

١٧
٢٠٠٠
٢٠٠٠
٢٠٠٠
٢٠٠٠

جامعة عدن
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

شروط الأخذ بالشفعة

(دراسة مقارنة)

في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني
وبعض القوانين المدنية العربية

رسالة مقدمة من
عبد العزيز راجح حسن

إشراف

د. سعد محمد سعد

أستاذ القانون المدني المشارك بكلية الحقوق جامعة عدن

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص
بكلية الحقوق - جامعة عدن

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

جامعة عدن
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص

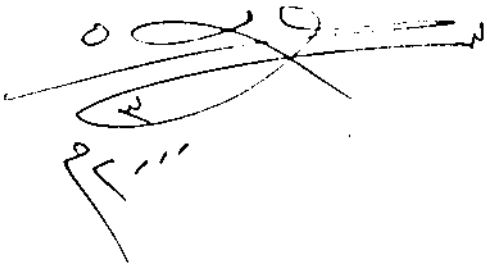
أشهد أن هذه الرسالة قد أنجزت تحت إشرافي بكافة مراحلها وأرشحها للمناقشة

المشرف العلمي

الدكتور سعد محمد سعد

أستاذ القانون المدني المشارك

بكلية الحقوق - جامعة عدن



نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ٣٠/٤/٢٠٠٠ م
رئيس وأعضاء لجنة المناقشة .

التوقيع :

الاسم :

- ١- الأستاذ المشارك د. خالد محمد عوض رئيساً
- ٢- الأستاذ المشارك د. سعد محمد سعد عضواً ومشرفاً
- ٣- الأستاذ المساعد د. عبد الراضي محمد هاشم عضواً

٥٢٥٤٦٦

ملاحظة :-

أجيزت هذه الرسالة بتقدير عالٍ امتياز مع مرتبة الشرف.

الباحث

شكر وتقدير

بعد الانتهاء من كتابة هذه الرسالة يحتم عليّ الواجب أن أتقدم بخالص شكري وتقديري إلى أستاذي القدير الدكتور سعد محمد سعد أستاذ القانون المدني المشارك ورئيس قسم القانون الخاص بكلية الحقوق جامعة عدن لتفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة ، والذي لم يبخل عليّ بوقته الثمين وجهده العظيم ومراجعته النفيسة ، والذي كانت لتوجيهاته السديدة وملاحظاته المفيدة بالغ الأثر على نفسي ، وعظيم الفائدة على بحثي .

فلك أستاذي القدير أسمى معاني الشكر ، واجمل كلمات التقدير ، فلو لاك لما عرف هذا العمل النور .

الباحث .

فهرس محتويات الرسالة

رقم الصفحة	الموضوع :
ي - م	المقدمة .
١	الفصل التمهيدي : المفهوم العام للشفعة .
٣	المبحث الأول : ماهية الشفعة ومشروعيتها .
٣	المطلب الأول : تعريف الشفعة .
٣	الفرع الأول : تعريف الشفعة في اللغة .
٥	الفرع الثاني : تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي .
٨	الفرع الثالث : تعريف الشفعة في القانون الوضعي .
١٣	المطلب الثاني : مشروعية الشفعة .
١٣	الفرع الأول : دليل مشروعية الشفعة من السنة .
١٥	الفرع الثاني : الإجماع على مشروعية الشفعة .
١٨	المبحث الثاني : خصائص الشفعة .
١٩	المطلب الأول : الشفعة حق استثنائي .
١٩	الفرع الأول : الخاصية الاستثنائية للشفعة في الفقه الإسلامي .
٢٠	الفرع الثاني : الخاصية الاستثنائية للشفعة في القانون الوضعي .
٢٣	المطلب الثاني : قابلية الشفعة للإرث .
٢٣	الفرع الأول : انتقال الشفعة بالإرث في القانون الوضعي .
٢٥	الفرع الثاني : انتقال الشفعة بالإرث في الفقه الإسلامي .
٢٧	الفرع الثالث : انتقال الشفعة بالإرث في القانون اليمني .
٢٩	المطلب الثالث : عدم قابلية الشفعة للتجزئة .
٣١	المبحث الثالث : التكليف الشرعي والقانوني للشفعة .
٣٢	المطلب الأول : الشفعة حق .

