و كان لزيد نصف حائط شائعاً بشراكة عمره

٥ - اهمال قانون الملكية تعريف الشيوع : اهمل قانون الملكية تعريف الشيوع ، وسد هذا النقص قانون الموجبات الذي عرف الشيوع بالمادة ٨٢٤ فقالت « عندما يكون شيء او حق ما ، ملكاً شائعاً ، ومشاركاً بين عدة اشخاص ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى شركة ملك ، او شبه شركة وهي تكون اختيارية (اي وايدة الاتفاق والمقود) او اضطرارية (وهي وايدة الوراثة او الوصية) .

٦ - الشركة في الطريق الخاص والشرب الخاص : اسباب الشفعة المقررة بالقانون على ما ذكرنا اثنتان الاولى : ان يكون الشفيع مشاركاً في نفس المبيع كاشتراك اثنين في عقار شائعاً ، وقد مر حكمه ، والثاني ان يكون شريكاً في حق المبيع - اي في الحقوق العينية العقارية كالشرب الخاص ، والطريق الخاص الذي لا ينفذ والمراد بعدم النفاذ ان يكون الطريق بحيث يمنع اهله من ان يستطرقه غيرهم ، ويراد بالشرب الخاص ، الشرب من نهر صغير الذي يتفرق ماؤه وينقسم الى اراضي اشخاص معدودة ويمحي بانتهائه الى آخر اراضيهم .

١ الكفاية في فصل الشفعة والهداية ص ٣٠٢

٢ راجع شرح المادة ٣٠ من كتاب قانون الملكية العملي ص ٦٨ للمؤلف .

وعلى ذلك لا شفعة فيما اذا كان لكل عقار نظام خاص بالري ،
وفصل العقاران عن بعضهما البعض بقناة ري ليستخدمها كل من المالكين
تسهيلاً للري لها معاً ، دون ان يكون احد المالكين ملتزماً بالتزام ما ثم ان
للشريك في حق الشرب الشفعة اذا كانت ارض النهر شريكاً فيها على قول
ابي حنيفة رضي الله عنه اما قول محمد المفتي به فان للشريك في حق الشرب
الشفعة ولو كانت ارض النهر لغيره او كان الماء منقطعاً وقت البيع .

واننا نضرب امثلة على ما تقدم ، فنقول اذا بيعت احدى الرياض
المشتركة في حق الشرب الخاص كان اصحاب الرياض الاخر كلهم شفعاء
وكذا لو بيعت دار لها باب على طريق خاص كان اصحاب سائر البيوت التي
تفتح ابوابها على ذلك الطريق كلهم شفعاء . اما اذا بيعت احدى البساتين
التي تسقى من نهر ينتفع منه العموم او احدى الدور التي لها باب على الطريق
العام فليس لاصحاب البساتين الاخر التي تسقى من ذلك النهر او لاصحاب
الدور الاخرى التي لها ابواب على الطريق العام حق الشفعة . اما لو كانت
بعض الارض تسقى من خرق متشعب من ذلك النهر فذلك كالاتراك في
الشرب الخاص^١

٧ - الطريق الخاص تحديده : لا تستحق الشفعة الا للشريك في الطريق
الخاص ، فالطريق الخاص هو الطريق غير النافذ^٢ وان كان نافذاً فليس بخاص
وان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة ، فبيعت دار في
السفلى فلا لها الشفعة لا غير ، وان بيعت في العليا كان لهم وللعليا جميعاً لان

١ المادة ١٠٠٨ من المجلة وشرحها لملي حيدر افندي

٢ الهداية ص ٣٠٢ ونكلمة الفتح ص ٤١٣ جز ٧ ومجمع الاخر جز ٢

ص ٤٧٢ والدرر جز ٢ ص ٢٠٨

في العليا حقاً لاهل السكتين حتي كان لهم كلهم ان يروا فيها وليس في السفلى حق لاهل العليا حتي لا يكون لهم ان يروا فيها ولا لهم فتح باب^١ ومعنى الطريق غير النافذ ، ان يكون بحيث يمنع اهله من ان يستطرقه غيرهم^٢ والطريق النافذ ، هو ما لا يملك اهله سده ، ولا تستحق به الشفعة^٣ ٨ - تحديد الشرب الخاص : الشرب الخاص ان يكون نهراً لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام . وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ، وعن ابي يوسف ان الخاص ان يكون نهراً يسقي منه قراخان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام^٤

وقيل ان كان اهل النهر يحصون فهو صغير ، وان كانوا لا يحصون فهو كبير^٥ لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فقدر ما يحصى بخمسةائة ، وقيل هو مفروض الى رأي المجتهدين في كل عصر ، فان رأوه كثيراً كان كثيراً وان رأوه قليلاً كان قليلاً ،^٦ (البدائع جزء ٥ ص ٩) ويراد بالسفن التي لا تجري بالنهر الصغير اصغرها^٧ وقد قيل يراد بالشرب الخاص ، ما يتفرق ماؤه بين الشركاء . ولا يبقى اذا انتهى الى آخر الاراضي ولا يكون له منفذ^٨ .

١ البحر الرائق جزء ٨ ص ١٤٤

٢ ابن عابدين نقلا عن الدر المنثور ، جزء ٥ ص ١٩٢

٣ الفتاوى الهندية جزء ٥ ص ٦٦

٤ القراح : قطعة لا شجر فيها

٥ وعليه عامة المشايخ ، البحر جزء ٨ ص ١٤٤ .

٦ نفس المرجع ، وهو اشبه الاقاول بالفقه

٧ مجمع الانهر جزء ٢ ، ص ٤٧٢

٨ نفس المرجع ص ٤٧٣ : وعلى ذلك يكون المصام ، ما يتفرق ويبقى

وعلى ذلك فاذا وجد شرب نهر مشترك بين قوم تسقى اراضيهم منه وبيعت ارض منها ، فاكل اهل الشرب الشفعة اي من ذلك النهر الخاص وعرفت المادة ٩٥٥ ، من المجلة الشرب الخاص بانه حق الشرب في الماء الجاري المختص باشخاص معدودين ، واما اخذ الماء من الانهر التي تستفيع بها العامة فليس من قبيل الشرب الخاص وللشريك في حق الشرب الشفعة ، ولو كانت ارض النهر لغيره ، او كان الماء منقطعاً وقت البيع ، هذا قول محمد المفتي به ، وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا شفعة له^١

اذا ترع من النهر الكبير نهر آخر فيه ارضون او بساتين وكروم ، فبيع ارض او بستان مع شربه من هذا النهر النازع ، فاهل هذا النهر احق بالشفعة من اهل النهر الكبير ، الا ترى انهم يختصون بشرب النهر النازع فكأنوا أولى ، كما في السكة المتشعبة من سكة غير نافذة .

ولو بيعت ارض على النهر الكبير كان اهلها واهل النهر النازع في الشفعة سواء لاستوائهم في الشرب^٢

٩ - هل يعتبر الاشتراك في الحائط سبباً للشفعة ؟ سبق ان اوردنا ان الشريك في حائط الدار يعتبر مشاركاً في نفس العقار اذا كان شريكاً في ارض الحائط ، او في الارض والبناء ، اما اذا كان شريكاً في بناء الحائط دون الارض فيعتبر جاراً بحسب احكام الشريعة الغراء^٣ وقد جاء

١ ابن عابدين جزء ٥ ص ١٩٢

٢ شرح المادة ١٠٠٨ لباز . الفتاوى الهندية ص ١٧١ جزء ٥

٣ البدائع جزء ٥ ص ٩

٤ المادة ١٠٠٨ من المجلة

٥ المادة ١٠١٢ من المجلة وشرحها لملي حيدر افندي وابن عابدين جزء ٥ ص ١٩٣

في ابن عابدين ان واضع الجذع على الحائط والشريك في خشبة عليه جار .
وقال الشارح ولو في نفس الجدار فشريك^١ ونقل ذلك عن الملتقى ثم
استدرك قائلاً لكن قال المصنف ولو كان بعض الجيران شريكاً في الجدار
لا يتقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البناء المجرد ، دون الارض
لا يستحق بها الشفعة ، وجاء في الحاشية وفق الشارح في الدر المنتقى بجمل
ما في الملتقى على ما اذا كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركاً
وبالرجوع الى عبارة الملتقى^٢ نرى فيها ان الشريك في نفس الجدار يعد
شريكاً يقدم على الخليط . وانما استدرك الشارح فقال وفي التبيين وغيره
واذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران
لان الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ، ولو كان
البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركاً بينهما كان هو اولى من غيره من
الجيران اهـ . وزاد قائلاً فيلزم التوفيق بينه وبين ما في المتن بان مراد
المصنف بالبناء المكان الذي عليه البناء لا البناء المجرد ، تدبر .
فيعلم مما تقدم ان الشريك في الحائط بدون الارض يعتبر بمثابة الجار
ولا شفعة له .

١٠ - الشفعة في العقارات الواقعة في البلاد الاجنبية : لا يستعمل حق
الشفعة في الاراضي الواقعة في البلاد الاجنبية ، لان القانون المحلي هو الذي
يسود العقار وقد قرر الفقهاء ان الشخص اذا اشترى في دار الغربة داراً لا

١ اي ولو كان شريكاً في نفس الجدار فهو شريك في البيع اي في بوضه .

٢ حاشية ابن عابدين جز ٠ ص ١٩٣

٣ مجمع الانهر جز ٠ ص ٢٧٣

شفعة له ، لان احكامنا لا تجري فيها

١١ - هل تجري الشفعة في البناية المؤلفة من طبقات ؟ ذكرنا في كتاب شرح قانون الملكية العملي^١ ان لكل من المالكين في الطبقات جميع حقوق الملكية في الطبقة التي يملكها وقد سار الاجتهاد اليوم على اعتبار ان كل طابق يعتبر ملكاً مستقلاً ولا تعتبر الدار بمجموعها في حالة الشروع بل يكون لكل من مالكي الطبقات جميع حقوق الملكية في الطابق الخاص به فله ان يبيع طابقه او يهبه او يؤجره او يرهنه^٢ وان يجري التغييرات التي يراها ضرورية على شريطة ان لا تضر بمالكي الطبقات الاخرين ، واما الاشياء المشتركة مثل الفسحات ، والابار ، والابواب العمومية ، والمصاعد (ج مصعد) ، والمهاشي فتعتبر شيوعاً بينهم وتعالج معالجة حق الملكية المشتركة لا معالجة حق الارتفاق لانه على ما يظهر من الاجتهادات الحديثة ان هذه قد نبذت الاراء التي كانت تقرر حق الارتفاق بين الشركاء^٣ واعتبرت ان للشركاء حقوقاً متساوية في كل شيء وفي كل جزء منه .

فبناء على ما تقدم اذا كانت هناك ثلاثة منازل متصلة ببعضها وفوق بعضها ، ولكل منها باب على الطريق العام ، ويبيع المنزل المتوسط من هذه المنازل لا يكون لكل من المتاين العلوي والسفلي الشفعة لان حق قرار صاحب العلو على ملك صاحب السفل لا يوجب شركة في الملك بينهما ، اما

١ ابن عابدين جزء ٥ ص ٢٠٢ وهندية جزء ٥ ص ١٩٥

٢ ص ٧٣ جزء اول

٣ بلانيول وبيكار ص ٣٢٠ ، وقاموس دالوز ١٢٨

٤ اوبري ورو فقرة ٢٢١ ص ٤٨٩ جزء ٢

إذا اشترك الجميع في الطريق فهم شركاء في الحقوق العينية العقارية وتسري عليهم احكام الفقرة الثانية من المادة ٢٣٩ من قانون الملكية هذه . ويجوز عندئذ لكل شريك استعمال حق الشفعة .

يؤيد ما تقدم ما ورد بالمادة ١٠١١ من المجلة فقد قالت اذا كان السفلى لشخص والعلو لآخر يعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً هذا اذا كان يمر كل منهما منفصلاً عن الآخر ، اما اذا كان يمرهما واحداً بان كان طريق العلو بالسفل اعتبر كل منهما شريكاً الآخر في حق المرور . ومع ذلك راجع رأينا الخاص فقرة ٤١ ص ٥٨ من هذا الكتاب

١٢ - الشريك في العقار المربوط بالاجارتين : اذا كان هناك عقار موقوف مربوط بالاجارتين يستعمله اكثر من واحد ، ويتمتعون به باهم من الحق المقرر بقتضى عقد الاجارتين الذي يجوز لصاحبه استعمال العقار والتمتع به كالمالك الحقيقي واراد احدهم التنازل عن حقه للغير يجوز للشريك في هذا الحق العيني طلب الشفعة لان البناء في الارض الموقوفة عقار ، وحق القرار عليه بصفة دائمة من الحقوق العينية المتعلقة بالاموال الثابتة وحق الاجارتين لا يسقط بتلف كامل الابنية او الاغراس بل يبقى على الرقبة^١ وبذلك اصبح حق الاجارتين حقاً دائماً ينتقل بالارث وصاحبه يستعمله ويتمتع به كالمالك الحقيقي

١٣ - الشريك في العقار المربوط بالمقاطعة : يجوز للشريك في العقار المربوط بالمقاطعة استعمال حق الشفعة لان الارض الموقوفة تعتبر كملحق للابنية المنشأة والاغراس المغروسة على الرقبة ، والارض تكون داخلية

١ الفتاوى الهندية جزء ٥ ص ١٦٧ ايضاً ومن المعلوم ان الشارع الفى شفعة الجوار

٢ انظر المادة ١٩٢ من قانون الملكية

في جملة الابنية والاغراس عند التنازل عنها^١

١٤ - هل اصاحب حق السطحية الشفعة ؟ راجع الفقرة ٤٢ من شرح المادة ٢٣٨ ، التي عالجنا فيها هذا الحق هناك .

١٥ - هل اصاحب حق المرور الشفعة ؟ من تدقيق نص المادة ٢٣٩ من قانون الملكية يتبين بوضوح ان الشارع منح حق الشفعة اولا للشريك في الملك المشترك وثانياً للشريك في الحقوق العينية العقارية . ومذهب الاحناف اوجب الشفعة اذا كانت هناك شركة في ملك المبيع ، وخطئة والخطئة هي الشركة في حقوق الملك ، وجاء في بدائع الصنائع ان سبب وجوب الشفعة ان شئت قلت احد الشئتين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق ، وهذا عند الاحناف^٢

وقال محمد رحمه الله تعالى « اهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق اذا كان ملكهم لوجود الخطئة وهي الشركة في الطريق »^٣ وقال ان الشفعة انما تجب اما بالشركة في الملك او الحقوق او بجوار الملك^٤

وجاء في المبسوط الشريك في الارض احق بالشفعة من الشريك في الشرب كما ان الشريك في نفس المنزل احق بالشفعة من الشريك في الطريق لقول علي وابن عباس رضي الله عنهما لا شفعة الا لشريك لم يقاسم يعني عند

١ انظر المادة ١٩٩ من قانون الملكية

٢ جزء ٥ ص ٤ لان الشافعي ومالك قالوا ان سبب الشفعة ينحصر بالشركة في ملك المبيع لا غير

٣ البدائع جزء ٥ ص ٨

٤ وقد ابطال قانون الملكية شفعة الجوار

٥ جزء ١٢ ص ١٣٢

وجوده لا شفعة الا له ثم الشوب من حقوق المبيع كالطريق وقد جاء الحديث في استحقاق الشفعة بالشريك في الطريق قال صلى الله عليه وسلم اذا كان طريقهما واحداً فكذلك يستحق بالشركة في الشوب والشريك في الشوب كالشريك في الطريق

فعلى ذلك فان الشركة مع المبيع هي علة وجوب الشفعة لان حق الشفعة لا يثبت الا بهما ، فانتهى بذلك اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك فتثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك الاخر حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة^١ ومعنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوماً بل كان حق المبيع مشاعاً بينه وبين الاخر

وبما ان صاحب حق المرور ليس شريكاً في الطريق الخاص فلا تتوجب له الشفعة وعلى ذلك سار اجتهاد القضاة في لبنان (راجع الملحق)

٦ - ليس للمرتهن حق الشفعة : ان الشفعة لا تتوجب الا بعقد البيع التام ، وعلى ذلك لا يحق للمرتهن ان يطالب بالشفعة ولا المؤمن له . لان هذين لا يعتبران ، الكين ، وانما يعتبر العقار مؤمناً لهما حتى استيفاء دينهما وملحقاته

١٧ - ليس لصاحب حق المسيل الشفعة : اذا فرض ان لشخص حق مسيل الماء في دار ثم بيعت الدار فليس لصاحب حق المسيل الشفعة لان لصاحب المسيل الشفعة بالجوار ، وقد ابطالها القانون ، لا بالشركة ، والمسيل ليس كحق الشرب^٢

١ العناية نقلاً عن الفتح جزء ٧ ص ٢٠٧

٢ الفتاوى الهندية ص ١٧٠ جزء ٥

١٨ - ليس لصاحب الرقبة الشفعة : اذا تنازل المنتفع عن حق انتفاعه للغير فلايس للمالك حق بالشفعة لان المادة ٤٣ من قانون الملكية قد صرحت ان المنتفع يحق له ان يتنازل عن حقه مجاناً او ببذل ما لم يكن في ذلك اثناء الانتفاع احكام تخالف ذلك ، ويظل حق الانتفاع بعد التنازل قائماً في شخص المتنازل فلا يكون المتنازل في حل من تعهداته تجاه صاحب الرقبة ولانه لا يجوز ان يكون الحق المقرر للمتنازل اليه مشترطاً كان او موهوباً اليه يزيد على الاجل المغروب للمنتفع ، لانه لا يجوز للانسان ان يملك الغير اكثر مما يملك هو ، فاذا اجزنا لمالك الرقبة حق استعمال الشفعة فكأننا حرمانا المنتفع من استعمال حقه بالتنازل ، وهذا لم يردده الشارع فبناء عليه لا يجوز لصاحب الرقبة حق استعمال الشفعة لعدم النص عليه بالمادة ٢٣٩ من قانون الملكية ، ولان حق الانتفاع يظل بعد التنازل قائماً في شخص المتنازل كما سبق .

١٩ - حق الشفعة والمنتفع : ما القول اذا باع مالك الرقبة حقه فهل المنتفع الشفعة ؟ ان حق المنتفع ، حق موقوت ، ينتهي بوفاته ، على خلاف الحكر والجذك ، وهو لا يتضمن سوى الاستعمال Usus والاستغلال fructus للعقار المائد لمالك الرقبة ، ولذلك لا يعتبر ان المنتفع نصيباً في الملكية ، بل تبقى رقبة العقار للمالك ، فاذا تصرف المالك بالرقبة بقي الاستغلال والاستعمال للمنتفع ، وحق الانتفاع حق خاص لا يمكن تشبيهه بالشيوع مع مالك الرقبة لانه لا توجد حالة شيوع بينهما لذلك لا يجوز طلب القسمة لا من المالك ولا من المنتفع ولا طلب البيع لعدم امكان القسمة وعلى ذلك قضاء المحاكم في بلجيكا وفرنسا^١ والانتفاع ايضاً ليس من توابع

حق الملكية^١ لذلك لا يكون للمنتفع حق بالشفعة اذا باع مالك الرقبة حقه لان حق الانتفاع وان كان حقاً عينياً الا انه لا يستمر بعد وفاة المنتفع كما هي في انواع الجدك والحكر

وهذا الرأي يتفق مع احكام الشريعة الفراء ، ومع مقصد واضع القانون الذي وضع نصوصاً خاصة للشفعة كان غرضه منها تقييد حق الشفعة لا التوسع فيه بصرف النظر عن ان المنتفع ليس شريكاً في الملك المشترك بالنسبة لمالك الرقبة

وعلى هذا فاننا نرجع عن رأينا الذي ادلينا به في الجزء الثاني من كتابنا شرح قانون الملكية^٢

٢٠ - السفينة لا تلحق بالعقار : يشترط بالشفعة ان يكون المبيع عقاراً فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه ، عند عامة العلماء . اما مالك رضي الله عنه فقد قال ليس هذا بشرط وتجب الشفعة عنده في السفن لان السفينة احد المسكنين فتجب فيها الشفعة كما تجب في المسكن الاخر وهو العقار اما المذهب الحنفي ، فقد استدل على عدم جواز الاخذ بالشفعة في السفن ، بالحديث الشريف القائل « لا شفعة الا في ربع او حائط ، ولان الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكناً وانما وجبت لخوف اذى الدخيل ، وضرره ، على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق الا في العقار ، ولا تجب الا في العقار او ما في معناه^٣ على انه بمراجعة المدونة الكبرى ، نرى انه قد ورد فيها صراحة ،

١ بلائيول ويكار ص ٧٦٠ ، وكتابنا نفس الصفحة

٢ جزء ٢ ص ٣٦٢ من شرح قانون الملكية ، للمؤلف

٣ البدائع جزء ٥ ، ص ١٢ ، والربع لغة هو الدار بعينها ، والحائط البستان ،

وأصله ما أحاط به (تكملة فتح القدير) وشرح العناية على الهداية جزء ٧ ص ٤٣٥

عدم جواز الشفعة في السفن تحت فصل ما لا تقع فيه الشفعة^١ فقد جاء فيها « ولا شفعة في دين ولا حيوان ولا سفن ، ولا بر ولا طعام ولا في شيء من العروض الخ . . »

ثم جاء ما يؤيد هذا المعنى تحت فصل ما لا شفعة فيه من السلع .
وفي بداية المجتهد لابن رشد لا شفعة في السفن بمقتضى مذهب مالك ،
واعلم قد رويت عنه روايتان^٢ يؤيد ذلك ما ورد في المبسوط للسرخسي^٣
من انه استدلل بظاهر الحديث الشريف القائل « ان الجار احق بشفعته ما كان »
بجواز الشفعة في بعض المنقولات كالسفن ونحوها ، وهو قول اصحاب الظواهر ،
فقد فسروا لفظة ما كان بما يحتمل القسمة او لا يحتمل القسمة وادخلوا
بذلك المنقولات ، ورد عليهم بالحديث الشريف الذي ذكرناه اعلاه بان
الشفعة محصورة بالربع والحائط ، وهذا يعني العقار دون المنقول . (فتأمل)

٢١ - اصحاب حق الشفعة بالقانون المصري الحالي : بمقتضى المادة
الاولى من المرسوم الصادر في ٢٣ ارس سنة ١٩٠١ يثبت حق الشفعة لمن يأتي :
١ - للشريك الذي له حصة شائعة في العقار المبيع
٢ - للجار المالك في الاحوال الآتية :

اذا كان العقار المشفوع من المباني او من الاراضي المعدة للبناء سواء
اكانت في المدن او في القرى

اذا كان للارض المشفوعة حق ارتفاق على ارض الجار او كان حق

١ جزء ١٤ ص ١٠٨

٢ نفس المرجع ص ١٢٩

٣ جزء ٢ ص ٢١٣

٤ جزء ١٤

الارتفاق لارض الجار على الارض المشفوعة
 اذا كانت ارض الجار ملاصقة للارض المشفوعة من جهتين وتساوي من
 الثمن نصف ثمن الارض المشفوعة على الاقل
 وقبل هذا المرسوم كانت تسري على الشفعة احكام المادة ٦٨ و ٦٩
 من القانون المدني الاهلي ، اللتين تنطبقان على المادتين ٩٣ و ٩٤ من القانون
 المدني المختلط .

وقد كان لمن أعار أرضه لإنسان واذن له بالبناء أو القرس فيها حق
 الشفعة فيها ، اذا دفع الثمن المطلوب البيع به ولو قبل انقضاء مدة العارية ،
 وكان للشريك في عقار غير مقسوم الحق في ان يأخذ بالشفعة الحصة التي
 باعها احد شركائه اذا دفع له الثمن والمصاريف القانونية ، وحقه في ذلك
 مقدم على غيره ما عدا الشفيع المستعير ، الذي بنى أو غرس في الارض
 المعارة .

٢٢ - اصحاب الحق بالشفعة بمشروع القانون المدني المصري الحديث :
 يعود حق الاخذ بالشفعة بمقتضى احكام المادة ١٣٨٣ من مشروع القانون
 المدني المصري للأشخاص. الاتين على الترتيب الوارد ادناه .

١ - اصحاب الحق بالرقبة ، اذا بيع كل او جزء من حق الانتفاع
 المرتب على الارض العائدة لمالك الرقبة .
 ب - للشريك في حالة البيع لاجنبي ، نصيباً او عدة انصبة من العقار
 المشترك .

١ - القانون المدني الاهلي ، ترتيب محمود حسن الفريق ، ص ٢٣ واما المحاكم
 المختلطة فيطبق لديها المرسوم المؤرخ في ٢٦ مارس سنة ١٩٠٠ ، وهو عين القانون الاهلي
 ٢ - الصادر في ٢٨ اكتوبر سنة ١٨٨٣

ت - للمنتفع اذا باع صاحب الحق بالرقبة كل او بعض حقه المرتب عليه حق الانتفاع .

ث - في احوال الحكر ، تعود الشفعة ، لصاحب الرقبة اذا بيع العقار المرتب عليه الحكر ، وللمحتكر اذا بيعت الرقبة .

ج - للجار في الاحوال الآتية :

١ - اذا كان هناك ابنية او اراضي معدة للبناء ، واقعة في مدينة او قرية .

٢ - اذا كان الارض المشفوعة حق ارتفاق على ارض الجار او كان حق الارتفاق لارض الجار على الارض المشفوعة .

٣ - اذا كانت ارض الجار ملاصقة الارض المشفوعة من جهتين وتساوي من الثمن نصف ثمن الارض المشفوعة على الاقل .

٢٣ - اصحاب حق الشفعة بالقانون التونسي : ان المادة ٧٧ من قانون اول تموز سنة ١٨٨٥ منحت حق الشفعة بالعقارات المسووحة الاشخاص المذكورين ادناه :

١ - للشريك في نفس العقار المشترك

٢ - للوارث في العقارات المتروكة ارثاً عن المورث

٣ - للشريك في العقار القابل للقسمة ، والمعد للسكنى

٤ - لصاحب حق السطحية تجاه صاحب الرقبة

٥ - لصاحب الرقبة ضد صاحب الحق بالسطحية او الحكر

٢٤ - اصحاب حق الشفعة بالقانون المراكشي : ان المادة ٢٥ من

ظهر ٢ حزيران سنة ١٩١٥ منحت حق الشفعة لمن يلي بالعقارات المسووحة :

١ - للشريك على الشيوع في العقار المشترك

٢ - لصاحب الحق العيني العقاري

٢٥ - الشفعة بالقانون الجزائري : يُستعمل حق الاسترداد الوراثي

المخصوص عليه بالمادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي الاراضي المعتبرة فرنسية وبالنسبة للاروبيين واما الاهالي فتسري عليهم احكام المادة ١٧ من قانون ١٦ شباط سنة ١٨٩٧^١

وفي الاراضي غير المعتبرة فرنسية ، تسري عليها احكام الشريعة الاسلامية ، الا انه لا يجوز استعمال حق الشفعة ضد الاوربي . وبذلك يبقى حق الشفعة محصوراً بين الاهالي المسلمين

٢٦ - اصحاب حق الشفعة بالقانون الاسباني : لملك العقارات المجاورة الحق في طلبها بالشفعة اذا كان البيع مختصاً بعقار زراعي لا تريد مساحته على هكتار واحد .

واذا استعمل حق الشفعة جاران ، بوقت واحد ، يفضل الجار الذي يملك العقار الاقل مساحة ، واذا تساوت المساحة ، يفضل الذي تقدم بالطلب قبل غيره^٢

وهناك نوع آخر من حق الاسترداد القانوني^٣ نصت عليه المادة ١٥٢١

١ - تقرر هذه المادة للشريك في الملك ، اذا طلب قسمة العقار الزراعي قسمة عينية ، الحق في ان يختص بجزء من العقار توازي حقه فيه اذا كان قابلاً للقسمة وكان يملك نصفه على الاقل ، واذا كان العقار غير قابل للقسمة فانه ينجز بين قبول المبيع او اخذ قيمته من النقد تعادل حصته في الملك

٢ - المادة ١٥٢٣ من قانون ٢٤ ثور سنة ١٨٨٩ عن مجموعة القوانين الاجنبية بالفرنسية

٣ - وهناك نوع من حق الاسترداد الاتفاقي او البيع مع منح الخيار للبائع بمقتضاه

من القانون الاسباني بموجبها يحق للغير ان يحل محل من انتقل اليه شيء . بالشراء .
 Une chose par achat او بالتعهد بتقديم شيء . Dation en paiement
 على ان يخضع للشروط الواردة بالعقد .

٢٧ - اصحاب حق الشفعة بالقانون الالماني : يوجد في القانون الالماني
 حقان للشفعة : احدهما عيني ، والاخر شخصي

والمادة ٥٠٤ منه عاجلت الحق الشخصي ، وهو كثير الاستعمال بالمانيا
 فقالت « كل من له الحق بالشفعة على شيء . ، ان يستعمله متى عقد الملتزم به
 عقد بيع على الشيء . »

وتجوز الشفعة ولو ان المباع جزء . فقط من الشيء .^١ اما المادة ١٠٩٤
 فقد عاجلت الحق العيني فقالت « يجوز ان يحمل العقار لمصلحة الغير بحق الشفعة
 تجاه المالك

ويجوز ان يجعل حق الشفعة لمصلحة مالك عقار آخر ، ايأ كان
 وانما لا يجوز تحميل العقار بحق الشفعة لجزء شائع منه الا اذا كان حصة
 احد المالكين كما افادت المادة ١٠٩٥ من القانون الالماني
 ويجوز ان يقع حق الشفعة على توابع العقار كما ورد بالمادة ١٠٩٦ منه
 وفضلا عما تقدم ففي القانون الالماني ايضاً حق الاسترداد المعطى للورثة
 اذا باع احدهم حصته الى آخر ، فان للباقيين استعمال حق الشفعة بمدة شهرين
 (راجع المادة ٢٠٣٤)

يحل المشتري محل البائع (المادة ١٥١١) وله نظير بقانون الموجبات اللبناني
 ١ مجموعة القوانين الاجنبية ، بالفرنسية ، راولده لاكراسه ري ص ١٠٧ و ٢٣١

٢٨ - اصحاب حق الشفعة بالقانون المدني التركي : في القانون التوركي الحديث ، يوجد نوعان لحق الشفعة . الاول حق الشفعة الاتفاقي وهذا قد نصت عليه المادة ٦٥٨ فقالت : ان حق الشفعة المتولد من المقاوله يطلب من اي مالك كان ، وفق الشروط والاجال ، المعينة بشرح الطابو ، واذا لم تبين الشروط في سجل الطابو ، فالعبرة بالشروط التي اشترى فيها المدعى عليه العقار . والثاني حق الشفعة القانوني وقد ورد النص عليه بالمادة ٦٥٩ فقالت ان للشركاء في غير المنقول حق الشفعة القانوني تجاه الغير الذي اشترى حصة من العقار . وتسري على النوعين ، نفس الاحكام ، بلا اختلاف بينهما^١

٢٩ - اصحاب حق الشفعة بالقانون السويسري : في القانون السويسري نوعان لحق الشفعة .

النوع الاول نصت عليه المادة ٦٨٢ وهو ينشأ عن الاتفاق ، ويسمى حق الشفعة الاتفاقي ، والشفيع يقتضى هذا الحق يطالب الشفعة بالاستناد الى العقد ، وبالشروط والمدد الواردة فيه .

ويجب البائع على اعلام الشفيع بالبيع ، وللشفيع مدة شهر لاستعمال حق الشفعة والا استهدف حقه للسقوط ، واذا لم يعلم البائع الشفيع بالبيع فيستعمل الشفيع حقه بالشفعة بعدة عشر سنوات من تاريخ قيد البيع بالسجل العقاري .

واما النوع الثاني : فهو حق الشفعة القانوني المعطى للشريك في المالك ضد المشتري الاجنبي (المادة ٦٨٣) .

وقد وضع القانون السويسري حق الشفعة تحت فصل قيود حق الملكية

لان الشفعة سواء أكانت اتفاقية او قانونية تقيد حق المالك بالتصرف بملكه لمن يشاء .

وقد فرّق القانون السويسري بين حق الشفعة ، والبيع مع حق الخيار للبائع باسترداد ملكه (بيع بالوفاء . Vente à remérée) وتسري على حق الشفعة الاتفاقي ، وحق الشفعة القانوني احكام واحدة^١

ومن الاطلاع على الاسباب الموجبة للقانون السويسري ، يُرى ان حق الشفعة الاتفاقي - على خلاف القانون الالماني - قد وضع في الفصل المختص بحق الشفعة القانوني مع ان محله القسم المختص بالمقاولات والعقود ، وانما وضع حق الشفعة الاتفاقي بالفصل العائد لحق الشفعة القانوني ليكونا بمحل واحد^٢

وحق الشفعة الاتفاقي يعتبر حقاً شخصياً بمعنى ان المالك ملزم بالبيع الى الشفيع ترجيحاً عن غيره - والذير لا يكون مقيداً بالاتفاق الا اذا سُجل بالطابو ، فيستحيل أنشد حق الشفعة الاتفاقي الى حق عيني ، وتسري المقولة عندئذ على الاجنبي - المشتري .

اما حق الشفعة القانوني - فيسري على الغير ولو لم يسجل الشفيع حقه بالطابو لانه متولد من القانون نفسه .

يقول روسه ل، احد شراح القانون السويسري ، ان حق الشفعة الاتفاقي او القانوني لا يحرم المالك من بيع ملكه ، ولا الدائنين من القاء الحجر عليه تحصيلاً لديونهم ، وانما يحول هذا الحق لصاحبه ان يكتسبه من الشخص الثالث^٣

١ كورتي شرح المادة ٦٨٢ فقرة ٢

٢ الاسباب الموجبة للقانون السويسري ص ٧٤ - ف ١٠١٥ لاند - بوه ص ٣١٥

٣ فقرة ١٢٧٦

والشفعة بنوعها لا تستعمل الا في حالة البيع ولا تستعمل في حالة الهبة وكذلك النص بالقانون الالماني ولا في حالة قسمة غير المنقول ، وستأتي التفاصيل بمكانها .

فمن ما تقدم يتضح ان القانون السويسري اجاز للمالك ان يتعهد ببيع ملكه ، مرجحاً على الاخرين . وفي هذه الحالة يشتري المشتري الملك بحسب الاتفاق الحاصل بينه وبين المالك ، واذا لم يكن هناك شرط على المدة ، والسعر ، فان المعقود له يتملك العقار بالثمن الذي اشتراه به المشتري بعد اداء مصاريف السمسرة والمصاريف الرسمية .

