

شروط الأخذ بالشفعة

طبيعة الشفعة

النص التشريعي (مادة ٩٣٥) :

الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية:

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة يقابل في نصوص القانون بالأقطار العربية، المواد التالية:

مادة ٩٢٩ ليبي و ١١٢٨ عراقى و ٢٢٨ لبنانى و ٧٤٦ سودانى.

الأعمال التحضيرية :

١- عرفت الشفعة بأنها رخصة لا "حق" لأنها ليست بحق، بل هى سبب من أسباب كسب الملكية، فلا معنى للبحث فيما إذا كانت حقاً عينياً أو حقاً شخصياً وقد حذف المشروع من التعريف الذى أقرته اللجنة العبارة التى تذكر أن الشفعة سبب لكسب الحقوق العقارية، فإن هذا مفهوم من وضع الشفعة بين أسباب كسب الحقوق العينية. وإذا أريد بهذه العبارة - كما تقول المذكرة الإيضاحية للجنة، وأن تبقى الشفعة دائرة بين العينية والشخصية، كان هذا ادعى لحذفها.

٢- ويقول المذكرة إن اللجنة جعلت الحق فى الشفعة ينتقل بالميراث، خلافاً لما ذهب إليه محكمة الاستئناف فى دوائرها المجتمعة. وأخذ بهذا رأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية ومن بينهم الشافعى ومحمد، وهو رأى الذى يتفق مع المبادئ العامة للقانون، فإن الشفعة أساس لدعوى من الدعاوى المالية، وهذا هو ما تقضى به طبيعة الشفعة وعلّة مشروعيّتها،

وقد أخذ بهذا المبدأ التقنيان الألماني والبولندي. ونصت اللجنة أخيراً، لاستكمال خصائص الشفعة، على أنها حق فلا يتجزأ في استعماله^(١).

رأى الفقه:

١- يؤخذ من التعريف الوارد بنص المادة ٩٣٥ أن الشفعة، وهى سبب من أسباب كسب الملكية، رخصة إذا استعملها الشفيع تملك عقاراً باعه صاحبه لغيره، وحل الشفيع محل المشتري فى هذا البيع. فهى لا تكون إلا فى بيع عقار. وقد قام فى الفقه جدل فى تكييف الشفعة، هل هى حق عينى أو حق شخصى. والصحيح أن الشفعة ليست بحق عينى ولا شخصى، بل هى ليست بحق أصلاً إنما الشفعة سبب لكسب الحق والفرق واضح بين الحق نفسه وبين سبب من أسباب كسبه، والشفعة بإعتبارها سبباً لكسب الحقوق العينية هى واقعة مادية. ومفاد ما جاء بنص المادة ٩٣٥ مدنى من أن "الشفعة رخصة" أن الرخصة تتولد إذن بقيام هذا المركز القانونى. وهذه الرخصة تخول للشفيع الحق فى أن يملك العقار المشفوع فيه بإرادته المنفردة، وذلك بأن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة. فالشفعة لا تكون سبباً لكسب الملك فلا بقيام مركز قانونى معين تنتهى أسبابه باجتماع وقائع مادية معينة، فيكون للشفيع ليس حق الملك بل الحق فى أن يملك. فإذا أعلن عن إرادته فى الأخذ بالشفعة، وهذه إرادة منفردة أى تصرف قانونى صادر من جانب واحد، تكاملت عناصر الشفعة بإعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية فيتملك حقه فى ملكيته وذلك عن طريق حله محل المشتري.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية - الجزء ٦ - ص ٣٤٦ وما بعدها.

والشفعة متصلة بشخص الشفيع ولصيقة به - ومنه يستخلص

النتائج التالية:

(١) أن دائني الشفيع لا يجوز لهم أن يستعملوا الشفعة نيابة عن الشفيع بطريق الدعوى غير المباشرة.

(٢) أن الشفعة لا تنتقل بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير.

(٣) أن للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد قيام سببها، بل وقبل أن يقوم بها سببها (م ٩٤٨ مدنى).

(٤) أن الشفعة، إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها، لا تنتقل بالميراث إلى ورثته^(١).

٢- المستفاد من نص المادة ٩٣٥ مدنى أن الشفعة ليست حقاً من الحقوق، ولذلك لا يجز وصفها بأنها حق عينى أو حق شخصى، أو بأنها بين هذا وذاك، إن الشفعة مجرد رخصة، أو هى على حد قول الشرعيين: خيار ومشئنة، فهى مصدر من مصادر الملكية وسبب من أسباب كسبها وليست فى ذاتها حقاً من الحقوق. والحكمة وسبب من أسباب كسبها وليست فى ذاتها حقاً من الحقوق. والحكمة فى مشروعية الشفعة هى دفع ضرر المجاورة أو الاشتراك فى الملك، ثم إن من شأنها أيضاً منع تجزئة العقارات ببيعها لغير الجار والشريك وجمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة عن طريق الأخذ بالشفعة.