٣٣ الفرع الأول : الشفعة حقاً شخصياً .

٣٤ الفرع الثاني : الشفعة حقاً عينياً .

٣٦ المطلب الثاني : الشفعة رخصة .

٣٨ المطلب الثالث : مرتبة وسطى بين الحق و الرخصة .

٤١ الفصل الأول : الشفيع .

٤٣ المبحث الأول : أن يتوافر في الشفيع سبب من أسباب الشفعة .

المطلب الأول : أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون

٤٣ الوضعي .

٤٥ الفرع الأول : مالك الرقبة .

٤٦ الفرع الثاني : الشريك على الشيوع في الملك .

٤٨ الفرع الثالث : صاحب حق الانتفاع .

٤٩ الفرع الرابع : مالك الرقبة والمستحكر في الحكر .

٤٩ الفرع الخامس : الجار المالك .

المطلب الثاني : أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في الفقه

٥٣ الإسلامي .

٥٣ الفرع الأول : الشريك على الشيوع .

٥٣ أولاً : الشريك على الشيوع في الملك .

٥٦ ثانياً : الشريك على الشيوع في حقوق الملك .

٥٧ ١- الشريك على الشيوع في حق الشرب والمجرى .

٥٨ ٢- الشريك على الشيوع في الطريق .

٥٨ الفرع الثاني : الجار الملاصق .

٦٣ الفرع الثالث : المذهب الوسط في سبب الشفعة .

المطلب الثالث : أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون

٦٥ اليمني .

٦٥ الفرع الأول : الشريك على الشيوع في اصل العين .

٦٨ الفرع الثاني : الشريك على الشيوع في حقوق العين .

- المبحث الثاني : أن يكون سبب الشفيع في الأخذ بالشفعة أقوى من غيره عند تزامم الشفعاء . ٧٠
- المطلب الأول : تزامم الشفعاء في القانون الوضعي . ٧١
- الفرع الأول : التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة . ٧١
- الفرع الثاني : التزامم بين الشفعاء من طبقة واحدة . ٧٤
- الفرع الثالث : التزامم بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحد منهم . ٧٥
- المطلب الثاني : تزامم الشفعاء في الفقه الإسلامي . ٧٨
- الفرع الأول : التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة . ٧٨
- الفرع الثاني : التزامم بين الشفعاء من طبقة واحدة . ٨١
- الفرع الثالث : التزامم بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحد منهم . ٨٥
- المطلب الثالث : تزامم الشفعاء في القانون اليمني . ٨٧
- الفرع الأول : التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة . ٨٧
- الفرع الثاني : التزامم بين الشفعاء من طبقة واحدة . ٨٨
- الفرع الثالث : التزامم بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحد منهم . ٩٠
- الفصل الثاني : التصرف المجيز للشفعة . ٩٢
- المبحث الأول : التصرف المجيز للشفعة في القانون الوضعي . ٩٤
- المطلب الأول : شروط التصرف المجيز للشفعة في القانون الوضعي . ٩٤
- الفرع الأول : أن يكون التصرف القانون عقداً . ٩٥
- الفرع الثاني : أن يكون التصرف القانوني عقد بيع . ٩٦
- أولاً : عقد المقايضة . ٩٧
- ثانياً : عقد الهبة . ٩٨
- ثالثاً : الوفاء بمقابل . ٩٩