ويشترط تسجيل الاتفاق بالسجل العقاري ليسري على الغير فاذا لم يسجل يرجع الشفيع على البائع بدعوى شخصية بالتضمينات . ولا يجوز له استعمال حق الشفعة ضد المشتري لانه اجنبي عن العقد غير المسجل .

اما لو سجل الاتفاق وعلم به الغير ثم اشترى فانه يستعمل حق الشفعة بالمدة المتفق عليها ضد المشتري ، واذا كانت المدة تزيد على الشهر ، فلا يسقط حقه باستعمال الشفعة بانقضائها اذ المبرة للاتفاق

اما حق الشفعة القانوني فيراد به في سويسرا ازالة الشيوخ واضراره ، ويستعمل وان لم يقيد الشفيع حقه بالسجل العقاري وفي حق الشفعة القانوني ، يجبر الشفيع على تأدية ثمن الصفقة الى المشتري ويستعمل حقه هذا بظرف شهر والا استهدف حقه للسقوط

٣٠ - اصحاب حق الشفعة قبل نشر قانون الملكية : ان اسباب الشفعة قبل نشر قانون الملكية كانت ثلاثة بحسب احكام المادة ١٠٠٨ من المجلة المستمدة من الفقه الحنفي . وهي :

اولا - ان يكون مشاركا في نفس المبيع كاشتراك شخصين في عقار واحد شائعاً

ثانياً - ان يكون خليطاً (شريكاً) في حق المبيع كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص ، مثلاً اذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص يكون اصحاب الرياض الاخر كلهم شفعاء ملاصقة كانت جديتهم او لم تكن . واما اذا بيعت احدى الرياض المسقية من نهر ينتفع منه العموم او احدى الديار التي لها في الطريق العام باب فليس لاصحاب الرياض الاخر التي تسقي من ذلك النهر او لاصحاب الديار الاخرى التي لها ابواب في الطريق العام حق الشفعة .

ثالثاً - ان يكون جاراً ملاصقاً .

وحق الشفعة اولا للمشارك في نفس المبيع وثانياً للخليط في حق المبيع ثالثاً للجار الملاصق ، وما دام الاول طالباً فليس للآخرين حق الشفعة ، وما دام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة (المادة ١٠٠٩ من المجلة)

٣١ - الغاء شفعة الجوار : النفي قانون الملكية بالمادة ٢٣٩ و ٢٧٠ المعدلة منه شفعة الجوار ، تبعاً لمذهب الامام مالك والشافعي رضي الله عنهما . وحجتها الحديث الشريف المروي عن جابر « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة ^١ » اي فلا شفعة بين الشركاء بعد القسمة وعليه فلا استحقاق في الشفعة للجار

واما الامام ابو حنيفة ، الذي اتبعت مذهبه المجلة فكان يرى شفعة الجوار مستدلاً بالحديث الشريف « جار الدار احق بالدار والارض ينتظر له

وان كان غائباً اذا كان طريقهما واحداً^١ وتبعه اهل العراق وقالوا ان نص الحديث يعم الجار المشارك ، في الطريق الخاص ونحوه من حقوق الملك ولو لم يكن ملاصقاً ، والجار الملاصق من الخلف الغير مشارك في شيء من حقوق الملك ومن المعقول ان الشفعة معللة الثبوت بدفع الضرر عن المالك القديم وهذه العلة موجودة في نوعي الجار بالنسبة للمشتري الجديد^٢

وذهب اهل البصرة الى استحقاق الجار المشارك في احدى الحقوق الشفعة وعدم استحقاق الجار الملاصق من اخلف لها وحجتهم على الاول الحديث الشريف المتقدم « جار الدار احق بالدار والارض ... اذا كان طريقهما واحداً » وعلى الثاني حديث جابر « فاذا صرفت الطرق فلا شفعة » ومعنى ذلك عدم استحقاقها بالجوار بعد ان يكون لكل جار طريق خاص لجهة غير جهة الاخر ، والشرب والمسيل مثال الطريق ثبوتاً ونقياً اجماعاً ، وبهذا المذهب اخذ شيخ الاسلام ابن تيمية^٣

اما شفعة الشريك الغير مقاسم فهي ثابتة اجماعاً لاحاديث من طرق شتى ، منها ما تقدم في شرح المادة السابقة

٣٢ - من له الشفعة بمذهب الامام مالك ؟ قال مالك رضي الله عنه بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء ، فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه وقال : الشفعة في الدور والارضين ولا تكون الا بين الشركاء^٤ ولا

١ رواه اصحاب السنن الاربعة

٢ ملخصاً من الهداية ، وبداية المجتهد

٣ ملخصاً من اعلام الموقعين

٤ الموطأ جزء ٢ ص ١٤٨

شفعة عنده الا للشريك في الملك ، لا للشريك في حقوق المبيع ولا للجار
ورأى مالك ان كل ما لا ينقسم ، كالبشر والحمام والطريق ، لا شفعة
فيه ^١ والخلاصة : الشفعة عند الامام مالك تكون في ثلاثة انواع :

- ١ - في العقار من الدور والخوانيت والبساتين
- ٢ - فيما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، كالبشر ومحال
النخل ما دام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه . وهو ان يكون
الاصل الذي هو الارض مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم
- ٣ - فيما يتعلق بالارض كالثمار وفيها عنه خلاف ^٢

واختلف عنه في الشفعة في الحمام ، والرحى ، واما ما عدا هذا من العروض
والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في
عرصة الدار (المدونة الكبرى جزء ١١ ص ١٠٨ ، وبداية المجتهد جزء ٢
ص ٢١٣)

٣٣ - من له الشفعة بذهب الامام الشافعي ؟ قال الشافعي رضي الله
عنه بان الشفعة تكون للشريك في الملك ، ولا شفعة عنده للجار ولا للشريك
في حقوق المبيع كالعرصة والطريق والبشر ولا في الثمار بمعنى ان لا شفعة
عنده فيما لا يحتمل القسمة

٣٤ - الشفعة بذهب الامام احمد : يرى الامام احمد الشفعة للشريك

١ - بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢١٣

٢ - جاء في الموطأ : لا شفعة في بئر ولا فحل النخل ، ولا شفعة في طريق صلح
القسم فيها او لم يصلح وانه لا شفعة في عرصة دار صلح القسم فيها او لم يصلح (ص
١٥٠ جزء ٢)

٣ - هذا ما رواه في البداية وبالمدونة جعل مالك في الثمر الشفعة (ص ١٠٨

جزء ١٢)

في الملك فقط ، ولا شفعة عنده للجار ولا للشريك في حقوق المبيع كالبشر والحمام والطريق والعرصة

٣٥ - اصحاب حق الشفعة بشروع القانون الجزائري : ان اللجنة التي عينتها حكومة الجزائر ، لتجميع الحقوق الاسلامية ، قد اعطت الشفعة للشريك في الملك سواء اكان قابلاً للقسمة ام لا ، واجاز الشفعة في البناء مستقلاً عن الارض ، وكذلك في الشجر ، تبعاً لمذهب الامام مالك رحمه الله تعالى

ولم يجر من جهة اخرى الشفعة في الملاحقات الطبيعية للملك كالبشر ، والعين ، الا اذا بقي العقار الاصلي مشتركاً ولم يجر شفعة الجوار ولا الشفعة في حقوق المبيع واجاز ايضاً لصاحب الارض استعمال حق الشفعة ، اذا باع المبيع نصيبه على العقار العائد اليه والذي بنى فيه باذنه (راجع المواد ٥٠٨ و ٥١٠ و ٥١١) اخذاً من مذهب الامام مالك ، وعنده يقدم مالك الارض على الشريك في البناء.

المادة ٢٤٠ - الشركاء في الملك هم متساوون في الحقوق ويستعملون جميعهم حق الشفعة في وقت واحد على نسبة واحدة واذا تخلى واحد منهم او اكثر من واحد عن حقه فيستعمل الباقيون هذا الحق على نسبة واحدة .

٩	خلاصة هذا البحث	١	الشفعة على عدد الرؤوس
١٠	هل ان حكم هذه المادة كان متبعا قبل وضع قانون الملكية	٢	لا عبرة بعدد الانصبة
١١	هل راعى مشروع القانون المصري الحديث حكم هذه المادة ؟	٣	اذا اسقط صاحب الحق حقه انتقل الى من يليه
١٢	نص القانون الالماني	٤	يجب ان يتقدم صاحب الدرجة الثانية ضمن المادة القانونية لطلب الشفعة
١٣	نص القانون المراكشي	٥	هل أخذ الشافعي بما تقدم
١٤	مشروع القانون الاسلامي للجزائر	٦	وكذلك الامام مالك : ما هي حجة الشافعي ومالك ؟
١٥	متى يستعمل الشريك في الحق العيني حقه بطلب الشفعة ؟	٧	هل للشفيع ان يشفع على احدهما ؟
١٦	هل هذا القول يتفق مع اقوال الفقهاء ؟	٨	هل يرى ابو يوسف الشفعة للشريك في الحق العيني اذا وجد الشريك في الرقبة ؟

١ - اجتماع الشفعاء : اطلب الشفعة : اذا اجتمع الشفعاء ، فالشفعة بينهم على ما اوضحت هذه المادة على عدد رؤوسهم ، لانهم استتروا في سبب الاستحقاق ، وهو الشركة ، فيستون في الاستحقاق الا يرى انه لو انفرد واحد منهم استحق كمال الشفعة ، والترجيح يقع بقوة الدليل ، لا بكثرة ، ولا قوة ههنا لظهور الاخرى بمقابله ، ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقي في الكل على عددهم ولو كان البعض غيباً يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب اعله لا يطلب ، وان قضى لحاضر بالجميع ، ثم حضر آخر يقضى له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد تحقيقاً للتسوية ، فلو سلم الحاضر ما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر ، قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء .

٢ - العبرة لسبب الحق ، لا لقدر الانصبة في الشفعة : بمعنى ان الشركاء اذا تباينت انصبتهم ، فإنه يفضى لهم بالشفعة على السواء ، على قدر رؤوسهم لا على قدر انصبتهم ؛ فلو فرض ان داراً بين ثلاثة ، لاحد منهم نصفها ولاخر ثلثها ، ولاخر سدسها ، فباع صاحب النصف ، نصيبه وطلب الاخر ان الشفعة قضي بينهما ، نصفان في الكل^١

٣ - انتقال حق الشفعة لمن يليه بالترتيب : اذا اسقط صاحب الدرجة الاولى ، حقه بطلب الشفعة ، انتقل الى من يليه بالدرجة ، واذا كان اكثر من واحد استعمل الجميع حقهم على السواء وقضي لهم بقدر رؤوسهم لا انصبتهم فالشفعة واجبة للشريك في نفس المبيع ثم للشريك في الحقوق العينية وليس للشريك في الحق العيني شفعة مع الشريك في الرقبة ، كما فصلنا في شرح المادة السابقة ، فان سلم الشريك في نفس المبيع ، فالشفعة للشريك في الحق العيني لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه^٢

٤ - هل يتقيد صاحب الدرجة الثانية بمدة اذا اسقط صاحب الافضلية بالدرجة الاولى حقه ؟ : اذا سلم الشريك في الملك المشترك حقه بالشفعة ، انتقلت هذه الى الشريك في الحقوق العينية العقارية ، وانما يجب على صاحب الدرجة الثانية ، ان يكون تقدم بطلب الشفعة ، ضمن المهل المنصوص عليها بالمادة ٢٤٧ و ٢٤٨ من هذا القانون ، الاتي شرحهما فان لم يفعل سقط حقه^٣

٥ - الشفعة بقدر الملك عند الامام الشافعي : العبرة لمقدار الانصبة ،

١ حاشية الهداية ، ص ٣٠٣ ، والمبسوط جزء ١٢ ص ٩٧ و ٩٨

٢ شرح الهداية ، المرجع السابق

٣ شرح العناية على الهداية ، ٤١٣ ، جزء ٧

لا لعدد الرؤوس بالقدر الذي يحكم به طالب الشفعة ، عند الامام الشافعي
فاذا كانت دار بين ثلاثة ، لاحدهم نصفها ولاحر ثلثها ولاحر سدسها ،
فباع صاحب النصف نصيبه ، وطلب الاخران الشفعة قضي بالحصص بينهما
بقدر ملكهما ، وان باع صاحب السدس نصيبه قضي بينهما اخماساً وان باع
صاحب الثلث قضي بينهما ارباعاً

٦ - يقتسم المشفوع فيه على قدر الحصص عند الامام مالك ايضاً :
يقول الامام مالك رضي الله عنه ، وجمهور اهل المدينة ان المشفوع فيه يقتسمه
الشفعاء بينهم على قدر حصصهم ، كما قال الامام الشافعي ، رضي الله عنه
فمن كان نصيبه من اصل المال الثلث مثلاً اخذ من الشقص بثلث الثمن ،
ومن كان نصيبه الربع اخذ الربع ، خلافاً لما ذهب اليه واضع قانون الملكية ،
فقد اتبع مذهب الامام ابي حنيفة رضي الله عنه ، فجعل كيفية توزيع
المشفوع فيه ، على عدد الرؤوس على السواء ، سواء في ذلك الشريك ذو
الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر

وحجة الشافعي ومالك وجمهور اهل المدينة ، ان الشفعة حق يستفاد
وجوبه بالملك ، فوجب ان يتوزع على مقدار الاصل كما توزع الارباح في
شركة الاموال وايضاً فان الشفعة انما هي لازالة الضرر ، والضرر داخل على
كل واحد منهم على غير استواء لانه انما يدخل على كل واحد منهم بحسب
حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة ، وقدمنا ان عمدة
الحنفية ، الذين اتبعهم قانون الملكية ، ان وجوب الشفعة ، انما يلزم بنفس
الملك فيستوي في ذلك اهل الحظوظ المختلفة لاستوائهم في نفس الملك^١

٧ - اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثرا ، فاراد الشفيع ان يشفع
على احدهما دون الثاني فهل له ذلك ؟

قال ابو حنيفة واصحابه رضي الله عنهم ، والشافعي رضي الله عنه ، له
ان يشفع على ايهما احب .

وقال ابن القاسم احد الائمة المالكية ، اما ان يأخذ الكل او يدع .
واما اذا باع رجلان شقصاً من رجل فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما
دون الثاني فليس له ذلك ^١

واذا كان الشافعون اكثر من واحد ، فاراد بعضهم ان يشفع ، وسلم له
الباقى في البيوع فالجمهور على ان للمشتري ان يقول للشريك اما ان تشفع في
الجميع او تترك ، وانه ايسر له ان يشفع بحسب نصيبه الا ان يوافقه المشتري
على ذلك اذ ليس له ان يبعض الشفعة على المشتري ان لم يرض بتبعضها ^٢

٨ - لا شفعة لغير الشريك في الرقبة عند ابى يوسف : عن ابى يوسف
مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم مجبوبون به
وقد رد على هذا القول بانه لا يمكن قياس اصحاب حق الشفعة على
الميراث في قضايا الحجب ، لان الميراث ، ملك اضطراري لا يسقط بالاسقاط
بخلاف حال الشفعة ، ولذلك لا يمكن التسليم ان مع وجود الشريك في الرقبة
لا شفعة لغيره ، سلم او استوفى ، بل للشريك في الرقبة مع وجود غيره
حق التقدم فقط ^٣ لان كل واحد من اصحاب حق الشفعة ، سبب صالح

١ نفس المرجع ص ٢١٦

٢ تبعاً لمذهب الامام ابى حنيفة خلافاً للشافعي . نفس المرجع

٣ نفس المرجع . وقال اصبح من اصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة

رفقاً للمشتري لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط . (ص ٢١٦)

٤ حاشية سعدى شلي على شرح المنابة وعلى الهداية جزء ٨ ص ٤١٣

الاستحقاق الا انه يرجع البعض على البعض ، فاذا سلم الشريك التحقت شركته بالعدم وجعلت كأنها لم تكن فيراعى الترتيب في الباقي ، ولا يقال ان الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره وان غيره لا يملك المطالبة فاذا سلم الشريك سقط الحق أصلاً كما هي رواية ابي يوسف رحمه الله تعالى لما تقدم

٩ خلاصة وافية لشرح هذه المادة : ان السبب في طلب الشفعة هو اصل الشركة لا قدرها ، فاذا كان للدار شريك واحد ، اخذ كل الدار بالشفعة كثرت شركته او قل ، وعلى هذا تقسم الشفعة بين الشركاء . عند اتحاد السبب وهو الشركة على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة ، فلو كانت الدار بين ثلاثة اشخاص لاحد هم نصفها ، والآخر ثلثها والآخر سدسها ، فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقيين نصفين على عدد الرؤوس ، لان السبب في موضع الشركة اصل الشركة ، وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق .

واذا كان للدار شفيهان ، فأسقط احدهما الشفعة فللآخر ان يأخذ كل الدار بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق للكل في حق كل واحد منهما ، وانما القسمة للتراحم والتعارض فاذا اسقط احدهما زال التراحم والتعارض فظهر حق الآخر في الكل فيأخذ الكل ، فلو كان الشفعا جماعة ، فاسقط بعضهم حقه ، فللباقين ان يأخذوا الكل بالشفعة .

ولو كان للدار شفيهان ، واحدهما غائب ، فللحاضر ان يأخذ كل الدار بالشفعة لان سبب ثبوت الحق على الكمال ، وجد في حقه ، وقد تأكد حقه بالطلب ، ولم يعرف تأكد حق الغائب لانه محتمل ، يحتمل ان يطلب ،

ويحتمل ان لا يطلب او يعرض ، فلم يقنع التعارض والتراحم ، فيقضى له بالكل .

ولو كان للدار شفعاء بعضهم حاضرا ، وبعضهم غائب ، يقضى بالدار بين الحضور على عدد رؤوسهم

ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح جعله في حق غيره ، وسقوط حق الجاعل وقسمت على عدد رؤوس من بقي لان حق الشفعة بما لا يحتمل النقل ، ولان الجعل دليل التنازل ، فبقي كل الدار بين الباقيين ، فيقسمونها على عدد الرؤوس .

فبناء على هذا كله : ان اسباب استحقاق الشفعة اذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب الوارد بالمادة السابقة ، فيقدم الشريك في الملك المشترك ثم الشريك في الحقوق العينية العقارية ، لان الاتصال بالشركة في عين المبيع اقوى من الاتصال بالخطاة . فان سلم الشريك وجبت للخليط ، وان اجتمع خليطان يقدم الاخص على الاعم كما سيورد في شرح المادة الالية .

فاذا كان هناك دار بين رجلين ، في سكة غير نافذة ، طريقا من هذه السكة فباع احدهما نصيبه ، فالشفعة لشريكه ، لان شركته في عين الدار وشركة اهل السكة في الحقوق فكان الشريك في عين الدار اولى بالشفعة ، فاذا سلم فالشفعة لاهل السكة كلهم يستوي فيه الملاصق ، وغير الملاصق ، لانهم كلهم ، خلطاء في الطريق .

وعلى ما روي عن ابي يوسف : اذا سلم الشريك سقطت الشفعة اصلا ، ولم ياخذ به قانون الملكية كما هو صريح نص المادة ٢٤٠ هذه ،

١٠ - مطابقة حكم هذه المادة لاحكام المجلة : من المعلوم ان احكام المجلة كانت سارية قبل وضع قانون الملكية ، والمادة ١٠١٣ من

المجلة قد نصت على حكم مطابق لما اخذ به قانون الملكية بالمادة ٢٤٠ هذه ، فقد ورد فيها ان الشفعاء اذا تعددوا ، فيعتبر عدد الرؤوس ، ولا يعتبر مقدار السهام يعني ان العبرة لمقدار الحصص ، ولا يخفى ان هذه المسألة متفق عليها عند العراقيين بينهم الامام ابو حنيفة واصحابه كما تقدم خلافاً للامامين مالك والشافعي .

كذلك نصت المادة ١٠١٠ من المجلة ان الشريك اذا ترك حق شفيعته فتنقل الى الخليط . اي الشريك في حق المبيع ، وهو حكم مطابق للمادة التي نشرها ، ويتفق مع قول الامام ابي حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، خلافاً لابي يوسف ، وقد تقدمت التفاصيل بالفقرات السابقة بما لا مزيد عليه .

١١ - العبرة بالانصبه ، لا لعدد الرؤوس في مشروع القانون المصري الحديث : اعتمد مشروع القانون المصري الحديث قول الامام الشافعي ومالك فنص على ان استحقاق الشفعة يكون على قدر الانصبه ، لا على عدد الرؤوس .

وكذلك كان الحال عنده في القانون الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ المختص بالشفعة .

واما قبل العمل بهذا القانون ، فكانت العبرة لعدد الرؤوس اخذاً بقول الامام ابي حنيفة واصحابه .

١٢ - القانون الالماني وتعدد الشفعاء : اذا كانت الشفعة اشراكاً متعددتين على الشيوع لا يمكن ممارستها الا بالنسبة لكل المشفوع فيه .

واذا سقط حق احد الشفعاء او لم يستعمل احدهم حقه ، يحق للباقي استعمال حق الشفعة بالنسبة ايضاً لكل المال المشفوع فيه (المادة ٥١٣ من القانون المدني الالماني ، ترجمة Raoul de la Grasserie بالفرنسية) .

ويقول المعلق عليه ، يستفاد من هذا النص ، ان حق الشفعة بالقانون الالماني لا يقبل التجزئة (نفس المرجع ص ١٠٨)

١٣ - استحقاق الشفعة في القانون المراكشي في حالة تعدد الشفعاء :

نصت المادة ٢٦ من ظهير ٢ حزيران سنة ١٩١٥ ان حق الشفعة اذا حصل على عقار واحد ، فان كل الشركاء في الملك يستعملونه معاً بنسبة ما يملكونه وفي حالة تنازل بعضهم يستعمل الباقون الشفعة بنسبة حصصهم .

وورد في المادة ٢٧ منه نفس الحكم بالنسبة لممارسة حق الشفعة بين الشركاء في نفس الحق العيني العقاري .

واذا كان الشريك في الملك هو المشتري فانه يشترك في استعمال حق الشفعة كالباقين ، بنسبة حصته قبل الشراء . (راجع المادة ٢٩ من القانون المذكور) .

١٤ - استحقاق الشفعة يكون بحسب الحصة بمشروع القانون الاسلامي للجزائر : ورد بالفقرة الاخيرة من مشروع القانون الاسلامي للجزائر بالمادة ٥٢٠ انه في حالة تعدد الشفعاء ، يستعمل كل منهم حقه ، بنسبة حصته في العقار المشترك ، وقد اخذ المشروع بوجهة نظر الامام مالك .

١٥ - الميعاد الذي يستعمل فيه الشريك في الحق العيني حقه في طلب الشفعة : تعترضنا هنا قضية ذات اهمية وهي لو فرض ان هنالك شريكاً في الملك ، وشريكاً في الحق العيني المرتب على الملك فتي يجب على الشريك في الحق العيني استعمال حقه بالشفعة ؟ من الواضح ان حق الشريك مقدم على الشريك بالحق العيني ، فاذا سلم الشريك في الملك ، او اسقط حقه انتقل الى الشريك بالحق العيني ، واكن متى يجب على هذا استعمال حقه بطلب الشفعة ؟ اذا روجعت المادة ٢٤٧ من هذا القانون ، نراها توجب على المشتري بعد

تسجيل مشتراه ان يُعطي علماً بالتسجيل الى كل من له حق بالشفعة ، واذا لم يطالب صاحب حق الشفعة بحقه اثناء الثلاثة ايام التي تلي التبليغ بعد اضافة مهلة المسافة اليها يسقط حقه .

فاطلاق النص يفهم منه ان المشتري يجب عليه ان يبلغ الشريك في الملك المشترك ، والشريك في الحقوق العينية العقارية ، لان المادة اوجبت على المشتري ان يُعطي علماً بالتسجيل الى كل من له حق بالشفعة ، والشريك في الحق العيني ، كالشريك في الملك المشترك من اصحاب الحقوق بالشفعة .

واذا لم يجر المشتري التبليغ ، فحق الشفعة يصبح لاغياً بمرور شهرين ابتداء من تاريخ العقد، اذا كان قد حرر بحضور الشركاء في العقار ، ويصبح لاغياً في كل الاحوال بعد مضي مدة سنة ابتداء من تاريخ تسجيل البيع اذا لم يكن قد حضر هذا البيع الشركاء في العقار كما نصت على ذلك المادة ٢٤٨ من هذا القانون

ولا يخفى ان كلمة الشركاء في العقار الواردة بالمادة ٢٤٨ تعم الشريك في الملك المشترك ، والشريك في الحق العيني . ويستنتج من كل ما تقدم ، ان الشريك في الحقوق العينية العقارية يجب عليه ان يطالب بحقه بالشفعة بالميعاد المعين في المادتين ٢٤٧ و ٢٤٨ من هذا القانون .

وعلى هذا اذا طلب الشفعة شريكان في حالة بيع شريك آخر حصته ، وسقط حق احد الشفيعين لتقديم طلبه بعد الميعاد ، فلا يوجد ما يمنع الشفيع الثاني من طلب الشفعة في كل الحصة المباعة ا فقدان التراحم .

١٦ - حكم الشريعة الفرآء في الوقت الذي يجب ان يقدم فيه الشريك في حق المبيع طلبه بالشفعة : جاء في المبسوط (جزء ١٤ ص ٩٦)

ينبغي للجار ان يطلب الشفعة اذا علم بالبيع مع الشريك ليتمكن من أخذ العقار ، فان لم يطلب بعد علمه حتى يسلم الشريك فلا حق له بعد ذلك .
 وورد في الهداية « ليس للشريك في الطريق والشوب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم ، فان سلم فله تأخر ان يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك ان يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع ليتمكنه الاخذ اذا سلم الشريك ، فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حق له (جز ٢ ص ٣٠٢) .

فيستفاد مما تقدم ان الشريك في الحق العيني ، يجب عليه ان يطالب بجمعه بالشفعة ، في المهل القانونية ، والا سقط حقه ، فلا يجب عليه ان ينتظر رد الدعوى عن الشريك في الملك المشترك ، بعد ان يكون قد انقضى على الدعوى سنوات .

وبذلك تتفق اقوال الفقهاء مع ما ورد بالفقرة السابقة .

المادة ٢٤١ - اذا وجد تراحم بين فئات عديدة من شركاء في حقوق ارتفاقية عقارية من انواع مختلفة فتفضل على بقية الفئات ، الفئة التي يكون لها حق الارتفاق الاكثر نفعاً .

١	الافضلية في حالة تراحم الشركاء	في الملك ؟
٣	في حقوق الارتفاق	هل يقدم حق الشرب على حق الطريق
٢	هل تسري هذه المادة على الشركاء	٤ - العمل لو تساوت فئات بالضرر

١ - الافضلية في حالة تراحم الشركاء في الحقوق الارتفاقية العقارية :
 اذا تعدد الشفعاء وكانوا جميعاً شركاء في الحقوق الارتفاقية ، يقدم منهم من

تعود على ملكه ، منفعة من الشفعة أكثر من غيره .
والقاضي هو الذي يقدر ذلك ، لعدم افصاح المادة عن حقوق الارتفاق
التي تعد أكثر نفعاً للشفيع من غيرها . وإذا وقع الشك في راعى جانب المشتري
محرمه للتعاقد .

ولا علة الوجهة الشخصية للشفيع ، ولا للفوائد الشخصية التي يمكن
ان يجنيها لو نال الشفعة ، فالعقارات جميعها تعتبر سواء من هذه الجهة
فإذا اجتمع صنفان من الخلطاء ، فيقدم الاخص على الاعم مثلاً لو بيعت
احدى الرياض التي لها حق شرب في الخرق الذي احدث من النهر الصغير مع
شربها يقدم ويرجع الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق وأما لو بيعت احدى
الرياض التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها ، فالشفعة تعم من له حق
شرب في النهر ، ومن له حق شرب في خرقة

كما اذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك ، منشعب عن زقاق آخر غير
سالك فلا يكون شفعياً الا من باب داره في المنشعب . وإذا بيعت دار بابها
في الزقاق المنشعب منه ، فتعم الشفعة من له حق المرور في الزقاق المنشعب
والمنشعب منه^١ وان كان فناء منفرج من الطريق الاعظم راجعاً عن الطريق
او زقاق او درب غير نافذ فيه دور ، فبيعت دار منها ، فاصحاب الدور
شفعاء جميعاً لانهم شركاء في الفناء والطريق^٢

١ المادة ١٠١٤ من المجلة . والخرق هو الجدول المنشعب من النهر الصغير لسقي
الاراضي التي لها حق الشرب ، فحق السقي من هذا الجدول منحصر في اصحاب
الاراضي التي تسقى منه دون باقي من يستقي من النهر ، البدائع ص ٨ جزء ٥ .
٢ قال البعض فناء الدار مملوك لصاحب الدار ، والاصح انه حقه وليس بمملوك
له لان ملكه في الدار ، والدار ما ادير عليه الخائط والفناء اسم لصحن وراء ذلك

٢ - عدم سريان هذه المادة على الشركاء في الملك : ان نص هذه المادة لا يسري على الشركاء في نفس الملك لعدم النص عليهم والاكتفاء بذكر الشركاء في الحقوق الارتفاقية العقارية فقط .

اما المجلة ، فقد وضعت مبدأ قالت فيه بتفضيل الاخص بالضرر على الاعم كما ذكرنا بالفقرة السابقة ، وحصرت ذلك ايضاً بالخطأ ، ومعلوم ان الشريك في حقوق الملك يسمى خليطاً (المجلة مادة ٩٥٥) . فلا يسري نص المادة ١٠١٤ من المجلة على الشريك بالملك .

٣ - هل يقدم حق الشرب على حق الطريق المأخذ بالشفعة ؟ ان المادة ١٠١٦ من المجلة قررت ان حق الشرب مقدم على حق الطريق .
وانه لو بيعت روضة خليطها احد في حق الشرب الخاص وآخر في حق الطريق الخاص ، يقدم ويرجع صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق وعللوا ذلك بان الضرر يدخل من جهة الاشتراك في الشرب اكثر منه في الاشتراك بالطريق ، وهذا قول الاكثر وقال الاقل من الفقهاء الذين لم تأخذ المجلة بقولهم ان حق الطريق مقدم على حق الشرب ، لانه اشد لصوقاً بما يوصل اليه من الشرب بما يسقيه .

اما قانون الملكية فلم يشر الى شيء من ذلك ، والاولى ترك الامر للمحكمة لتقدير الضرر الحاصل ، فتفضل من ضرره اخص من غيره ، لان الواضع لو شاء المأخذ بالمادة ١٠١٦ من المجلة لنقلها

يكون ممدداً لايقاف الدواب وكسر الحطب وغير ذلك فان كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق اصحاب السكة بمتزلة الطريق الخاصة لهم او ملك مشترك بينهم (المبسوط ١٦ ص ٩٧)

١ - مرآة المجلة جزء ٢ ص ٢٩٣ للمرحوم سعيد مراد الغزي .

٤ - تساوي فئتين بالضرر : ان هذا الامر لم ينص عليه القانون فهل يجب هنا قسمة العقار على اصحابهما بالتساوي ، ام انه لا يجوز قسمة العقار على الشفعة ؟

ان الجواب على هذا السؤال شاق ، وكان يجب على الواضع ان يشير اليه ، ولذلك يبقى حل هذا السؤال ، راجع لتقدير الحكام واجتهادهم ، الى ان يرد النص القاطع .

المادة ٢٤٢ يعود حق الشفعة الى الاشخاص المذكورين في المادة ٢٣٩ من هذا القرار الذي يكون سندهم سابقاً تاريخياً سند المشتري :

١	الشرط الاول للاخذ بالشفعة	١٢	تحقيق هام بشأن البيع مع حق الخيار وطلب الشفعة من الشفيع
٢	الشرط الثاني	١٣	هل للشفيع قبل ان يكتسب العقار بمرور الزمان حق الشفعة ؟
٣	الشرط الثالث	١٤	هل تجوز الشفعة في العقد الباطل
٤	الشرط الرابع	١٥	هل للشفيع الشفعة اذا كان صكه عادياً
٥	بدء حق الشفيع بالعقار الموصى به	١٦	بيع العقار بالتقسيط وهل تجوز فيه الشفعة ؟
٦	هل للمستفدي مع خيار البائع بالاسترداد الشفعة ؟	١٧	البيع مع اشتراط عدم استعمال حق الشفعة
٧	للبيع مع الاسترداد حق الشفعة	١٨	الاقالة وحق الشفيع
٨	هل هناك من يقول بعكس ما تقدم	١٩	البيع الصوري وحق الشفعة
٩	ما رأي الفقهاء بالبيع مع الخيار وهل يجوز للشفيع المطالبة بالشفعة	٢٠	الوعد بالبيع وهل تجوز الشفعة فيه
١٠	خيار الرؤية وهل يمنع الشفعة ؟	٢١	هل تجوز المطالبة بالشفعة اذا كان
١١	وخيار العيب وهل يمنع أيضاً		

صك المشفوع منه عادياً : حجة اصحاب الرأي الاول . حجة الرأي الثاني بضرورة	التسجيل لطلب الشفعة . الترجيح ٢٢ المواضعة وهل تسري على الشفيع .
---	---

١ - ملك الشفيع وقت الشراء : يشترط للاخذ بالشفعة ان يكون الشفيع مالكا وقت الشراء في الدار التي ياخذها بالشفعة^١ ولذلك لا شفعة للشفيع بدار يسكنها بالاجارة والاعارة ، ولا بدار باعها قبل الشراء ، ولا بدار جعلها مسجداً ، ولا بدار جعلها وقفاً وقضى القاضي بجوازه^٢ ، لانه زال ملكه عنها

واذا انكر المشتري كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع ، فليس لهذا ان ياخذ بالشفعة حتى يقيم البينة انها داره^٣ بمعنى ان عليه اثبات كونه مالكا وقت شراء العقار المراد اخذه بالشفعة ، قبل تلك المشتري ، لا بعده كما سيجيء . ولا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد ، وانما ان لم يكن بيد الشفيع سند ، فيجوز له اثبات تصرفه بوضع اليد وفقاً للمادة ٢٥٧ من هذا القانون ، بطرق الاثبات كافة

٢ - يجب ان تكون ملكية الشفيع سابقة لعقد الشراء : ليس للشفيع استعمال حق الشفعة الا اذا كانت ملكيته سابقة لملكية المشتري ، بان يكون سنده ، سابقاً تاريخاً سند المشتري

١ البدائع جز ٥ ص ١٢

٢ عند من يشترط ذلك كالأحناف ، واما من يجيز الوقف بمجرد قول الواقف وقفت ، فلا تكون للواقف الشفعة وان لم يقض القاضي بجواز الوقف

٣ هذا قول أبي حنيفة ، ومحمد واحدى الروايين عن أبي يوسف وزوي عنه رواية اخرى ان هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع ولا يحتاج الى اقامة البينة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى

واذا كان الحق غير مسجل في السجل العقاري ، فيرجع في اثبات السابقة الى التاريخ الحقيقي للملكية الشفيع ، وهو ما يجوز اثباته بطرق الاثبات العادية ، لان الشفيع ليس مقيداً بطرق الاثبات الخطية ، لاثبات التاريخ لان الشفيع يتلقى ملكيته من شخص ، غير الشخص الذي تلقى المشتري ملكيته منه

٣ - ان لا تكون الدار المشفوعة ملكاً للشفيع وقت البيع : يشترط للاخذ بالشفعة ان لا يكون العقار المشفوع ملكاً للشفيع وقت البيع ، فان كان ، لا تجب الشفعة لاستحالة تملك الانسان مال نفسه

٤ - يجب بقاء ملكية الشفيع حتى الاخذ بالشفعة : يجب ان يبقى الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع به ، حتى يتملك المشفوع قضاء او رضا . وهو يصبح مالكا نهائياً بالقضاء او بالرضا كما صرحت المادة ٢٥٢ من هذا القرار ، ولا عبء لزوال ملكيته بعدئذ

٥ - متى يبدأ حق الشفيع بالعقار الموصى له به ؟ اذا اوصى رجل بدار لآخر ، فمتى يبدأ حقه بالمطالبة بالشفعة ؟ من المعلوم شرعاً ان الوصية تتوقف على قبول الموصى له ، فاذا اوصى رجل بدار ولم يعلم ، حتى بيعت الدار التي يجوز له اخذها بالشفعة ، ثم قبل الوصية ، فلا شفعة له ، لانه حين البيع ، لم يكن مالكا الدار المشفوع بها ، لان ملكيته لها تسري من تاريخ قبوله الوصية .

