

لا يجوز الأخذ بالشفعة

النص التشريعي (مادة ٩٣٩) :

١- لا يجوز الأخذ بالشفعة

- (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.
 (ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.
 (ج) إذا كان العقار قد بيع ليُجعل محل عبادة أو أو ليلحق بمحل عبادة.
 ٢- ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة

النصوص العربية المقابلة :

هذه المادة تقابل في نصوص القانون المدني الأقطار العربية، المواد التالية:
 مادة ٩٤٣ لسبى و ١١٣٤ عراقى و ٢٤٤ و ٢٤٥ لبنانى و ٧٥١
 سودانى.

الأعمال التحضيرية :

المادتان ١٣٨٦ و ١٣٨٧ توافقان المواد ٣ و ٤ و ٦ و ٩ من قانون
 الشفعة الحالى بعد أن حذفت من المادة ٣ من القانون الحالى عبارة لعدم
 إمكان القسمة بين الشركاء عيناً أو لنزع الملكية قهراً لغموضها ولعدم
 الحاجة إليها. قد امتدت قرابة الحواشى المانعة من الأخذ بالشفعة إلى
 الدرجة الرابعة، وذلك بقصد التضييق فى الأخذ بالشفعة كما تقدم. وغنى
 عن البيان أن الشفعة بالمزاد العلنى الذى يمنع فيه الأخذ بالشفعة يستوى
 الأمر أن يكون جبرياً أو اختيارياً، فإن حكمة المنع متوافرة فى الفرضين،
 إذ يستطيع الشفيع أن يدخل فى المزاد^(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - الجزء ٦ ص ٤٠٥ وما بعدها.

رأى الفقه:

١- يبين من نص المادة ٩٣٩ مدنى أن هناك موانع من الأخذ بالشفعة تتعلق بالبيع الذى يؤخذ بها فيه. وموانع الشفعة غير مسقطاتها، فالمانع يلغى الشفعة ابتداءً، أما المسقط فيلغى الشفعة بعد أن تقوم. فإذا باع زوج لزوجته عقاراً قام هنا مانع من الأخذ بالشفعة فيلغى الشفعة منذ البداية وإذا نزل الشفيع عن الشفعة، أو لم يأخذ بها فى مواعيدها المقررة، أو لم يراع الإجراءات المرسومة لها، أو انقضت أربعة أشهر منذ تسجيل البيع دون أن يأخذ بها، فإن الشفعة تسقط إنهاءً بعد أن قامت ابتداءً. وهذه الضوابط تغنيها عن حصر موانع الشفعة ومسقطاتها، فحيث لا تقوم الشفعة ابتداءً فى بيع عقار فهناك مانع، وحيث تضيع الشفعة بعد قيامها فهناك مسقط.

وليس ما ورد فى المادة ٩٣٩ مدنى هى كل موانع الشفعة المتعلقة بالبيع، فهناك موانع أخرى مثل ما نصت عليه المواد ٤ مكرراً من قانون الإصلاح الزراعى والمادة ٥٨ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤^(١).

٢- نص القانون المصرى على بعض حالات يتمتع فيها الأخذ بالشفعة مع توافر شروطها، نصت عليها المادة ٩٣٩ من القانون المدنى.

فالحالات التى لا تجوز الشفعة فيها - هى:

١- إذا حصل البيع بطريق المزاد وتحت إشراف القضاء وفقاً للإجراءات الواردة فى قانون المرافعات.

٢- إذا حصل البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية (م ٣٦ وما بعدها من القانون المدنى).

(١) الوسيط - ٩ - للدكتور عبدالرازق السنهورى - المرجع السابق - ص ٥٢٤ وما بعدها.

٣- ما يجعل محلاً للعبادة أو ليلحق بمحل عبادة^(١).

كل البيوع الصحيحة تجوز فيها، غير أن المشرع استثنى بعض البيوع فلم يجيز فيها طلب الشفعة ممن اشترى العقار. وقد أوردت المادة ١/٩٣٩ مدنى ثلاثة أنواع من البيوع لا تجوز الشفعة فيها، وهى البيع بالمزايدة، والبيع للأقارب وما بيع ليُجعل محل عبادة. وهناك بيع آخر منع قانون الإصلاح الزراعى كلب الشفعة فيها وهى تصرف المالك فيما يزيد على قدر معين من أرضه، والأراضى الموزعة على المعدمين من الفلاحين.

وحكمة الاستثناء بالنسبة للبيوع بالمزايدة ظاهرة، حيث فى إمكان الشفيع أن يحضر جلسات المزايدة، فإذا هو لم يشترك فقد أضاع حقه.