والشفعة نظام مأخوذ من الشريعة الإسلامية، ولهذا وجب على القاضى أن يرجع إلى الشريعة الإسلامية لتفسير ما غمض من النصوص القانونية

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور السهنورى - المرجع السابق - ص ٤٤٥ وما بعدها.

الخاصة بها، وكذلك يجب عليه الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية عند عدم وجود النص القانوني^(١).

٣- الشفعة - كما تقول المذكرة الإيضاحية - رخصة لا حق، وهي سبب من أسباب كسب الملكية والانتفاع والحكر. وقد استمد المشرع أحكام الشفعة من أحكام الشريعة الإسلامية بإعتبارها المصدر التاريخي. وقد أخذت تشريعات أجنبية بنظام الشفعة كالقانون الأسباني والقانون الألماني. والشفعة إذ تؤدي إلى كسب الحق المبيع جبراً عن المشتري تعتبر فقهاء الشريعة الإسلامية على خلاف الأصل والقياس، دفعاً لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع وقد كان الإبقاء على نظام الشفعة محلاً لمناقشات كثيرة بين أعضاء اللجنة التي عد إليها بوضع مشروع الشفعة، ثم استقر الرأي - كما تقول المذكرة الإيضاحية - على إبقاء الشفعة سبباً لكسب الملكية لإعتبارات تاريخية، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية للبلاد، هذا إلى ما للشفعة من فائدة في جمع ما تفرق من حق الملكية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة^(٢).

٤- لقد استمد المشرع في مصر أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية، وتبعاً لذلك فإنه يجب الرجوع - إذا كان هناك غموض أو لبس - إلى المعمول به في الشريعة الإسلامية.

(١) الملكية وأسباب كسبها - للدكتور عبدالمنعم البدرأوى - طبعة ١٩٨٠ - ص ٣٣٣،

٣٣٤.

(٢) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٠٥

وما بعدها.

ومن الأحاديث النبوية الشريفة ما روى عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل مالا يقسم، فإذا وقعت الحدود وعرفت الطرق فلا شفعة.

وعن جابر أيضاً أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم رבעه أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به.

ولقد أجمع على الأخذ بها فقهاء المسلمين في كل زمان حتى صارت من التقاليد الموروثة في بلادنا وأصبح الأخذ بها أمراً لا مناص منه، وفي الأخذ بالشفعة جمع لشتات الملكية، إذ لمالك الرقبة - على سبيل المثال - أن يشفع في حق الانتفاع إذا ما بيع، وللشريك على الشيوع أن يشفع إذا ما باع شريك آخر له ما يملكه، وفي هذا جمع لشتات الملكية ومنع لتجزئتها، وإذا كان المبيع أرضاً زراعية فليس في جمع الملكية مخالفة للنظام في مصر، إذ أن هناك حداً أقصى لملكية الفرد لا يجوز تجاوزه. ولا يمكن أن يؤدي الأخذ بالشفعة إلى تجاوزه، وإلا كان في ذلك مخالفة للقانون.

والشفعة طريقة من طرق اكتساب الملكية وبعض الحقوق العينية الأصلية الأخرى، وهي رخصة خولها القانون لكل من يوجد في أحد المراكز القانونية المنصوص عليها في القانون والتي تخول الأخذ بالشفعة. والقاعدة هي حرية التعاقد، والبائع حر في اختيار من يشتري منه، وفي الشفعة إجبار للبائع على البيع إلى مشتر غير الذي تعاقد معه، وتبعاً لذلك فلا يجب التوسع في تفسيرها.

والشفعة ليست حقاً شخصياً ولا عينياً، ولكنها سبب لاكتساب الحقوق العينية الأصلية، يستند فيها الشفيع إلى مركز قانوني معين يتمثل في سبب

من الأسباب التي نص عليها القانون والتي تجيز الأخذ بالشفعة، فإذا ما اقترن هذا المركز القانوني بتعبير عن الإرادة يصدر من الشفيع، عندئذ يمتلك الشفيع العقار المشفوع فيه.

والشفعة تتصل بالشفيع، وليس للشفيع أن ينزل عنها إلى غيره من جهة، ومن جهة أخرى فإن الشفعة تتبع العقار المشفوع به، فإذا أراد الشفيع أن ينزل عن حقه في الأخذ بالشفعة إلى الغير، فإن عليه أن يتصرف في العقار المشفوع به إلى هذا الغير. ويجب أن يتم ذلك قبل بيع العقار المشفوع فيه وإلا سقط الحق في الأخذ بالشفعة، إذا يجب لثبوتها أن يكون الشفيع أن يكون الشفيع ملكاً العقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه.

ولا تثبت الشفعة إلا للشفيع فقط، ولا يجوز لدائن الشفيع - إذا لم يعبر هذا الأخير عن إرادته في الأخذ - أن يطيب الأخذ بها مستخدماً في ذلك حقوق مدينه (الشفيع) بطريق الدعوى غير المباشرة.