اما لو مات الموصى له قبل ان يعلم بالوصية ، ثم بيعت الدار ، فادعى

الورثة شفعتها ، فلهم ذلك ، لان موته بمنزلة قبوله^١

٦- البيع مع جواز الاسترداد للبائع : أجاز القانون للبائع ان يبيع عقاره بيعاً باتاً مع اشتراط استرداده بخلال مدة لا تزيد على الثلاث سنوات ، اذا ادى للمشتري الثمن (المادة ٤٧٣ و ٤٧٤ من قانون الموجبات فهل يجوز في مثل هذه الحالة للمشتري ان يستعمل حق الشفعة ضمن المدة الممنوحة للبائع ؟

لا يخفى ان الشرط هذا يعد من الشروط الفاسخة : Condition Résolutoire ، لان البائع اذا استعمل خياره اصبح البيع لاغياً والالغاء هذا اثر رجعي يرجع الى تاريخ عقد البيع^٢ ، واما اذا وضت مدة الخيار الممنوحة للبائع ، فان البيع ، يبقى نافذاً صحيحاً من تاريخ الشراء .
فهل ان للمشتري استعمال حق الشفعة بمقتضى هذا العقد الذي سماه قانون الموجبات بالبيع الوفاي خطأ ؟

لم تتفق الاراء للجواب على هذا السؤال . وانما يرى البعض ان للمشتري حق استعمال الشفعة . لان القانون اعتبر البيع في حالة عدم تحقق الشرط نافذاً من تاريخ الشراء فاذا استعمل البائع حق خياره وطالب باسترداد العقار ياخذ وحده ، ويبقى العقار الذي اخذه المشتري بحق الشفعة له ، لان المشتري حينما استعمل حقه بالشفعة كان معتبراً بنظر القانون مالكاً ، وقد قلنا بالفقرة الرابعة ، من شرح هذه المادة ، ان العبرة بالخذ بالشفعة ان يكون الشفع مالكاً وقت طلبها ولا عبرة لزوال ملكيته بعدئذ كما تقرر هذا بهات الكتب الفقهية .

١ شرح المادة ٥٠١٨ من المجلة الباز

٢ المادة ٤٧٦ من قانون الموجبات

ولا يجبر البائع اذا استعمل حقه بالاسترداد على أخذ العقار الذي استلمه المشتري بحق الشفعة ، لان حقه محصور بالعقار المباع المقود عليه .

٧ - هل للبائع استعمال حق الشفعة بالبيع مع حق الاسترداد ؟

لا يخفى ان الشرط الموضوع لمصلحة البائع - باسترداد عقاره بعد اداء الثمن هو من الشروط المسماة بالشروط التعليقية ^١ Conditions suspensives . وبمقتضاه اذا تحقق الشرط فانه يترتب على ذلك تأييد العقد وان لم يتحقق فلا يتم العقد أصلاً .

ولما كان البائع قد باع بيعاً باتاً المشتري ، وحفظ لنفسه حق الاسترداد بالمدة التي حددها قانون الموجبات والتي لا يجوز ان تزيد على الثلاث سنوات فان اصحاب الرأي الاول يعتبرون البائع متنازلاً عن ملكية العقار من تاريخ العقد اذا لم يتحقق الشرط ، وبهذه الحالة لا يجوز له ان يستعمل حق الشفعة ، لانه لا يجوز ان يجعل هذا الحق متردداً بين الجواز وعدمه ، والبائع انما باع ملكه ، والمشتري قد اشترى ، فالمشتري يستعمل حق الشفعة كان لا شرط هناك ، والبائع قد سقط حقه بالاخذ بالشفعة بمجرد بيعه . اذ لا عبرة لزوال ملكية المشتري بعدئذ كما قدمنا في الفقرة السابقة .

٨ - لا تثبت الشفعة الا بالبيع البات ، الخالي من الخيار : يرى البعض الآخر ان البيع مع اشتراط حق الاسترداد للبائع لا يحرم المالك من العودة لملكه ، فيجوز له استرداده ، وعندئذ يعتبر البيع لاغياً لا اثر له ، وينجر هذا الافاء الى تاريخ العقد ، ولما كانت الشفعة معلقة على البيع البات التام ، فالبيع المعلقة على الخيار لا تمنح حق الشفعة . لانه ليس لغير المالك

ملكاً باتاً المطالبة بالشفعة . فالمالك تحت شرط الالغاء او التعليق لا يعتد
مالكاً ملكاً تاماً لانه وان اعتد مالكاً من تاريخ العقد الا انه عند تحقق
الشرط يزول ملكه ، ويعتد كأنه غير مالك ، ولذلك لا يجوز للمشتري
استعمال حق الشفعة ، وبالتالي لا يجوز ايضاً للبائع الأخذ بالشفعة لانه لا
يكون مالكاً وقت بيع العقار للمشتري . وهذا الرأي يتفق مع اقوال الفقهاء
كما ستري .

٩ - هل للشفيع المطالبة بالشفعة اذا كان البيع مع الخيار ؟ جاء في
البدائع^١ يشترط لطلب الشفعة زوال ملك البائع عن المبيع ، لان الشفيع
يملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به فاذا لم يزل ملك البائع استحال تملك
المشتري ، فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع
لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو اسقط خياره وجبت الشفعة
لانه تبين انما المبيع زال عن ملكه من حين وجود البيع ، ولو كان الخيار
للمشتري تجب الشفعة لان خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق
الشفعة يقف عليه . ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لاجل خيار البائع ،
ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له لان شرط الخيار للشفيع شرط
لنفسه وانه يمنع وجوب الشفعة فان اجاز الشفيع البيع جاز البيع ولا شفعة
له لان البيع تم من جهته فصار كأنه باع ابتداء ، وان فسخ البيع فلا شفعة
له لان ملك البائع لم يزل^٢

١ ص ١٣ جز ٥٠

٢ راجع ايضاً المادة ١٠٢٦ من المجلة . ورد عن الامام مالك : ان حق الشفعة
يستعمل ضد المشتري الجديد الذي ليس شريكاً في المباع وقد تملك النصيب حالاً
بعقد معاوضة غير قابل للفسخ (سيدي خليل) ولا يستعمل حق الشفعة ضد الشخص

ويظهر ان العلماء متفقون على ان البيع الذي بالخيار اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشفعة لا تجب حتى يجب البيع ، واختلفوا اذا كان الخيار للمشتري ، فقال الشافعي ، والكوفيون ، الشفعة واجبة عليه لان البائع قد حرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل ان الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من اصحاب مالك^١

١٠ - خيار الرؤية للمشتري وحق الشفعة : اذا اشترى المشتري عقاراً واشترط لنفسه رؤيته ، فلا تأثير لهذا الخيار على ثبوت حق الشفعة ، لان حق الفسخ عائد للمشتري دون البائع ولانه لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع^٢

١١ - خيار العيب وثبوت حق الشفعة ؟ ان خيار العيب ليس بمانع لثبوت الشفعة لانه لا يمنع خروج المبيع من ملك البائع وفضلاً عن هذا فان خيار العيب ليس مانعاً من تمام البيع في حق كل من العاقلين^٣.

١٢ - تحقيق هام بشأن ثبوت حق الشفعة المشفع بالبيع مع حق الخيار : يتلخص مما تقدم ان الفقهاء يرون ثبوت حق الشفعة للمشفع اذا كان الخيار للمشتري ، ولا يرون الشفعة له اذا كان الخيار للبائع وقد قلنا بالفقرة الثامنة

الذي اشترى مع حق الخيار طالما ان البيع لم يصبح نهائياً (نفس المرجع) ولا يستعمل حق الشفعة عنده بالبيع الفاسد . وجاء في النووي (جز ٢ ص ١٢١) يستعمل حق الشفعة في البيع الذي لا يصح الرجوع عنه .

١ بداية المجتهد جز ٢ ص ٢١٦ ولذلك يبتدئ حق الشفع بالشفعة ، وقت اسقاط البائع خياره ، فيطالب الشفع بالشفعة حينئذ : (الادلة الاصلية الاصولية جز ٢ ص ٢٦٩ للمرحوم سعيد مراد القزوي)

٢ انظر المادة ١٠٢٦ و ٣٢٠ من المجلة

٣ الادلة الاصلية الاصولية جز ٢ ص ٢٦٩ ، والمادة ١٠٢٦ من المجلة

المتقدمة ان الشفيغ اذا اراد استعمال حق الشفعة ، يجب عليه ان ينتظر حتى يسقط البائع خياره ، فيطالب الشفيغ بالشفعة حينئذ

وقد جاء بالمادة ١١٦ من مرشد الخيران الى معرفة احوال الانسان ما يؤيد ذلك فقد نصت على ان لا شفعة فيما يبيع بشرط الخيار للبائع الا اذا اسقط البائع خياره حتى لزم البيع فتجب فيه الشفعة للشفيغ ان طلبها عند البيع بشروطها

وهذا يؤيد ما ورد بكتاب الادلة الاصلية الاصولية
ثم بعد كتابة ما تقدم رأينا تحقيقاً بشأن الخيار في الشفعة بالمبسوط للعلامة السرخسي لا يخرج عما اوردناه بالفقرة الثامنة المتقدمة نقلاً عن البدائع الا اننا وجدنا فيه زيادة ذات اهمية لم يذكرها صاحب البدائع فقد قال :
« واذا كان الخيار للبائع فلا شفعة فيها حتى يوجب البيع ، لان خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه ، وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيغ فبقاء ملكه أولى ، فان بيعت دار الى جنبها فللبائع فيها الشفعة دون المشتري لان الملك في الدار المبيعة عند ابي يوسف ومحمد في هذا البيع للبائع ، واذا اخذها بالشفعة فهذا نقض منه للبيع لانه قرر ملكه وجواره حين اخذ المبيعة بالشفعة باعتباره ، فاقدم البائع على ما يقرر ملكه في مدة الخيار يكون نقضاً للبيع وهذا لانه لو لم يجعل ناقضاً لكان اذا اجاز البيع فيها ملكها المشتري من وقت العقد حتى يستحق بزوائدها المتصلة والمنفصلة فتبين انه اخذها بالشفعة من غير حق له . وان كان الخيار للمشتري ، فبيعت دار لجنب هذه الدار كان له فيها الشفعة لانه صار احق بها مع خياره وذلك يكفي لثبوت حق الشفعة له . »^١

قلنا اذا اخذ المشتري الدار بالشفعة كان هذا منه اجازة للبيع بوجود دليل الرضا لتقرير ملكه فيها
 فيفهم من كل ما تقدم : ان الشفيع يحق له استعمال الشفعة اذا كان
 الخيار المشتري ، ولا يحق له استعمال الشفعة اذا كان الخيار للبائع حتى
 يسقط خياره

وان المشتري مع خيار البائع له استعمال حق الشفعة دون البائع على
 الرأي الذي اعتمدناه ، والذي يتفق مع مقصد الشارع والمبادئ القانونية
 الحديثة .

١٣ - ليس للشفيع حق الشفعة ، اذا لم يكتسب العقار بمرور
 الزمان : نصت المادة ٢٥٧ من قانون الملكية ان الحق باجراء تسجيل في
 السجل العقاري يكتسب فيما يتعلق بالعقارات والحقوق غير المسجلة في السجل
 العقاري بان يستولي الشخص على العقار او على الحق العقاري استيلاء هادئاً
 علانياً ، مستمر اكانه صاحب العقار مدة خمس سنوات هو بنفسه او بواسطة
 شخص ثالث لحسابه بشرط ان يكون لدى واضع اليد سند صحيح ، واذا
 لم يكن لديه سند صحيح فتكون المدة خمس عشرة سنة ونصت المادة ٢٢٨
 من نفس القانون : ان حق التسجيل في السجل العقاري يكتسب بمرور الزمن
 ولما كان يشترط لطلب الشفعة ان يكون الشفيع مالكاً وقت بيع العقار
 كما قدمنا ، فاذا كانت مدة مرور الزمن لم تتم وقت البيع ، فلايس للشفيع
 حق الشفعة بتاتاً

يؤيد ما تقدم ما ورد بالبداية ان المشتري اذا انكر كون الدار التي
 يشفع بها مملوكة للشفيع انه ليس له ان ياخذ بالشفعة معني يقيم البيئة انها

داره . فاذا لم تكن يده على الملك قد استمرت المدة التي بموجبها يكتسب حق التسجيل باسمه فلا يجوز له قبل ذلك ان يطالب بالشفعة

١٤ - الشفعة والعقد الباطل : لا شك ان البيع اذا كان باطلا بطلانا مطلقاً فهو بحكم العدم فلا تجري فيه الشفعة ، وللمشفع منه ان يدلي ببطلانه كما لو بيع عقار القاصر من واهه او وصيه ، دون الاستحصا على الاذن الشرعي ، او اذا تملك شخص عقاراً بعقد هبة لم يسجل في السجل العقاري .

اما اذا كان البطلان نسبياً ، وهو ما يعبر عنه لدى الفقهاء بالبيع الفاسد فان الفقهاء يقررون ان لا شفعة فيما بيع بيعاً فاسداً الا اذا انقطع حق البائع عنه بان قبضه المشتري وتصرف فيه تصرفاً يمنع فسخ البيع ، كأن وهبه او بنى او غرس فيه^٢

ويعلمون ذلك بان مجرد زوال الملك غير كاف في ثبوت حق الشفعة ، ولا بد من انقطاع جميع حقوق المالك الاول عن البيع كما هي الحالة بالبيع بشرط اختيار للبائع .

١ جزء ٥ ص ١٢ ، وهذا قول ابي حنيفة ومحمد واحدي الروايتين عن ابي يوسف ، وروي عنه رواية اخرى ان هذا ليس بشرط والقول قول الشافعي ولا يحتاج الى اقامة البينة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى . ووجه هذه الرواية ان الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت ، وما ثبت يبقى الى ان يوجد المزيل ، ولان اليد دليل الملك ، فكان الملك ثابتاً للشفيع ظاهراً ، ويرد على هذا ان استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الغير ، واما يوسف رحمه الله نفسه لم يجعل القضاء باليد ، قضاء بالملك على الاطلاق حيث لم يوجب به الشفعة

٢ راجع المادة ١٠٢٦ من المجلة

٣ الادلة الاصلية الاصولية جزء ٢ ص ٢٦٩

وقد جاء في البدائع^١ : لا تجب الشفعة في المشتري شراء فاسداً لان للبائع حق النقص والرد الى ملكه رداً للفساد ، وفي ايجاب الشفعة تقرير الفساد حتى لو سقط حق الفسخ باسباب مسقطه لافسخ كالزيادة ، وزوال ملك المشتري ونحو ذلك ، كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة لان المانع قيام الفسخ وقد زال كما لو باع بشرط الخيار له ، ثم أسقط الخيار ، وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار فكذا هذا .

هذا ويجب ان يلاحظ ان العقد الفاسد في الشريعة الاسلامية ، هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه اي انه يكون صحيحاً باعتبار أصله ، لا خلل في ركنه ولا في محله فاسداً باعتبار بعض اوصافه الخارجة بان يكون المعقود عليه او بدله مجهولاً جهالة فاحشة ، او يكون العقد خالياً عن الفائدة او يكون مقروناً بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد ، والعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه شرعاً الا بقبضه برضا صاحبه

اما العقد الباطل فهو ما ليس مشروعاً لا اصلاً ولا وصفاً اي ما كان في ركنه او في محله خلل بان كان الايجاب والقبول صادرين من ليس اهلاً للعقد ، او كان المحل غير قابل لحكم العقد

وهو لا ينعقد اصلاً ، ولا يفيد الملك في الاعيان المالية ولو باقبض فاذا رجعنا لاراء فقهاء الشريعة الاسلامية ، باعتبار ان الشفعة مصدرها الشريعة فان الشفعة لا تجوز لا بالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً ، ولا بالعقد الباطل بطلاناً نسبياً .

وهناك من يقول بانه لا محل للرجوع لاراء الفقهاء بل يجب الرجوع الى

الاصول القانونية عند عدم النص من الشارع وبذلك يرى هذا البعض ان بطلان العقد اذا كان نسبياً فان الشفعة تكون جائزة ، ولا يحول احتمال بطلان العقد دون طلب الشفعة ، فان زال البطلان تأيدت الشفعة ، وان بطل العقد بطلت الشفعة ، قياساً على البيع مع حق الاسترداد للبائع ، الذي شرحناه بالفقرات المتقدمة

ويؤيد اصحاب هذا الراي قولهم بان العقد الفاسد لا يمنع انتقال الملكية وانما يكون العقد عرضة للبطلان ، والذي له الحق بالادلاء به هو صاحب المصلحة ، فالشفيع ان يطالب بالشفعة كما اذا اشترى من ناقص الاهلية ، وليس المشتري ان يدفع بفساد العقد وانما الذي له ان يدلي بالفساد فهو ناقص الاهلية فقط . اما نحن فنقول بعدم جواز الشفعة قياساً على ما قرره الفقهاء . لان الشفعة مأخوذة عن الشريعة الاسلامية .

١٥ - الشفيع الذي لم يسجل عقده : اذا كان عقد الشفيع عادياً لم يُسجل بالسجل العقاري فان اثره يكون نافذاً بينه وبين بائعه ، ولكنه لا يسري على الغير ، فالبيع المسجل بالسجل العقاري هو وحده الذي له اثر قانوني تجاه الجميع .

فاذا كان الشفيع قد اشترى بصك بسيط ، واراد ان يدعي بالشفعة باعتبار ان بائعه ملزم تجاهه بالتسجيل فقد تضاربت الاراء بجواز قبول دعواه الشفعة . فالبعض يقول بجواز صحة دعوى الشفعة اذا كان عقد الشفيع لم يتسجل بعد ، لان البيع قبل التسجيل ولو انه غير ناقل للملكية على التام الا انه بيع فيه مشتر وبائع وكل منهما ملزم امام صاحبه بواجبات وحقوق ، وانه اذا تسجل العقد بعدئذ تأيدت الشفعة ، واذا لم يتسجل سقطت الشفعة ،

وسقط معها ما ترتب عليها من اجراءات واحكام وان الحكم الذي يصدر في هذه الحالة يعتبر حكماً معلقاً على شرط ، وحكمه حكم العقد يزول او يتأيد بعدم تحقق الشرط او تحققه كالعقود الشرطية

ويؤيد اصحاب الرأي عجتهم هذه بان الهلاك بالبيع البسيط يكون على المشتري اذا كان قد استلم المبيع وان للتسجيل اثرأ رجعيأ في نقل الملكية، فيجوز للمشتري مالكا من تاريخ العقد ، وايس من تاريخ التسجيل^١ الا ان هناك رأياً ثانياً ، يقول بالعكس ، ويقرر ان الشارع اوجب التسجيل لانشاء الحقوق العينية العقارية او انتفالها او زوالها ونص على ان العقد غير المسجل ليس له من الاثر سوى الالتزام الشخصي بين البائع والمشتري .

وان عقد الشفيع غير المسجل والذي لا يستند في الملكية الى وضع اليد بمرور الزمن ، فان دعواه بالشفعة بالاستناد اليه غير مقبولة لان القانون اوجب على الشفيع ان يكون مالكا والملكية لا تنتقل الا بالتسجيل ، ولا يكون للعقد غير المسجل من الاثر سوى الموجب الشخصي

وعلى ذلك ، ليس للشفيع الذي لم يسجل عقده ، والذي يعتبر هنا صاحب حق شخصي او مالكا ، معلقة ملكيته على شرط الحكم له بها ، ان يطالب بالشفعة في عقار انتقلت ملكيته نهائياً لمشتريه بالتسجيل لان التسجيل وحده هو الذي ينقل الملكية الى المشتري الجديد ، وعقد هذا الاخير ، هو الواجب الاحترام بالنسبة لعقد الشفيع غير المسجل ، ويعتبر الشفيع هنا مقصراً بعدم تسجيل عقده ، قبل انتقال العقار الى الغير بصورة قانونية .

ويزيد اصحاب هذا الرأي قائلين : ان نظرية الأثر الرجعي للتسجيل التي تمسك بها اصحاب الرأي الاول ، غير متفق عليها وهي على كل الاحوال ، حتى بالنسبة لمن يقول بها ، لا تسري الا بين المتعاقدين ، ولا اثر لها بالنسبة للغير ومن وضع هذه النظرية في الاساس اراد حماية من يتعاقد مع المشتري الذي لم يسجل عقده ، ثم سجله بعد مدة اذ ليس له بهذه الحالة ان يطعن في العقد الذي اجراه للغير بانه حين اجراه لم يكن عقده مسجلاً

والذي نراه نحن ، ان الشفيع اذا اراد استعمال حقه بالشفعة يجب عليه ان يسارع اولا لتسجيل عقده ثم يطالب بالشفعة ضمن المدد القانونية ، والا ليس له المطالبة بالشفعة بناء على عقد مهدد بالزوال ، بين حين وآخر ، اذا وقع التصرف من البائع للغير ، وسجل هذا عقده قبل ان يسجل الشفيع شراؤه .

وما قلناه هنا يأتلف مع اقوال الفقهاء الذين يشترطون لصحة دعوى الشفيع ، ان يكون مالكاً للعقار ملكاً باتاً غير معلق على شرط ، ولا هو على خطر السقوط بين حين وآخر كما هي في حالة الهيع بصلك بسيط ، فزوال ملكية الشفيع ممكنة اذا تصرف البائع للغير وسجل المبيع في السجل العقاري فينحصر عندئذ حق الشفيع بالمطالبة بالاهل والضرر وينقطع حقه العملي عن العقار انقطاعاً ابدياً

١٦ - بيع العقار بالتقسيط : اذا بيع عقار بالتقسيط ، وشرط في العقد ان الملكية لا تنتقل بتاتاً حتى اداء آخر قسط ، وانه لا يجوز للمشتري

راجع زيادة بالتفصيل بهذا الموضوع الجزء الثاني من كتابنا شرح قانون الملكية العقارية والفقرة ٢٠ الآتية

التصرف بالعقار بطريقة الرهن او سواها قبل القيام بالواجبات المفروضة عليه بالعقد ، فانه في مثل هذه الحالة ، لا يجوز المشتري المطالبة بالشفعة لانه ليس مالكاً على التام ، واهم شرائط المطالبة بالشفعة زوال ملكية البائع وانتقالها الى المشتري بلا قيد ولا شرط .

١٧ -- البيع مع اشتراط عدم استعمال حق الشفعة : اذا باع شخص عقاراً للغير ، واشترط عليه ان لا يستعمل حق الشفعة فهل هذا الشرط جائز ؟ ان الشرط لاغ ، لانه ليس من مقتضيات العقد والبيع صحيح ، والمشتري وسواه استعمال حق الشفعة لانه لا يجوز من جهة اخرى اسقاط حق الشفعة مسبقاً كما سيجي .^١

١٨ - الاقالة وهل للشفيع الشفعة بعدها : ؟ الاقالة في ثبوت الشفعة في حكم البيع ، وللشفيع الشفعة لان العقار عاد الى البائع على حكم ملك مبتدئ الا ترى ان العقار دخل في ملك البائع بقبوله ورضاه فصار كالمشتري منه وعلى ذلك اذا باع احد عقاره من آخر ، وبعد ان سلم الشفيع الشفعة ، اقبل البيع ، فللشفيع اخذه بناء على هذه الاقالة التي هي في حق الشفيع في حكم العقد الجديد^٢

ويقول بعض المؤلفين المحدثين ان الاقالة لا تعتبر منزلة للعقد السابق ،

١ الشرط الذي يقتضيه العقد او يلائمه ويؤكد موجهه جائز معتبر ، فيصح اقتران العقد به ، والشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجهه ولا جرى به العرف وكان به نفع لاحد الماقدين او لآدمي غيرهما فهو فاسد ، والشرط الذي لا نفع فيه لاحد الماقدين او لآدمي غيرهما فهو لغو غير معتبر ، والعقد الذي يكون مفروضاً به صحيح

٢ حاشية ابن عابدين جزء ٥ ص ٣٠٨

ورافعة لاثاره القانونية ، لان البيع تم بايجاب وقبول وتوافرت اركانه وشروطه

وقد اجاب الفقهاء بان الاقالة عدول عن بيع سابق وهي بمثابة التصرف من المشتري في العقار المشفوع اي بيعاً منه المالك الاصيل^١

١٩ - هل للشفيع الشفعة اذا كان البيع تلجئة (صورياً) ؟ اذا باع رجل عقاره الى آخر ، ثم ثبت بوجه قانوني ان البيع ليس حقيقياً ، وانما صوري فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع الصحيح .

ولا يتجدد حق الشفيع بطالب الشفعة اذا سلم الشفعة وقت البيع ، ثم رد المشتري العقار الى بائعه على اثر العقد الصوري وهذا القول مؤيد بما ورد بالفتاوى الهندية^٢ فقد جاء فيها : اذا اشترى الرجل داراً او ارضاً فلم الشفيع الشفعة ثم ان البائع والمشتري تصادقا ان البيع كان تلجئة ، ورد المشتري الدار على البائع ، لا يتجدد للشفيع حق الشفعة لانه بعد تسليم الشفعة لم يبق للشفيع حق اصلاً ، فاقرارهما لا يتضمن بطلان حقه فتثبت التلجئة باقرارهما ، فكان الرد بسبب التلجئة ، فلا يتجدد به حق الشفيع .

٢٠ - هل تجوز الشفعة اذا كان العقد وعداً بالبيع : لا ريب ان الوعد بالبيع كالبيع تماماً ، اذا كان مصحوباً بالوعد بالشراء ، وعلى ذلك تجوز الشفعة .

اما اذا كان الوعد من جانب البائع وحده ، فلا يكون البيع قد تم ، لان القبول لم يحصل من جانب المشتري ولذلك لا تجوز الشفعة ، اما اذا تم العقد ورضي المشتري بالشراء بناء على وعد البائع ، فتجوز عندئذ الشفعة .

١ اما الشافعي رحمه الله تعالى ، فهو على خلاف رأي الاحناف ولا يرى الشفعة بعد الاقالة

والوعد بالشراء من جانب المشتري وحده حكمه حكم الوعد بالبيع من جانب البائع ، لا تجوز الشفعة فيه .

ويجب ملاحظة ان عقد البيع حين ينفذ ، باقتران الايجاب والقبول من الفريقين ، ليس له اثر رجعي ، فيعتبر البيع قد تم بتاريخ موافقة الايجاب للقبول لا بتاريخ الوعد .

٢١ - صك المشفوع منه بسيط : سبق ان بحثنا عن جواز مطالبة الشفيع بالشفعة او عدمه ، اذا كان صكه عادياً^١ والآن نبحث في هذه الفقرة عن جواز الاخذ بالشفعة ضد المشتري شراء بسيطاً ، بصك غير مسجل . ان هذه النقطة كانت موضع خلاف ايضاً بين القانونيين والمحاكم فالبعض اجاز الشفعة ولو كان صك المشفوع منه عادياً ، والبعض الآخر لم يجز ذلك وهاتين ندي بحجج الفريقين زيادة في التحقيق . قال اصحاب الرأي الاول « لاجل تفهم هذه النقطة تماماً يجب بحث المسألة لا من جهة طالب الشفعة فقط ، وانما من سائر الجهات والحقوق الاخرى التي تترتب على العقد .

فان القواعد القانونية العامة تقضي بالزام البائع بان يحترم تعهداته اذا باع عقاره ولم يسجل المشتري العقد ، فاذا عارض المشتري في الصفقة بناء على عدم تسجيل العقد لما قبل منه ذلك قانوناً لان التسجيل انما هو في مصلحة المشتري فله غنمه وعليه غرمه ، فاذا هلكت العين قبل التسجيل لما جاز له الرجوع على البائع لان عدم التسجيل آت من عمله هو ، والقاعدة الا يواخذ الانسان بعمل غيره ، وان تعليق الشفعة على حصول التسجيل او القول بتولده من يوم التسجيل فقط قول لا يمكن قبوله لان المشتري يظل زمناً مهدداً بالشفعة

إذا هو سجل ، وقد يطول امد هذا التهديد كثيراً فتضعف ثقة المشتري في مستقبل عقاره ، وتقل عنايته به وفي هذا من الضرر العام والخاص ما لا يخفى وان الشفيع من جهة اخرى ، انما يحل قانوناً محل المشتري في العقد في ماله وعليه فلا خطأ في هذا من الوجهة القانونية كما لا ضرر في الواقع على المشتري ، وانما الخطأ والضرر كل الضرر ان يسمح للمشتري بالتلاعب باحكام القانون وان يعطل فيه نصوصاً برمتها وهي النصوص الخاصة بالشفعة وان يضر الغير بجواره الذي قد يكون غير مرغوب فيه ، والذي قد حصل عليه بصورة غير شرعية وهذا مما يؤدي الى اقلق الراحة والاخلال بالطمأنينة العامة ثم ان قانون السجل العقاري لم ينص على بطلان العقد غير المسجل ولم يعتبه كأن لم يكن ، وان لا تسمع اي دعوى بشأنه بل قضى فقط بتعليق نقل الملكية فيه على شرط التسجيل فهو من ضمن العقود المعلق نقل الملكية فيها على شرط والجازة قانوناً .

وان القرار رقم ١٨٨ بمادته الحادية عشرة وان نهى على ان العقد غير المسجل لا يترتب عليه الا مجرد التزامات شخصية بين المتعاقدين الا انه لم يحدد مدى تلك الالتزامات ولا الطرف المتعاقد الذي تقع عليه ، والتسجيل انما شرع اصلاً لمصلحة المشتري فله ان يعمل او لا يعمل فاذا تعدد عدم القيام به اضراراً بالغير لما جاز له طبقاً للقواعد القانونية العامة التي لا تقر الاعمال المنطوية على سوء النية التي يقصد منها اضرار الغير

وان عدم قبول الشفعة له نتائج مغايرة لمقصد الشارع ، لما تسببه من احتمال تعطيل حق الشفعة في كثير من الاحوال ، كما لو احجم المشتري قصداً عن تسجيل العقد اضراراً بالشفيع ، وبذلك يبقى هذا تحت رحمة المشتري فان سجل عقده جازت الشفعة وان لم يسجل بطلت

وقال اصحاب الرأي الثاني « ان الشارع اراد ان يكون التسجيل ركناً اساسياً من اركان العقد ، فعقد البيع لا يتم الا بالاجاب والقبول بل لا بد لانعقاده من حصول التسجيل واذا لم يحصل التسجيل فيكون العقد بمثابة وعد ينقل الملكية او الحقوق العينية ، ولكن الملكية او الحقوق العينية لا تنشأ ولا تنقل ولا تنفي كما تقول المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ ، ولا يكون للعقد غير المسجل من الاثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين ومن بين هذه الالتزامات التزام المتعهد بعمل الاجراءات القانونية اللازمة لانعام العقد

ثم ان نقل الملكية هو جوهر عقد البيع والفرض الوحيد منه ، فان كان العقد غير ناقل للملكية فهو ليس بيعاً في الحقيقة رغم تسمية المتعاقدين له بهذا الاسم ، ولا يسميان بائعاً ولا مشترياً رغم انتحاليهما هاتين الصفتين بل هما متعاقدان على عقد خاص ليس له من الاثر الا الالتزامات الشخصية .

وانه لا ترد الحجة التي قررها اصحاب الرأي الاول من ان البائع قد فعل كل ما يلزم من جهته للتخلي عن ملكه وان المشتري قد يكون واتقاً منه فيمتنع عمداً عن التسجيل لمنع الشفعة والقانون لا يحمي الاعمال المنطوية على سوء النية . فان هذا الاعتراض مدفوع ايضاً بان القانون انما يحمي الشفيع بعد ان يتولد له حق الشفعة ، وهذا الحق لا يولد الا بانتقال الملكية ، وكل ما يمنع انتقالها يمنع تولده ولا يمكن القول بجرمان الشفيع من حق الشفعة قبل وجوده وليس له اذا رأى ان العقد غير ناقل للملكية ان يكره المتعاقدين على اتمام الاجراءات الناقلة لها ليتولد له حق الشفعة كما ليس له ان يدعي هذا الحق قبل اتمام تلك الاجراءات كما وانه لا محل للقول بان الشفعة ما شرعت الا لمنع الاجنبي من ان يكون شريكاً ، والمشتري ولو لم يسجل عقده

يكون في الواقع كذلك لان الشفعة لا تكون الا في الملك فاذا لم يأت الاجنبي بصفة مالك فلا شفعة ولذلك فان الاجار معها طالت مدته لا يعطيه الحق في الشفعة . والمشتري غير المسجل ليس مالكا وليس له حق عيني على العين بل له مجرد حقوق شخصية قبل البائع والشفعة هي حلول الشفع محل المشتري في الملكية لا في مجرد حقوق شخصية .