والشفعة غير جائزة سواء بيع العقار بالمزايدة بواسطة القضاء أو بواسطة الإدارة ما دام البيع قد تم وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

أما البيع بالمزاد العلنى الذى يجريه الأفراد من تلقاء أنفسهم وبدون أن يتم تحت نظر القضاء، فهو لا يمنع الشفعة لعدم توافر الضمانات التى توجد فى البيوع الحاصلة أمام القضاء.

أما حكمة الاستثناء بالنسبة للبيع للأقارب، فإن تلك البيوع تراعى فيها فى كثير من ذوى الأحيان إعتبارات شخصية، فللبائع مصلحة محققة فى أن يؤول العقار إلى واحد من ذوى قريابه لا إلى أجنبى - وتمتنع الشفعة حتى لو كان الشفيع هو الآخر قريباً للبائع، وحتى لو كان أقرب له من المشتري، ليس هنا مجال للتفاضل، إذ البيع تمتنع فيه الشفعة أصلاً.

(١) الحقوق العينية الأصلية - للدكتور محمد على عمران - المرجع السابق - ص ١٣٢

أما حكمة الاستثناء بالنسبة لما يبيعه المالك زيادة على القدر الجائز تملكه وفقاً لقانون الإصلاح الزراعي، وفيما توزعه الحكومة من الأراضي المستولى عليها، وأن القانون قد حرص على ألا يستفيد من هذا الاستثناء غير أشخاص حددهم بالذات، فهو لم يجز التصرف فيما جاوز الحد الجائز تملكه، وهو القدر الذي للحكومة الاستيلاء عليه، إلا في حالات خاصة ولأشخاص معينين وبشروط محدودة، وهذه الشروط تقوم فضلاً عن ذلك على أساس اعتبارات اجتماعية أو اقتصادية معينة، ولذلك امتنعت فيها الشفعة^(١).

٤- إذا كان الأصل أن الشفعة تجوز في البيوع، فثمة بيع لا تجوز الشفعة فيها استثناء، لإعتبارات تختلف من حالة إلى أخرى وتتعلق بالظروف التي تم فيها البيع والغرض منه، وذلك حسبما جاء بنص المادة ١/٩٣٩ مدني فبالنسبة للبيع بالمزاد يشترط أن يكون علنياً - وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بجواز الشفعة في بيع أراضي الحكومة بطريقة المظاريف المغلقة حيث لا تتوفر العلانية التي تسمح لراغب الشراء بمتابعة الزيادة (نقض - جلسة ١١/٢٧/١٩٤٧ - مجموعة القواعد - ٢٥ عاماً - جزء ١ - ص ٧١٥) كما يشترط أن يتم المزاد وفقاً لإجراءات رسمها القانون، لأن هذه الإجراءات تكفل العلانية الكافية، ليعلم بالبيع كل راغب في الشراء، وتؤدي إلى إيقاع البيع حتماً على صاحب العطاء الأكبر. ويستوى تكون الإجراءات هي الإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات أو إجراءات منصوص عليها في أي قانون آخر لكن إذا باعت جهة إدارية عقاراً بالمزاد العلني متبعة في ذلك إجراءات رسمتها هي دون

(١) حق الملكية - للدكتور عبد المنعم البدر أوى - المرجع السابق - ص ٣٨٣ وما بعدها.

قانون، فيجوز الشفعة في هذا البيع. ولذلك قضت محكمة النقض بجواز الشفعة في البيع الذي أجراه الحارس على أموال الرعايا الألمان بالمزاد، لأن هذا المزداد لم يتم وفقاً لإجراءات رسمها القانون، إذ أن الحارس ضمن قائمة شروط البيع ضرورة موافقة على الثمن الرأسي به المزداد وعلى حقه إلغاء البيع بدون أسباب، وهذه شروط تنطبق بأن مثل هذا البيع ولو أنه يتم بالمزاد، إلا أنه لا يتفق مع ما هو منصوص عليه قانوناً بشأن البيوع الجبرية ووجوب رسو المزداد حتماً على صاحب آخر عطاء بدون مصادقة أحد.

(نقض - جلسة ١٩٥٦/٥/١٧ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٧ - ص ٦٠٧) (١).