- ١٠٠ رابعاً : عقد الصلح .
- ١٠١ خامساً : عقد القسمة .
- ١٠٢ الفرع الثالث : أن يكون البيع قائماً وقت طلب الشفعة .
- ١٠٢ أولاً : البيع غير المنتج لآثاره القانونية .
- ١٠٣ ثانياً : البيع المنتج لآثاره القانونية .
- ١٠٣ (١) البيع الابتدائي .
- ١٠٤ (٢) الوعد بالبيع .
- ١٠٥ (٣) البيع المعلق على شرط .
- ١٠٦ (٤) البيع القابل للإبطال .
- الفرع الرابع : أن يكون البيع هو العقد الحقيقي
- ١٠٦ للمتعاقدين .
- الفرع الخامس : أن لا يكون القانون قد منع اخذ المبيع
- ١٠٩ بالشفعة .
- ١١٠ أولاً : البيع بالمزاد العلني .
- ١١١ ثانياً : البيع لبعض الأقارب .
- ١١٢ ثالثاً : بيع العقار ليجعل محل عبادة .
- ١١٤ المطلب الثاني : الشفعة في البيع غير المسجل .
- ١١٦ المبحث الثاني : شروط التصرف المجيز للشفعة في الفقه الإسلامي .
- ١١٦ المطلب الأول : الشفعة في عقود المعاوضات المالية .
- ١٢١ المطلب الثاني : الشفعة في عقود المعاوضات غير المالية .
- ١٢٣ المطلب الثالث : الشفعة في عقود التبرعات .
- ١٢٤ المبحث الثالث : التصرف المجيز للشفعة في القانون اليمني .
- المطلب الأول : شروط التصرف المجيز للشفعة في القانون
- ١٢٤ اليمني .
- الفرع الأول : انتقال المال المشفوع فيه إلى المشتري
- ١٢٤ (المشفوع منه) بعقد معاوضة مالية .

الموضوع	رقم الصفحة
الفرع الثاني : سلامة التصرف ونفاذه .	١٢٦
المطلب الثاني : الشفعة في البيع غير المسجل .	١٢٨
الفصل الثالث : المال المشفوع فيه .	١٣١
المبحث الأول : شروط المال المشفوع فيه في القانون الوضعي .	١٣٣
المطلب الأول : الشفعة في العقار .	١٣٣
المطلب الثاني : عدم تجزئة المال المشفوع فيه .	١٣٦
المطلب الثالث : الاسترداد وعلاقته بالشفعة .	١٣٩
الفرع الأول : ماهية الاسترداد - وشروطه .	١٣٩
الفرع الثاني : أوجه التشابه والاختلاف بين الشفعة	
والاسترداد .	١٤٤
أولاً : أوجه التشابه بين الشفعة والاسترداد .	١٤٤
ثانياً : أوجه الاختلاف بين الشفعة والاسترداد .	١٤٦
المبحث الثاني : شروط المال المشفوع فيه في الفقه الإسلامي .	١٤٩
المطلب الأول : القائلين بقصر ثبوت الشفعة في العقار .	١٤٩
المطلب الثاني : القائلين بجواز ثبوت الشفعة في العقار	
والمنقول .	١٥٥
المطلب الثالث : عدم تجزئة المال المشفوع فيه .	١٥٧
المبحث الثالث : شروط المال المشفوع فيه في القانون اليمني .	١٥٩
المطلب الأول : شمول الشفعة في العقار والمنقول .	١٥٩
المطلب الثاني : عدم تجزئة المال المشفوع فيه .	١٦٣
الخلاصة .	١٦٥
ملخص الرسالة باللغة الإنجليزية .	١٧٤
مراجع الرسالة .	١٧٧

المقدمة

موضوع البحث وأهميته :

الحمد لله الذي شرع لعباده الأحكام ، وأنار لهم الطريق بالإسلام ، وبيّن لهم الحلال والحرام ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد المبعوث رحمة للأنام ، وعلى آله وصحبه وسلم .