من مقارنة الرأيين ، والاطلاع على نص المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ ، يعلم ان الرأي الثاني هو الذي قصده الشارع فالشارع قد ادخل تعديلا هاما على التشريع القديم المتعلق بنقل الملكية والحقوق العينية ، وهذا التعديل من مقتضاه ان العقود لا يترتب عليها الغرض المقصود منها ما لم تكن مسجلة نعم ان القانون بالمادة ٢٦٧ من قانون الملكية جعل للعقود مفعولا قانونيا رتب عليها التسجيل ، وانما هذا المفعول لا يتم من تلقاء ذاته من دون الرجوع الى المحاكم بطلب هذا التسجيل واجبار البائع بالتزامه ، فلو كان العقد بذاته ناقلا للملكية لما كانت هناك من ضرورة للاتجاء الى القضاء لطلب التسجيل فالمادة العاشرة من القرار ١٨٨ قد نصت على وجوب اجراء التسجيل لجميع العقود الصادرة بين الاحياء بهوض او بغير عوض والتي من شأنها انشاء حق ملكية او حق عيني آخر او نقله او تغييره او تعديله او زواله ، وكذلك الاحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك يجب اجراء تسجيلها والمادة ١١ منه قررت ان لا مفعول حتى بين المتعاقدين للعقود العادية الا بعد التسجيل وانما اعطت الحق للمتعهد له (المشتري) بالرجوع الى القضاء للمطالبة بتنفيذ التعهد باعتباره التزاما شخصيا وبذلك تكون لصوص هاتين المادتين مقيدة للنصوص الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الاخرى بمجرد الايجاب والقبول بين المتعاقدين وقاضية بوجوب تسجيل كل العقود التي من

شأنها انشاء حق ملكية او حق عيني آخر .

ثم ان هنالك دليلاً آخر يرجع الرأي الثاني هو ان المادة ٢٤٨ من قانون الملكية قد منحت الشفيع مدة سنة للمطالبة بالشفعة ابتداء من تاريخ تسجيل عقد البيع للمشتري . فهي بهذه الصورة اعتبرت ان التسجيل هو اساس المطالبة بالشفعة لا مجرد العقد البسيط العادي الصرف

والخلاصة : ان الشفعة لا تترتب الا على البيع الصحيح ، وهذا لا يتم الا بالتسجيل الذي هو ركن من اركان العقد ، ونص المادتين ٣٩٣ و ٣٩٤ من قانون الموجبات صريح في ذلك

٢٢ - المواضعة لا تسري على الشفيع : اذا فرض ان المشتري اشترى عقاراً وتسجل على اسمه ، وانما اعطى ورقة عادية الى بائعه يعلن له فيها ان البيع حقيقته رهن ، فان هذه الورقة لا يكون لها تأثير الا بالنسبة للمتعاقدين ولورثتهم ، اما الاشخاص الآخرون الذين لم يكونوا مشتركين فيها فلا تسري عليهم ومن جملةهم الشفيع ، لانه يعتبر هنا من طبقة الغير بالنسبة للبائع والمشتري ، والعهدة للعقد الرسمي المسجل في السجلات الرسمية .

المادة ٢٤٣ - لا ينتقل حق الشفعة عند الوفاة من صاحبه الى ورثته .

ولا يمكن التنازل عنه الى شخص آخر مستقلاً عن الحق الاصيل الذي لا يكون حق الشفعة بالنسبة اليه لاحقاً تابعاً .

- | | | | |
|---|----------------------------------|---|--------------------------------|
| ١ | هل ينتقل حق الشفعة بالارث ؟ | ٥ | ميراث الشفعة عند الشافعي ومالك |
| ٢ | هل ان موت المشتري يؤثر على | ٥ | ميراثها عند الامام احمد |
| | حق الشفع ؟ تصرفات المشتري | ٦ | بقاء الشفعة رغم وفاة البائع |
| | قبل طلب الشفعة . | ٧ | عدم جواز التنازل من حق الشفعة |
| ٣ | عدم جواز بيع حق الشفعة استقلالاً | | مستقلاً لا بالبيع ولا بالهبة |

١ - حق الشفعة لا ينتقل بالارث : الفقرة الاولى من هذه المسألة نصت على عدم جواز انتقال حق الشفعة بالارث وهذا الرأي يتفق مع ما نقل عن الامام ابي حنيفة رحمه الله تعالى .

فقد جاء في المبسوط^١ : اذا مات الشفيع بعد البيع قبل ان يأخذ بالشفعة لم يكن لوارثه حق الاخذ بالشفعة عندنا^٢ وعند الشافعي له ذلك فان عنده كما تورث الاملاك فكذلك تورث الحقوق اللازمة ، ما يعتاض عنها بالمال وما لا يعتاض في ذلك سواء بطريق ان الوارث يقوم مقام المورث ، وان حاجة الوارث كحاجة المورث ، ونحن نقول^٣ مجرد الرأي والمشيشة لا يتصور فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه والثابت له بالشفعة مجرد المشيشة بين ان يأخذ او يترك ، ثم السبب الذي به كان يأخذ بالشفعة يزول بموته وهو ملكه ، وقيام السبب الى وقت الاخذ شرط لثبوت حق الاخذ له ، الا ترى انه لو ازال حق شفيعه باختياره بان باع ملكه قبل ان يأخذ البعض المشفوع لم يكن ان يأخذ بالشفعة فكذلك اذا زال بموته ، والثابت للوارث جوازاً او شركة حادثة بعد البيع فلا يستحق به الشفعة وهذا لان استحقاق الشفعة بسبب ينبنى على صفة الملكية ولهذا لا يثبت حق الاخذ

١ جز ١٤ ص ١١٦

٢ عند الاحناف

٣ أي الاحناف

بالشفعة للشفيع .

وقد اخذت المادة هذه بما كان منصوصاً عليه بالمادة ١٠٣٨ من المحلة - فقد قنات ان الشفيع لو مات قبل ان يكون مالِكاً المشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم لا ينتقل حق الشفعة الى ورثته ، ونص المادة ١٠٣٨ من المحلة اوضح من نص الفقرة الاولى من المادة ٢٤٣ من قانون الملكية لانها استثنت من عدم جواز انتقال حق الشفعة بالارث حالتين : الاولى ان يكون الشفيع قد استلم المشفوع رضاء من المشتري والثانية ان يكون قد حكم للشفيع بحق الشفعة قبل وفاته ففي هاتين الحالتين ينتقل حق الشفعة الى الورثة لان فكرة تنازل الشفيع عن حق شفيعته تنتفي بالتسليم ، وبحكم القاضي وعلى ذلك فان الشفعة تبطل بموت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالقضاء او الرضاء سواء كان موته قبل الطلب او بعده ، ولا ينتقل حقه فيه الى ورثته .

٢ - موت المشتري لا يؤثر على حق الشفيع : واذا مات المشتري والشفيع حي فله الشفعة ، لان المستحق باق ، وبموت المستحق عليه لم يتغير سبب الاستحقاق ولم يبيع في دينه ووصيته لان حق الشفيع مقدم على حقه فيكون مقدماً على حق من ثبت حقه من جهته ايضاً وهو الغريم والموصى له ، فان باع الدار القاضي او الوصي في دين الميت ، فللشفيع ان يبطل البيع ويأخذها بالشفعة كما لو باعها المشتري في حياته ولا يقال بيع القاضي حكم منه

١ جاء في البدائع جزء ٥ ص ٢٢ : اذا مات الشفيع بعد (الطلبين) اي طلب الموائبة والتقرير (والاشهاد) قبل الاخذ بالشفعة فتبطل شفيعته وهذا عندنا

٢ ان عدم تأثير موت المشتري على حق الشفيع ، وقع عليه الاجماع ووجهه ما ورد بالمتن بعبارة المبسوط

فكيف ينقضه الشفيع لأن القاضي انما باعها أما لجهلك بحق الشفيع أو بناء على انه ربما لا يطلب الشفعة فاذا طلبها كان بيعه باطلاً ، ولأن هذا منه قضاء بخلاف الاجماع فقد اجمعوا على ان للشفيع حق نقض تصرف المشتري وانما يبيعه القاضي في دين المشتري ووصيته بطريق النيابة عنه ، وكذلك لو اوصى فيه بوصية اخذها الشفيع وبطلت الوصية لانه لو تبرع بها في حياته بالهبة كان للشفيع ان يبطل ذلك كله فكذلك اذا تبرع بها بعد موته بالوصية . هذا ما ذكره في المبسوط (ص ١١٦ جزء ١٤) . ولا خلاف بان موت المشتري لا يؤثر على حق الشفيع والتعليل الوارد في المبسوط من جهة بطلان الوصية أو الهبة التي يجريها المشتري لان ذلك قد عمل اضراً بالشفيع والشريعة لا تجيز الضرر ، وقد اجاز الفقهاء للشفيع ان ينقض جميع تصرفات المشتري حتى لو وقف العقار المشفوخ او جعله مسجداً فله نقضه^١

٣ - بطلان بيع الشفعة استقلالاً : هذا ما ارادته الفقرة الثانية من المادة ٢٤٣ ، فقد نصت على عدم جواز بيع حق الشفعة استقلالاً ، وهذا النص يتفق مع اقوال ائمة الحنفية فان الحقوق المعنوية كافة كما انها لا تباع عندهم استقلالاً فكذلك لا تورث ومنها الشفعة^٢

٤ - جواز ميراث حق الشفعة عند الشافعي ومالك : ذكرنا ان نص المادة لا يجيز ميراث الشفعة ، وقلنا ان هذا المعروف بمذهب الامام ابي حنيفة ، اما مالك والشافعي رحمهما الله تعالى فقد ذهب كل منهما الى انها موروثه

١ المبسوط جزء ١٤ ص ١١٣

٢ الادلة الاصلية الاصولية جزء ٢ ص ٢٢٩

٣ بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢١٨

تقياساً على الاموال ، ويلزم منه انهما يعتبران الوارث مع المورث في حكم شخص واحد بالنسبة للمشتري الجديد

٥ - ميراث الشفعة عند الامام احمد : اذا مات الشفيع قبل طلب الشفعة فتسقط ولا تنتقل الى الورثة عنده . واما اذا طالب بالشفعة ثم مات فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة ووجهه ان الحق عنده يتقرر بالطلب

٦ - بقاء حق الشفعة رغم وفاة البائع : ذكرنا بالفقرة الثانية المتقدمة ان موت المشتري لا يؤثر على حق الشفيع ، ونذكر هنا ان موت البائع لا يؤثر ايضاً على حقه

٧ - لا يجوز التنازل عن حق الشفعة بطريقة البيع او الهبة : قلنا في الفقرة ٣ ان حق الشفعة لا يجوز التنازل عنه مستقلاً للغير ونقول الآن انه لا يجوز هبته مستقلاً كما لا يجوز للشفيع التنازل عنه للغير ليطالب به بدلاً عنه لانه حق شخصي خاص بشخص الشفيع فيما يتعلق بالمطالبة بالشفعة لذلك قيل بعدم جواز التوارث فيه كما قدمنا

المادة ٢٤٤ - لا يستعمل حق الشفعة الا تجاه من اكتسب عقاراً يبدل او على سبيل الهبة بشرط ، وفي هذه الحالة الاخيرة يكون حق الشفعة معرضاً لاسباب الالفاء او الفسخ او الابطال نفسها الجارية على الهبة

١ الادلة الاصلية الاصولية ج ٢٧٩

٢ الفتاوى الهندية جزء ٥ ص ١٩٨ ، نقلاً عن قاضيخان

١	هل تجب الشفعة بغير عنود	١٤	ترتيب الايراد ؟
	المعاوضة ؟	١٥	الوقف والشفعة .
٢	هل يشترط في المعاوضة ان تكون	١٥	هل تثبت الشفعة هنا ؟
	مبادلة مال بمال ؟ الصلح والشفعة	١٦	هل تجوز الشفعة من الوقف ؟
٣	ليس في الهبة شفعة .	١٧	خلاصة ما تقدم
٤	ماذا يجب على الشفيع دفعه في الهبة	١٨	هل يجوز للشفيع طلب الشفعة اذا
	بموض ؟		كان يملك العقار سابقاً ؟
٥	ما القول اذا وصف البيع بالهبة ؟	١٩	شروط الاخذ بالشفعة بالقانون
٦	هل للموهوب له حق الشفعة ؟		التوركي
٧	تصرف المشتري وهل يمنع من	٢٠	في القانون السويسري
	حق الشفعة ؟	٢١	في القانون الالماني
٨	الشفعة والميراث والوصية	٢٢	في القانون الاسباني
٩	القسمة والشفعة	٢٣	في القانون المراكشي
١٠	الشفعة والصلح	٢٤	في القانون الجزائري
١١	هل تجوز الشفعة اذا قدم العقار	٢٥	بمشرع القانون المصري الحديث
	وفاء لدين ؟	٢٦	القانون المصري الحالي
١٢	الشفعة والمقايضة المقاربة	٢٧	احكام الهبة بشرط وامثلة عليها
١٣	هل تجوز الشفعة في البيع لقاء		

١ - لا تجب الشفعة الا بعقد المعاوضة او ما هو في معناه : تكلمت هذه المادة عن شرائط وجوب الشفعة وهي انواع :

١ - عقد المعاوضة وهو البيع او ما هو في معناه فلا تجب الشفعة فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لان الاخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه بمثل ما يملك هو فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو اخذ الشفيع فاما ان ياخذ بالقيمة واما ان ياخذ مجاناً بلا عوض ، لا سبيل الى الاول لان المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل الى الثاني لان الحد

على التبرع ليس بمشروع فامتنع الاخذ اصلاً

وعلى ذلك فان الشفعة لا تثبت الا بعقد البيع البات الصحيح اي عقب حصول البيع ، والموهوب لا يستحق به الشفعة الا على قول ابن ابي ليلى فانه يقول يستحق بالشفعة اذا كان مما لا يقسم وياخذه الشفيع بقيمة نفسه ان لم يعرض الموهوب له الواهب وان عوضه فبقيمة العوض وكذلك اذا عوض الغير من هبته شقصاً من غير شرط

وحجة ابن ابي ليلى : ان ثبوت حق الشفعة انما كان لحاجة الشفيع الى دفع الضرر الحاصل بسوء مجاورة الجار الحادث وذلك لا يختلف باختلاف سبب الملك فتجب للشفيع الشفعة متى تجدد الملك للجار الحادث بأي سبب كان من هبة او صدقة او وصية الا الميراث فالملك لا يتجدد به وانما يبقى الوارث ما كان ثابتاً للمورث ثم يدفع الشفيع الضرر عن نفسه باخذ الشفعة على وجه لا يلحق الضرر بالمتملك ، فان كان المتملك دفع بتقابلته عوضاً فعليه قيمة العوض وان لم يدفع بتقابلته عوضاً فعليه قيمة ما ياخذ لان الضرر بذلك يندفع عنه . وقد اجيب على ذلك ان حق الشفعة انما يثبت للشفيع اذا تمكن من الاخذ بمثل السبب الذي به يملك المتملك فاما اذا عجز عن ذلك لا يثبت له حق الشفعة كالميراث وفي الهبة لا يقدر على ان ياخذ بمثل ذلك السبب لان الموهوب له يملكه بطريق التبرع ، وانما ياخذها الشفيع بطريق المعاوضة ، والشرع قدم الشفيع على المشتري في حكم السبب الذي باشره وذلك يتأتى في المعارضات ولا يتأتى في التبرع ، وان من اراد ان يهب ملكه من انسان فليس عليه ان يعرض بيعه اولاً على الشفيع ولا ان يهبه

منه فلم هذا لا يستحق الشفعة بسبب عقود التبرع الصرفة^١ والخلاصة لا تثبت الشفعة الا بعقد البيع وما في معناه من المعاوضات المالية ، فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع

٢ - يشترط في المعاوضة ان تكون مبادلة مال بمال : فاذا لم يكن البديل مالا معلوم المقدار فلا تصح الشفعة واما اذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري ، وعلى ذلك قال فقهاء الاحناف : لا شفعة في الدار التي يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او يستأجر بها داراً او غيرها او يصالح بها عن دم عمداً لان الشفعة عندهم انما تجب في مبادلة المال بالمال كما ذكرنا ، وهذه الاعواض ليست باموال ، فالحجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب الموضوع^٢ وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرأ فلا شفعة لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلاً بالبضعة بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ، ولو تزوجها على دار على ان ترد عليه ألفاً فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه

واذا صالح عن الدار بانكار لا شفعة فان صالح عليها باقوار وجبت الشفعة ، لانه اذا صالح عنها بانكار بقيت الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء.

١ المبسوط جزء ١٤ ص ١٤٠ ، بتصرف

٢ الهداية جزء ٢ ص ٣١٣

ليمينه ، وقطعاً لشغب خصمه كما اذا انكر صريحاً بخلاف ما اذا صالح عنها
 باقرار لانه معترف بالملك المدعي ، وانما استفادته بالصالح فكان مبادلة مالية
 اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع
 ذلك لانه اخذها عوضاً عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه
 ٣ - لا شفعة في الهبة : الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع ،
 انتها . ولا بد من القبض^١ فاذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد ، فتكون
 كل منها هبة مطلقاً .

وقد اتفق الاثثة الاربعة على ان من انتقل اليه الملك بشراء من شريك
 غير مقاسم تجب له الشفعة .

واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن مالك ان الشفعة
 انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصالح والمهر وارش الجنائيات
 وغير ذلك وبه قال الشافعي^٢ ما عدا الميراث فانه لا شفعة عند الجميع فيه باتفاق
 واما الحنفية ، فالشفعة عندهم ، كما ذكرنا بالفقرة الاولى في المبيع فقط
 واما المالكية فرأت ان كل ما انتقل بعوض^٣ فهو في معنى البيع واما

١ راجع زيادة في التفصيل فقرة ١٠ الآتية ، وما ورد في المتن عن الهداية
 وماخصاً من البسوط جز ١٤ ص ١٧٤ وما تقدم في الشريعة اما حكم القانون
 فسيرد في الفقرة الماثرة الآتية فراجعها

٢ لان الهبة لا تثبت الا بالقبض عند الاحناف ولذلك قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة
 المشروط فيها ثواب حتى يتفاض ، وخالفهم في ذلك الاثثة الآخرون وقالوا بان الهبة
 يملكها بعوض هو مال ، فلا تقتصر الى القبض لاستحقاق الشفعة كالبيع ، ولا عبرة
 للفظ الهبة ، فالعوض جعل الهبة بمثابة البيع

٣ وعنه رواية ثانية انها تجب لكل ملك انتقل بعوض او بغير عوض كالهبة
 بغير الثواب والصدقة

الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند ابي حنيفة ولا الشافعي ، اما ابو حنيفة فلأن الشفعة عنده في المبيع فقط ، واما الشافعي فلأن هبة الثواب عنده باطلة واما مالك فلا خلاف عنده وعند اصحابه في ان الشفعة فيها واجبة . (بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢١٤) .

والخلاصة ان ما عوضه المال ، كالبيع ، فهذا فيه الشفعة بلا خلاف وان ما عوضه غير المال كان يجعل الشقص مهراً او اجرة او عوضاً في الخلع او في الصلح عن دم العمد ، فعند الشافعي ومالك تجب فيه الشفعة ، وعند الحنابلة والحنفية لا تجب لان المستحق بالعقود المتقدمة ليس بمال

واما المنتقل بغير عوض كالهبة للثواب فلا شفعة فيها عند ابي حنيفة ، ولا الشافعي بخلاف مالك وابن ابي ليلى .
واما القانون فلا يرى الشفعة في الهبة بغير عوض

٤ - يلزم الشفيع بدفع الثمن الحقيقي بالهبة بعوض : قلنا ان الهبة بعوض جائزة ، وجاء نص المادة صريحاً في ذلك . ونقول الان ان الشفيع يلزم بدفع الثمن الحقيقي ، لا العوض المسمى في العقد ، لان فرق الثمن عن القيمة الحقيقية هو هبة من الواهب للموهوب له المشتري ، ولا يصح للشفيع ان يقوم مقام المشتري الموهوب له في الاستفادة من الهبة غير المقصودة لشخصه ، وهذا ما يؤيده نص المادة ٢٤٩ الآتية

٥ - وصف العقد وصفاً غير صحيح : يقع كثيراً ان يوصف عقد البيع بعقد الهبة منعاً للشفيع من الاستفادة من الشفعة ، فبهذه الحالة لا يلتفت الى ظاهر العقد وللشفيع ان يثبت حقيقته بطرق الاثبات كافة من بينات وقرائن . اما اذا كانت القرائن تثبت ثبوتاً كافياً ان العقد الموصوف بالهبة هو عقد حقيقي فالعبرة للظاهر بلاريب كما لو باع الاب لابنه بضمن نجس ،

فيعتد العقد هنا هبة ، ولا يستعمل حق الشفعة إلا أنه يجب الانتباه كثيراً ، فقد يحصل أن تقال القيمة في صك البيع ، بقصد خفض رسوم التسجيل فيجب الرجوع دائماً الى ظروف القضية ، وقرائن الاحوال ، بالتحقيق عن حالة الفريقين المالية وقيمة المبيع الحقيقية وغير ذلك .

٦ - الموهوب له حق الشفعة : اذا فرض ان الواهب وهب عقاراً الى شخص ، وبعد ان تسجل العقار على اسمه ، عاد الواهب فباع عقاراً ثانياً لآخر فهل ان الموهوب له حق استعمال الشفعة اذا وجدت شروطها ؟

لا نرى مانعاً من ذلك لان عقد الهبة هو من العقود المكسبة للملكية بصراحة المادة ٢٢٨ من قانون الملكية وكل مالك له الحق باستعمال حق الشفعة بمقتضى المادة ٢٣٨ من نفس القانون .

٧ - لا يمنع تصرف المشتري من طلب الشفعة : لو تصرف المشتري في العين المشتراة قبل اخذ الشئيع فجعلها مبيعاً ووقفه ، فللمشئيع ان ينتقض تصرف المشتري ويأخذ العين بالشفعة^١

٨ - لا شفعة فيما ملك بطريقة الميراث والوصية : لا تجري الشفعة كما قلنا في الفقرة الاولى من شرح هذه المادة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كملك احد عقاراً بجهة بلا شرط عوض او ميراث او بوصية^٢ لان الشفعة عند الجمهور انما شرعت في المعاوضات المالية بمثل العوض الذي يبذله المشتري ، والمملوك عندهم من غير عوض لا يمكن مقابله بالعوض

١ الفتاوى الهندية جزء ٥ ص ١٨١ ومادة ١٢٩ من مرشد الخيران

٢ مادة ١٠٢٣ من المجلة ، والجزء الثاني من شرح الادلة الاصلية الاصولية

لانه يدخل في ملك المالك الجديد من غير توقف على شيء . وقد اسهبنا في ما تقدم بنا لا يخرج عن هذا الموضوع

٩ - لا تجري الشفعة في تقسيم العقار : لا تجري الشفعة في تقسيم العقار مثلاً لو اقتسمت دار مشتركة بين المتشاركين فلا شفعة للشفيع فيها وتعليل ذلك قانوناً ان القسمة مقررة للملكية لا منشأة لها ، فكل واحد من الشركاء لا يستفيد بالقسمة ملكاً جديداً يحصل له بطريق المعاوضة وانما يجتمع له اجزاء ملكه المتفرقة في محل معين من اطراف الملك المشترك فكثيراً للفوائد المقصودة من الملك واتقاء عما يحدث بين الشركاء الشائمين من المنازعات^١

١٠ - هل في الصلح شفعة ؟ : ذكرنا بالفقرة الثانية ان الشريعة تجيز الشفعة بالقيود التي اوردناها تحت الفقرة المذكورة ، والان نقول ان نص المادة التي نقوم بشرحها لا يوجب الشفعة الا بالبيع لقاء بدل ، واما الصلح فلا شفعة فيه قانوناً لان عقد الصلح هو عقد خاص غير عقد البيع والشفعة لا تجوز الا في البيع ، ولانه من وجهة اخرى ليس ناقلاً للملكية بل مقررأ لها ، والمبلغ المدفوع صلحاً لا يمثل قيمة العقار

١١ - تقديم العقار وفاء لدين : لا شفعة في العقار الذي يقدمه المدين لدائنه وفاء لدينه لانه عقد خاص suis jeneris وهذا يتفق ايضاً مع حكم الشريعة الغراء^٢

١٢ - لا شفعة في مبادلة عقار بعقار : لا شفعة اذا حصلت مبادلة

١ المجلة مادة ١٠٢٧

٢ الادلة الاصلية الاصولية ، جز ٢ ص ٢٧٠ للمرحوم سعيد مراد الغزي

٣ الزيلعي جز ٥ ص ٢٦٠

عقار بعقار الا اذا كان هناك فرق وكان جسيماً ، اذ في هذه الحالة يعد الفرق الجسم بمثابة ثمن العقار والا لا تصح الشفعة .
ويجوز ان يقال ان الشفعة انما جازت في البيع فقط والمقايضة العقارية لا تعتبر بمثابة البيع

١٣ - لا شفعة في البيع مقابل الايراد : لا يجوز طلب الشفعة في البيع لقاء عقود العمري^١ لجهالة الثمن من جهة ، ولانه قد تمتد حياة المرتب له الايراد فيفوق ثمن العقار الحقيقي

١٤ - هل للوقف ان يأخذ بالشفعة ؟ : لم ينص القانون على شيء من ذلك ، ولما كانت الشفعة مصدرها الشريعة الاسلامية فان عقار الوقف فيها لا يشفع به باي سبب من اسباب الشفعة لانه يشترط ان يكون المشفوع به ملكاً عقارياً وعلى ذلك اذا بيع ملك عقاري لا يكون متولي عقار الوقف شفعياً^٢ لان الشفعة معللة بدفع ضرر المالك الجديد ، اما الاوقاف ليس لها مالك ومنها اوقاف الذرية .

قال الاستاذ محمد سعيد مراد الغزي في كتابه الادلة الاصلية الاصولية^٣ ان هذا القول ليس منصوصاً عن الشارع ولا عن اصحاب المذاهب المعروفة ، وانما هو تخريج من اتباع المذهب على قواعده العامة فيما يظنون^٤ . وارى انه تخريج غير صواب

اولاً - لان ازالة الضرر المعلوم به الشفعة ليست عن اشخاص الشفعة وانما هي عن منافعهم ومصالحهم^٥ الثابتة قبلاً في المشفوع به ، ومثل هذا الضرر

١ اي عقود الايراد المرتبة لدى الحياة *rente viagère*

٢ المادة ١٨٠١ من المجلة

٣ جزء ٢ ص ٢٦٥

يقع على عقار الوقف ، وقواعد التشريع العام في الشفعة قاضية بازالاته

ثانياً - لان كون الوقف لا مالك له . معناه انه ليس في حوزة متصرف معين يقدر ان يتصرف فيه كيف يشاء . ولا ريب ان الجهة الموقوف عليها في حكم المالك المعين بالنسبة للعقار الموقوف تنفرد بمنافعه ، ويدفع الضرر عنه من اجل صيانة تلك المنافع لها ، والمعروف في الشرع اثبات احكام استثنائية للوقف لحمايته كضمان منافعه بتجرد الاستيفاء لا حرمانه من الاحكام العامة كهذه ، والمجلة دونت المسألة على ما هو معروف في كتب الفروع ، وانها ليست صواباً في حد ذاتها وواجبة التعديل الى ما يوافق قواعد الشرع العامة . قلت بعد هذا القول لا يوجد ما يمنع الشفعة الوقف لان القانون لم يحرمه من ذلك ، وعدم النص يفيد الاباحة ، فتأمل .

واذا اخذنا بالمذهب المالكي نرى انه ينص على ان العقار المشترك بين الوقف ومالك آخر ، اذا باعه هذا الى الغير يجوز الواقف ان يطلب الشفعة من المشتري لمصلحة المستحق . (سيدي خليل ، ترجمة Perran جزء ٤ ، ص ٤٢٠)

١٥ - تجوز الشفعة في الوقف اذا بيع بمسوخ شرعي : اذا بيع الوقف بمسوخ شرعي ، كأن شرط الواقف استبداله فان الشفعة تثبت فيه . وكذلك اذا اجاز القانون استبداله ، اما اذا كان لا يجوز بيع الوقف بان كان مسجداً فلا يؤخذ بالشفعة لعدم صحة البيع^١

١٦ - لا تجري الشفعة في عقار الوقف : لانه يشترط ان يكون

١ المادة ٥١١ فقرة اولى من المشروع الجزائري للصقوق الاسلامية ، والمادة ٣٤٣ من القانون المدني الاسلامي للمذهب المالكي ، وضع ماسيونس
٢ مرشد الخيران ، الشرح ص ٩٦

المشروع فيه ملكاً عقارياً ، ولأن الوقف حبس عن ايدي المالكين المنافع العامة^١

وكما قلنا في الفقرتين السابقتين بما ان النص لم يرد على عدم جواز اخذ الشفعة من الوقف ، فلا مانع من القول بان القانون لا يمنع ذلك ، الا ان الشريعة تمنع الاخذ بالشفعة من الوقف لما تقدم .

١٧ - خلاصة ما تقدم : ان المادة ٢٤٤ نصت على ان حق الشفعة لا يستعمل الا تجاه من اشترى عقاراً ببدل ، فعقد البيع هو الذي يجيز الاخذ بالشفعة على شرط ان لا يكون فاسداً ولا باطلاً ولا معلقاً على شرط اما بقية العقود الاخرى كالرهن وبيع الوفاء . وحق الانتفاع وحق السكنى فلا تعطي الحق بالشفعة وكذلك الهبة اذا كانت بلا عوض اما الهبة بعوض فتجوز فيها الشفعة الا ان حق الشفعة يكون معرضاً للفسخ او الالغاء او الابطال تبعاً لعقد الهبة نفسه . ولا يقبل من الشفيع الاخذ بالشفعة على شرط عدم الالغاء او الابطال او الفسخ مطلقاً ، فالشفيع يجب عليه ان يستعمل الشفعة بالحالة التي تكون حصلت فيها الهبة ، وان يتحمل مضارها واطارها التي قد تنجم عنها ، وليس للشفيع ان يتدخل من ما قد يتعرض لعقد الهبة بتاتاً^٢

١٨ - يجوز طلب الشفعة من الشفيع ولو كان مالك العقار بالسابق : متى توفرت شروط الاخذ بالشفعة فلايس ما يمنع الشفيع من طلبها ولو كان سبق تملكه للعقار وباعه من الغير اذا كان هذا الغير قد باعه بدوره لمشتري

جديد

١ راجع المادة ١٠١٢ من المجلة

٢ راجع فقرة ٢٦ الآتية

- ١٩ - لا تكون الشفعة الا بالبيع : يقتضى احكام المادة ٦٥٩ من القانون المدني التوركي ، لا يستعمل حق الشفعة الا اذا كان هناك عقد بيع . اما الهبة فلا تكون سبباً لطلب حق الشفعة ، و كذلك في حالة قسمة العقار فان الشفعة غير جائزة^١ و كذلك لا شفعة في الاراضي الموقوفة لان الوقف لا يعتبر مالاً ، والمستحقون فيه بحسب القانون الحديث بحكم المستأجرين ، ولذلك فان الاحكام السارية سابقاً بعدم جواز شفعة الوقف لا تزال قائمة^٢
- ٢٠ - لا يكتسب حق الشفعة الا بعقد البيع : ان الشفعة المتولدة عن المقاوله في القانون السويسري لا تستعمل الا ضد من اكتسب العقار ببذل ، ولا تكسب بعقد الهبة ولا بعقد القسمة ، هذا ما يلاحظ صراحة من الاسباب الموجبة للقانون المدني السويسري بالصفحة ٧٥^٣
- ٢١ - يجب ان يكون العقد بيعاً في القانون الالماني : نصت المادة ٥٠٤ من القانون المدني الالماني ان استعمال حق الشفعة انما يكون في عقود البيع ، اما عقود المقايضة وعقود الهبة فلا تحول حق الشفعة بتاتاً^٤
- ٢٢ - لا يستعمل حق الشفعة الا في حالة البيع ايضاً : اوجب القانون الاسباني بالمادة ١٥٢٣ ان يكون العقد بيعاً لاستعمال حق الشفعة
- ٢٣ - الشفعة تجري بالعقارات المسجلة بالمباعة : نصت المادة ٢٥ من ظهير ٢ حزيران سنة ١٩١٥ ان الشفعة انما تتم في العقارات المملوكة بالمباعة للغير
- ٢٤ - لا تجري الشفعة الا بعقد البيع وبالهبة بشرط : بحسب

١ شرح القانون المدني التوركي ، مصطفى رشيد ، جز ٢ ص ٨٨ و ٩٠

٢ نفس المرجع المادة ٦٥٦ وشرحها فقرة ٩ وصفحة ٩١ من الجزء الرابع

٣ راجع ايضاً روسه ل رقم ١٢٧٦

٤ راجع ايضاً المادة ١٠٩٧ في حق الشفعة التعاقدية

احكام المادة ٥١٣ من مشروع القانون الاسلامي الموضوع للجزائر لا تجري
الشفعة الا لمصلحة من يكتسب عقاراً ببدل كالمشتري والموهوب له بشرط
٢٥ - لا شفعة الا بعقد البيع : بمراجعة المادة ١٣٨٢ من مشروع
القانون المدني المصري الحديث يتضح ان الشفعة لا تستعمل الا ضد من
اكتسب عقاراً بطريقة البيع فقط .

٢٦ - لا تجوز الشفعة الا في حالة البيع فقط : نصت المادة ٥ من
قانون الشفعة المصري ان الاخذ بالشفعة لا يصح من الموهوب له ، ولا ممن
تملك بغير المبايعه فلا تجوز في حالة المعاوضة .
وعلى ذلك لا تجوز الشفعة بسبب الهبة ، واذا كانت الهبة بعوض صح
الاخذ بالشفعة .