فعلى من يريد أن يأخذ العقار المبيع كله وليس له الحق في تجزئته لما يترتب على التجزئة من قصور يصيب البائع. وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون العقار المشفوع فيه قد بيع في صفقة واحدة. وأما إذا كان قد بيع في صفقات متعددة مجزئاً وطالب الشفيع بالشفعة في جزء منه - أي فيما ورد عليه البيع في صفقة من الصفقات - فإن هذا لا يعتبر تجزئة للشفعة، إذ أن العقار المشفوع فيه كان منذ البداية مجزئاً.

فإذا كان العقار المشفوع فيه واحداً وبيع لعدة مشترين، فتجنب التفرقة بين ما إذا كان نصيب كل من المشترين مفرزاً، أم أنهم جميعاً مشترين على الشيوع، فإذا كان نصيب كل من المشترين قد تحدد مفرزاً جاز للشفيع

أن يأخذ بالشفعة ما يشاء من هذه الأجزاء ولا ضرر يصيب البائع إذ تبدو الصفقة كما لو كانت مجزأة من البداية، فإذا كان نصيب كل مشتري شائعاً، ويتحقق ذلك عندما يتعدد المشتركون ولا يكون نصيب كل منهم مفرزاً، فيجب عندئذ، على الشفيع أن يشفع في العقار المشفوع فيه كله، وإلا كان في القول بغير ذلك تجزئه للشفعة والتجزئة لا تجوز.

وأما إذا تعدد العقارات المبيعة وبيعت لمشتريين متعددين، فالشفيع أن يشفع في العقار الذي تتوافر بالنسبة له شروط الشفعة فيه، إذ يعتبر كل من هذه العقارات صفقة واحدة قائمة بذاتها، ومن ثم فلا يبدو أن هناك تجزئة. وإذا تعددت العقارات المبيعة وبيعت لمشتري واحد في صفقة واحدة وبثمن واحد فعلى من يريد الشفعة أن يشفع في العقارات جميعها، وإلا لترتب على القول بغير ذلك ضرر للبائع وللمشتري وتكون الصفقة واحدة ولو تعددت العقارات المبيعة متى كانت هذه العقارات المبيعة متصلة، أو حتى إذا كانت هذه العقارات منفصلة ولكنها لغرض واحد. ومثال ذلك أن يشمل المبيع مبنى مخصصاً ليكون مدرسة وقطعة أرض فضاء ملحقة به، فليس للشفيع أن يشفع في المبنى دون الأرض أو في الأرض دون المبنى لما في ذلك من تجزئة للشفعة ضارة بالمشتري.

فإذا تعددت العقارات المبيعة وبيعت لمشتري واحد أو لأشخاص متعددين ولم يكن يجمعها وحدة الغرض أو الهدف، جاز للمشتري أن يأخذ منها بالشفعة ما يشاء، ولا يكون في ذلك تجزئة للشفعة، إذ أن العقارات لم تبع في صفقة واحدة، ولا ضرر يصيب البائع أو المشتري من التجزئة. وباعتبار الشفعة رخصة لا حق فهي لا تورث لأنها متصلة بشخص الشفيع.

ومع ذلك فإن مسألة عدم انتقال الشفعة إلى الورثة قد أثارت جدلاً كبيراً سواء فيما بين الفقهاء المسلمين أو فيما بين فقهاء القانون الوضعي، واختلفت في شأنها أحكام القضاء - وفي المسألة تفصيل تعرضه فيما يلي:

١- إذا مات الشفيع بعد تمام الأخذ بالشفعة - فالحق يكون قد ثبت للشفيع، وتنتقل بعد ذلك لورثته.

٢- إذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه فلا تثبت الشفعة لا للشفيع ولا لورثته.

٣- إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل تمام الأخذ بالشفعة - فهل ينتقل الحق في الشفعة إلى ورثة الشفيع؟ أم أن هذا الحق خاص بالشفيع وبالتالي فإنه لا يورث.

أثارت هذه المسألة جدلاً بين فقهاء المسلمين، كما أثارت جدلاً بين فقهاء القانون، ومن فقهاء المسلمين من قال بأن الشفعة خيار والخيارات لا تورث، وهذا ما قال به بعض فقهاء الحنفية بينما قال البعض الآخر منهم أن حق الشفعة هو حق متعلق بمال وبالتالي فإنه يورث. ولقد ذهب المالكية في الراجع لديهم إلى القول بأن حق الشفعة يورث قياساً على غيره من الأموال. ويذهب فقهاء الحنابلة إلى القول بوجوب التفرقة بين فرضين: (الأول) إذا مات الشفيع بعد بيع العقار المشفوع فيه وبعد أن يعبر عن رغبته في الأخذ بالشفعة - فهنا ينتقل حق الشفيع قبل أن يكون الشفيع إلى ورثته، و(الثاني) إذا مات الشفيع قبل أن يكون قد عبر عن إرادته في الأخذ بالشفعة - فهنا لا ينتقل الحق إلى ورثته.