إن الاشتراك في الأموال أو الحقوق ، غالباً ما ينشأ عنه الكثير من المشاكل والمنازعات بين الشركاء ، التي تؤدي إلى عدم الاستغلال لهذه الأموال أو الحقوق على الوجه الأمثل ، بالإضافة إلى تعطيلها والإضرار بها ، نظراً لتباين وجهات نظر الشركاء . ويكون الأمر أكثر سوءاً في حالة تصرف أحد الشركاء بحصته لأجنبي ، لما له من أثر في اقتحام نطاق الشبوع والتعرف على أسرارها ، لا سيما أن كان هذا الشبوع ناشئاً عن الميراث الذي يعد أهم الأسباب وأكثرها نشوءاً في المجتمعات الإسلامية ومنها المجتمع اليمني .

وقد كان للفقهاء الإسلامي فضل السبق في إيجاد الحلول للمشاكل التي يمكن أن يثيرها تصرف أحد الشركاء في حصته للغير ، من خلال إعطاء بقية الشركاء الحق في أخذ هذه الحصّة بالشفعة ، تجنباً للضرر الذي قد يسببه الشريك الداخل في الشبوع لغيره من الشركاء . كما اعتنى الفقهاء الإسلامي أيضاً بتنظيم أحكام الشفعة ، تنظيمياً دقيقاً لاعتبارات جوهرية تتعلق بها ، نظراً لخروج الأحكام المنظمة لها عن القواعد العامة لكسب الملكية . فالمشتري بعد أن يكمل صفقته مع البائع يجد نفسه فجأة مجبراً على التخلي عن المال الذي اشتراه لشخص قد لا يعرفه من قبل ، ألا وهو (الشفيع) ، فيتملك الأخير المال المشفوع فيه نظراً لوجوده في وضع اقتضت المصلحة أن يأخذ هذا المال دون المشتري .

ولما كانت الشفعة استثناءً من الأصل العام في التملك ، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية وكذلك القوانين الوضعية ، قد بينوا شروط الأخذ بها حتى لا تعد وسيلة لأخذ أموال الناس بالباطل ، كون هذا هذه الشروط هي الضابط الأساسي لاستحقاق الشفع الشفعة . فأوجبوا ضرورة توافر شروط معينة في عناصر الشفعة الرئيسية (الشفيع ، والتصرف المجيز للشفعة ، والمال المشفوع فيه) ، تصحح الشفعة بتوافرها وتتعدم بانعدامها ، فليس كل شخص أهلاً أن يكون شفيعاً ، وليس كل تصرف صادر من الأفراد يجيز الأخذ بالشفعة ، كما أنه ليس كل مال تم التصرف فيه لشخص آخر يصلح أن يكون مالاً مشفوعاً فيه . وأن هذه الشروط هي الموضوع الأساسي لبحثنا هذا .

ولما أيقنا أن معرفة شروط الأخذ بالشفعة تنحصر في دراسة هذه الثلاثة العناصر ، رأينا أن نقوم بالبحث فيها ودراستها من ثلاثة جوانب (في الفقه الإسلامي والقانون اليمني وبعض القوانين العربية) . ولعل ما أثار اهتمامنا لبحث هذا الموضوع هو لفت انتباه العامة من الناس - خاصة في ريف اليمن الحبيب - وتصحيح اللبس الحاصل في أذهانهم عن شروط الأخذ بالشفعة ، بعد أن ساد لديهم العرف في هذا الجانب وطغى على أي تشريع آخر حتى خرجت الشفعة عن الغرض الذي شرعت من أجله شرعاً وقانوناً . بالإضافة إلى أن الشفعة من المواضيع الحية والعملية في واقع المجتمع اليمني كمجتمع إسلامي يستحق الوقوف عليها ودراستها دراسة تأصيلية متعمقة ، علاوة على اهتمامنا ببحث شروط الأخذ بالشفعة في القانون المدني اليمني لإبراز محاسنه كقانون مأخوذ من الشريعة الإسلامية الغراء ، وتميزه عن القوانين الوضعية الأخرى، وبيان أوجه النقص والعيب فيه .