ولا تجوز الشفعة بسبب الميراث ولا الوصية ولا بسبب القسمة .
وقررت المادة الرابعة من قانون الشفعة ان لا شفعة للوقف ولم تنص المادة
على جواز اخذ الشفعة من الوقف

ويجيز فتحي زغلول باشا الاخذ بالشفعة من الوقف لسكوت النص
٢٧ - ما هي الهبة بشرط وكيف تكون ؟ : تصح الهبة بشرط
عوض ، ويعتبر الشرط مثلاً لو وهب احدٌ لآخر شيئاً بشرط ان يعطيه
كذا عوضاً ، او يؤدي دينه المعلوم المقدار تلزم الهبة اذا راعى الموهوب له
الشرط والا فللواهب الرجوع عن الهبة ، كذلك لو وهب احدٌ وسلم
عقاراً لآخر بشرط ان يقوم بنفقة الواهب الى وفاته ثم ندم فاراد الرجوع
عن الهبة واسترداد ذلك العقار فليس له ذلك ما دام الموهوب له راضياً بانفاقه

على وفق ذلك الشرط

والهبة على هذا الوجه بيع يثبت لها احكامه من ثبوت حق الشفيع في العقار المملوك بها ، وفي العوض المقابل له لو كان عقاراً ايضاً ، وفي احكام استحقاق احد العوضين كلا او بعضاً وغيرها باتفاق كلمة المذهب

اما العوض غير المشروط في العقد فهو جائز ايضاً فان اضيف للاول نصاً كهذا عوض عن هبتك ، وقبض امتنع الرجوع في العوضين ، وان لم يخف يكون الثاني هبة مستقلة وفي كلا الوجهين لا يثبت شرعاً للهبة حكم البيع (ماخذاً من الدر ، ورد المختار بتصرف) وتثبت الشفعة في العقار المملوك في مقابلة النفقة حسبما تدل عليه القواعد^١

ولمسألة التعويض في الهبة تفصيل واسع في المطولات وقد اشتمل هذا البيان على الاساس الذي يرجع اليه جميع فروع المسألة المتعلقة بالهبة بشرط ، فلو اقبض احدهما دون الآخر جاز تغير المقبض الزا . هبته نفسه ، وللمقبض عندئذ الرجوع بما اقبض برضا القابض او القضاء عليه •

وهذا معنى ما ورد بالمادة ٢٤٤ من انه بالهبة بشرط يكون حق الشفعة • مرضاً لاسباب الالفاء او الفسخ او الابطال نفسها الجارية على الهبة

المادة ٢٤٥ — حق الشفعة لا يتجزأ ، فلا يمكن والحالة هذه استعماله على قسم دون سواء من حصة مشتركة او من ارض متنازل عنها .

واذا تعدد المشفوع عليه
ما الحكم لو كان الشفيع شفيعاً
بأحد العقارين الباعين

حق الشفعة لا يتجزأ .
ما الحكم اذا تعدد الشفعاء ؟
واذا تعدد البائع ؟
واذا تعدد المشتري

١ — عدم تجزئة حق الشفعة : ومعنى ذلك ان الشفيع لا يباح له ان يأخذ القسم الذي يراه ضرورياً له ومتفقاً مع مصلحته من العقار المشفوع بان يترك الباقي ، بل يجب عليه ان يشفع بالعقار جميعه والا سقط حقه . وعلى هذا اذا كان الدار شفيعان فسلم احدهما لم يكن للآخر الا ان يأخذ كلها او يدعها لان مزاحمة المسلم قد زالت فكأنه لم يكن الشفيع في حقه الا واحداً ، وليس للشفيع ان يأخذ البعض دون البعض لما في الاخذ من تفريق الصفقة والاضرار بالمشتري في تبعيض الملك عليه ، والشفيع بالاخذ يدفع الضرر عن نفسه فلا يتمكن من الاخذ على وجه يكون فيه الحاق الضرر بغيره ، ثم حق كل واحد من الشفيعين ثابت في جميع المبيع لتكامل العلة في حق كل واحد منهما الا انها اذا طلبا قضي القاضي لكل واحد منهما بالنصف للمزاحمة ، فاذا سلم احدهما قبل القضاء بقي حق الآخر في الكل^١ واذا كان البائع اثنين في صفقة واحدة ، والمشتري واحداً لم يكن للشفيع ان يأخذ بعضها دون بعض^٢

١ المبسوط جزء ١٤ ص ١٠٤ وراجع المادة ١٠٤١ من المجلة

٢ خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى فقد اجاز للشفيع ان يشفع على احد البائعين

وان كان البائع واحداً والمشتري اثنين فله ان يأخذ حصة احدهما دون الآخر لانه يأخذ مالك المشتري بالشفعة فان كان المشتري واحداً لو تمكن من اخذ البعض تضرر به المشتري من حيث انه يتبعض عليه الملك ، واذا كان المشتري اثنين فانما ملك كل واحد منهما النصف وايس في اخذ الشفيع نصيب احدهما اضراراً بالآخر . يوضح ما تقدم ان اخذ الشفيع لدفع ضرر الشريك الحادث وبأخذ البعض عند اتحاد المشتري لا يندفع ضرر مجاورة الشريك ، فعرفنا انه لم يقصد الا الاضرار به وان كان المشتري اثنين فقد يكون احدهما مما ينتفع بجواره والآخر ممن يتضرر بجواره فهو يقصد رفع ضرر شريك السوء بأخذ نصيب احدهما^١ واما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فاكثر ، فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما دون الثاني فله ذلك^٢

٢ - ما حكم لو كان الشفيع شفيعاً باحد العقارين المباعين ؟ : اذا باع شخص عقارين صفقة واحدة وكان الشفيع شفيعاً لاحدهما فليس للشفيع ان يأخذ الا العقار الذي له فيه حق الشفعة^٣ .

٣ - ملاحظات على هذه المادة : كان يجب على الواضع ان لا يغفل عن ذكر حالة تعدد البائع والمشتري والمشفوع عليه وان يذكر حكم كل منهم

(بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢١٦ ووافقه على ذلك الامام احمد رحمه الله تعالى . المغني ص ٥٣٠ جزء ٥)

١ المبسوط جزء ١٤ ص ١٠٤ وهذا هو رأي احمد والشافعي ومالك رحمهم الله تعالى (المغني جزء ٥ ص ٥٣٠)

٢ هذا رأي ابي حنيفة واصحابه والشافعي رحمهم الله وبه قال اشهب واما ابن القاسم (المذهب المالكي) فقد قال ! ان يأخذ الكل او يدع

٣ البدائع جزء ٥ ص ٢٥ وروى الحسن عن ابي حنيفة ان للشفيع ان يأخذ الكل عن ذلك كله بالشفعة .

على حدة لما في ذلك من الأهمية .

أما مشروع القانون الإسلامي للجزائر فلم يغفل عن هذه الأمور ونصت المادة ٥١٤ عن جميع هذه الحالات فقالت ان حق الشفعة لا يتجزأ ، وعلى ذلك اذا بيع نصيب غير قابل للقسمة ، فان حق الشفعة لا يستعمل على جزء منه .

وكذلك الامر اذا حصل البيع الى مشترين متعددين فان حق الشفعة يجب ان يستعمل ضد الجميع ، ولا يجوز استعماله ضد احدهم او بعضهم فقط . وكذلك في حالة بيع انصبة غير قابلة للقسمة من بائعين مختلفين الى مشتر او عدة مشترين ، بصفقة واحدة او عدة صفقات ، فان حق الشفعة يجب ممارسته للجميع وليس لاحد او بعض الانصبة المباعة .

ولا يكون الحكم بخلاف ما تقدم الا برضا جميع ذوي العلاقة او في حالة البيوع بصفقات متفرقة ب عقود مختلفة . فانظر الى هذا النص الذي حوى جميع ما يخطر على البال من حالات عدم تجزئة حق الشفعة . وكان أخرى بالشارع هنا ان تكون مادته شاملة لجميع القيود الواردة بالمادة ٥١٤ من المشروع الإسلامي الجزائري .

فالفقرة الاولى من هذه المادة : مأخوذة من المادة ١٠٤١ من المجلة التي نصت على عدم تجزئة حق الشفعة

والفقرة الثانية : مأخوذة عن ابن حزم احدى المذاهب المالكية اما مالك فيرى العكس كما ورد بالفقرات السابقة

والفقرة الثالثة : مقتبسة من سيدي خليل وابن القاسم

والفقرة الرابعة : منقولة عن سيدي خليل ، ويؤيدها بقية الأئمة والجزء الثاني من هذه الفقرة مأخوذة عن ابن حزم .

المادة ٢٤٦ - اذا كلف وكيل ببيع عقار له عليه حق

الشفعة فيسقط هذا الوكيل من حقه هذا

١ هل يسقط حق الشفيع بالشفعة اذا	٦ هل تسقط الشفعة قبل البيع ؟
٢ باع الدار بالوكالة ؟	٧ هل يجوز بيع حق الشفعة شرعاً ؟
٣ ما الحكم لو اشتراها بالوكالة ؟	٨ القانون الجزائي والتنازل
٣ هل تسقط الشفعة اذا ضمن الشفيع	٩ المجلة والتنازل
الضمن للمشتري ؟	١٠ هل يجوز التنازل عن الشفعة بعد طلبها ؟
٤ واذا ضمن الاستحقاق	
• التنازل الصريح	

١ - بيع الشفيع الدار المشفوع فيها بالوكالة : لا يخفى ان من شرائط الشفعة عدم الرضا من الشفيع بالبيع وحكمه ، فان رضي بالبيع او بحكمه فلا شفعة له لان حق الشفعة انما يثبت للشفيع دفعاً لضرر المشتري ، فاذا رضي بالشراء او بحكمه فقد رضي بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة . والرضى قد يكون صريحاً وقد يكون دلالةً اما الصريح فلا يشكل ، واما الدلالة فنحو ان يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها بان وكاله صاحب الدار يبيعها فباعها فلا شفعة له لان بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه وهو الملك المشتري

وقد جاء بالفقرة الاخيرة من المادة ١٠٢٤ من المجلة : اذا كان وكيلًا

للبنائع فليس له حق الشفعة في العقار الذي باعه بوكالته .

٢ - شراء الشفيع الدار المشفوع فيها بالوكالة : اذا كان الشفيع وكيلاً بشراء الدار المشفوع فيها فاشترى لموكله فللشفيع الشفعة ، لان الشراء تغيره لا يكون فوق الشراء لنفسه والشراء لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة ، حتي لو اشترى الدار المشفوع فيها ثم حضر شفيع آخر كان له ان يأخذ النصف بالشفعة ، فالشراء تغيره لا يمنع وجوب الشفعة له^١

٣ - ضمان الشفيع الثمن للمشتري : اذا باع المالك عقاره على ان يضمن له الشفيع الثمن من المشتري فضمن وهو حاضر حتي جاز البيع ، لا شفعة للشفيع لان ضمان الثمن من المشتري دلالة ارضا بالشراء وحكمه ، لان قام العقد وابعاده يتعلق به فكان دليل الرضا^٢

٤ - ضمان الشفيع استحقاق العقار : اذا اشترى المشتري الدار على ان يضمن الشفيع الاستحقاق عن البنائع فضمن وهو حاضر حتي جاز البيع لا شفعة للشفيع ، لانه لما ضمن الاستحقاق فقد صار راضيا بالعقد وحكمه ، وهو الملك للمشتري فلم تجب الشفعة^٣ .

والخلاصة ان هذه المادة بحثت عن سقوط حق الشفعة بطريق الدلالة وهو ما يعبر عنه اليوم بالتنازل الضمني وهو كل عمل يصدر من الشفيع ، ويدل على رضاه بالبيع ، وتنازله عن حقه للمشتري كترك المطالبة بالشفعة بنفي المهل القانونية .

٥ - التنازل الصريح : قلنا في الفقرة الاولى من شرح هذه المادة ان

١ نفس المرجع ص ١٥

٢ ص ١٦

٣ مجمع الاخر وشرح المادة ١٠٠ من المجلة لسليم باز ص ٦٣ طبعة ثالثة .

رضا. الشفيع بالبيع قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة . وقد منّا بالفقرات السابقة التفصيل عن الرضا. دلالة . اما الصريح فنتناوله هنا وهو ما يكون بصريح اللفظ كقول الشفيع ابطأت شفعتي او اسقطتها او سلكتك الشفعة وما الى ذلك من الالفاظ .

٦ - لا تسقط الشفعة الا بعد البيع : ان التسليم يجب ان يحصل بعد البيع ، اما التسليم قبل البيع فلا يسقط الشفعة ، لان ثبوت الشفعة يكون بعد وجود البيع والشفعة قبل البيع معدومة فالتسليم ليس بصحيح .

٧ - بطلان بيع حق الشفعة : لو باع الشفيع حق شفيعته للمشتري بكذا درهم واخذه المشتري تسقط الشفعة بلا بدل لان بيع الشفعة باطل ، ولان حق الشفعة لا يحتمل التملك فيقع الاسقاط مجازاً . واما في القانون فقد منعت المادة ٢٤٣ التنازل عن حق الشفعة مستقلاً .

٨ - التنازل عن حق الشفعة بالقانون الجزائري : ورد بالمادة ٥٠٩ من مشروع قانون الجزائر ، ان حق الشفعة انما يعود اكل شريك ، سنده اسبق تاريخاً اسند المشتري للحصة المشاعة ، والذي لم يتنازل عنه لا صراحة ولا ضمناً .

١ - سيدي خايل وابن حزم

٢ - ملتقى الابحر ، وقال في مجمع الاخير ذلك بان البيع تملك مال بمال ، وحق الشفيع لا يحتمل التملك ، فكان عبارة عن الاسقاط مجازاً ، فتسقط الشفعة ولا يلزم المال . وجاء في الانقروي نقلاً عن النهاية : ان الشفعة تبطل ولا يجب المال اذا صالح على ان يترك شفيعته بمال يأخذه من المشتري . وقال في التنوير لو اخذ المال فعليه رده . وقال مالك : ان صالحه عنها بموض يصح ، لانه عوض عن ازالة ملك ، فجاز اخذ الموض عنه (راجع المبسوط جز ١ ص ١٠٨)

٣ - يسقط حق الشفيع اذا صدرت منه اعمال تدل على تنازله (محمد بشير التواتي ص ١٧٠)

اما التنازل فلا مفعول له الا اذا حصل بعد بيع الحصة المشاعة .

٩ - حكم التنازل بالمجلة : ورد بالمادة ١٠٢٤ من المجلة يشترط ان لا يكون للشفيع رضى صراحة او دلالة بعقد البيع الواقع ، فاذا سمح بعقد البيع وقال هو مناسب سقط حق شفيعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك ، وكذا اذا طلب بعد سماعه بالبيع شراء العقار المشفوع او استتجاره من المشتري سقط حق شفيعته ، وكذلك اذا كان وكيلاً للبائع فليس له حق الشفعة في العقار الذي باعه بوكالته .

١٠ - جواز التنازل عن حق الشفعة بعد طلبه : اجمع الفقهاء على ان الشفيع اذا تقدم بطلب الشفعة ، وقبل ان يحكم له بها ، تنازل عن طلبه ، فان تنازله يقبل منه وللشفعاء الآخر ان يأخذوا العقار المبيع ان طلبوا الشفعة بشروطها . وان اسقط حقه بعد الحكم له فلا يسقط ، ولا يكون لاحد حق فيه

وعلة ذلك انه بعد الحكم للشفيع بالشفعة ، يصبح مالكا لها منفرداً فاذا لم يرض المشتري برجوع الشفيع عن شفيعته ، فلا يملك الشفيع التنازل عنها وحده

المادة ٢٤٧ : للمشتري بعد تسجيل مشتراه ان يُعطي علماً بالتسجيل الى كل من له حق بالشفعة ، واذا لم يطالب صاحب حق الشفعة بحقه أثناء الثلاثة ايام التي تلي التبليغ بعد اضافة مهلة المسافة اليها يسقط من حقه

المادة ٢٤٨ : واذا لم يجر المشتري التبليغ فحق الشفعة يصبح لاغياً بمرور شهرين ابتداء من تاريخ العقد اذا كان العقد قد حرر بحضور الشركاء في العقار ، ويصبح لاغياً في جميع الاحوال بعد مضي مدة سنة ابتداء من تاريخ تسجيل البيع اذا لم يكن قد حضر هذا البيع الشركاء في العقار

١	واجبات المشتري	مهلة المسافة محصورة بالمادة ٢٤٧ فقط
	قيود المادة ٢٤٧	الوكيل بالادارة
	واجبات الشفيع	استئناف احد الشفعاء لا يستفيد منه الاخرون
٢	محتويات بيان المشتري للشفيع	دائن الشفيع وهل يجوز له المطالبة بالشفعة ؟
٣	عدم صحة بيان المشتري	طلب الشفعة بالشريعة الفراء
٤	الشفيع الذي حضر العقد ومدة مطالبته بالشفعة والذي لم يحضر	طلب الشفعة في القانون التوركي
٥	قيود المادة ٢٤٨ من قانون الملكية	طلب الشفعة بالقانون السويسري
٦	مدة رفع الدعوى من الشفيع	بالقانون الجزائري الاسلامي
	اقامة الدعوى بمحكمة غير صالحة	بالقانون المراكشي
	ابطال استدعاء الدعوى	بالقانون الاسباني
	مهل الشفعة ليست مدد مرور زمن	بالقانون الالماني
	ايقاف دعوى الشفعة	بالقانون المصري
	من يرفع دعوى الشفعة ؟	
	نصب القاضي وصياً لاخذ الشفعة	

١ اجراءات الشفعة : (واجبات المشتري) : على المشتري بعد تسجيل مشتراه ان يعطي علماً بالتسجيل الى كل من له حق بالشفعة . واذا لم يطالب الشفيع بحقه اثناء الثلاثة ايام التي تلي التبليغ ، بعد اضافة مهلة المسافة اليها يسقط من حقه ، هذا ما قرره المادة ٢٤٧ من قانون الملكية

ومن صراحة هذه المادة يتبين :

١ - ان المشتري وحده هو المكلف دون البائع بإبلاغ الشفيع بمشترائه لانه بعد التسجيل ، اصبح مالكا للعقار المباع

٢ - ان ابلاغ الشفيع ، لا يكون الا بالكتابة ، ولا يجوز اقامه بواسطة شهود وانما القانون لم يعين طريقة خاصة للتبليغ الكتابي . ولا يجوز اقامه بكتاب مضمون ، ضد سند ايصال على ان يحفظ المشتري صورته ، ليكون حجة على الشفيع عند انكاره . وانما يجب اقامه بعرفه كاتب العدل على الاصول المتبعة في قانونه . كما انه لا يجوز اجراء التبليغ بطريقة التافراف

٣ - على الشفيع ان يطالب بالشفعة قضاء بمهلة ثلاثة ايام ، التي تلي التبليغ ، ومعنى ذلك ان يوم التبليغ لا يدخل بحساب المهلة . اما اليوم الاخير فيحسب

٤ - تضاف الى المدة مهلة المسافة القانونية الواردة باصول المحاكمات

٥ - ان مدة الثلاثة ايام ليست مدة مرور زمن بل مدة سقوط Déchéance وهي تسري على القاصرين والمجور عليهم

٦ - اذا لم يطالب الشفيع بالاخذ بالشفعة بالمهلة المعينة بالمادة ٢٤٧ يعتبر متنازلا ضمنا عن حقه بالشفعة

٧ - لا مهلة للعلم المجرد ، فاذا علم الشفيع بالبيع بغير طريقة التبليغ ومضى على علمه ثلاثة ايام فلا يسقط حقه

٨ - اذا وقع آخر يوم عطلة رسمية ، امتدت الى اليوم التالي

٢ - محتويات بيان المشتري للشفيع : يجب ان يحتوي البيان الذي

يرسله المشتري للشفيع بانعام التسجيل لمصلحته على الامور الاتية :

١ - العقار الذي اشتراه ، والنصيب الذي ابتاعه ، ورقم العقار اخذاً عن

قيود المساحة

٢ - الثمن ، وشروط البيع ، واسم ولقب وصنعة ومحل اقامة كل من

البائع والمشتري ، ليتمكن الشفيع من الادعاء عليهما بلاتأخير

والثمن الواجب ذكره في البيان ، هو الثمن الحقيقي ، المثبت بالعقد .

فاذا كان الثمن المذكور غير الثمن الحقيقي ، فلا شفيع ان يطعن فيه ويثبت

بجميع الطرق القانونية قدره الحقيقي . ولكن يجب على الشفيع ان يقيم

الدعوى في مهلة الثلاثة ايام من ثاني يوم التبليغ^١

٣ - عدم صحة بيان المشتري : اذا كانت البيانات الواردة بالعقد

تخالف ما ذكر بالاخطار كان التبليغ لاغياً ، ولا يترتب عليه سريان مهلة

الثلاثة ايام المسقطه لحق الشفيع للاسباب الاتية :

١ - من المسلم به شرعاً ان الشفيع لو سلم الشفعة لبعض الوجوه ثم

تبين خلافها تبقى الشفعة على حالتها لان التسليم لم يكن على الوجه الذي

يستحق فيه الشفيع يعني لا يكون الشفيع قد سلم الشفعة التي يستحقها

٢ - لو سلم الشفيع الشفعة بناء على اخباره ، ان المشتري فلان وثبت

ان المشتري شخص آخر مع المشتري المذكور تكون الشفعة للشفيع في حصة

ذلك الاخر ، لان تسليم الشفعة في حق هذا غير موجود^٢

٣ - لو اشترى رجل داراً وقال للشفيع اشتريتها لنفسي فسلم الشفيع

١ راجع الفقرة الاتية بند •

٢ ابو السعود ، ومجمع الاخر

الشفعة ثم ظهر انه اشتراها لغيره فلا تبطل الشفعة وعليه الفتوى

١ - لو سلم الشفيع الشفعة بناء على اخباره ان ما بيع هو نصف العقار فقط ثم بعد ذلك فهم انه قد بيع كل العقار فتثبت الشفعة للشفيع في كل المبيع ولا يعكس

٥ - ولو اخبر الشفيع ان الدار بيعت بالف فسلم ، ثم تبين انها بيعت بخمسية ، فله الشفعة ، لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته

والحاصل : ليرتب سقوط حق الشفيع بعدم المطالبة في مدة الثلاثة ايام الواردة بالمادة ٢٤٧ من قانون الملكية ، لا يكفي ان يكون قد صار ابلاغه حصول التسجيل بل يلزم ايضاً ان يكون قد عرف المشتري والثمن وشروط البيع والا استفاد من احكام المادة ٢٤٨ من قانون الملكية يجعل مدة مطالبته بالشفعة شهرين اذا كان حاضراً العقد او سنة اذا كان غيباً حاضراً ، ولم يخطر من قبل المشتري

٢ - مهلة الشفيع الذي حضر العقد المطالبة بالشفعة : اذا لم يجر المشتري التبليغ او اجراه بصورة مخالفة للواقع فيحق الشفعة يصبح لاغياً بمرور شهرين ابتداء من تاريخ العقد اذا كان العقد قد حرر بحضور الشركاء في العقار . ويصبح لاغياً في جميع الاحوال بعد مضي سنة ابتداء من تاريخ تسجيل البيع اذا لم يكن قد حضر هذا البيع الشركاء في العقار كما هو ظاهر من المادة ٢٤٨ من قانون الملكية

٥ - قيود المادة ٢٤٨ من قانون الملكية : اهم ما تجب ملاحظته لفهم

المادة ٢٤٨ من قانون الملكية ما يلي :

١ - لا حق للشفيع ببعاد المسافة خلافاً للعادة ٢٤٧ بالنظر لتقصير المهلة المعينة بالمادة الاخيرة ولعدم النص في الثانية عليها صراحة

٢ - ان المهلة الواردة بالمادة ٢٤٨ ، هي مدة سقوط Déchéance تسري على فاقدى الاهلية والعائنين

٣ - لا يحسب آخر يوم اذا كان عطلة رسمية ، واذا كانت العطلة اكثر من يوم فيعتبر اليوم التالي لانتهائها هو اليوم الاخير (١٠٥ من قانون الموجبات)

٤ - ان حضور الشركاء وقت العقد ، هو فعل مادي ، يجوز اثباته ، بطرق الاثبات كافة المقررة بالقانون بما فيها البيئة

٥ - ان العلم بالبيع من دون ان يجري التبليغ الى الشفعاء من قبل المشتري لا يسقط حقهم بعدم استعمال الشفعة بالمهلة المقررة بالمادة ٢٤٧ من قانون الملكية

٦ - رفع الدعوى من الشفيع : ترفع الدعوى باثناء الثلاثة ايام التي تلي التبليغ ، بعد اضافة مهلة المسافة اذا ابلغ المشتري الشفعاء حصول التسجيل لمصلحته ، والا بعد مرور شهرين ابتداء من تاريخ العقد اذا كان حرر بحضور الشركاء في العقار ، وبعد مضي سنة ابتداء من تاريخ التسجيل اذا لم يحصل التبليغ للشفعاء او اذا لم يكونوا حاضري العقد

ويجب ان تلاحظ الامور الاتية :

١ - ان المدة تقطع اذا رُفعت الدعوى امام محكمة غير صالحة ، لان الدعوى قاطعة لمدة مرور الزمن طالما انها لم تسقط بالترك اذ من المتفق عليه اجتهاداً

ان الدعوى قاطعة لمرور الزمن ولورفعت امام محكمة غير صالحة لرؤيتها
 ٢ - اذا قضي بإبطال الاستحضار ، لعدم حضور المدعي سقطت الشفعة ،
 اذا مرت المهل المنصوص عليها بالمادتين ٢٤٧ و ٢٤٨ من قانون الملكية
 ٣ - المشتري ان يطلب رد الدعوى بمجرد مرور مدة الشهرين او السنة
 على التسجيل ، لان القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بخفي المدد
 المذكورة

٤ - ان سقوط الحق يكون بالنسبة للشفعاء كافة ، حتى الغائب ،
 وفاقدا الاهلية لان المدة هي مدة سقوط Déchéance اي مدة اجرائات وليست
 مدة مرور زمن ، وان اخطأت المادة ٢٤٨ بالنص الفرنسي فاستعملت افظة
 Prescription بدلا من Déchéance التي استعملت على صواب في المادة
 ٢٤٧ التي سبقتمها

٥ - ان سريان المدة المنصوص عليها بالمادتين ٢٤٧ و ٢٤٨ يقف اذا
 كانت هناك موانع قانونية كحصول خلاف جدي على الملكية بين المشتري
 والغير الذي يدعي استحقاق العقار . بمعنى ان موضوع الشفعة اذا كان متنازعا
 فيه فان استعمال حق الشفعة يبقى معلقا اثناء رؤية الدعوى

٦ - ترفع الدعوى باسم الشفيع او وكيله المأذون له باقامة دعوى
 الشفعة وبالنسبة للقاصر من قبل واليه أو وصيه بالمل القانونية والاسقط
 حقه ولا ينتظر أو ان بلوغ القاصر اذا سلم ولي الصغير او وصيه شفعة

١ ان القضاء في فرانسة قد اختلف في هذه المسألة ففرق البعض بين مدد مرور
 الزمن وبين مدد الاسقاط ، فجعل الاولى تابعة للايقاف والقطع واستثنى الثانية . راجع
 شرح القانون المدني لدالوز ، مادة ٢٢٦٦ فقرة ١٢ - ١٥ . وراجع الملحق

٢ جاء في المادة ١٠٣٥ من المجلة يطلب حق شفعة المحجورين وليهم وان لم يطلب
 الولي حق شفعة الصغير لا تبقى له صلاحية طلب حق الشفعة بعد البلوغ

- الصغير كان التسليم صحيحاً حتى لا يبقى له بعد البلوغ حق في طلب الشفعة
- ٧ - لولي الصبي أو وصيه ان يأخذ له بالشفعة بشرط ان لا يكون فيها غبن فاحش فان لم يكن للصبي ولي ولا وصي ينصب له القاضي قياً ليأخذ له الشفعة ولا يجوز للقاصر ان يقيم دعوى الشفعة الا بواسطة وصيه ، واذا كان الوصي هو البائع ، يعين قاضي الاحوال الشخصية وصياً آخر يطلبها له
- ٨ - لا حق للشفيع ببيعاد المسافة حسب احكام المادة ٢٤٨ خلافاً للشفيع الذي اعلنه المشتري ، فان له الحق بمهلة المسافة لقصر المهلة المحددة بالمادة ٢٤٧ ، ولورود النص عن المسافة بهذه المادة بخلاف المادة ٢٤٨ .
- ٩ - يجوز الوكيل بالادارة ان يشفع في العقار باسم موكله لان القانون حرم على الوكيل في الادارة البيع ولم يحرمه الشراء .
- ١٠ - ترفع الدعوى امام المحكمة الصلحية او الابتدائية تبعاً للمقيمة الواردة بالعقد^٢

١١ - دعوى الشفعة قابلة للتجزأة : فاذا استأنف احد الشفعاء الحكم الصادر بطلب الشفعة ، لا يستفيد من استئنافه شركاؤه الآخرون لان الحق الناشئ عن طلب الشفعة قابل للتجزأة

١٢ - دعوى الشفعة شخصية : ان دعوى الشفعة من الحقوق الشخصية الخاصة بشخص الشفيع ، فلا يجوز لداث الشفيع ان يشفع بدلاً من مدينه

١ اما عند محمد فلا يجوز تسليم شفعة الصغير ، وما ورد بالمتن هو المفتى به وهو رأي الشيخين (ملتقى) راجع الملحق

٢ باندكت فقرة ٢٨٧ و ٥١٦ جزء ٣٧

٣ فان كان الثمن من اختصاص المحكمة الابتدائية رفعت الدعوى اليها ، ولو تبين بعدئذ ضرورة العقد ، وان الدعوى داخلة بصلاحيه حاكم الصلح اذ في هذه الحالة تحكم المحكمة الابتدائية بعدم الصلاحية اذا ادلي امامها بهذا الدفع

إذا أبى هذا الأخير المطالبة بالشفعة .

١٣ - حساب المهل : ان الاجل المحسوب بالايام ينتهي بانتهاء آخر يوم من مدة الاجل واذا كان محسوباً بالاشهر او بالاسابيع او بالاعوام فيكون الاستحقاق في اليوم المقابل بتسميته او بتدريجه من الشهر او العام لليوم الذي ابرم فيه العقد

٧ - في بيان طلب الشفعة بالثريعة الغراء : يازم في الشفعة ثلاث طلبات شرعاً وهي طلب الموائبة ، وطلب التقرير والاشهاد ، وطلب الخصومة^١ فطلب الموائبة ، هو قول الشفيع في المجلس الذي سمع فيه العقد ، انا شفيع المبيع واطلبه بالشفعة^٢

وطلب التقرير هو ان يقول في حضور رجلين او رجل وامرأتين عند المبيع ان فلاناً قد اشترى هذا العقار ، او عند المشتري ، انت قد اشتريت العقار او عند البائع ان كان العقار لا يزال في يده انت بعت عقارك وانا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت شفيعته والآن ايضاً اطلبها ، اشهدا ، وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكن طلب التقرير والاشهاد بهذا الوجه ، وكل آخر ، وان لم يجد وكيلاً ارسل مكتوباً^٣ واما طلب الخصومة فهو ان يدعي في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والاشهاد^٤ فان آخر الشفيع

١ المادة ١٥٣ من قانون الموجبات

٢ المادة ١٥٤ من قانون الموجبات

٣ ١٠٢٨ من المجلة

٤ المادة ١٠٢٩ من المجلة ، ودليل هذا الطلب الحديث الشريف « بالشفعة لمن

وائها » ومعناه طلبها على وجه السرعة

٥ المادة ١٠٣٠ مجلة

٦ المادة ١٠٣١ مجلة

طلب المواتبة ، مثلاً لو وجد في حال يدل على الاعراض عند استمائه عقد البيع ولم يطلب الشفعة في ذلك المجلس بان اشتغل بامر آخر او بحث عن صدد آخر او قام من المجلس دون ان يطلب الشفعة يسقط حق شفيعته .^١

ولو آخر الشفيع طلب التقرير والاشهاد مدة يمكن اجراؤه فيها ولو بارسال مكتوب يسقط حق شفيعته^٢

واذا آخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والاشهاد شهراً من دون عذر شرعي ككونه في ديار اخرى يسقط حق شفيعته^٣

وقال الامام الشافعي اذا لم يتقدم للخصومة في شفيعته فور طلب المواتبة فلا شفيع له . واما الامام مالك فقد عدّ حق الشفعة كسائر الحقوق غير محتاج تقريره لمواتبة واشهاد ، ولا يسقط بالتراخي في طلبه ، وروي عنه ضرورة الخصومة ضمن سنة ، وهو الاشهر ، وقيل اكثر من سنة ، ويظهر ان مالكاً حين لم يوجب طلب المواتبة والاشهاد لم يبلغه حديث المواتبة وهو الشفعة لمن واثبها او لم يصح عنده

ويقول المرحوم الاستاذ سعيد مراد الفري : ان قول الحنفية بايجاب الاشهاد عند المبيع او المشتري او البائع لم يتضح له وجهة من اصول الادلة والمجلة اختارت قول الامام محمد بن الحسن وزفر بضرورة المطالبة بالشفعة ضمن شهر لان الامام ابي حنيفة قال ان الشفعة لا تسقط بتأخير طلب الخصومة ما لم يصدر من الشفيع كلام يدل على الاعراض كما في باقي الحقوق

١ المادة ١٠٣٢ من المجلة

٢ المادة ١٠٣٣ من المجلة

٣ المادة ١٠٣٤ من المجلة

٤ جز ٢ ص ٢٧٣

وعند الامام ابي يوسف لو حصل التأخير من غير عذر جلسة من جلسات القاضي اي مقدار ثلاثة ايام سقط حق الشفعة قياساً على من ضرب هذه المدة لاختيار صحة ما يدعي من الاعذار امام المحكام كاهمال الخصم للدفع واحضار البينة .

واما قول الامام محمد فقد كان المختار للافتوى واعتمده المجلة لانه وسط بين القولين^١

٨ - طلب الشفعة بالقانون التوركي : ان حق الشفعة المنبثق عن الاتفاق يطلب بالمدة الواردة بالعقد ، المسجل بسجل الطابو الرسمي .

واذا باع المالك المشفوع ، فيجبر على اعلام الشفيع ، وهذا يجب عليه ان يطلب بالشفعة بظرف شهر من تاريخ اطلاعه على البيع والا فله مدة عشر سنوات من تاريخ التسجيل^٢

واما حق الشفعة القانوني ، فانه يُطلب بمهلة شهر من تاريخ العلم بالبيع والا فيبقى للشفيع طلب الشفعة بمهلة عشر سنوات اعتباراً من تاريخ التسجيل واثبات العلم عندهم يحوز بالطرق القانونية كافة^٣

٩ - طلب الشفعة بالقانون السويسري : ان طلب الشفعة القانونية في القانون السويسري مهلة شهر من تاريخ العلم بالبيع^٤ واذا لم يطلع الشفيع على البيع ، ولم يبيانه المشتري امر شرائه فانه يسقط حقه بطلب الشفعة بمرور

١ راجع بداية المجتهد جز ٢٠ ص ٢١٧ ايضاً

٢ المادة ٦٥٨ من القانون المدني التوركي

٣ المادة ٦٥٩ وشرح القانون المدني التوركي لمصطفى بك رشيد ص ٨٨ و ٩٠ ،

طبعة ١٩٢٦

٤ روسه ل ١٢٨٠ وتقرير الاسباب الموجبة ص ٧٥

عشر سنوات على التسجيل بالسجل العقاري

١٠ - طلب الشفعة بشروع القانون الجزائري للسلمين : نصت المادة ٣١٧ من المشروع ان المشتري يمكنه حالاً بعد اتمام البيع انذار الشفيع بممارسة حق الشفعة او التنازل عن حقه .