أما في مصر - فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الشفعة لا تورث، وحجتهم في ذلك أن الشفعة رخصة أو خيار، والقاعدة في الفقه الإسلامي أن

الخيارات لا تورث. على أن جانباً آخر من الفقه ذهب إلى القول بانتقال الشفعة بالميراث إلى الورثة حتى ولو كان الشفيع قد مات قبل أن يطلب الأخذ بالشفعة، فإذا كان قد طلبها فعلى الورثة استكمال ما بدأه مورثهم من إجراءات (نقض - جلسة ١٩٥٧/٣/٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٨ - مدني - ص ٢١٤)، كما تنتقل الشفعة أيضاً إلى ورثة الشفيع حتى ولو كان قد مات قبل أن يطلب الأخذ بها.

وذهب بعض الفقهاء في مصر إلى القول بانتقال الشفعة إلى ورثة الشفيع إذا كان هذا الأخير قد مات بعد أن يكون قد طلب الأخذ بالشفعة، فإذا لم يكن طلبها فإن الحق فيها لا ينتقل إلى ورثته.

فإذا مات الشفيع قبل بيع العقار المشفوع فيه وانتقلت ملكية العقار المشفوع به إلى الورثة، ثبت لهؤلاء الحق في الأخذ بالشفعة لا بإعتبارهم ورثة ولكن بإعتبارهم ملاكاً للعقار المشفوع به وقت الأخذ بالشفعة.

وإذا مات الشفيع بعد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة كان لورثته الحلول محله ولهم تبعاً لذلك المطالبة بالشفعة.

وأما إذا مات بعد بيع العقار المشفوع فيه وقبل المطالبة بالشفعة فقد ذهب الفقه إلى القول بأن الشفعة لا تنتقل إلى الورثة، فهي لم تثبت بعد للشفيع فكيف يمكن القول بانتقالها إلى ورثته، إذ أن فاقد الشيء لا يعطيه. وهي لا تثبت أيضاً للورثة أيضاً بصفته الشخصية لكونهم غير مالكين للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه.

وينتقد الدكتور محمد على عمران هذا الرأي قولاً بأنه يؤدي إلى نتيجة غير منسجمة مع ما تقضى به قواعد الشفعة الخاصة، والأهداف التي ترمى إلى تحقيقها إذ يؤدي بالأشعة للورثة لا إعتبارهم ورثة ولا أصلاء عن أنفسهم.

لذلك فقد ذهب رأى فى الفقه إلى القول بأن الشفعة تنتقل من الشفيع إلى ورثته، فهى وإن اتصلت بشخص الشفيع، إلا أنها تتعلق أيضاً بالعقار المشفوع به، ومتى انتقل هذا العقار المشفوع به إلى الورثة، فإن الحق فى الشفعة ينتقل أيضاً إليهم بالميراث حتى ولو لم تتوافر فيهم شروط الأخذ بالشفعة (الدكتور محمد لبيب شنب - ص ١٠٦ والدكتور محمد على عمران - ص ١٠٦)^(١).

٥- الشريعة الإسلامية هى مصدر أحكام الشفعة فى القوانين الوضعية ولم يلتزم المشرع السودانى اتباع مذهب واحد عند الأخذ بنظام الشفعة. وترجع الحكمة فى تشريع الشفعة إلى دفع ما قد يتوقع من ضرر يصيب الشريك بسبب مشاركته شخصاً قد لا تؤمن عواقبه أو من ضرر يصيب الجار من جار جديد قد يكون غليظ الطبع ردى الخلق لا تؤمن شروعه، وقد يكسب الشفيع بعد الشفعة سعة فى مسكه أو أرضه بعد أن كان فى مسكنه أو أرضه، والضرر يجب أن يزال ما أمكن لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار".

ولقد استمد المشرع السودانى والعربى نظام الشفعة من الشريعة الإسلامية، وهذه الشريعة هى المصدر المادى والتاريخى لنصوص الشفعة، وتلجأ المحاكم فى تفسير نصوص القانون إلى الفقه الإسلامى وبخاصة الحنفى فى السودان كما أنها تلجأ للعرف فى حالة عدم وجود نص تشريعى أو حكم فقهى بشرط أن يكون العرف سليماً وعقولاً ولا يتعارض مع النظام العام والدين والأخلاق القانون.

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ٩٦

والشفعة - كحق أو رخصة بحسب نص القانون العراقي م ١١٢٨ والمصري م ٩٣٥ - إذ تؤدي إلى تملك العقار المبيع للشفيع جبراً عن المشتري، تعتبر قيداً على حرية التصرف، غير أنه قد أخذ بها دفعاً لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع.

وقد أثار إبقاء سبباً لكسب الملكية مناقشات طويلة في مصر وغيرها من الدول العربية، ولكن استقر الرأي على إبقائها لإعتبارات تاريخية، ولأن هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية كضم حق الانتفاع إلى الرقبة من طريق الأخذ بالشفعة في مصر مثلاً.