٥- يسقط طلب الشفعة - في المادة ١٣٤ من القانون المدني العراقي - إذا كان العقار قد بيع بالمزايدة العلنية قضاء أو إدارة. ومعنى ذلك أنه لا يقبل طلب الحلول محل المشتري من أي واحد من أولئك الذين يستندون إلى حق الشفعة بالشركة والجوار. وإنما منعت الشفعة في البيع بالمزايدة توطيداً لمعاملة البيع وضماناً للمشتريين بأن لا يقطع عليهم الشراء شخص غير مزاد وبذلك يضمن للبائع أكثر ثمن يمكن الوصول إليه. إذ لو عرف المشترون أن هناك شفعياً يترقب للبائع فينال العقار بالثمن الذي أبلغوه إليه لما تقدم منهم أحد في بيع لا فائدة يربو من ورائه (٢).

أحكام القضاء:

١- إذا كان المشتري قد تمسك بعدم جواز الشفعة في أرض اشتراها بطريق الممارسة من مصلحة الأملاك روعى في تقديره إعتبارات خاصة،

(١) حق الملكية - للدكتور منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - ص ٣٣٤ وما بعدها.

(٢) الملكية العقارية في العراق - للأستاذ حامد مصطفى - جزء ١ - ص ٢٦٠.

وكان الحكم إذ قضى بالشفعة لم يرد على هذا الدفاع الجوهري، فإنه يتعين نقضه. ذلك أنه متى كان البيع مقصوراً على أشخاص معينين فلا يمكن حصوله لغيرهم مهما ألحت عليهم الحاجة في شرائها ومهما زايده على أثمانها، ويعتبر البيع في هذه الأحوال متراوحاً بين البيع والهبة والصلح، لأن تقدير الثمن تراعى فيه إعتبارات تتعلق بشخصية المشتري من ناحية وبمصالح عليا اجتماعية وسياحية من الناحية الأخرى، وكل ذلك لا يمكن تقديره بثمن.

(نقض - جلسة ١٩٥٦/٢/١٦ - مجموعة المكتب الفني - السنة ٦ ص ٢٣٠)

٢- النص في المادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ على أنه لا يجوز لأى فرد أن يمتلك من الأراضي الزراعية وما في حكمها أكثر من خمسين فداناً وكل تعاقد ناقل للملكية يترتب عليه مخالفة هذه الأحكام يعتبر باطلاً ولا يجوز شهره، مفاد اتصال هذا الخطر بالنظام العام فيسرى حكمه بأثر مباشر على كل من يمتلك وقت العمل بهذا القانون أرضاً زراعية تتجاوز القدر المسموح به، كما يسرى هذا الخطر على المستقبل، ويكون على المحكمة أن تعلمه من تلقاء نفسها، كما يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به، فمتى تبين أن الحكم بالشفعة يؤدي إلى تملك الشفيع لأكثر من خمسين فداناً فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون فيما انتهى إليه من أن الحكم بالشفعة من شأنه مخالفة ما نصت عليه المادة المشار إليها، ذلك أن حكم الشفعة وإن كان سبباً مستقلاً لكسب الملكية، إلا أنه يأخذ حكم العقد لأن الملكية في هذه الحالة تكتسب بعمل إرادى من جانب الشفيع وهو ما هدف المشرع إلى تحريمه بالمادة الأولى من القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ وأكدته في المادة السابعة منه حين عرض لتسوية

الأوضاع المترتبة على زيادة الحد الأقصى المقرر قانوناً بسبب الميراث أو الوصية أو غير ذلك من طرق كسب الملكية بغير طريق التعاقد.

(نقض - جلسة ١٩٧٦/١٢/٩ - المرجع السابق - السنة ٢٧ - ص ١٧٣٣)

٣ - تعدد البائعين لحصة شائعة. أخذ نصيب بعضهم بالشفعة. مؤداه. إنتقاص المبيع على المشتري والإضرار به. أثر ذلك. عدم جواز الشفعة في الصفقة بأكملها.

إذ كان البين من مطالعة عقد البيع المأخوذ بالشفعة فيه أن البائعين قد باعوا إلى الطاعة فيما بينهم مساحة ٤ ط شائعة في كامل أرض وبناء المنزل الموصوف فيه مقابل ثمن إجمالي مقداره ٤٢٠ جنيه دفع منه جزء إلى البائعين والباقي عند التسجيل فإن هذا البيع وقد تم بطريق المشاع فيما بين البائعين يقطع بإنصراف إرادة المتعاقدين إلى وحدة الصفقة رغم تعدد البائعين فيه وبالتالي إعتبار البيع صادراً منهم جميعاً. لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد إنتهى في قضائه إلى إستبعاد نصيب أحد البائعين إلى الطاعة المشتريّة بإعتباره زوجاً لإبنتها بما لا تجوز معه الشفعة فيما باعه عملاً بالبند (ب) من الفقرة الأولى من المادة ٩٣٩ من القانون المدني فإن لازم ذلك في صحيح القانون إمتناع الشفعة في الصفقة بأكملها إذ أن القول بغير ذلك - والحصة المبيعة بأكملها شائعة - يؤدي إلى بقاء هذا النصيب المستبعد في يد الطاعة المشتريّة مع ما في هذه الحالة من إنتقاص المبيع عليها بما يترتب عليه الإضرار بها لأن الإختصاص بحصة شائعة أقل يضعف مركز الشريك بين شركائه ويقلل من حجم إنتفاعه بما إشتري حالاً ومالاً بعد القسمة وهو ما لا يجوز.