منهج البحث :

حتى يكون بحثنا لموضوع شروط الأخذ بالشفعة شاملاً ومتكاملاً ، فقد سلطنا في دراستنا لهذا الموضوع مسكاً قد يختلف إلى^{حد} ما عما هو متعارف عليه في مثل هذه الدراسات البحثية خصوصاً من حيث الترتيب ، فدرجنا على تناول موضوعات البحث في

القانون الوضعي أولاً ، مبيّن أحكام عدد من التشريعات العربية التي تتفق في أحكامها ، ودراسة آراء فقهاء القانون في هذا الجانب . ثم تناولنا هذه الموضوعات في الفقه الإسلامي ، وقد كانت دراستنا لأحكام الفقه الإسلامي دراسة تأصيلية دقيقة ، بيناً فيها آراء مذاهب الفقه الإسلامي في كل مسألة من المسائل ، وذلك بالرجوع إلى مصادرها الأصلية في كتب المحققين الأوائل . تالياً ذلك بدراسة أحكام القانون اليمني كي نبين بأي آراء الفقه الإسلامي أخذ المشرع اليمني ، نظراً لاستقائه كل شروط الأخذ بالشفعة من أحكام الفقه الإسلامي ولم يتأثر بالقوانين الوضعية الأخرى مطلقاً .

خطة البحث :

تقسم هذه الرسالة إلى فصل تمهيدي ، وثلاثة فصول ، وخاتمة كما يلي :

الفصل التمهيدي : وتناولنا فيه المفهوم العام للشفعة . وقسمناه إلى ثلاثة مباحث هي :

المبحث الأول : ماهية الشفعة - ومشروعيتها .

المبحث الثاني : خصائص الشفعة .

المبحث الثالث : التكيف الشرعي والقانوني للشفعة .

الفصل الأول : وبيناً فيه الشروط الواجب توافرها في الشفيع . وتم تقسيمه إلى مبحثين هما :-

المبحث الأول : أن يتوافر في الشفيع سبب من أسباب الشفعة .

المبحث الثاني : أن يكون سبب الشفيع في الأخذ بالشفعة أقوى من غيره عند تزامم الشفعاء .

الفصل الثاني : وتناولنا فيه الشروط الواجب توافرها في التصرف المجيز للشفعة . وقد قسم إلى ثلاثة مباحث هي :-

المبحث الأول : التصرف المجيز للشفعة في القانون الوضعي .

المبحث الثاني : شروط التصرف المجيز للشفعة في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : التصرف المجزئ الشفعة في القانون اليمني .

الفصل الثالث : وقد خُصص للشروط الواجب توافرها في المال المشفوع فيه . وتم تقسيمه إلى ثلاثة مباحث هي :-

المبحث الأول : شروط المال المشفوع فيه في القانون الوضعي .

المبحث الثاني : شروط المال المشفوع فيه في الفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : شروط المال المشفوع فيه في القانون اليمني .

الخاتمة : وأخيراً اختتمنا هذه الرسالة بخلاصة موجزة لما تم بحثه ، ثم بيان الاستنتاجات والمقترحات التي تم التوصل إليها .

هذا ونسأل الله العلي العظيم أن يوفقنا لما فيه الصواب وان يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

الفصل التمهيدي

المفهوم العام للشفعة

تمهيد :

الشفعة نظام قانوني إسلامي أولاه الفقه الإسلامي عناية تفوق سائر النظم والتشريعات الوضعية ، وذلك لما له من أهمية عملية في الواقع ، ولما له أيضاً من خصائص وسمات لا تتفق في مجملها مع القواعد الشرعية العامة . حيث أن القواعد المنظمة للشفعة تقضي بإلزام المشتري بتسليم المال المشفوع فيه إلى الشفيع دون رضاه . وفي ذلك قيد حقيقي على حرية التملك .

وقبل تناول شروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون اليمني وبعض القوانين العربية نرى أنه لا بد من التعريف بماهية الشفعة - ومشروعيتها ، وبيان خصائصها ، وكذا التكيف الشرعي والقانون لها .

وعليه فقد أثرنا تناول المفهوم العام للشفعة في ثلاثة مباحث .