وهذه المادة اخذت عن المذهب المالكي .

ونصت المادة ٥٠٨ من المشروع ان المشتري اذا لم يخطر الشفيع ، فلهذا حق طلب الشفعة بمهلة شهرين اذا كان حاضراً العقد ، والا بمرور سنة ، فاذا مرت هذه المدة سقط الشفيع من حقه الا اذا اثبت عدم معرفته بالبيع او انه اوقع باخطأ فيما يتعلق بالشروط التي حصل فيها البيع . او اذا لم يدفع بدفع بان هناك . انما منعه . من اعلان رغبته قبله القاضي .

١١ - طلب الشفعة في القانون المراكشي : نصت المادة ٣١ من ظهير ٢ حزيران سنة ١٩١٥ ان المشتري بعد تسجيل شراؤه ، ان يبلغ الشفعاء فاذا تبلغ هؤلاء ومضت ثلاثة ايام من وقت التبليغ فانه يسقط حقهم اذا لم يستعملوا حق الشفعة ، ويزاد على هذه المدة مهلة المسافة

وهذه المادة شبيهة بالمادة ٢٤٢ من قانون الملكية المتقدمة .

وفي حالة عدم قيام المشتري بابلاغ الشفعاء ، فان حق الشفعة يسقط بخفي شهرين من تاريخ التسجيل اذا حصل بحضور الشركاء في الملك ، ويسقط بمرور سنة ابتداء من تسجيل البيع اذا لم يكن الشركاء قد حضروا عقد البيع (المادة ٣٢)

وهذه المادة تقابل المادة ٢٤٨ من قانون الملكية

١٢ - مهلة طلب الشفعة بالقانون الاسباني : نصت المادة ١٥٣١

بفقرتها الاولى من قانون ٢٤ تموز سنة ١٨٨٩ ان الشفيع Retrayant يجب

ان يستعمل حق طلب الشفعة بمهلة تسعة ايام من تاريخ تسجيل العقد ، واذا لم يسجل العقد فهلة تسعة ايام من تاريخ علم الشفيع بالبيع

١٣ - المهلة بالقانون الالماني : بحسب احكام المادة ١٠٠ من القانون المدني الالماني الصادر في ١٨ آب سنة ١٨٩٦ والمعمول به اعتباراً من اول ك٢ سنة ١٩٠٠ يجب على الشفيع ان يستعمل حق الشفعة بمهلة شهرين من تاريخ ابلاغه البيع واذا لم يبلغ فان حق الشفعة لا يسقط بمضي وقت محدود بل يستمر حتى يسقط لاسباب اخرى كوت الشفيع او انقضاء الوقت المتفق عليه لاستعماله

١٤ - المهلة بالقانون المصري : نصت الفقرة الثانية من المادة ١٩ من قانون الشفعة الصادر في ٢٣ آذار سنة ١٩٠١ ان الشفيع يجب ان يستعمل حقه بالشفعة في ظرف ١٥ يوماً من وقت علمه بالبيع او من وقت تكليفه رسمياً بابداء رغبته سواء اكان بناء على طلب البائع او المشتري ويزاد على هذه المدة ، ميعاد المسافة عند الاقتضاء .

المادة ٢٤٩ - لا يجوز استعمال حق الشفعة الا بشرط ان يعوض صاحبه على المشتري ، تعويضاً تاماً بدفع بدل الشراء ، ومقدار تحسين العقار في اثناء وجوده بين يديه ، ودفع المصاريف الرسمية المترتبة على العقد ورسوم التسجيل التي يكون قد دفعها .

١	ثمن العقار	٩	خراب العقار بلا فعل المشتري
٢	الثمن المؤجل		هدم المشتري الدار
٣	حبس المشتري العقار	٩	القانون التوركي وواحبات
٤	نفقات تحسين العقار		المشتري باءاء الثمن
٥	الثمن الواجب دفعه	١٠	القانون السويسري
٦	ملحقات الثمن	١١	القانون المراكشي
٧	الحط من الثمن	١٢	القانون الاسباني
٨	البناء والفراس في العقار المشفوع	١٣	القانون الالماني ومذهب الامام
	الزرع في العقار		مالك

١ - اداء الشفيع الثمن : يجب على الشفيع ان يدفع الثمن الى المشتري ، لما تقرر من ان الشفعة هو حق التملك بمثل البدل الذي ينقده المشتري والبدل الذي يجب ان يعطيه الشفيع للمشتري ان كان من المثليات فعلى الشفيع ان يعطي مثله ، اما لو اخذه ببديل من البدليات فيعطي الشفيع قيمة ذلك البدل للمشتري ، فلو اشترى المشتري عقاراً بآية ليرة فعلى الشفيع ان يعطي مائة ليرة للمشتري

اما لو تبادل شخصان عقاراً بعوضة ، فشفيع العقار ان يعطي قيمة العوضة ، وشفيع العوضة ان يعطي قيمة العقار

والقيمة المعتبرة هي القيمة وقت الشراء لا وقت الاخذ بالشفعة
فاذا زادت قيمة العقار ، عن ثمن الشراء ، وكانت ليست من فعل
المشتري ، ليس للمشتري ان يطلب الزيادة

واذا نقصت قيمة العقار عن ثمن الشراء ليس للشفيع ان ينقص الثمن
فالشفيع يلحل محل المشتري ، ويجبر على دفع ثمن الشراء الحقيقي مع توابعه

٢ - ما القول اذا كان الثمن مؤجلاً ؟ : اتفق الفقهاء على ان الشفيع
ياخذ في البيع بالثمن ان كان حالاً

واختلفوا اذا كان البيع الى اجل ، هل يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك
الاجل او ياخذ المبيع بالثمن حالاً او هو مخير

فقال الامام مالك يأخذه بذلك الاجل ان كان ملياً ، او يأتي بكفيل
ملي . وقال الشافعي : الشفيع مخير ، فان عجل تمجّلت الشفعة ، والا
تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين ، وقال الثوري : لا يأخذها
الا بالنقد لانها قد دخلت في ضمان الاول ، قال ومنا من يقول تبقى في يد
الذي باعها ، فاذا بلغ الاجل اخذها الشفيع

واما الاحناف فيرون ان الشفيع اذا قضي له بالمبيع و كان الثمن مؤجلاً
على المشتري يأخذه بثمان حال ، واذا اراد الشفيع تأجيل الثمن فليس له
ذلك الا برضا المشتري . فان نقد الشفيع الثمن للمشتري حالاً ، فان الاجل
يبقى في حق المشتري تجاه بائعه والذي يفهم من صراحة المادة ٢٤٩ من
قانون الملكية ان الرأي الاخير هو الذي يتفق مع رغبة الشارع

٣ - حق الحبس حتى استيفاء الثمن : المشتري ان يحبس الدار حتى

يستوفي الثمن من الشفيع وكذا الورثة لان التملك بالشفعة بتزلة الشراء من المشتري ، وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن^١

ويقضي القاضي بالشفعة للشفيع سواء حضر الثمن أو لا ، في ظاهر الرواية وقال محمد رحمه الله : ليس ينبغي للقاضي ان يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال فان طلب اجلا اجله يوماً او يومين او ثلاثة ايام ، ولم يقض له بالشفعة . وقال في البدائع^٢ : وهذا عندي ليس باختلاف على الحقيقة فالمقاضي ان يقضي بالشفعة قبل احضار الثمن بلا خلاف ، لان لفظ محمد رحمه الله « ليس ينبغي للقاضي ان يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال » لا يدل على انه ليس له ان يقضي بل هو اشارة الى نوع احتياط ، لان الشفيع يصير متملكاً المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة كأنه اشتراه منه ، والتملك بالشراء لا يقف على احضار الثمن كما في الشراء المبتدأ . اهـ

وقال محمد رحمه الله : لو ضرب القاضي للشفيع أجلاً فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا ، فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفيعته . ولو قسنا ما تقدم على الاصول القانونية قلنا ان للمشتري حق حبس العقار الى ان يدفع الشفيع اليه الثمن ، قياساً على البائع ، فاذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن بعد القضاء له بالشفعة جاز للمشتري ان يقيم الدعوى بلاحقة الشفيع بحجز املاكه لتحصيل الثمن .

ولذلك زى ان يُنص في الحكم الذي يصدر لمصلحة الشفيع على مدة لدفع الثمن ، والا اصبح حقه باطلاً .

كما ان هناك تدبيراً آخر هو ان تحدد المحكمة ، ميعاداً للشفيع بايداع الثمن قبل لفظ الحكم بالشفعة ، حتى اذا لم يفعل ، ابطلت شفيعته

١ بدائع الصنائع جز ٥ ص ٢٦ - ٢ نفس المكان مع ايجاز وتصرف

تفادياً من الوقوع في المشاكل أثناء تنفيذ حكم الشفعة . والشفيع يلزم بالثمن من دون فوائد له لعدم النص على ذلك ، ولأن الفائدة تدفع عادة عوضاً عن التأخير ، ولا شيء منه هنا ، فالشفيع يطالب بحق لقاء أداء الثمن الذي دفعه المشتري مع المصاريف والتوابع فقط .

٤ - تحسين العقار : أوجبت المادة ٢٤٩ على الشفيع ان يدفع علاوة على الثمن مقدار تحسين العقار في أثناء وجوده بين يدي المشتري وهي عبارة عن النفقات التي صرفها لتحسين العقار وهي لا تشمل بتاتاً المصاريف العادية التي توجبها حالة الاستغلال ، كما لا تشمل فائدة الثمن طالما ان الشفيع قد استولى على منفعة العقار فتقع المقاصة بينهما .

ولا تعتبر من تحسينات العقار الزيادة الطارئة على قيمته بغير فعل المشتري وإنما لأسباب اقتصادية عارضة ، فلا وجه للحكم بقيمتها للشفيع لأنها لا تمتد من قبيل التحسين الذي أوجبت المادة دفعه للمشتري .

٥ - ما هو الثمن الواجب أدائه ؟ : يجب على الشفيع ان يدفع الثمن الحقيقي الوارد بالعقد ، وإنما يجوز للشفيع ان يثبت بالبينة ان الثمن الوارد بالعقد يزيد على الثمن الحقيقي بقصد منعه من استعمال حقه في الاخذ بالشفعة . وستأتي التفصيلات بشرح المادة ٢٥١ الآتية .

٦ - ملحقات الثمن : يجب على الشفيع ان يدفع الى المشتري عدا الثمن الحقيقي الوارد بالعقد ملحقات الثمن ، وهي المصاريف الرسمية المترتبة على العقد ورسوم التسجيل التي يكون قد دفعها وكل المصاريف التي اضطر المشتري لدفعها للحصول على مشتراه .

أما المصاريف الضرورية او النافعة التي اجراها المشتري فهو ملزم بها ايضاً لانه لا يجوز ان يغتني الانسان على حساب غيره

٧ - هل يستفيد الشفيع من هذا؟ لا يجوز للشفيع ان يطلب تنقيص الثمن بدعوى ان العين قد نقصت قيمتها، وذلك لان الشفيع يحل محل المشتري، وعليه ان يقوم بدفع ثمن العقار وتوابعه . وان حط البائع بعض ثمن المبيع في حق المشتري يلزم حطه في حق الشفيع ايضاً ، والا برآء . من بعض الثمن وهبته للمشتري حكمه حكم الحط

اما لو حط الثمن كله فلا يستفيد منه الشفيع لانه يصبح بيعاً بلا ثمن واذا زيد على ثمن المبيع من المشتري فلا تكون هذه الزيادة ذات تأثير على الشفيع لان حق الشفيع قد تعلق بالثمن الاول ، وليس للمشتري ان يبطل حق الشفيع بزيادة الثمن .

٨ - البناء والغراس في العقار المشفوع : لو زاد المشتري على البناء المشفوع شيئاً من ماله ، كصيفه بالالوان ، وتبييضه ، فشفيعه مخير ان شاء تركه ، وان شاء تملكه باعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة . وان كان المشتري قد احدث على العقار المشفوع بناء او غرس فيه اشجاراً ، فالشفيع بالخيار ان شاء تركه وان شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه ، وقيمة الابنية والاشجار قائمة ، وليس له ان يجبر المشتري على قلع الابنية او الاشجار لان المشتري لما كان محققاً في البناء ، فلا يجوز ان يجبر على قلمه كما انه لا يجوز ان يجبر على اعطائه للشفيع بقيمته مستحقاً للقلع ، وكذلك لا يجبر المشتري على قلع الابنية والاشجار لانه لما كان المشتري قد بنى فيه او غرس الشجر على انه ملكه فهو محق في بنائه وغرسه ، واجباره على القلع يترتب على الشيء الذي بدون حق كالتصايب

١ المادة ١٠٤٤ من المجلة

٢ فتح المعين

وتزيد قائلين : ان أئمة المذهب الحنفي اتفقوا على ان من بنى او غرس بالاستناد لعقد فاسد لا يكلف القلع . وكذلك الباني او الفارس في مبيع ضبط منه بالاستحقاق لعدم وجود التعدي في صورتين ، ففي الصورة الاولى يتقرر الملك للمشتري وفي الثانية يلزم المستحق اعطاء قيمة البناء والغراس قائماً .
قال ابو يوسف رحمه الله : ومثل ذلك المشتري اذا بنى او غرس في العقار المشفوع فيه قبل ان يؤخذ منه بالشفعة ، فالشفيع يلزمه عدا عن دفع الثمن اعطاء قيمة البناء والغراس قائماً اذا اراد الاخذ بالشفعة لعدم التعدي . وهو مختار المجلة كما رأيت .

وقال محمد بن الحسن : ليست هذه المسألة من فروع القاعدة المذكورة وليس المشتري مأذوناً في مثل ذلك لان علة الشفعة وسببها متقدمان على ملكه الذي هو على شرف الزوال فهو غاصب حكماً ومتعمد فيكاف القلع والمهدم ولو اراد الشفيع ان يملك ذلك عليه لضرر القلع بالارض يعطيه قيمته مستحق القلع وسار على هذا الراي ابو حنيفة رحمه الله تعالى والمأخوذ به في المجلة اقوى دليلاً لان الشفعة ليست من صرائح الاملاك وهي على شرف السقوط باسباب شتى . وهو يتفق مع ما ذهب اليه الامام مالك والشافعي رحمهما الله تعالى

واذا كان المشتري زرع في الارض المشفوعة فيبقى الزرع الى وقت الحصاد ويدفع المشتري اجرة الارض فقط من تاريخ الحكم بالشفعة الى حين رفع الزرع .

واذا خرب بناء المشفوع او قلعت اشجاره وضاعت بدون فعل المشتري فالشفيع يكلف لدفع تمام الثمن ما لم تكن الانقراض . وجودة بباقية حيث تبقى للمشتري وينزل عن بدل الشفعة مقدار ثمنها .

أما لو تلف قسم من المبيع فيسقط ما يصيبه من البذل كالارض المشفوعة
إذا استولى البحر على قسم منها .

وكذا إذا هدم المشتري الدار ، فلا شفيع أخيار ان شاء ترك الشفعة ،
وان شاء اخذ الارض بثمنها ، وكذا الحكم في هدم الاجني

٩ - واجبات المشتري بالقانون التوركي : يقول مصطفى بك رشيد
شارح القانون المدني التوركي ان الشفيع مجبر على اداء الثمن الذي دفعه
المشتري للبائع مع رسم الفراغ واجرة السمسرة^١

١٠ - القانون السويسري وثن المشفوع : يجبر الشفيع في الشفعة القانونية
ان يؤدي ثمن الصفقة الى المشتري مع النفقات التي انفقها هذا الاخير على
تحسين العقار ورسم التسجيل واجرة السمسرة^٢

١١ - الثمن والقانون المراكشي : نصت المادة ٢٥ من ظهير ٢ حزيران
سنة ١٩١٥ على ان الشفيع يحل محل المشتري لقاء دفع ثمن الصفقة ومقدار
التحسين ومصاريف التسجيل

١٢ - نص القانون الاسباني في واجبات الشفيع : نصت المادة ١٥١٨
من القانون الاسباني التي يسري مفعولها على حق الشفعة القانوني ان المشتري
يجب ان يدفع اليه ثمن المبيع ومصاريف العقد والمصاريف الاخرى
المشروعة المترتبة على البيع والمصاريف الضرورية والنافعة التي انفقت

على المباع

١٣ - اتفاق النص بين القانون الالماني ومذهب الامام مالك : ان حق

١ شرح المادة ٦٥٩ ص ٩٠

٢ شرح المادة ٦٥٨ ص ٨٩

٣ روسل : ١٢٨٠

الشفعة عند الامام مالك رحمه الله تعالى لا يجوز استعماله الا على شرط ان يعرض على المشتري تعويضاً تاماً بان يدفع اليه الثمن عيناً او ما يعادل قيمة الثمن الذي اداه سواء اكانت التأديبة حصلت بطريقة المقاصة مع البائع او المبادلة . واذا قدم المشتري لقاء الثمن رهناً او كفالة فعلى الشفيع ان يقدم رهناً او كفالة ايضاً . واذا دفع المشتري نفقات العقد فعلى الشفيع ان يقدمها للمشتري . وهل يجب ان يفهم من النفقات المصاريف المتوجبة او النفقات غير المشروعة ايضاً ؟ يظهر ان الاجتهاد ليس على معنى واحد في المذهب المالكي بهذا الشأن .

وقد ورد بالمادة ٥٠٨ من القانون الالماني : ان الغير اذا اشترى المشفوع مع اشياء اخرى مقابل ثمن اجمالي وجب على الشفيع ان يدفع جزءاً نسبياً من الثمن الاجمالي وورد بالمادة ٥٠٩ ان المشتري اذا منح اجلاً للقيام بدفع الثمن فالشفيع يستفيد من هذا الاجل اذا اقدم كفالة

المادة ٢٥٠ : اذا افرغ العقار لشخص ثالث بقيدته في السجل العقاري فلا يعود من الممكن استعمال حق الشفعة .
١ - غرض نص هذه المادة : ادى نص هذه المادة الى تفسيرات مختلفة بسبب الغموض الظاهر فيه

فقال محكمة التمييز السورية بقرارها الصادر في ١٩ حزيران سنة ١٣٧٧ رقم ٥٨ - ٥٥ ان ما جاء بالمادة هذه من التصريح بان فراغ العقار لشخص ثالث بقيدته في السجل العقاري يوجب عدم امكان استعمال حق الشفعة هو مصروف الى عدم استعمال هذا الحق تجاه الشريك الاول الذي قد يكون قد خرج عن الخصومة بخروج العقار من حوزته ولكنه لا يمنع استعماله ضد

المشتري الثاني .

ولا يخفى ان هذا التفسير يراد منه إيجاد مخرج لهذه المادة التي اتت
مبهمة غير واضحة

وقال عثمان بك سلطان^١ ان المادة ٢٥٠ قد نصت على ان العقار اذا افرغ
لشخص ثالث بقيده في السجل العقاري فلا يعود من الممكن استعمال
حق الشفعة .

والذي يبدو لاول وهلة من ظاهر هذه المادة ان المشتري اذا افرغ
العقار المشفوع لشخص آخر بقيده في السجل العقاري يبطل حق شفعة الشفيع
في العقار المذكور غير ان الشفيع لما كان له حق اخذ العقار المشفوع اذا
طلب اخذه بشفعته خلال المدة القانونية ، وكانت تصرفات المشتري بالعقار
المشفوع لا تمد نافذة بحق الشفيع ما لم تنقضي تلك المدة او يحصل ما يبطل
شفعته شرعاً ، فالذي يمكن استخراجه من هذه المادة هو ان المقصود بلفظ
« العقار » الوارد فيها العقار المشفوع به لا العقار المشفوع

وعليه يمكننا القول بانه اذا افرغ صاحب العقار المشفوع به عقاره الى
شخص ما ببيعه اياه او بالتنازل له عنه بلا بدل ، فلا يعود من الممكن
للفارغ ان يستعمل حق شفعته على العقار المشفوع من مشتريه لزوال سبب
الاستحقاق بخروج العقار المشفوع به عن ملكه .

وهذا مقتضى الحكم الشرعي الوارد بالمادة ١٠٣٩ من المجلة القائل :
« اذا بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع وقبل تملكه المشفوع يسقط
حق شفعته »

وفي الطحطاوي نقلاً عن المنح انه لا فرق بين ان يكون الشفيع عالماً وقت بيع عقاره بشراء العقار او لم يكن عالماً^١ .

وفي رد المحتار ان المراد بالبيع هنا البيع البات ، اما لو باع الشفيع عقاره المشفوع به بيع وفاء لا تسقط شفيعته لعدم زوال ملكه .

وهذا ما اراده المشرع في المادة ٢٥٠ من نظام الملكية العقارية بقوله بقيد في السجل العقاري باعتبار ان المبيع الذي يسجل على اسم الشاري في السجل العقاري يصبح ملكاً له خلافاً للبيع وفاء الذي هو بحكم المرهون ويسجل في السجل العقاري على هذا الوجه .

وبطلان حق الشفعة بسبب خروج العقار المشفوع به عن ملك الشفيع مقيد بانعقاد البيع والتسجيل قبل صدور الحكم من المحكمة بثبوت حق الشفعة لصالح الشفيع

اما اذا باع الشفيع 'العقار المشفوع به بعد صدور الحكم له باخذ العقار المشفوع ولو قبل ادائه ثمنه فلا يعد بيعه مبطلاً لحق شفيعته بل يبقى له هذا الحق وينتقل عنه الى ورثته (المادة ١٠٣١ من المجلة)

وعليه اذا اخرج المشتري المبيع عن ملكه قبل ان يأخذه الشفيع بشفيعته او يسقط حقه منها بسبب شرعي لا يكون ذلك مبطلاً لحق شفيعته اهـ .

ان هذا التعليل في محله القانوني وبذلك يصرف نص المادة الى مفهوم صريح صحيح ، ونحن نؤيد هذا التفسير والايضاح لهذه المادة . وقد قدمنا

في شرح المواد السابقة ، تأييداً لما ذهب اليه الاستاذ سلطان انه يشترط بقاء المشفوع به في ملك الشفيع الى وقت القضاء او التسليم بالرضا ، فاذا خرج المشفوع به من ملكه قبل ذلك بطلت شفيعته ولو وقف الشفيع المشفوع قبل ان يملك المشفوع على الوجه المشرح وسجله او جعله مسجداً او مقبرة بطلت شفيعته^١

المادة ٢٥١ - اذا وقع اختلاف على قيمة ثمن العقار بين المشتري وصاحب حق الشفعة ، فيعين القاضي الثمن الحقيقي

- | | | | |
|---|---|---|--|
| ١ | واجبات الشفيع باداء الثمن الحقيقي | ٤ | ما حكم ما لو زيد على ثمن المبيع ؟ |
| ٢ | ما هو الثمن الواجب اداؤه للمشتري بالشريعة ؟ | ٥ | ضم المشتري على ثمن المبيع |
| ٣ | هل يأخذ الشفيع بما يجب بالعقد ؟ | ٦ | الخلافاً على الثمن بمذهب مالك في القانون التوركي |

١ - واجبات الشفيع باداء الثمن الحقيقي : يجب على الشفيع ان يؤدي الثمن الحقيقي الى المشتري ، وانما يجوز للشفيع ان يثبت بالطرق القانونية كافة ان الثمن الوارد بالعقد يزيد على الثمن الحقيقي بقصد منعه من استعمال حق الشفعة . والمحكمة ان تقضي على الشفيع بدفع الثمن الذي يثبت من شهادة الشهود وتقارير الخبراء ، واوراق المواضعة ، فالشفيع يعتبر هنا من طبقة الغير ولا تسري عليه الاتفاقات الصورية التي عملت للاضرار به

٢ - البديل الذي يجب ان يعطيه الشفيع للمشتري بالشريعة : اذا اشترى المشتري المشفوع ببديل من المثليات ، فعلى الشفيع ان يعطي

المشتري مثل ذلك البذل .

اما لو اخذه ببذل من القيميات فيعطي الشفيع قيمة ذلك البذل للمشتري .
مثلاً لو اشترى المشتري عقاراً بمائة دينار او بخمسة ريال او ستمائة كيلة حنطة ،
فعلى الشفيع ان يعطي مائة ديناراً او خمسية ريال او ستمائة كيلة حنطة
للمشتري ويأخذ المشفوع ، اما لو اشترى المشتري العقار في مقابل فرسين
فلا شفيع ان يعطي المشتري قيمتها وقت الشراء ، ويضبط العقار .

وجاء في فتح المعين : اذا كان بدل العقار من القيميات فالقيمة المعتبرة في
البذل هي القيمة وقت الشراء ، ولا تعتبر قيمته وقت الاخذ بالشفعة
وجاء في الدرر : اذا تبادل شخصتان عقاراً بعرض فاشفيع العقار ان
يعطي قيمة العرض ، وشفيع العرض ان يعطي قيمة العقار وقت الشراء ،
ويأخذ كل منهما مشفوعه

٣ - يأخذ الشفيع بما يجب بالعقد : يأخذ الشفيع بما يجب بالعقد وليس
بما يعطي بدلاً له . فلو اشترى المشتري بدراهم او دنانير واعطى عرضاً لبائعه
بدلاً عنه فيأخذ الشفيع بدراهم ودنانير وليس بقيمة العرض^١

٤ - الزيادة على ثمن المبيع : اذا زيد على ثمن المبيع من المشتري فلا
تكون هذه الزيادة ذات تأثير على الشفيع ، لان حق الشفيع قد تعلق بالثمن
الاول وليس للمشتري ان يبطل حق الشفيع بزيادته الثمن

٥ - هل يلزم الشفيع بهذا ؟ : اذا ضم المشتري على ثمن المبيع و كان الفأ
قابله الى الف ومائتين فيأخذه الشفيع بالف ولا يلزمه اعطاء المائتين
الزائدتين دفماً للضرر . وانما لا تظهر الزيادة بحق الشفيع لانه استحق اخذ

الشفعة بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك المشتري ابطال حقه السابق له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير تجديدهما العقد لما يلحق بذلك من الضرر ويلتحق به في حق نفسه لان له ولاية على نفسه دون الشفيع^١

٦ - الاختلاف على الثمن بمذهب مالك : في حالة الاختلاف على الثمن بين المشتري والشفيع ، وفقدان دليل الاثبات على مقداره ، يؤخذ بقول المشتري بيمينه اذا احتمل الظاهر قوله . كما لو اثبت تأدية الثمن غالباً لوجود العقار في صقع بممتاز ، والاخذ بقول الشفيع . واذا كانت اقوال الفريقين لا تميل التصديق فيوجه اليمين الى كل من المشتري والشفيع ، ويحدد ثمن متوسط^٢

وتجب بالمذهب المالكي تأدية الثمن الحقيقي للمشتري^٣ مع نفقات العقد والمصاريف (راجع الملحق) .

٧ - الثمن والقانون التوركي : اوجب القانون التوركي على الشفيع ان يرد الى المشتري الثمن المسمى بالعقد والمدفوع حقيقة^٤

المادة ٢٥٢ : يعتبر ان حق الشفعة قد تم وان حق التسجيل قد اكتسب لصاحب حق الشفعة ، اما باستلامه الشي . برضى المشتري ، واما بدفع الثمن وتوابع الثمن المعين للمشتري

١ الطحطاوي

٢ النووي ج ٢ ص ١٢٧

٣ ابن قاسم الفري ص ٣٧٥

٤ مصطفى رشيد بك ص ٩٠ جز ٢

وفقاً لأحكام المادة ٢٤٩ اعلاه ، او بحكم صادر لصالح صاحب حق الشفعة

متى يكون الشفيع مالكا ٢ متى يصبح الشفيع مالكا هنا ؟
للمنفوع ؟

١ - حكم الشفعة : هذه المادة تبحث عن حكم الشفعة ، وهي تقابل المادة ١٠٣٦ من المجلة التي قالت : يكون الشفيع مالكا للمنفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم ويتفرع عن هذه المادة مسائل :

١ - لو توفي الشفيع بعد طلب الشفعة ، وقبل التسليم من المشتري او حكم الحاكم بطلت الشفعة ولا تورث (المادة ٢٤٣ من هذا القانون)
٢ - لو باع الشفيع المنفوع به قبل التراضي والحكم بطلت الشفعة (مادة ٢٥٠ من هذا القانون)

٣ - لو بيعت عرصة قبل التراضي والحكم فلا تثبت الشفعة للشفيع بسبب ذلك العقار

٤ - لو استهلك المشتري الثار الحادثة في المنفوع وهو في يد المشتري قبل التراضي والحكم فلا يلزم المشتري ضمان ، وليس للشفيع تنزيل حصة من الثمن

٥ - يدخل المنفوع في ملك الشفيع بمجرد حكم الحاكم ولو لم يقضه الشفيع^٢

١ (المخطاوي

٢ الدرر

- ٦ - لا يستطيع الشفيع ترك المشفوع بعد حكم الحاكم
 ٧ - اذا توفي الشفيع بعد لحوق الحكم لا تبطل الشفعة ، ورثة
 الشفيع المشفوع

٨ - لو بيعت عرصة قبل حكم الحاكم اثناء دعوى الشفعة وقبل التسليم برضى المشتري ثم حكم الحاكم بالشفعة بعد ذلك ، او سلم برضى المشتري فلا يكون الشفيع شفيعاً لهذه العرصة لان الشفيع با انه لم يملك المشفوع فلا يكون شفيعاً لعقار آخر بسببه^١ الا انه للمشتري ان يكون شفيعاً للعقار الثاني لان المشفوع به باق في ملك المشتري قبل التسليم والحكم^٢

- ٩ - لو اخرج الشفيع المشفوع به من ملكه ، بعد اقامة الدعوى قبل حكم الحاكم او تسليم المشتري بالرضى بطلت الشفعة^٣
 ١٠ - لو وقف الشفيع المشفوع قبل ان يملك المشفوع وسجله او جعله مسجداً او مقبرة بطلت شفيعته^٤

١١ - لو أجر المشتري المشفوع لآخر واخذ اجرته قبل ان يملكه الشفيع كانت هذه الاجرة طيبة للمشتري^٥

- ١٢ - لو باع المشتري المشفوع قبل ان يملكه الشفيع من آخر جاز ، ويكون الشفيع في هذه الصورة مخيراً ان شاء اخذه بالشفعة بالبيع الاول او البيع الثاني

١ الهداية

٢ علي حيدر افندي شرح المادة ١٠٢٠

٣ الهندية في الباب الثالث من الشفعة

٤ فتح المعين

٥ نفس المرجع

١٣ - للمشتري ان يهدم العقار المشفوع قبل ان يملك الشفيع المشفوع
 ١٤ - لو زاد المشتري على البناء المشفوع شيئاً من ماله كصنعه ، فشفيعه
 بخير ان شاء تركه وان شاء تملكه باعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة ، وان
 كان المشتري قد احدث على العقار المشفوع بناء او غرس فيه اشجاراً فالشفيع
 بالخيار ان شاء تركه وان شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه وقيمة الابنية
 والاشجار ، وليس له ان يجبر المشتري على قلع الابنية او الاشجار لان
 المشتري لما كان محقاً في البناء فلا يجوز ان يجبر على قلمه كما انه
 لا يجوز ان يجبر على اعطائه للشفيع بقيمته مستحقاً للقلع وكذلك لا يجبر
 المشتري على قلع الابنية والاشجار لانه لما كان المشتري قد بنى فيه او غرس
 الشجر على انه ملكه فهو محق في بنائه وغرسه ، مع ان اجباره على القلع
 حكم يترتب على الشيء الذي بدون حق كالغصب

١٥ - لو ظهر لامرسة المشتراة شفيع بعد ان زرع فيها المشتري زرعاً
 فبقى في يد المشتري الى اذارك الزرع ، وعليه فلا يلزم المشتري اعطاء اجرة
 مدة مضت قبل الحكم لوجودها في ملكه ، اما بعد لحوق الحكم بالشفعة
 فيعطى المشتري للشفيع اجر مثل الارض

١٦ - اذا تهدمت او احترقت او خربت الدار المشفوعة بفيد فعل
 المشتري فاذا الشفيع اخذ العرصة بكل الثمن ، وان شاء ترك شفעתه .
 (وهذا يوافق حكم القانون السوري)

١٧ - اذا كان التلف جزئياً سقطت حصته من الثمن على شرط ان
 لا يكون في الاوصاف كما مر بالفقرة السابقة ومثال هذا التلف ان يغمر
 البحر جزءاً من الارض فيأخذ الشفيع الباقي من العرصة سالماً بحصته من

الثلث لان الغائب في هذه المسألة بعض الاصل ، اما في المسألة المتقدمة فالغائب وصف (مجمع الانهر)

١٨ - اذا هدم المشتري الدار المشفوعة ، فالشفيع مخير ان شاء اخذ عروضة الدار بجصتها من الثمن وان شاء تركها

٢ - عرض الشفيع للثلث : ورد بالمادة ٢٥٢ هذه ان الشفيع يمتنع ان حق شفيعته قد تم بدفع الثمن وتوابعه للمشتري وفقاً لاحكام المادة ٢٤٩ من قانون الملكية وهذا الحكم لم يرد بالمادة ١٠٣٦ من المجلة وهو يفيد ان الشفيع بمجرد عرضه الثمن عرضاً فعلياً بايداعه في خزانة الحكومة يصبح مالكاماً من تاريخ هذا العرض ولا يضطر للانتظار الى تاريخ صدور الحكم النهائي ، وبذلك يستفيد الشفيع من المطالبة بريع العقار من تاريخ الايداع حتى التسليم الفعلي ، اما اجراءات العرض والايداع فقد تكفلت ببيانها احكام المادة ٨٥٠ - ٨٥٥ من الاصول المدنية .