إن للشفعة فوائدها الاقتصادية في معظم حالاتها، فثبوتها في حالة بيع الانتفاع أو الرقبة أو الحكر يؤدي إلى ضم ما تفرق من حق الملكية من حق الملكية فيجتمع للمالك سلطاته على الشيء، وثبوتها في حالة بيع الشريك حصته لأجنبي يؤدي إلى إنهاء الشيوع، وهذان أمران مرغوب فيهما من الناحية الاقتصادية.

أما ثبوت الشفعة بسبب مجرد الجوار فيبدو أنه لا ينطوي على فائدة واضحة. ولم يقل بالشفعة للجار من فقهاء المسلمين سوى أصحاب المذهب الحنفي. أما الجمهور الأعظم من هؤلاء الفقهاء وهم الشافعية والحنابلة وأهل الظاهر فقد اجتمعت كلمتهم على أن الشفعة لا تثبت للجار. غير أن المشرع السوداني اتخذ مذهباً وسطاً حيث أقر أن يكون الجار في الأراضي الزراعية والسكنية شافعياً إذا كان لأرضه أو عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها.

واقترنت المحكمة بأن حق الارتفاق ذو قيمة أو فائدة، وهذا الرأي الوسط رأى عادل وهو رأى الفقيه ابن القيم وفقهاء البصرة لما يرونه بحق

من أن الضرر الحاصل بالشركة في حقوق بالارتفاق كالضرر الحاصل بالشركة في الملك أو أقرب إليه. وينص بهذا الرأي حديثان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: قوله عليه الصلاة والسلام: "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها إذا كان طريقهما واحداً". والثاني - قوله: "الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة".

إذا ألقينا نظرة عاجلة على القوانين المدنية العربية، نجد أن القوانين المصرية والسودانية والليبية واللبنانية والعراقية أخذت بنظام الشفعة. أما القانون السوري فلا يأخذ بهذا النظام^(١).

٦- تكلم القانون في الشفعة بوصفها أحد أسباب كسب الملكية مستقلاً عن الأسباب الأخرى، والواقع أنها ليست كذلك على وجه الإطلاق، فالشفعة في الحقيقة حلول شخص مكان مشتري العقار المبيع فهو إنما يملكه بسبب العقد الذي أبرم بين مالك العقار ومشتريه وليس بسبب عقد جديد. وكل ما يقع أن الشفيع يزيح المشتري ليحل محله في ملكية العقار. فحق الشفعة يدور مع العقد وجوداً وعدماً بحيث إذا نفذ البيع ثبت وإن بطل أو فسخ زال. ولهذا قالوا إن البيع لا ينقض بالشفعة وتتحول الصفقة من المشتري إلى الشفيع، وأن الأخذ بالشفعة من حقوق البيع وأن الشفيع إنما يأخذ بما وجب بالعقد لا ما أعطى. وقد عرفوا الشفعة بأنها تمليك بمثل ما تملك به المشتري (بدائع الصنائع - كتاب الشفعة - جزء ٥).

وأصل حق الشفعة أنها ميراث قديم، كان أحدهم إذا اشترى منزلاً جاء جار المنزل أو الشريك فيه فيشفع فيه فيشفع له أن يوليه إياه، أى يحل محله ليسلم له الملك بلا شركة أو ليأمن جوار الغريب.

(١) قوانين الملكية العقارية في السودان - للدكتور سعيد المهدي - طبعة ٢ - ١٩٨١ - ص ٧٦.

ولقد استبعد المشرع السوري الشفعة قول بأنها من الحقوق الضعيفة، مع أن القطر السوري كسائر البلدان الإسلامية قد عمل بها منذ أول الإسلام، وأن إثباتها في القانون المصري والقانون العراقي ما ينهض دليلاً على أنها قد اكتسبت من القوة ما يرفعها على أسباب اكتساب الملكية الأخرى.

والاختلاف ظاهر بين تعريف القانون العراقي م ١١٢٨ وبين تعريف القانون المصري م ٩٣٥ للشفعة ظاهر فالأول يعرفها بأنها (حق تملك العقار المبيع جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة) وهو تعريف (مرشد الحيران - لقدري باشا)، بينما تعريف القانون المصري لها بأنها رخصة) أى إباحة لطلب العقار المبيع، والإباحة تتوقف على مشيئة الشفيع فى أن يستعمل ما خوله الشارع.

والذى يجرى مع أصل الشفعة فى الشريعة الغراء هو وصفها هو وصفها بأنها حق لا رخصة، من الأحاديث، ومن إجماع الفقهاء على وصفها بذلك، والفقهاء كما نعلم يعنون بالفرق بين الحق والرخصة فلو كانت رخصة ما سموها حقاً. ولما كانت حقاً يعطيه الشارع لمن توافرت فيه صفات الشفيع يحل به محل المشتري، فهى لذلك حق شخصى لا حق عينى، إذ أنها صفة لا صفة بالشفيع، ولا تكون حقاً عينياً إلا عندما تتقرر للشفيع، وعند ذلك تكون سبباً للملكية، ومن هذا الوجه فقط يصح إيرادها بين أسباب الملكية.