(الطعن ١٩٩٥ لسنة ٥٥ق - جلسة ١٩٩٥/٢/٩ س ٤٦ ص ٣٦٦)

٤ - حق الشفيع في الأخذ بالشفعة. نشوؤه بالبيع مع قيام المسوغ. العين المشفوعة لا تعتبر ملكاً للشفيع - في غير حالة التراضى - إلا بحكم نهائى قاض بالشفعة. لازمه. صيرورة العين المشفوع فيها مسجداً سلم للأوقاف إدارته قبل صدور الحكم النهائى المثبت للشفعة. أثره. عدم جواز أخذها بالشفعة.

لما كان قيام حق الشفيع في طلب الأخذ بالشفعة إنما ينشأ بالبيع مع قيام المسوغ، إلا أن العين المشفوعة لا تصير في ملك الشفيع - في غير حالة التراضى - إلا بالحكم النهائى القاضى بالشفعة بما لازمه أنه إذا ما صارت العين المشفوعة مسجداً تسلمه وزارة الأوقاف لإدارة شئونه قبل صدور الحكم النهائى المثبت للشفعة إمتنع على الشفيع أخذها بالشفعة بعد أن خرجت من ملك العباد عموماً إلى ملك الله تعالى.

(الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ س ٤٨ ص ١٣٧٤)

٥ - بيع العقار المشفوع به ليجعل محل عبادة أو لإلحاقه بمحل عبادة. إعتباره مانعاً من موانع الأخذ بالشفعة. م ٩٣٩ مدني. علة ذلك.

إذ كان من الواقع الأخذ بالشفعة وعلى ما أورده المادة ٩٣٩ من القانون المدني أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا كان العقار بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة بما مفاده أن المشرع حفاظاً منه وتقديراً لهذا الغرض الدينى الذى تم البيع من أجله منع الأخذ بالشفعة في هذا البيع لأن الشفعة ما شرعت أصلاً إلا لدفع المضار التى تلحق بالشفيع ولا يسوغ التضرر من دار للعبادة وفى القضاء بالشفعة في هذه الحالة ما ينافى طبيعة العقد وتقويت للأغراض المنشودة منه.

(الطعن ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ ق - جلسة ١٩٩٧/١١/٣٠ س ٤٨ ص ١٣٧٤)

٦- حيث أن مبنى الطعن المائل مخالفة نص الفقرة (ب) من البند (١) من المادة (٩٣٩) من القانون المدني للمادة الثانية من الدستور لخروجه- فيما قرره من عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية- على مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تمنع الأخذ بالشفعة في جميع البيوع، وكان البين مما تقدم أن القيد المقرر بمقتضى هذه المادة بعد تعديلها من ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠- والمتضمن إلزام المشرع بعدم مخالفة مبادئ الشريعة الإسلامية- لا يتأتى إعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه، ومنها نص المادة (٩٣٩) من القانون المدني الصادر عام ١٩٨٤، وكان هذا النص لم يلحقه أي تعديل بعد التاريخ المذكور، فإن النعي عليه بمخالفته المادة الثانية من الدستور- وأيا كان وجه الرأي في مدى تعارضه معها- يكون غير سديد، الأمر الذي يتعين معه الحكم برفض الدعوى.

(الطعن رقم ١٢٧ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٥/١٢)

٧- حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة يعد شرطاً لقبول الدعوى الدستورية، ومناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسائل الدستورية لازماً للفصل في الطلبات المرتبطة بها المطروحة على محكمة الموضوع. إذ كان ذلك، وكان النزاع الموضوعي يدور حول مدى جواز الأخذ بالشفعة في بيع عقار تم بين أصهار لغاية الدرجة الثانية، فإن مصلحة المدعين في الدعوى الدستورية تحدد بالطعن على ما تضمنه نص المادة (٩٣٩) من القانون المدني الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

(الطعن رقم ١٢٧ - لسنة ٢٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٠٠٢/٥/١٢)