المادة ٢٥٣ - يعتبر صاحب حق الشفعة انه اشترى من المشتري ، ويعتبر انه وصل اليه حقه من هذا الاخير ويكون للشفعة تجاه المشتري وتجاه صاحب الشفعة مفعول البيع نفسه .
١ - حكم الشفعة كالبيع : الشفعة في كل الاحكام كالبيع^١ وهذه المادة تقابل المادة ١٠٣٧ من المجلة . وصرحت هذه المادة ان الشفعة هي بمنزلة الاشتراء من المشتري ، ولم تأخذ بما ورد على لسان الفقهاء بانها بمنزلة الاشتراء من البائع قبل القبض ومن المشتري بعد القبض

٢ - ما يترتب على هذا القول ؟ : يترتب على هذا المبدأ ان الاحكام التي تثبت بالشراء ابتداءً للبائع او للمشتري كالرجوع بالثمن عند الاستحقاق ، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة ايضاً للشفيع والمشتري . الا انه اذا اشترط المشتري على البائع تأجيل الثمن لايثبت في حق الشفيع

٣ - ايداع الثمن وقت طلب الشفعة : لا يشترط ان يحضر الشفيع الثمن وقت الدعوى ، فتسمع دعوى الشفيع ولو لم يكن في يده ثمن المشفوع لان لزوم الثمن على الشفيع بعد الحكم (الطحطاوي) . الا ان للحاكم ان يأمر بايداع الثمن قبل الحكم فاذا لم يحضر الشفيع الثمن فلا يحكم الحاكم بالشفعة لانه يحتمل ان يكون الشفيع مفلساً ويهلك الثمن على المشتري

٤ - حبس العقار المشفوع حتى اداء الثمن : يجب على الشفيع بعد الحكم اداء الثمن . وللمشتري حبس العقار المشفوع الى ان يؤديه لان الشفيع والمشتري لما كانا بمنزلة البائع والمشتري فتجري احكام البيع عليهما . ولا تبطل بعد الحكم شفعة الشفيع بمجرد تأخير تأدية الثمن لان الشفعة قد تأكدت قضاءً .

٢٥٤ - اذا وقع البيع جبراً فلا يستعمل حق الشفعة

١ - لا شفعة فيما بيع جبراً : اذا حصل البيع الجبري بمعرفه دائرة الاجراء فلا يستعمل حق الشفعة لان في استطاعة الشفيع ان يشترك بالزيادة حتى تتقرر عليه الاحالة .

واذا بيع العقار المشترك ، غير قابل للقسمة فلا يستعمل حق الشفعة

١ راجع مجمع الانهر ، ورواية الامام احمد بضرورة إحضار الثمن قبل الحكم

٢ نفس المرجع والهداية والهندية في الباب الخامس

بالخص المبيعة لليلة المتقدمة

٢ - القانون السويسري والشفعة في البيع الجبري : مشى الاجتهاد في سويسرا على ان العقار المباع بالمزايدة ، بعد معاملة الحجز العقاري ، لا يؤخذ بالشفعة . لان القانون اوجب الشفعة فيما يباع رضا للغير^١

واذا فرض ان العقار بنتيجة المزايدة جرى اتساق بين المشتري وصاحب العقار على بيعه له رضا ، فهل يجوز للشفيع اخذه بالشفعة ؟ اجابت محكمة الاتحاد السويسري (مجموعة الاحكام جز . ٤٤ ص ٣٨٥ ، وروسل هامش ١ للفقرة ١٢٧٧) بالاجاب . وقد كان المؤلف روسل بالطبعة الاولى من كتابه الموجبات (شرح المادة ٢٢٥) قد رأى العكس لان الشفيع علم بالمزايدة ولكنه ابى يشترك بها الا انه بالطبعة الثانية رجع عن رأيه هذا وسار مع اجتهاد المحاكم السويسرية على جواز طلب الشفعة ، لان البيع حصل رضا .

٣ - نص القانون التوركي : يرى شراح القانون التوركي^٢ أن الشفعة لا تجري بالبيع الجبري لان القانون اوجبها في ما يبيع رضا (شرح المادة ٦٥٨ لمصطفى بك رشيد جز . ٢ ص ٨٨) .

١ محكمة الاتحاد في ١١ ايلول سنة ١٩١٨ وروسل فقرة ١٢٧٦ وكذلك ١٢٧٧

ملحق

مرتب حسب ورود المواد بقانون الملكية يحتوي على الاجتمادات القضائية
الصادرة عن المحاكم اللبنانية والسورية بوضع الشفعة مع تعليقات مفيدة .

١ استعمال الشفعة ضد الشريك في الملك :

ان لفظة الشخص الثالث الواردة بالمادة ٢٣٨ من قانون الملكية لا تعني
الشريك في الملك بل الشخص الاجنبي ولذلك فان حق الشفعة لا يستعمل
ضد الشريك بالملك .^١

(محكمة بداية بيروت المختلطة في ٣٠ حزيران سنة ١٩٣٧)

٢ حق الارتفاق وطلب الشفعة :

ادعى الشافع الشفعة بسبب ان له حقاً عينياً على العقار المباع وهو حق
الركوب عليه والاشتراك في جداره الغربي فقررت محكمة التمييز السورية
ان وجود حق الارتفاق على العقار المشفوع به ثابت بالقيود الرسمي ، وحق

١ راجع التحقيق العلمي الوارد بالفقرة الثانية من شرح المادة ٢٣٩ من هذا
الكتاب والتفصيل الوارد بالفقرة ٣١ من شرح المادة ٢٣٨ . وقد قلنا ان الفقهاء
قد اجزوا الاخذ بالشفعة للشافع سواء كان المشتري اجنبياً ام كان احد الشفعا .
وان اقوالهم مبنية على الاجتهاد وغير مستنبطة من السنة ولذلك لا يمنع القول بعدم
جواز الاخذ بالشفعة اذا كان المشتري احد الشفعا بالنظر لما اوردها بالفقرة ٢
من شرح المادة ٢٣٩ ص ٦٤ فراجع . وحاشية الشلبي على شرح الكتر
للزبيدي جزء ٥ ص ٢٤٠ .

الارتفاق من الحقوق العينية بمقتضى الفقرة السادسة من المادة ١٠ من القرار رقم ٣٣٩ وحق الشفعة حول للشريك في الحقوق العينية العقارية بمقتضى المادة ٢٣٩ فقرة ٢ من نفس القرار وصدقت بالنتيجة الحكم الذي قضى بالشفعة للمدعي (تميز سوري رقم ١٩ تاريخ ٤ آذار سنة ١٩٢٢) .

٣ صاحب الملو وطلب الشفعة :

إذا كان الطابق العلوي من البناء ملك آخر يعد احدها الاخر جلمن ملاصقاً كما في المادة ١٠١١ من المحلة والاشتراك بالبناء كان سبباً لشفعة رأ حيث الجوار لا من حيث الاشتراك كما جاء بشرح المادة المذكورة اعلي حيدر افندي ص ١٠٣ وقانون الملكية منع حق الشفعة عن الجار الملاصق ولذلك

١ ان هذا القرار سكت عن مسألتين هامتين (الاولى) ان حق الشفعة هل يجوز طلبه بمجرد ان يكون للشفيع حق التملك ام يجب ان يكون شريكاً في الطريق الموصل للمتل (والثانية) قضية الاشتراك بالجدار وحدها دون الارض القائم عليها وهل يجوز الاخذ بالشفعة وقد فصلنا مسألتين المسألتين بالفقرة ٤١ من شرح المادة ٢٣٨ فيما يتعلق بالمسألة الاولى وبالفقرة ٩ من شرح المادة ٢٣٩ فيما يتعلق بالمسألة الثانية . وقلنا ان الملو حسب اقوال الفقهاء يستحق بالشفعة ويستحق به السفلى على انه مجاوره وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفلى . وان كان طريقهما واحداً يستحق بالطريق الشفعة على انه حليط في الحقوق وهو الطريق لان حق التملك يبقى على الدوام وهو غير منقول فيستحق به الشفعة كالمعار (شرح الكثر الزيلعي جزء ٥ ص ٢٥٣ وحاشية الشامي عليه ص ٢٥٢) وايدينا رأياً خاصاً بالموضوع ايضاً يتفق مع ما اوردته صاحب المعنى بالجزء الخامس من ان حق الملو وحده يعطي حق الشفعة .

١١ فيما يتعلق بالشركة بالجدار فقد نوهنا بان الشريك في خشبة على الحائط وواضع الجذوع على الحائط جار ولا يكون شريكاً لان الشركة المتبره هي الشركة في المعار وواضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكاً في الدار وكذا بالشركة في الجذوع لكنه جار ملاصق فيستحق الشفعة على انه جار ملاصق وكذا اذا كان شريكاً في الجدار بدون الارض فلا يستحق بها الشفعة (الزيلعي جزء ٥ ص ٢٤١)

لا شفعة لصاحب الطور

(استئناف لبناني رقم ١٧١ في ١٧ نيسان سنة ١٩٥٥ وراجع تحقيق هذا البحث بالفقرة ٤١ ص ٥٦ وقرار محكمة التمييز السورية المتقدم الذي اخذ بوجهة نظرنا معتبراً حق التعملي من الحقوق العقارية . اما الفقهاء فلا يرون حق الطور بالنسبة للسفل الا حق مجاورة اذا لم تكن الطريق الموصلة اليهما مشتركة بينهما فهذه الحالة فقط يعتبران خليطين (شريكين في الحقوق) . اما صاحب المغني فيرى ان حق الطور وحده في الظاهر ينيل حق الشفعة لانه حق دائم . ج ٥)

٤ صاحب حق المرور وطلب الشفعة :

ان الاحكام القديمة الواردة في المجلة منحت حق الشفعة للمشارك في نفس المبيع وللخليط فللجار (مادة ١٠٠٩ من المجلة) .
والمجلة عرفت الخليط بانه المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق (٩٥٤ مجلة)

وصاحب الطريق لا يعد خليطاً في حق المبيع الا اذا كان شريكاً في الزقاق والارض الواقع عليها هذا الطريق وصاحب حق المرور هذا كصاحب حق المسيل يمكنه ان يكون شفعياً في المذهب الخفي بصفته جاراً ليس الآ ،
والمادة ٢٣٩ من قانون الملكية عينت ترتيب درجة الافضلية في استعمال حق الشفعة فأعطته اولاً للشريك في الملك ثم للشريك في الحقوق العينية العقارية ويستنتج من ذلك انه يشترط اصحاب حق الشفعة في الفئة الثانية من الشفعاء ان يكون شريكاً وان تكون الشركة في حق عيني عقاري .
وحق المرور من الحقوق العينية العقارية (مادة ١٠ من قانون الملكية)
ولكن صاحب هذا الحق لا يعد شريكاً في الحق العيني العقاري مع مالك العقار

المشفوع ولا يعارض هذا التفسير وجود المادة ٢٤١ من قانون الملكية
عينت ترتيب الشفعاء عند وجود تراحم بين فئات عديدة منهم لان الحقوق
العينية العقارية متعددة ومتنوعة فيفرض وجود التراحم بين الشركاء فيها .
وعلى ذلك ليس لصاحب حق المرور حق الشفعة^١

(استئناف لبنان رقم ١٣٢ في ١٢ تموز سنة ١٩٤٤ ، وحلب البدائية
رقم ٩٤ في ٣١ آذار سنة ١٩٤٣ ، واستئناف لبنان في ٢١ شباط سنة ١٩٤٥)

٥ الشريك في حق الشرب وحقه بالشفعة :

ان من اسباب وجوب الشفعة الشركة ، وهذه الشركة على نوعين ،
الشركة في ملك المبيع والشركة في حقوقه كالشرب والطريق وليس المسيل
كالشرب لان صاحب المسيل يختص بمسيل الماء لا شركة للآخرين فيه وعلى
هذا الاساس لا يفتقر حق المرور وحق المسيل المبحوث عنهما بقرار محكمة
الاستئناف المؤرخ في ١٢ تموز سنة ١٩٤٤ رقم ١٣٢ كالشركة في الشرب
لان صاحب حق المرور وحق المسيل لا يمكنه ان يكون شافعياً بالمذهب
الحنفي الا بوصفه جاراً ولكن الشريك في الشرب يمكنه ان يكون شافعياً
بالشركة والخلطة لان الخلطة هي الشركة في حقوق الملك وعلى ذلك :

١ راجع الفقرة ١٤ من شرح المادة ٢٣٩ من هذا الكتاب والجزء الخامس من
شرح الكثر للزبلي ص ٢٣٩ فقد قال : تجب الشفعة للخليط في نفس المبيع ثم
للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصاً . وانظر قرار محكمة بداية
دمشق رقم ١٢٠ تاريخ ٢٧ ايار سنة ١٩٤٣ وقرارها رقم ١٣٤ تاريخ ١٩ حزيران
سنة ١٩٤٤ فقد اجازا لصاحب حق المرور الشفعة وان لم يكن شريكاً في الطريق

ان الشراكة في الشرب تعتبر من اسباب التملك بالشفعة

(استئناف لبنان ١٧ ايار سنة ١٩٥٥)

٦ التنازل عن الشفعة مقدماً :

ان حق الشفعة لا يسقط بتنازل الشفيع عنه قبل البيع او برفضه شراءاً .
لان حق الشفعة لا ينشأ الا وقت البيع ولا يجوز ابطال حق لم ينشأ بعد .
وعلى ذلك : فان الشفعة تبطل بالاسقاط بعد البيع فقط لا قبله . لان
اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط (المادة ٢٤٣ من
قانون الملكية)^١

(قرار محكمة الاستئناف العقارية رقم ١٠٥ تاريخ ١٧ حزيران ١٩٤٤)

٧ هبة العقار اثناء جواز طلب الشفعة :

ان هبة العقار قبل انقضاء المدة المحددة بالمادة ٢٤٨ من قانون الملكية
للمطالبة بحق الشفعة لا يمكن ان يقضي عليه بل يخول المدعي المطالبة بالغاء.

١ راجع البدائع جزء ٥ ص ٢ و ١٠ و ٢ : والمجلة المادة ١٠٠٩ و ٩٥٤ والمادة
٢٣٩ من قانون الملكية وراجع الفقرة ٨ من شرح المادة ٢٣٩ من هذا الكتاب
ص ٧٠ وشرح الكثر للزبلي جزء ٥ ص ٢٤٠ قال : والشرب الخاص عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ان يكون نهراً صغيراً لا تجري فيه السفن وان كان كبيراً بحيث
تجري فيه السفن فليس بخاص وقد قيل اذا كان اهل النهر لا يحصون فهو كبير وان كانوا
يحصون فهو صغير اكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدّر ما لا يحصى
بخمسة مائة وبعضهم باربعين وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهراً يسقى منه
قراخان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام وقيل هو مفوض الى رأي المجتهدين في كل
عصر ان رأوهم كثيراً كانوا كثيراً وان رأوهم قليلاً كانوا قليلاً وهو اشبه الاقوال
٢ لو اسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح لكونه اسقاطاً قبل وجود سببه وهو
البيع (الزبلي جزء ٥ ص ٢٤٢)

المبة لانه لو تصرف المشتري بالعين المشتراة قبل اخذ الشفيع فللشفيع ان ينقض تصرف المشتري وياخذ العين بالشفعة^١

(محكمة بداية حلب ٧ آب سنة ١٩٤٤)

٨ التوكيل بالشفعة :

١ - ادلى المستأنف عليه بعدم اهلية الوكيل لاقامة دعوى الشفعة لان وكالته مستمدة من وكيل المدعية ولا تتضمن الوكالة الثانية طلب الشفعة فقررت محكمة الاستئناف العقارية رد هذا الدفع للأسباب الآتية :

ان الوكالة المعطاة للوكيل من وكيل المدعية تحتوي على التوكيل بمادة شفعة وبما ان وكالة الوكيل الاول عامة تحتوي على البيع والشراء والمصالحة وغيرها من الامور التي يجوز التوكيل بها شرعاً ، وبما ان هذه الوكالة تشمل ضمناً حق طلب الشفعة لان الشفعة سواء في القانون القديم او الجديد كالشراء ابتداءً « المادة ١٠٣٧ من المجلد ٢٥٣ من قانون الملكية » ، وبما انه تبين من الوكالة المعطاة من المدعية والمصدقة رسمياً انها اجازت عمل الوكيلين المذكورين وصادقت على طلبها الشفعة وفوضتها باقامة الدعوى بذلك ، وبما ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة خصوصاً وان هذه الاجازة وردت قبل مضي السنة على عقد الشراء اي ضمن المدة القانونية اعطى طلب الشفعة

(محكمة الاستئناف اللبنانية رقم ١٣٢ تاريخ ١٠ تموز سنة ١٩٤٤)

٢ - لا يمكن استنتاج تفويض البيع او الشراء من الفاظ التعميم الواردة في سند الوكالة بل يجب ان يكون التفويض منصوصاً عليه بصورة صريحة

١ - تنقض تصرفات المشتري وياخذ الشفيع الحصة المبيعة بالشفعة كما ينقض سائر صرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضي بعد موته او باعها وصيه كان له نقضه (زيلعي جزء ٥ ص ٢٥٨)

والوكالة المهذبة لا تجيز للوكيل الشراء. اختياراً او شفعة فطلب الشفعة يكون مقدماً من غير ذي صلاحية^١

(محكمة الاستئناف رقم ٢٠٩ تاريخ ٦ آذار سنة ١٩٤١)

٩ - ضرورة تسجيل الحق للمطالبة بالشفعة :

١ - لما كانت صفائف العقارات المشفوعة والمشفوع بها لا تحوي أي حق عيني منشئ لاحدهما على الآخر وكان الاشتراك في حق الشرب والمرور ليس من حقوق الارتفاق الطبيعية ولا القانونية المعفاة من التسجيل بنص المادة ٥٨ من قرار الملكية والتي بحثت عنها المواد ٥٩ - ٨٣ منه فطلب الشفعة يكون غير مسند الى حق ومستوجب الرد

(بداية حلب رقم ٩٤ تاريخ ٣١ آذار سنة ١٩٤٣)

٢ - عدم جواز استعمال الشفعة من الشريك في الحائط المشترك الذي لم يسجل حقه في السجل العقاري .

بمقتضى المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ تعتبر جميع الحقوق غير المثبتة في سجل الملكية غير موجودة تجاه الاشخاص الذين يجهلون وجودها ، وقد استمر الاجتهاد على اعتبار القيود المذكورة في سجل الملكية هي وحدها

١ الوكيل بالشراء خصم للشفع ما لم يسلم الى الموكل لان الخصومة فيها من حقوق العقد وهي الى العاقد أصيلاً كان او وكيلاً ولا يشترط لاقضاء حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه لانه اقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل (زيلعي جزء ٥ ص ٢٦٦ وحاشية الشلبي) .

ثم ان الوكيل بالشراء اذا سلم الشفعة فتسليمه لها صحيح بالاجماع وكذا سكواته اعراض بالاجماع والاخذ بالشفعة يعتبر شراء والوكيل بالشراء له ان لا يشتري . والوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولو اقر الوكيل بطلب الشفعة على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه في مجلس القاضي (زيلعي جزء ٥ ص ٢٦٦)

تؤمن علانية الحقوق المترتبة على العقار دون سائر الملفات المتممة له. والشارع ذاته صرح بضرورة تقييد الحق في سجل الملكية كما يتضح من بيان الاسباب الموجبة لتعديل القرار ١٨٨ اذ جاء فيها ان قيود سجل الملكية هي التي تثبت انشاء وانتقال والغاء الحق العيني وهي التي تؤلف في نظر الاشخاص الثالثين الاثبات على ان ذلك الحق يملكه صاحبه المعلن عنه بموجب القيود وهي التي تؤمن علنية الحق بصورة مطلقة بمعنى ان كل ما لم يكن مقيداً من الحقوق لا مفعول له ضد الغير. ومما يؤيد هذا التفسير اولا ان الشارع قد اجاز في حالة اغفال قيد ما في السجل العقاري تصحيح الخطأ ولكن دون ان يكون لهذا التصحيح مفعول رجعي (المادة الاولى من القرار رقم ١٨٨ والمواد ٢٩ و ٣٠ و ٣١ و ٣٢ و ٣٣ من القرار رقم ١٨٩) وثانياً انه بالرغم من تحديد السجل العقاري الوارد في المادة الاولى الآتفة الذكر فان الشارع قد استعمل تعبير السجل العقاري بمعنى سجل الملكية وذلك في جملة مواضع منها المادتان ٩ و ٣٨ من القرار رقم ١٨٨ ولذلك لا يمكن القول بان حق الشفيع بطلب الشفعة ناشئ عن اشتراكه في ملكية حائط مشترك وان يستند في ملكية هذا الحائط الى محضر التحديد وخريطة المساحة باعتبار انها يؤلفان جزءاً من سجل الملكية كما يستفاد من نص المادتين الاولى والثالثة عشرة من القرار رقم ١٨٨ واذا فرض ان الاشتراك بملكية حائط مع آخر يؤلف حق ارتفاق فهذا حق لم يفرضه قانون حتى يقال عنه بانه من حقوق الارتفاق القانونية بل بالعكس لا يمكن انشاؤه الا بموجب عقد كما هو صريح في المادة ٧١ من القرار رقم ٣٣٣٩، والموجبات التي تفرضها المادتان ٧٠ و ٧١ من القرار رقم ٣٣٣٩ على اصحاب الحائط المشترك مثل عدم اقامة البناء عليه بدون اذن الشريك ووجوب دفع نصف المصاريف من الشريك الاخر اذا رفع

هذا الحائط باذن هي وحدها من حقوق الارتفاق القانونية والاستدراك بالحائط ليس ايضاً من حقوق الارتفاق المتولدة عن وضعية الاماكن الطبيعية المنصوص عليها في المادة ٥٩ من القرار رقم ٢٣٣٩ وهو كسائر الحقوق العينية خاضع للتسجيل في السجل العقاري وخلو التسجيل من ذكر حق الشريك في الحائط المشترك يجعله غير موجود تجاه المشتري^١

(محكمة الاستئناف العقارية رقم ١٣٠ ، تاريخ ٢٢ ايار سنة ١٩٤٢)

١٠ - رضا الشريك بمجاورة احد المشتريين لا يفيد

رضاءه بغيره :

ان رضا الشريك بمجاورة احد المشتريين لحصة شريكه لا يوجب افتراض وجود رضائه بمشتري آخر لاختلاف الخلطاء اخلاقاً ومعاملة^٢

(محكمة التمييز السورية رقم ٥٤ تاريخ ١٩ حزيران سنة ١٩٣٧)

١ ان ما قرره هذا القرار من ان العبرة في العينية والاشهاد لسجل الملكية دون سواه ، مؤيد بقرارات حجة صادرة عن محكمة التمييز اللبنانية منها قرار رقم ٢٢ تاريخ ١٢ حزيران سنة ١٩٣٥ وقرار عدد ٢٥ تاريخ ٣١ ك ٢ سنة ١٩٣٧ ومحكمة الاستئناف اللبنانية منها قرار صادر في ١٦ ك ٢ سنة ١٩٣٩ عدد ٢٣

والذي هو محل النظر في هذا القرار عدم اعتباره الحائط المشترك من حقوق الارتفاق القانونية خلافاً لنص المادة ٥٨ من قانون الملكية التي اعتبرت الحائط المشترك من حقوق الارتفاق القانونية الغير خاضعة للتسجيل ، ذات المنفعة الخصوصية . وخلافاً لما اقره دالوز تحت شرح المادة ٦٤٩ من القانون المدني الفرنسي بالفقرة ٣ ص ١١٠٦ فقد اعتبر الحائط المشترك نوعاً من حقوق الارتفاق القانونية ، ذات المنفعة الخصوصية وبذلك اخذت محكمة الاستئناف بطريقة اعادة المحاكمة لهذا القرار .

٢ وان قيل له ان المشتري فلان فسلم فبان انه غيره فله الشفعة لتساوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق البعض لا يكون نسبياً في حق غيره (الزيلعي جزء ٥ ص ٢٦٠)

١١ سريان مرور الزمن الوارد بالمادة ٢٤٨ من قانون

الملكية على القاصرين :

ان مرور الزمن الوارد بالمادة ٢٤٨ من القرار رقم ٣٣٣٩ بشأن استعمال حق الشفعة مطلق يشمل القاصرين وغيرهم . واما احكام المادة ٢٦١ من نفس القرار فهي مختصة بمرور الزمن على اساس حق الملكية . (تمييز لبنان في ١١ ايلول سنة ١٩٤٣)

١٢ مهلة سقوط الحق بطلب الشفعة :

ان مهلة الثلاثة ايام المعينة في المادة ٢٤٧ من القرار رقم ٣٣٣٩ هي مهلة مراجعة معينة تحت طائلة سقوط الحق (محكمة بيروت المختلطة في ٨ آذار سنة ١٩٤٤)

١ قررت محكمة بداية بيروت المختلطة بقرار حديث صدر في ٨ آذار سنة ١٩٤٤ ان المهل المعينة بالمادة ٢٤٨ من نفس القرار هي مهل مرور زمن وهذه المهل الاخيرة تنوقف لصاحبة القاصر ولو كان ممثلاً بوصي متى وجد تناقض بين مصلحة القاصر ووصيه وبذلك خالفت القرار المتقدم الصادر عن محكمة التمييز وقد صدر بعده من محكمة بداية بيروت في ١٨ نيسان سنة ١٩٤٥ قرار رقم ٨٠ يوافق قرار محكمة التمييز اللبنانية . ان اطلاق النص يؤيد اجتهاد محكمة التمييز اللبنانية وهو الذي اخذنا به في هذا الكتاب . واما في الشريعة فقد جاء في شرح الكفر (جزء ٥ ص ٢٦٣) وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى . وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يجوز وهو على شفعة اذا بلغ الصغير او بلغ الخبير الموكل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء ولو باع الاب او الوصي ملك نفسه ليس له ان ياخذ بالشفعة للصغير لان من باع ليس له الشفعة وللصغير ان يطلب الشفعة اذا بلغ وكذا اذا كان في الشراء غيب كان الصغير ان يطلب الشفعة اذا بلغ لان كل واحد منهما ليس له ان يأخذه الصغير فلا تبطل شفعة الصغير بسكوته اهـ . بهدرف .

١٣ اضافة مهلة المسافة لطالب الشفعة :

ان مهلة الثلاثة ايام الكاملة المنصوص عليها بالمادة ٢٤٧ من القرار رقم ٣٣٣٩ لاستعمال حق الشفعة يجب اطاتها باضافة مهلة المسافة الواردة بالمادة ٣٢٠ من الاصول المدنية .

(محكمة الاستئناف المختلطة رقم ٤٣ تاريخ ١٠ ايار سنة ١٩٣٨) .

١٤ حضور امين السجل العقاري بدعاوي الشفعة :

ان حضور امين السجل العقاري بدعاوي الشفعة ليس بشرط .

(محكمة التمييز اللبنانية عدد ٨٣ تاريخ ٢٤ ت ١ سنة ١٩٣٥)

١٥ صلاحية حاكم الصلح برؤية دعاوي الشفعة :

ان حاكم الصلح صالح لرؤية دعاوي الشفعة اذا كانت قيمة العقار داخلة باختصاصه .

(محكمة التمييز اللبنانية عدد ٨٣ تاريخ ٢٤ ت ١ سنة ١٩٣٥)

١٦ تسجيل دعوى الشفعة :

١ - ان المقصود من تسجيل الدعاوي العقارية والحقوق العينية والحجوزات انما هو اعلانها للغير فلا يمكن ان يقال ان تسجيلها مشروط تحت طائلة الابطال بين المتداعين .

(استئناف لبنان عدد ٧٧ تاريخ ٢٤ ايار سنة ١٩٣٤ . وعكسه تميز

لبنان عدد ٧ تاريخ ٢٧ شباط سنة ١٩٣٢)

٢ - ان المادة ٤٧ من القرار رقم ١٨٨ تنص على وجوب قيد الدعوى

المقامة على عقارات اذا كانت قد حصلت على هذه العقارات المسلحة وتسجلت بالسجل العقاري اما اذا كانت المساحة لم تجر فلا يتوجب قيد الدعوى .
(استئناف لبنان رقم ٣٥٦ تاريخ ٣٠ ت ٢ سنة ١٩٣٨) .

١٧ علم الشفيع بالبيع بصورة غير رسمية :

ان مجرد علم الشفيع بوقوع البيع لا يكفي لجعل المدة القانونية مبتدأة ما لم يكن هذا العلم متصلاً به على طريقة التبليغ الاصولي او ان يكون الشريك طالب الشفعة قد حضر بذاته مجلس العقد المعقود بين شريكه والمشتري وحينئذ لا يكون ذلك او هذا واقعاً يتحتم ان تعتبر المدة القانونية هي ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من المادة ٢٤٨ من القرار رقم ٣٣٣١ .
(تمييز سوري تاريخ ٣ نيسان سنة ١٩٤١ واستئناف لبنان ١٧ حزيران سنة ١٩٤٤ و ٧ ك ١ سنة ١٩٤٤)

١٨ تبليغ الشفيع اصولاً :

١ - يجب التحري عن صحة التبليغ الواقع للشفيع فاذا كان غير منطبق على القانون كان على المحكمة ان تلاحظ هذه الوجهة وتنظر بالدعوى على اصولها .

١ - عقد الاستاذ المحاسني ، نقيب المحامين بدمشق ، مقالا بمجلة النقابة (الجزء الاول - حتى الثالث سنة ٣ ص ٩) قال فيه بوجوب ابلاغ الشفيع من قبل دائرة السجل العقاري .

ونحن لا نرى رأيه لان المادة ٢٤٧ و ٢٤٨ من قانون الملكية اوجبت على المشتري ان يجري التبليغ لا الدائرة الرسمية . وان كان التبليغ بواسطة الدائرة الرسمية أكثر ضماناً من سواه الا انه لا يمكن الاخذ بهذا الرأي لعدم النص عليه

(تميف سورى ٣ نيسان سنة ١٩٤١)

٢ - لا يكفى التبليغ بكتاب مضمون بل يجب ان يكون بواسطة
مأمور رسمى والا كان للشفيغ تقديم الطلب بملة السنة حسب المادة ٢٤٨ .
(بداية بيروت المدنية ١٨ نيسان سنة ١٩٤٥ رقم ٨٠)

١٩ - اقامة الدعوى امام مرجع غير صالح :

ان اقامة الدعوى امام مرجع غير صالح من شأنها ان تقطع مرور الزمن،
ثم يعود فيسري منذ انهاء الحكم القاضى بعدم الصلاحية .
واذا اعطى المشتري علماً للشفيغ بتسجيل مشتراه يجب عليه بعد ان
ردت دعواه الاولى لعدم الصلاحية ان يقيم دعواه لدى المحكمة الصالحة
بخلال ثلاثة ايام على الاكثر بعد انهاء الحكم القاضى بعدم الصلاحية لان
الشارع بالمادة ٢٤٧ اوجب اقامة دعوى الشفعة ضمن ثلاثة ايام تبتدىء من
تاريخ التبليغ بحصول التسجيل ، وليس من شأنها ان تعطي المدعي بحق الشفعة
مدة جديدة تريد عن المدة التي كانت له اساساً لاقامة الدعوى فيما لو اقامها
امام مرجع صالح

٢٠ - الهبة بعد قيد دعوى الشفعة بالسجل العقارى :

لما كان عقد الهبة الذي جرى قد وقع بعد قيد الدعوى في السجل العقارى
واطلع عليه العاقدان فلم يعد لهما ان يتفرعا بفعل قيد الهبة لاسيما وان

كما فعل القانون السويسري بالمادة ٩٢٢ من القانون المدني فقد اوجب على دائرة
التسجيل ان تعلم الشفيغ بالبيع وكذلك فعل القانون المدني التوركي .

وفي كل الاحوال فان الاجماع واقم على ضرورة التبليغ الخطي دون سواه

١ راجع حكم محكمة بداية بيروت المتلخطة المورخ في ٨ آذار سنة ١٩٤٤

المشار اليه بالفقرة ١٢ .

الدعوى قد اقيمت على المشتري لما كان القيد مسجلاً باسمه فقط فيكون هو الخصم الحقيقي فيها .^{١٠}

(محكمة التمييز السورية رقم ١٩ تاريخ ١ آذار سنة ١٩٤٢)

٢١ - الثمن في الشفعة اذا كان ذهباً :

١ - لاجل تطبيق احكام المادة ٢٤٩ من القرار رقم ٣٣٣٩ التي اوجبت التعويض كاملاً على المشتري من قبل الشفيع فاذا كان الثمن المدفوع منه بالعملة الذهبية فان التعويض على المشتري لا يكون باداء نفس العملة الذهبية بل بدفع عملة قانونية حسب سعر القطع لان الماوجب هنا قانوني وليس اتفاقياً .
(استئناف مختلط في ١٨ آذار سنة ١٩٤٢) .

- اذا ادعى المدعي بالشفعة ان الثمن دفع بالنقد اللبناني ، وادعى

١ - حق الشفيع اقوى من حق المشتري ولهذا تنقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة (زيلي جز ٥ ص ٢٥٠) ولا تبطل الشفعة بموت المشتري لان الاستحقاق باق ولم يتغير سبب حقه وانما حصل الانتقال الى الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقه كما اذا انتقل الى غيره بسبب آخر فينقضه وبأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه (نفس المرجع ص ٢٥٨) قال الاتقاني فاذا باع القاضي أو الوصي في دين المشتري فللشفيع ان يبطل البيع لان هذا التصرف تضمن ابطال حق المنيح فيفسخ وكذلك لو اوصى المشتري فيه بوصية كان الشفيع انقضها واخذها (حاشية الشلي على الزبلي ص ٢٥٨)

قال الاتقاني تقياً عن شرح الطحاوي ولو جعل المشتري الارض المشفوعة مسجداً او مقبرة تدفن فيها الموتى او رباطاً ثم جاء الشفيع كان له اخذها وابطال كل ما صنع المشتري فيها (حاشية الشلي ص ٢٥٠)

وكذلك لو وهبها المشتري وسلمها او رهنها كان للشفيع ان يبطل كل ذلك وبأخذها بالشفعة الاولى (الشلي ص ٢٥٨)

المدعى عليه دفعه بالنقد الذهبي وقالت المحكمة في احدى حيثيات حكمها ان المتوجب دفعه من الشفيع هو الثمن الحقيقي للعقارات وفقاً لما جاء في المادة ٢٥١ من القرار رقم ٣٣٣٩ واستندت الى تقرير الخبير الذي قدر الثمن بالنقد الذهبي وفقاً لسعره التجاري بالليرات اللبنانية وقضت بان الثمن المتوجب دفعه هو اثنان وثلاثمائة ليرة عثمانية ذهباً فتكون باستنادها الى تقرير الخبير والحكم بالثمن بالليرات العثمانية الذهبية قد قصدت سعرها التجاري بالليرات اللبنانية اذ ان هذا السعر هو الموازي للثمن الحقيقي للعقارات . والقرار ١٨٠ الصادر في ٣١ ك ٢ سنة ١٩٤٠ الذي منع التعامل بالذهب لا يحول دون تنفيذ حكم قضائي قضى بالليرات الذهبية واكتسب قوة القضية المحكمة وصدر بعد صدور القرار المذكور لان المحكوم به هو ثمن مبيع اخذ بالشفعة وليس بدين ليصار الى تحديد الليرة الذهبية حسب قانون ايفاء الديون . وطالما ان الحكم قضى بليرات عثمانية ذهبية وكان يجب دفعها اما عيناً أو حسب سعرها التجاري بتاريخ الدفع فلا يمكن تحديد سعرها وفقاً لقرارات الحكومة ونشرة المفوضية العليا بدون ان يتعارض ذلك مع قوة الشيء المحكوم به الامر غير الجائز قانوناً بطلب تفسير حكم والذي محله مراجعة الطرق القانونية الاخرى .