وحق الشفعة ثابت بالسنة، وبالإجماع:

ولما كان حق الشفعة قد ورد على خلاف القياس وكان فيه تقييد لحق الملكية لأن فيه رداً لبيع البائع وإبطال لملكية المشتري. فقد وصفوه بأنه

حق استثنائي ضعيف. وعلاجاً لمخالفته للقياس أكثروا من قيود استعماله بحيث تدفع بالحيلة وتسقط لأوهى الأسباب^(١).

أحكام القضاء:

١- مؤدى نص المادة ٩٣٥ من القانون المدني أن الحق فى الشفعة يثبت لكل من قام به سبب من أسبابها بمجرد انعقاد البيع على العين المشفوعة وإذا كان الثابت من الحكم المطعون فيه وسائر الأوراق الأخرى أن الأطيان المشفوعة بيعت إلى الطاعنين بموجب عقدين مؤرخين و..... صادر أولهما من المطعون عليها الثانية، وصادر ثانيهما المطعون عليهما الثالثة والرابعة عن نفسها وبصفتها وصية على أولادها القصر، فإن الحق فى الشفعة - بإعتبارها سبباً من أسباب الملكية - يكون للمطعون عليه الأول (شريك على الشيوع) لكل عقد منهما إستغلال بمجرد إتمام انعقاده.

(نقض - جلسة ١٩٧٥/٦/١ - م.م.ف.السنة ٢٦ - ص ١١٢٧)

٢- قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أنه لا يجوز أن يأخذ بالشفعة فى صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضار المشتري بتبعض الصفقة - ولما كان ثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليه الثالث باع للطاعة قطعة أرض مساحتها وأن المطعون عليها الأول والثانى أعلنوا رغبتهم فى

(١) الملكية العقارية فى العراق - الأستاذ حامد مصطفى - المرجع السابق - ص ٢٠٣ وما بعدها، ومقال: مدى قابلية الشفعة للتجزئة - للمستشار محمد على النفراوى - المجموعة الرسمية - السنة ٦٢ - العدد ١ - ص ٣١٣ وما بعدها، والشفعة هل هى سبب للتملك يتنافى مع الميثاق والدستور - للدكتور جمال العطيفى - الأهرام ١٩٧١/٣/١٩ - ص ٩.

أخذ كل المساحة المباعة بالشفعة وأقاما الدعوى بطلب أحقيتهما فى أخذ العقار المبيع جميعه بالشفعة بعد أن أودعا سوياً الثمن، فإنه لا يكون ثمة تبعيض للصفقة على المشترية (الطاعنة) أو تجزئة للشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/٤ - الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

٣- من حق المشتري للعين المشفوع فيها ألا تتجزأ عليه الصفقة، ولازم ذلك ضرورة الشفعاء أن يشتمل طلب بالشفعة على العين برمتها ولا يقتصر على جزء منها. وإذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة وكانت هى الطبقة الأعلى التى يحق لها الأخذ بالشفعة فإنه يجدر بكل شفيع منهم أن يطلب الشفعة فى كل العين المشفوع فيها درءاً لاحتمال أن يطلب الشفعة بعض الشفعاء دون بعضهم الآخر ألا يطلبها أحد غيره أو يسقط حق أحدهم فيها لسبب يتعلق بالمواعيد أو غيرها من إجراءات الشفعة من إجراءات الشفعة فتتفرق الصفقة على المشتري وبذلك تكون الدعوى غير مقبولة. ومن جهة أخرى ليس لمن طلب جزءاً من العين المباعة أن يعدل إلى طلب العين برمتها مادام قد فوت على نفسه المواعيد المقررة للأخذ بالشفعة، إذ من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن إجراءات الشفعة ومواعيدها مرتبطة ببعضها ارتباطاً وثيقاً وماساً ذات الحق ويوجب القانون اتباعها وإلا سقط الحق فى الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/٤ - الطعن ١٣٦٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

٤- للشفيع إذا بيع جزء شائع فى عقار لمشتريين متعددين على الشيوع أن يأخذ بالشفعة فى نصيب أحد هؤلاء المشتريين متى توافرت أسباب الشفعة دون أنصبة الباقين ولا يكون فى هذا تجزئة للصفقة لأنها مجزأة من الأصل.

(نقض - جلسة ١٩٧٩/٣/١ - مجموعة المكتب الفنى - السنة ٣٠ - مدنى - ص ٦٧١)

٥- يجوز لشفيع إذا تعددت الصفقة بأن يبيع العقار أو أجزاء مفرزة لمشتريين لكل منهم جزء مفرز معين أن يأخذ بالشفعة في بعض الصفقات دون البعض الآخر إذا توافرت شروط الشفعة فيه دون أن يكون في ذلك تجزئة للشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٢/٢٦ - الطعن ١٦٥٠ لسنة ٤٩ق - لم ينشر بعد)

٦- الشفعة جائزة في البيع المعلق على الشرط الصحيح الفاسخ، لأن البيع في هذه الحالة يكون موجوداً وناظراً من وقت إبرامه. وعلى الشفيع أن يراعى مواعيد إجراءات الأخذ بالشفعة، فإن هو فوتها وسقط حقه في الأخذ بها ولا ابتداء مواعيد جديدة بتخلف هذا الشرط.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٣/١٢ - الطعن ٧٨١ و ٩٥٢ لسنة ٤٩ق - لم ينشر بعد)

٧- لا يشترط - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن يكون البيع الثانى مسجلاً أو ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الشفعة حتى يلزم الشفيع بالأخذ بالشفعة فيه دون البيع الأول. فالتاريخ العرفي له حجيته على الشفيع ما لم يثبت أنه قدم غشاً ليكون سابقاً على تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٣/١٨ - الطعن ٣٦٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

٨- حق الشفعة، انتقاله بالتوارث، عدم قابليته للتجزئة، ثبوته لكل وارث إذا انفرد به أو للورثة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/٢٤ - الطعن ٩٠١ و ٩٠٣ لسنة ٥٠ق - لم ينشر بعد)

٩- قاعدة أن الشفعة لا تتجزأ، مفادها إعلان الشفيعين رغبتهما في أخذ كامل المساحة المباعة بالشفعة وإقامتها الدعوى بذلك بعد أن أودعا سوياً الثمن - لا تبعض أو تجزئة للصفقة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/١٤ - الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

١٠- حق المشتري للعين المشفوع فيها ألا تتجزأ عليه الصفقة مفاده ضرورة اشتغال طلب الشفعة على العين برمتها دون جزء منها طلب الشفيع جزء من العين المبيعة، أثره، ليس له العدول إلى طلب العين كلها مادام قد فوت على نفسه المواعيد المقررة للأخذ بالشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٢/٤ - الطعن ١٣٦٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

١١- قادة أن الشفعة لا تتجزأ تعنى - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضر المشتري بتبعض الصفقة - ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليهما الأول والثاني أعلنوا رغبتهما في أخذ كل المساحة المبيعة بالشفعة وأقاما الدعوى بطلب أحقيتها في أخذ العقار المبيع جميعه بالشفعة بعد أن أودعا سوياً الثمن، فإنه لا يكون ثمة تبعض للفقه على المشتري الطاعة أو تجزئة الشفعة.

(نقض - جلسة ١٩٨١/١١/٤ - الطعن ٧٣٠ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

١٢- من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن قاعدة الشفعة لا تتجزأ تعنى أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة في صفقة واحدة بعض المبيع دون البعض الآخر حتى لا يضر المشتري بتبعض الصفقة الثابت بالحكم المطعون فيه أن شراء الأرض المشفوع بها كان يعقد مستقل عن عقد شراء المسقة فثمة صفتان للشفيعين أن يأخذ الأرض بالشفعة دون المسقة.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٥/٢٨ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٣١ - مدنى - ص ١٥٤٥)

١٣- جعل القانون البيع سبباً للشفعة كما جعل حق الشفيع في طلبها متولداً من مجرد إتمام انعقاد البيع على العين المشفوعة. فإذا فسخ البيع بتراضى الطرفين بعد طلب الشفعة. فإنه لا يعدم أثر البيع بالنسبة للشفيع

ويظل حقه فى الشفعة قائماً ويجوز للشفيع إجبار البائع بأن يمضى معه فى البيع لا مع المشتري.

(نقض - جلسة ١٩٨٠/٦/٣ - المرجع السابق - ص ١٦٥٧)

١٤ - إقامة الحكم قضاءه على عدم تقديم الشفيع دليل على ملكيته للعقار المشفوع به، النهى عليه فيما استطرد إليه بشأن تجزئة الصفة غير منتج.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٥/٢٦ - الطعن ٨٤٢ لسنة ٤٨ق - لم ينشر بعد)

١٥ - البيع الذى تجوز فيه الشفعة لا يشترط أن يكون مسجلاً.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٤/٧ - الطعن ٢١ لسنة ٤٦ق - لم ينشر بعد)

١٦ - حق الشفعة، انتقاله بالتوارث، عدم قابليته للتجزئة، ثبوته لكل وارث إذا انفرد به أو للورثة.

من المقرر فى قضاء النقض أن حق الشفعة من الحقوق التى يجرى فيها التوارث وهو حق غير قابل للتجزئة يثبت لكل وارث إذا انفرد به أو لهم جميعاً إذا اجتمعوا عليه.

(نقض - جلسة ١٩٨١/٢/٢٤ - الطعن ٩٠٣ لسنة ٥٠ق - لم ينشر بعد)

١٧ - من المقرر وعلى ما جرى به قضاء النقض أن الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفى عقد البيع سبب الشفعة فيجوز له أن يثبت البيع بكافة الطرق القانونية بما فيها البيئة، ولا يحتج بقاعدة عدم جواز إثبات التصرف الذى تزيد قيمته على عشرين بغير الكتابة.