وبالتالي يتوجب رد طلب التفسير لان لا غموض في الحكم وهو يقضي بدفع ليرات عثمانية ذهباً او بدلها ليرات لبنانية حسب سعر الليرة العثمانية الذهبي التجاري حين الدفع .

(استئناف لبنان في ٢٢ ك ٢ سنة ١٩٤٢ عدد ١٧)

٢٢ تعيين الثمن الحقيقي عند الاختلاف عليه :

١ اذا اختلف الشفيع مع المشتري على الثمن الحقيقي المدفوع من هذا

الاخير فانه يُعين بطريقة الخبراء.

(محكمة التمييز اللبنانية عدد ٨٣ تاريخ ٢٤ ت ١ سنة ١٩٣٥)

٢ - ان القانون لم يقيد المحكمة في معرض تعيين الثمن الحقيقي بقيد معين

(محكمة التمييز السورية رقم ١٧ - ١٨ تاريخ ١٠ ايار سنة ١٩٤٠)

٣ - ان ثمن العقار المشفوع به هو الذي تعينه المحكمة حين وقوع

الاختلاف عليه وفقاً للمادة ٢٥١ من قانون الملكية وليس من مساع لا اعتبار

بدل الرهن هو الثمن الحقيقي

(محكمة التمييز السورية رقم ١٩ تاريخ ٤ آذار سنة ١٩٤٢)

٤ - ان نص المادة ٢٥١ من قانون الملكية جاء مطلقاً ولم يفرق من

الحالة التي يدعي فيها الشفيع بان ثمن العقار هو اقل من الثمن المعين في الصك

وبين الحالة التي يدعي فيها الشاري انه دفع مبلغاً يزيد عن المبلغ المعين في

الصك ويجوز للمحكمة توصلاً لتعيين الثمن الحقيقي الالتجاء الى جميع طرق

الاثبات ومن جملتها تخمين العقار المنازع عليه

(استئناف عقاري رقم ٢٦١ تاريخ ٢٤ ك ١ سنة ١٩٤١)

٥ - ان المادة ٢٥١ من القرار رقم ٣٣٣٩ قد تركت للقاضي تعيين

الثمن الحقيقي عند الاختلاف عليه بين المشتري وصاحب حق الشفعة .

(استئناف رقم ٧٤ تاريخ ٦ شباط سنة ١٩٤١ ورقم ٢٠٩ تاريخ ٦ اذار

سنة ١٩٤١)^١ .

١ في الشريعة ان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري ، وان

برهنا فللشفيع . وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال ابو يوسف والشافعي

رحمهما الله تعالى البيئة بينة المشتري لانهما تثبت الزيادة

وان ادعى المشتري ثمناً وادعى بائعه باقل منه ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما

٢٣ - المقصد من كلمة القاضي الواردة بالمادة ٢٥١ من قانون الملكية

في حالة وقوع الاختلاف على مقدار الثمن بين الطرفين يجب على القاضي ان يعينه بالاستناد الى المادة ٢٥١ من قرار الملكية والقاضي المقصود هنا هو المولج الحكم بالقضية .

(محكمة التمييز السورية عدد ١٧ - ١٨ تاريخ ١٠ ايار سنة ١٩٤٠)

٢٤ - هل يجب إداء الثمن مقدماً ؟

١ - من مقتضى المادة ٢٤٩ من القرار رقم ٣٣٣٩ ان يكون الشفيع ملزماً بهرض التعويض ودفع بدل الشراء ومقدار تحسين العقار وبقية النفقات مقدماً . وان فهم النصوص على غير هذه الصورة يجعل الحكم بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٢ في صالح الشفيع دون ان يتقيد بصالح المشفوع منه ، وهو امر يتنافى وما قصده واضع القانون من تقديم إداء الثمن قبل التزام المذفوع منه بفراغ المشفوع به وليس في الامر ما يوجب تأخير إداء الثمن حين اكتساب الحكم الدرجة القطعية لان وجوب دفع الثمن محتم بمقتضى القانون لا بمقتضى الحكم .

(تمييز سوري بالاكثرية عدد ١٧ - ١٨ تاريخ ١٠ ايار سنة ١٩٤٠)

قال البائع ولو كان ما ادعاه البائع اكثر مما ادعاه المشتري تحالفا واجبا نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر وان قبض اخذها بما قال المشتري

وحط البعض يظهر في حق الشفيع لاحظ الكل والزيادة ولا فرق في ذلك بين ان يكون الخط قبل اخذه بالشفعة او بعده (زيلعي جزء ٥ ص ٢٤٧ و ٢٤٨)

قال الاسييجاي : لو باعها المشتري من آخر بثمن اكثر كان للشفيع ان ياخذها من الاول من المشتري الآخر (الشاي ص ٢٤٨)

١ - ان المادة ٢٥٢ لا توجب على الشفيع قبل تقديم دعوى الشفعة ان يعرض المبلغ عرضاً فعلياً على الشاري وان يودع بعد ذلك المبلغ المعروض تحت طائلة اسقاط حق الشفعة

(استئناف عقاري رقم ٢٦١ تاريخ ٢٤ ك ١ سنة ١٩٤١)

٣ - ان ما ورد بالمادة ٢٤٩ من قانون الملكية من ان حق الشفعة لا يمكن استعماله الا بعد عرض بدل الشراء ومقدار التحسين على المشتري محله فيما اذا تم الامر رضا بين الطرفين اما في حالة عدم التراضي فلا يلزم المدعي بتعجيل الثمن الا بعد تعيينه وفاقاً لحكم المادة ٢٥١ والحكم به ، يؤيد ذلك ايضاً ما جاء بالفقرة الاخيرة من المادة ٢٥٢ من القانون المذكور (محكمة التمييز السورية رقم ٨ تاريخ ١٤ ك ٢ سنة ١٩٣٧)^١

٢٥ - هل يؤدي ثمن العقار المشفوع ام قيمته ؟

١ - ان النص الفرنسي للمادة ٢٥١ من قانون الملكية يوجب ترجمة

١ قال الزيلعي في شرح الكتر جزء ٥ ص ٢٤٥ : ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل بعد القضاء ويجوز له اقامة الدعوى وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى له القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل . وعن محمد رحمه الله ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله احترازاً عن توي الثمن . وجه الظاهر ان الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطالب بادائه والاحضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضاء ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشتري ان يبيع العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانهما نزلا منزلة البائع والمشتري . ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل بالاجماع لتأكيدا بالقضاء بخلاف ما اذا أخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد رحمه الله حيث تبطل لعدم التأكد .

«قيمة الثمن» الواردة بالاصل العربي «بمقدار الثمن» ولا يسوغ للمحكمة ان تلزم الشفيع باداء قيمة العقار الى مشتريه متى كان القانون ملزماً اياه بدفع الثمن الواقع الشراء به

(محكمة التمييز السورية بالاكثرية عدد ٦٢ تاريخ ٢٢ ت ١ سنة ١٩٣٩)

٢ - يجب على الشفيع اداء بدل الشراء لقيمة المبيع الى المشتري
(استئناف عقاري رقم ٥١ و ٥٢ تاريخ ١٥ نيسان سنة ١٩٤٤)^١

٢٦ - العبرة للثمن وقت العقد

العبرة للثمن بتاريخ العقد ولا عبرة للثمن الحاضر الوارد بقرار محكمة الاستئناف الصادر في ٢٤ ك ١ سنة ١٩٤١ لانها رجعت عنه . راجع قراراتها الصادرين في ١٥ نيسان سنة ١٩٤٤ رقم ٥٢ و ٥١ و تاريخ ٢٧ ايار سنة ١٩٤٤ رقم ٩١

(استئناف لبنان ٧ ك ١ سنة ١٩٤٤ رقم ١٧٢)

٢٧ - التحسين في العقار

١ - ان التحسين المتوجب على الشفيع اداؤه للمشتري بموجب المادة

١ وان اشترى داراً بعرض او عقار اخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثلياً لان الشفيع يملكها بمثل ما يملكها المشتري به (زياعي جزء ٥ ص ٢٤٩)
ويعتبر قيمة ذلك (شيء وقت الشراء لا وقت الاخذ) حاشية (الشلي ص ٢٤٩)

٣٤٩ من القرار رقم ٣٣٣٩ لا يشمل الا التحسين الناتج عن فعل المشتري وليس التحسين المبني على الظروف الاقتصادية

(محكمة الاستئناف المختلطة رقم ٢٤ تاريخ ١٧ اذار سنة ١٩٤٣ ،

واستئناف وطني رقم ١٧٢ تاريخ ٢٠ ت ٢ سنة ١٩٤٣ ورقم ٥١ و ٥٢ في ١٥ نيسان سنة ١٩٤٤ و ٢ ك ١ سنة ١٩٤٤ رقم ١٧٢)

- ٢ - يجوز المشتري مطالبة الشفيع بالتحسين الذي اجراه من ماله الخاص وبالزيادة الناشئة عن الحالة الاقتصادية والخارجة عن عمل المشتري وارادته لان الشارع لم يشأ ان يجعل الشفعة واسطة كسب يلجأ اليها الشريك في حالة ارتفاع قيمة العقار المشفوع قبل انقضاء المهلة الممنوحة له لاستعمال حقه بالشفعة ورائده كسب الفرق الحاصل في قيمة العقار بسبب الحالة الاقتصادية بين تاريخ الشراء وتاريخ طاب الشفعة وحرمان الشاري من هذا الكسب المشروع^١

١ اذا بنى المشتري او غرس في الارض المشفوعة ثم قضي للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعاً وان شاء كلف المشتري قطعها فيأخذ الارض فارغة وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلفه بالقطع ولكنه بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك . وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله لانه ليس بمعتد في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل باحكام المدوان . ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تفاق به حق متأكد للغير فينتفض ولان حق الشفيع اقوى من حق المشتري ولهذا تنفض جميع تصرفات المشتري (زيلعي ص ٢٥٠ جز ٥٠) وقد اخذ القانون بوجهة ابي يوسف ومالك والشافعي

٢ ينتقد على هذا الرأي المخالف للقرارات السابقة ان المشتري يستطيع ابلاغ الشفيع حصول التسجيل على اسمه فيجبره على استعمال الشفعة بمهلة ثلاثة ايام^٢ ولذلك فان الاجتهاد استقر على ترك هذا الرأي والعمل بالقرار الذي تقدمه في المحاكم الوطنية والاجنبية في لبنان

٣ - ان التحسينات التي يطالب بها استناداً لاحكام المادة ٢٤٩ يقصد بها التحسينات المادية التي يكون احداثها المشتري والتي تؤول الى زيادة العقار من حيث التأجير والانتاج

(استئناف عدد ٢٠٩ تاريخ ٦ آذار سنة ١٩٤١)

وتقدر الزيادة بزمن وقوعها

(تمييز سوري رقم ١٧ - ٢٧ تاريخ ٢٤ نيسان سنة ١٩٣٩)

٢٨ - المقصد من عدم امكان استعمال حق الشفعة اذا

افرج العقار لشخص ثالث

١ - ان ما جاء بالمادة ٢٥٠ من القرار رقم ٣٣٣٩ من التصريح بان فراغ العقار لشخص ثالث بقيده في السجل العقاري يوجب عدم امكان استعمال حق الشفعة هو مصروف الى عدم استعمال هذا الحق تجاه الشريك الاول الذي قد يكون خرج عن الخصومة بخروج العقار من حوزته ولكنه لا يمنع استعماله ضد المشتري الثاني

(تمييز سوري عدد ٥٨-٥٥)

٢ - يجب ان يفهم معنى المادة ٢٥٠ من القرار رقم ٣٣٣٩ بان الشفيع لا يمكنه ان يستعمل حق الشفعة الا ضد المشتري الاخير مع ملاحظة دفع الثمن الذي اداه هذا الاخير

(قرار اعدادي لمحكمة الاستئناف المختلطة في ٣ ك ١ سنة ١٩٤١

عدد ٣٢)

٣ - الخصم في دعوى فسخ التسجيل العقاري هو من كان العقار مسجلاً

على اسمه

(تمييز سوري في ٢٧ ت ١ سنة ١٩٣٨)

٤ - يمكن ان يعطى المادة ٢٥٠ تفسيران اولهما ان حق الشريك بالشفعة يسقط ان هو أفرغ حصته في العقار المشترك الى شخص آخر وهذا التفسير ينطبق على المادة ١٠٣٩ من المجلة القائل : لو بيع المشفوع به بعد طلبي الشفعة وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفيعته لان حقه بطالب الشفعة ناشئ عن كونه شريكاً في الملك وهو يزول بزوال حقه بملكية الحصة الشائعة^١ وثانيهما : ان حق مطالبة المشتري الاول بتمليك الشريك الحصة المشفوعة يسقط بمجرد بيع هذا المشتري حقه من شخص ثالث وعندئذ تقام الدعوى على المشتري الثاني من الشفيع^٢

« استئناف لبنان عدد ٢٦١ تاريخ ٢٤ ك ١ سنة ١٩٤١ »

٢٩ - كيفية طلب الشفعة اذا كان العقار مقسوماً الى اقسام مختلفة

اذا كان العقار مؤلفاً من وحدة عقارية من حيث المساحة ولكنه بالحقيقة مقسوماً الى اقسام مختلفة مستقلة قانوناً عن بعضها بسبب اختلاف المالكين

١ تبطل الشفعة ببيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة اي تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين ان يكون عالماً وقت بيع داره بشراء المشفوعة او لم يكن عالماً لانه لا يختلف في الحالين فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم ببيعها او لم يعلم . (زيلبي جزء ٥ ص ٢٥٨)

٢ ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفيعته لانه بالاقدام على الشراء من المشتري اعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة . ولن هو بمده من الشفاء او مثله ان ياخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وان شاء بالعقد الثاني . (زيلبي نفس الموضع) ولا شفعة لمن باع او بيع له اي بالوكالة ومن اشترى او اشترى له كان له الشفعة .

فلا يجوز طلب الشفعة الا لمن كان شريكاً في نفس القسم المباع
(استئناف لبنان ٢ ت ١ سنة ١٩١١ رقم ١٦٣ و ١٧ نيسان سنة ١٩٤٥
رقم ١٧١)

٣٠ — عدم ذكر الشفيع ثمن الشراء وقت طلب الشفعة
ان القانون لم يوجب بفصل الشفعة على الشفيع ان يعين ثمن الشراء تحت
طائلة الابطال وسقوط الحق لا يحكم به الا بنص وعند عدم النص لا يجبر
القاضي على رد الدعوى
(استئناف لبنان رقم ١ تاريخ ٤ ك ٢ سنة ١٩٤٤)

٣١ — حق الشفعة وهل ينتقل بوفاة الشفيع ؟
ان حق الشفعة لا ينتقل عند الوفاة من صاحبه الى ورثته عملاً بنص
المادة ٢٤٣ من قانون الملكية
وقد صرحت احكام المجلة بان الشفيع لا يصير مالكا للمشفوع الا
بتسليمه بالتراضي او بحكم الحاكم بمقتضى المادة ١٠٣٦ من المجلة والمادة ١٠٣٨
من المجلة قد نصت على ان الشفيع اذا مات بعد طلب الموائمة والتقوير وقبل
ان يكون مالكا : للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم
الحاكم لا ينتقل حق الشفعة الى ورثته والاحكام الشرعية تقصد عن حكم
الحاكم الاحكام المهمة لانها جاءت لحكم الحاكم مفعولا وهو صيرورة الشفيع
مالكا للمشفوع ولا يتم ذلك الا في حالة انهماك الحاكم
(استئناف لبنان قرار رقم ٢٨٢ في ٣ تموز سنة ١٩٤٥)

١ وتبطل الشفعة بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطاب او قبله ولا تورث عنه ولا
تبطل بموت المشتري ٢ وقال الشافعي : لا تبطل بموت الشفيع ايضاً لان هذا حق معتبر

٣٢ - القيم وهل يجوز له طلب الشفعة ؟

ان محكمة البداية بجبل لبنان اعتبرت بحكمها الصادر في ١٨ شباط سنة ١٩٤٢ ان الشرأء بطريق الشفعة هو من اعمال التصرف التي لا تدخل ضمن صلاحية القيم .

ففسخت محكمة الاستئناف الحكم البدائي واعتبرت ان للقيم حق اقامة دعوى الشفعة اذا وجدت المحكمة ان للغائب مصلحة في اقامتها وعللت حكمها بما يأتي :

حيث ان وظيفة القيم تقوم شرعاً بالمحافظة على اموال الغائب وحقوقه وحيث ان القيم لا يملك الخصومة الا باذن القاضي .
وحيث ان حق الشفعة ليس هو من الحقوق الشخصية المحضة كما ذهبت

في الشرع كالفصاص وحق الرد بالبيع . (الزيلعي جزء ٥ ص ٢٥٨) وفي حاشية الشلبي : والخلاف فيما اذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فاذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته بالاتفاق

قال الامام الاسييجاني في شرح الطحاوي صورته ان داراً بيعت ولها شفيع وطلب الشفعة فاثبتها بالطلبين ثم مات قبل الاخذ بالقضاء او بتسليم المشتري اليه فاراد ورثته اخذها فليس لهم ذلك ولو كان الشفيع مالكها بالقضاء او بتسليم المشتري اليه ثم مات تكون ميراثاً لورثته ا هـ . اتقاني (ص ٢٥٢ - ٢٥٨ جزء ٥)

وقال الامام مالك : ان حق الشفعة يورث فيحل الوارث محل مورثه لانه حق متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عفار فاذا انتقل ذلك العفار الى الوارث انتقل اليه بحقوقه .

وذهب احمد الى انه يورث اذا ما تقرر بالمطالبة لتأكده وتحققه حينئذ اما قبل المطالبة به فلا يورث ، وعليه اذا توفي الشفيع قيل ان يطلب الاخذ بالشفعة لم يمكن لوارثه حق الاخذ بها عند ابي حنيفة واحمد ، واذا توفي بعد المطالبة كان لوارثه حق الاخذ بها عند احمد ويثبت للوارث هذا الحق في جميع الاحوال عند مالك والشافعي .

اليه المحكمة البدائية وانما هو من الحقوق العينية التي لا تتوقف ممارستها على اعتبارات شخصية فحسب وانما تتوقف على وجود مصلحة مادية للاشغيع في اقامتها .

وحيث ان ما ذهبت اليه محكمة البداية من عدم امكان القيم اقامة دعوى الشفعة عن الغائب بصورة مطلقة يضر بمصلحة الغائب وبحقوقه ويلحق ضرراً بامواله التي شرعت القيمومة لاجل المحافظة عليها .

وحيث ان المحافظة على اموال الغائب لا تقتصر على حفظها مادياً من الخراب والانذار وانما تقوم ايضاً على حفظ الحقوق الاتفاقية والقانونية التي تعود للغائب والتي يمكن ان تسقط بعدم ممارستها في مدة معينة .

وحيث انه يعود للمحكمة في هذه الاحوال ان تثبت ما اذا كانت دعوى ممارسة هذا الحق تعود بالنفع على حقوق الغائب ومصالحه اجازت للقيم حق اقامتها .

وحيث ان هذه المحكمة بالنظر لارتفاع اسعار العقارات ترى ان للغائب مصلحة في اقامة هذه الدعوى ولا ترى محلاً للرجوع عن الاجازة المعلقة للقيم في اقامة هذه الدعوى .

الا ان الغرفة المدنية الاولى بقرارها الصادر في ١٣ تموز سنة ١٩٤٤ تحت رقم ٤٤ على اثر طلب اعادة المحاكمة ابطلت القرار الاستثنائي لعدم كفاية التعليل لأن محكمة الاستئناف لم تفرق بين الحالات التي يملك القيم حق الخصومة بها وهي اعمال الصيانة باذن خاص والعقود التي وجبت بعقده وبين بقية الحالات التي لا يملك القيم حق الخصومة بها كما انها لم توضح اذا كانت دعوى الشفعة هي من اعمال الصيانة والحفظ التي يملك القيم حق الخصومة بها باذن القاضي ام لا وقررت بالنتيجة ان القيم ليس له حق طلب الشفعة لانها

لا تمتد بحد ذاتها عملاً من أعمال الحفظ بالنسبة للنائب فلا يملك اقامتها الا الشفيع او الوكيل الخاص ولا يملك القيم الخصومة بها ولا باذن القاضي لان القيم لا يعتبر خصماً عن النائب ولا نائباً عنه وانما هو وكيل بالحفظ حتى اذا اقتضت اعمال الصيانة اقامة دعوى فلا بد حينئذ من اذن خاص فان لم يكن هناك من اذن فلا يملك القيم الدعوى الا بالمقود التي وجبت بعقده .

تفسير

بعض المصطلحات الفقهية بموضوع الشفعة

١ - الارتفاق : الارتفاق في اللغة الاتكاء على رفق اليد او الانتفاع ، يقال ارتفعت بالشيء اذا انتفعت به (كذا في الصحاح) ، وعرفه قدري باشا بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مماوكة لمن لا يملك العقار الاول

٢ - الحق الشخصي بالثريعة : يراد بالحق الشخصي بالثريعة ما استحقه الشخص لذاته اي لانه فلان او لصقة شخصية قامت به كفقره وطلبه للعلم وكونه ابن فلان الخ . . . وذلك كحق الموصى له والمستحق في الوقف والمستأجر

٣ - الحق العيني بالثريعة : يراد شرعاً بالحق العيني ما تقرر على عقار فلزمه دون نظر الى مالكه والى شخص المنتفع به وذاته ويشمل حق الشرب وحق الشفة وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور وحق التعملي وحق الجوار ، فان حق المرور من ارض معينة للوصول الى ارض اخرى ، او حق سقي ارض معينة من مجرى ماء معين ، او حق صرف ارض في مصرف من المصارف حقوق مقررة في محالها من ارض او مجرى ماء او مصرف سواء اكانت مملوكة ام غير مملوكة وسواء

أكان مالكها فلاناً أم انتقلت الى ملك شخص آخر فهي تابعة لمالكها تنتقل معها بانتقالها من يد الى يد ومن مالك الى مالك وهي كذلك مقررة الارض المنتفعة للوصول اليها او لسقيها او لصرفها ايأ كان مالكها . وقد سمي قدري باشا صاحب مرشد الخيران هذه الحقوق العينية او بعضها بحقوق الارتفاق .

٤ - حق الشرب وحق الشفة : الشرب لغة النصيب من الماء ومنه الآية الكريمة « لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » ويطلق ايضاً على زمن الشرب ، ويستعمله الفقهاء في المعنيين فتارة يريدون به النصيب المستحق من الماء وتارة يريدون به نوبة الانتفاع بالماء سقياً للشجر او الزرع وحق الشفة هو حق الشرب سمي بذلك لان الشرب عادة يكون في الانسان وكثير من الحيوان بالشفة ويراد به حاجة الانسان الى الماء لشربه وانتفاعه المثلّي ولشرب حيوانه

٥ - حق المجرى : يراد به حق اجراء الماء المستحق شرباً في ارض الى ارض اخرى لسقي الشجر او الزرع ويكون هذا الحق عادة متقدراً على مجرى في الارض الاولى وقد يكون ملكاً لصاحبها وذلك كثير ، وقد يكون ملكاً لصاحب الشرب وهو قليل وقد يكون مشتركاً بين منتفعين كثيرين وعلى اية حال فليس لمالك الارض ان يمنع مرور الماء من هذا المجرى ولا ان ينقله من مكانه الا برضى اصحاب الحق فيه

ويستتبع حق المجرى حق مرور المنتفع على حافته

لاصلاحه وازالة ما يعوق سير الماء فيه وليس لصاحب
الارض منعه

٦ - حق المسيل : هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة او غير الصالح باسالته في
مجرى سطحي او في انابيب اعدت لذلك حتي يصل الى مقده
من مصرف عام او مستودع ، سواء أكان مصدر هذا الماء
ارضاً زراعية ام منزلاً للسكنى ام مصنعاً أو سواء أكان هذا الماء
من امطار ام فاضلاً من السقي ام متخلفاً عن استعمال ، وقد
يكون المسيل في ملك خاص كأن يثبت لانسـان حق امرار
فضلات منزله من مجرى في دار جاره ، وقد يكون في مرفق
عام اذا كان هذا المجرى في طريق عام ، وقد يكون المسيل
مملوكاً لصاحب الحق وقد يكون مملوكاً لصاحب الارض
او الدار المار فيها

٧ - حق المرور : هو حق مرور الانسان الى ملكه من طريق عام او من
طريق خاص في ملك غيره سواء أكان مملوكاً له ام مملوكاً
لصاحب الارض المار فيها

٨ - حق التعلـي : هو ان يكون لانسـان حق في ان يعلو بناؤه بناء غيره ،
ويتحقق ذلك في دار لها سفلى وعلو فيبيع صاحبها علوها
لآخر ، او يبيع ارضها وسفلها لشخص وعلوها لشخص آخر
فيكون السفلى للمالك والعلو للمالك الآخر ويكون للعلو حق
القرار والبقاء على ذلك السفلى

وكذلك يتحقق في دار مكونة من طبقات فيبيعها المالك
لأشخاص لكل شخص طبقة ، فيكون للاعلى حق التعلـي والقرار

على من يليه ، ولمن يليه حق التعلي والقرار على من يليه
وهكذا

وحق التعلي نوع من حق القرار كما هو ضرب من الجوار ،
فان حق القرار كما يكون باجارة ارض ايئني عليها على
ان يكون للباني حق القرار والبقاء ، ا دام يدفع اجورها
يكون كذلك من بيع علو لا آخر فيكون بناء العلو له حق
القرار على السفل

فحق القرار اما ان يكون حق قرار وبقاء على ارض واما
ان يكون حق قرار وبقاء على بناء .

وهذا الحق لا يثبت عند الحنفية الا ضمن بيع علو قائم
بناؤه فلا يباع استقلالاً لان بيعه استقلالاً غير صحيح عندهم .
وذهب المالكية والحنابلة الى انه يثبت ببيعه استقلالاً كما
يثبت في ضمن بيع بناء العلو

وهو حق دائم لا يسقط بانهدام كل من العلو او السفل
ولا بهدمهما فاذا انهدم العلو كان صاحبه ولوارثه من بعده
تجديده وليس لصاحب السفل ان يطالب باعادته على القول
الصحيح لانه لا منفعة له من ذلك . وقد اتفق الفقهاء جميعاً
على ان جميع الحقوق المتقدمة تقبل التوارث سواء اكانت
تابعة للمعار المنتفع بها ام منفردة عنه وكذلك اتفقوا على صحة
الوصية بها فاذا اوصى صاحب الشرب لصديق له بان تسقى
ارضه من شربه جاز ذلك وكان للموصى له سقي ارضه

وينتهي حقه بوفاته لأنها وصية بتنافع وهي تنتهي
بموت المنتفع^١

٩ - حق الطريق الخاص وحق الشرب الخاص وحق المسيل الخاص: وتسمى
هذه الحقوق مجتمعة بحق العقار الخاص ويريد الحنفية به حق
الطريق الخاص وحق الشرب الخاص وحق المسيل الخاص .
والطريق الخاص عندهم هو الطريق غير النافذ ويريدون به
ان يكون لاهله الحق في منع غيرهم من ان يستطرقه ولو كان
طريقاً يصل بين طريقين .

والشرب الخاص هو الشرب من مجرى لا ترفيه صغار
السفن ، وقيل ما يتفرق ماؤه بين الشركاء فيه بحيث ينتهي
عند انتهائه . وقيل ما يحصى شركاؤه والاصح ان اعتبار
الشرب خاصاً او عاماً مفوض الى راي القاضي والمسيل الخاص
ما يحصى الشركاء فيه وقيل ذلك مفوض الى راي القاضي
وتثبت الشفعة بالاشتراك في طريق خاص او بالاشتراك في
شرب خاص وهذا محل اتفاق بين الحنفية واختلافوا في ثبوتها
بسبب الاشتراك في مسيل خاص فقليل تثبت به وقيل لا
شفعة بالشركة فيه

واذا كان لارض حقان حق في طريق خاص وحق في
شرب خاص فبيعت فطلب اخذها بالشفعة كل من الشركاء
في الطريق والشركاء في الشرب كان الشركاء في الشرب
أولى من الشركاء في الطريق كما ان الشريك في الطريق

أولى . ن الشريك في المسيل .

ومرجع ذلك الى اختلاف الشركاء في قوة الاتصال وتوقع الضرر بسببه فأقواهم اتصالاً الشريك في الشرب لان حياة الارض ووفرة غلتها بوفرة مائها ثم يليه بعد ذلك الشريك في الطريق فالقراحم فيه والخلاف عليه اقل منهما في الشرب ودونها في ذلك المسيل اذ لا يعنى الانسان كثيراً بان يكون له مسيل خاص .

١٠ - العقار والمنقول : العقار في الشرع هو . لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه ولا يشمل غير الأراضي سواء . اكانت زراعية او معدة للبناء او لاي انتفاع آخر . والمنقول ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه ، سواء ابقى مع ذلك التحويل على هيئته وصورته ام تغيرت به هيئته وصورته ، فيشمل جميع انواع الحيوان والعروض والذهب والفضة والمكيالات والموزونات وجميع انواع المال ما عدا الاراضي ، فالشجر والبناء من المنقول لاما كان نقلهما وان ترتب على ذلك تغير في صورتها اذ يصح البناء انقاضاً والشجر اخشاباً او اخطاباً ، وقد خالف في ذلك مالك فجعلهما من العقار لانه يشترط في المنقول ان يقبل التحول مع بقاء هيئته وما لا يقبل ذلك عقار

وقائدة هذا التقسيم تظهر خاصة في الشفعة ، لانها لا تثبت في البيع الا اذا كان عقاراً ولا تثبت في منقول الا اذا كان تابعاً للعقار وبيع معه سواء اكان متصلاً به اتصال قرار كالبناء والشجر والنخل والزرع ام كان متصلاً بما هو متصل

به كالشجر على الشجر ، ام كان غير متصل به ولكنه من لوازمه كآلات الحراثة والسقي ونحوها للاراضي الزراعية اما اذا بيع شيء من ذلك استقلالاً دون ان يباع مع العقار فلا يثبت فيه حق الشفعة . وعلى ذلك اذا بيعت ضيعة بما عليها من حظائر ومخازن وما فيها من اشجار وآلات زراعية فان حق الشفعة يثبت في جميع ذلك من عقار ومنقول^١

١١ - المثلي والقيمي : المثلي نسبة الى المثل ويطلق في الشريعة على الاموال التي تقدر عادة بالوزن او بالكيل او بالعد فما يقدر بالوزن ، جميع الموزونات من المعادن كالذهب والفضة والنحاس والقصدير وغيرها ومن المصنوعات كاصابون والاسمدة وكثير من انواع الحلوى ، ومن الاثمار كالشمش والبلح والتفاح وغيرها . وما يقدر بالكيل جميع المكيلات من الحبوب كالبر والارز والشعير والذرة وغيرها ومن السوائل الزيوت بانواعها وكثير من المشروبات وغيرها وكثيراً ما يستعمل الوزن في تقدير المكيلات كما شاع ذلك الآن في الزيوت وبعض الحبوب وعندئذ تعتبر كذلك من الموزونات لا عرف . وما يقدر بالعد جميع العدديات المتقاربة الاحاد التي لا يوجد بينها تفاوت يعتد به الناس ويرتبون عليه اختلاف القيم كالبيض

١ ذهب بعض السلف كطاء وجابر الى ان الشفعة تثبت في كل مبيع مشترك عقاراً كان او منقولاً والى هذا ذهب اهل الظاهر فقالوا بشبوتها في كل جزء يبيع مشاعاً في ارض او شجر او ثوب او سيف او آنية او طعام مستدلين بذلك بالحديث الشريف « الشريك شفع ، والشفعة في كل شيء »

والهتقال والليمون .

فاساس اعتبار المال مثلياً التماثل بين اجزائه وآحاده ووجوده كذلك في الاسواق فالارز اذا كان موجوداً في الاسواق كان مثلياً واذا لم يكن موجوداً عد من القيمي حتى يوجد في السوق ولا تأثير لوجوده عند الناس .

والقيمي نسبة الى القيمة ويطلق على ما لا يقدر من الاموال بالكيل او الوزن او العدد ، وعلى العددي المتفاوت الآحاد الى درجة تتغير معها القيمة ويشمل الاراضي والدور والحيوان بجميع انواعه والاشجار والشباب والاحجار الكريمة . ومنه ما يقدر عادة بالقياس كالأقمشة تقدر بالمتر واليارد والذراع وذلك لاختلافها في النسيج والخياط اختلافاً تتفاوت به قيمها وهذا عند الفقهاء ايام كانت صناعة الغزل والنسيج عندهم بالايدي . اما الآن وقد اصبح كل ذلك بالآلات ميكانيكية لا تنتج الا تماثلاً في جميع الصفات فالواجب عدها من المثليات وكذلك كل ما اوجدته الصناعة الحاضرة من المصنوعات المتماثلة في المادة والصنعة والفن والصفة كالنقود الذهبية والفضية والنحاسية والبرنزية واواني الطعام والشراب والملاعق والشوك والسكاكين والورق والكتب المطبوعة وغير ذلك من التماثلات الموجودة في الاسواق لان المناظر التماثل وعدم الاختلاف في القيمة مع الوجود في الاسواق .

وتظهر فائدة هذا التقسيم بالشفعة ان المشتري اذا اشترى داراً بعرض او عقار اخذها الشفيع بقيسته وبثله لو مثلياً .

فهرس الكتاب

صفحة	
٣	المقدمة
٥	المادة ٢٣٨
٦١	المادة ٢٣٩
٨٩	المادة ٢٤٠
٩٩	المادة ٢٤١
١٠٢	المادة ٢٤٢
١٢٢	المادة ٢٤٣
١٢٦	المادة ٢٤٤
١٤٠	المادة ٢٤٥
١٤٣	المادة ٢٤٦
١٤٦	المادة ٢٤٧
١٤٧	المادة ٢٤٨
١٥٩	المادة ٢٤٩
١٦١	المادة ٢٥٠
١٦٩	المادة ٢٥١
١٧١	المادة ٢٥٢
١٧٥	المادة ٢٥٣
١٧٦	المادة ٢٥٤
١٧٨	ملحق يحتوي على الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحاكم اللبنانية والسورية بموضوع الشفعة مع تعليقات قانونية
٢٠٤	تفسير بعض المصطلحات التقنية بموضوع الشفعة