(نقض - جلسة ١٩٨٢/٦/١٦ - المحاماة - السنة ٦٥ - العدد ٣ و ٤ - ص ٧٦)

١٨ - عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة.

من المقرر في قضاء المحكمة أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة.

(الطعن ١٤٥٨ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٢/٥/٧ س ٤٣ ص ٦٦٨)

١٩ - عدم جواز تجزئة الشفعة. تخلف الشفعة بالنسبة لأحد الشفعاء. أثره. إنقاص العقار المطلوب أخذه بالشفعة بقدر نصيبه. مؤداه. تبويض الصفقة على المشتري.

إذا كان الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاء بأحقية المطعون ضدهم الثلاثة الأول في أخذ الأرض المبيعة بالشفعة على ما ثبت من تقرير الخبير من أن هذه الأرض تجاور القطعة ١١٤ المملوكة للمطعون ضدهما الأول والثاني بمقتضى عقد البيع المسجل برقم ٨٩٠ لسنة ١٩٧٨ وأن للأرض المشفوع فيها حق إرتفاق بالري على تلك القطعة مما مفاده أن المطعون ضده الثالث غير مالك للأرض المشفوع بها، وكان تخلف حق الشفعة بالنسبة للمطعون ضده الثالث يؤدي إلى إنقاص المطلوب أخذه بالشفعة بقدر نصيبه ومن ثم تجزئة الصفقة على المشتري - الطاعن - بالمخالفة لقاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة.

(الطعن ١٤٥٨ لسنة ٥٧ق - جلسة ١٩٩٢/٥/٧ س ٤٣ ص ٦٦٨)

٢٠ - إمتناع الأخذ بالشفعة في البيع الثاني. أثره. إمتناع الأخذ بها في البيع الأول الذى يجيزها. علة ذلك. البيع الثاني ينسخ البيع الأول. شرطه. أن يكون جدياً. صوريته صورية مطلقة. أثره. عدم ترتب آثاره أو إنتقال الملكية بمقتضاه إلى المشتري الثاني. علة ذلك إنعدامه قانون وعدم قيامه أصلاً في نية عاقدية. مؤداه. عدم جواز الأخذ بالشفعة لأي سبب في البيع الثاني الصوري صورية مطلقة لا يحول دون الأخذ بها في البيع الأول متى توافرت شروطها فيه ولو كان البيع الثاني مسجلاً. طعن الشفيع على

الأخير بهذه الصورية. إلتزام المحكمة إبتداء أن تتصدى لبحثه وأن تقول كلمتها فيه.

إذ كان البيع الثاني من البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة، فإنه يتمتع على الشفيع الأخذ بها حتى في البيع الأول الذي يجيزها، لأن البيع الثاني - إذا كان جدياً - فإنه ينسخ البيع الأول أما إذا كان بيعاً صورياً صورية مطلقة، فإنه يكون منعماً قانوناً، غير قائم أصلاً في نية عاقدية، فلا تترتب آثاره ولا تنتقل بمقتضاه ملكية العقار إلى المشتري الثاني. وينبنى على ذلك أنه إذا طلبت الشفعة في بيع يجوز الأخذ فيه بالشفعة، ذلك أنه إذا طلبت الشفعة في بيع يجوز الأخذ به بالشفعة، وطعن الشفيع بالصورية المطلقة على بيع ثان وثبتت صوريته، فإن عدم جواز الأخذ بالشفعة في هذا البيع الثاني لأي سبب من الأسباب، لا يحول دون الأخذ بها في البيع الأول متى توافرت شروط الشفعة فيه، ومن ثم يكون لزاماً على المحكمة أن تتصدى إبتداء لبحث الطعن بالصورية المطلقة، وتقول كلمتها فيه، فإذا ثبتت صوريته كان منعماً غير منتج لأي أثر قانوني، ولو كان مسجلاً.

(الطعن ٢٧٤١ لسنة ٦٣ق - جلسة ٢٠٠٠/١١/٢٨ لم ينشر بعد)

٢١- المقرر - في قضاء هذه المحكمة - تطبيقاً لأحكام المادتين ٩٣٥، ٩٣٦ من القانون المدني - أن ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت إبرام البيع المشفوع فيه، شرط لقبول دعواه بالشفعة، وأنه يتعين على محكمة الموضوع أن تثبت من هذه الملكية بدليل يصلح قانوناً لإثباتها، وهي إذ تفعل ذلك من تلقاء نفسها، إنما تمارس واجبها في بحث شروط الشفعة التي يتطلبها القانون ومدى انطباقها على الوقائع التي ثبتت لديها تمهيداً لإنزال حكمه الصحيح على الدعوى.

(الطعن رقم ٢٨٦١ - لسنة ٧٠ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠١/١١/١٤)