المبحث الأول : ماهية الشفعة - ومشروعيتها .

المبحث الثاني : خصائص الشفعة .

المبحث الثالث : التكيف الشرعي والقانوني للشفعة .

المبحث الأول ماهية الشفعة ومشروعيتها

تمهيد :

دراسة ماهية الشفعة يقتضى تناول تعريفها لغة ، واصطلاحا ، وقانونا ، ثم التأكيد على مشروعيتها . وسنتناول فيما يلي هذه الأمور في مطلبين اثنين ، نخصص الأول لتعريف الشفعة ، ونخصص الثاني لمشروعيتها .

المطلب الأول

تعريف الشفعة

كي نتعرف على ماهية الشفعة يقتضينا بيان تعريفها لغة ، واصطلاحا في الفقه الإسلامي ، وكذلك تعريفها في القانون الوضعي . وسنتناول ذلك في فروع ثلاثة على التوالي .

الفرع الأول

تعريف الشفعة في اللغة

الشفعة بضم الشين ، وإسكان الفاء ، وحكى ضمها مأخوذة من عدة معاني فى اللغة منها :-

(١) الشفعة مأخوذة من الشفع بمعنى الزوج ، يقال شفع الشيء ، صيره شفعا أي زوجا بان يضيف إليه مثله ، يقال كان وترا فشفعة بأخر أي قرنه به (١) . وسميت الشفعة بذلك لان الشفيع يضيف المبيع إلى ملكه فيشفعه به ، كأن كان واحدا وترا فصار زوجا شفعا .

(١) المنجد في اللغة والأعلام ، الطبعة الثامنة والعشرون ، دار المشرق ، بيروت ١٩٨٦م ، ص ٣٩٥ .

(٢) كما أن الشفعة مشتقة من الشفع بمعنى الضم ، يقال شفعت الشيء إذا ضمته . وسميت الشفعة بذلك ، لأن أحد الشريكين يضم نصيب شريكه إليه . وقد ورد في المصباح المنير ، « شفعت الشيء من باب نفع ضمته إلى الفرد ، وشفعت الركعة جعلتها اثنتين ، ومن هنا اشتقت الشفعة ، وهي مثال غرفة ، لأن صاحبها يشفع ماله بها » (١) .

(٣) وقيل أن الشفعة في اللغة مشتقة من الزيادة ، فقد سئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال : « اشتقاقها من الزيادة وهي أن تشفع فيما تطلب فتضمه إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده ، أي أنه كان وتراً واحداً فضم إليه ما زاده وشفعه به » (٢) .

(٤) والشفعة في اللغة أيضاً مأخوذة من الشفاعة ، ومنه شفاعة رسول الله ﷺ للمذنبين لأنه يضمهم إلى الطاهرين ، قال القتيبي في تفسير الشفعة : « كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالمبيع مما بعد سببه ، فسميت شفعة وسمي طالبها شافعاً » (٣) .

(١) المصباح المنير ، للعلامة احمد بن محمد بن علي الفيومي المقرئ ، مكتبة لبنان ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧ ، ص ١٢١ .

(٢) تاج العروس ، للإمام اللغوي محب الدين أبي الفيض السيد محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي الحنفي ، المجلد السادس ، دار ليبيا للنشر والتوزيع بنگازي (طبع على مطابع دار صادر بيروت) ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م ، ص ٤٠٠ . وانظر كذلك لسان العرب ، للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري ، المجلد الثامن ، الطبعة الأولى ، دار صادر ، بيروت ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ، ص ١٨٤ .

(٣) نفس المصدر السابق .

الفرع الثاني تعريف الشفعة في الفقه الإسلامي

عرفت الشفعة في الفقه الإسلامي بعدد من التعاريف تفاوتت في مضمونها بتفاوت مذاهب الفقه الإسلامي . وسنتناول فيما يلي تعريف الشفعة في المذاهب الفقهية المختلفة:-

تعريف الشفعة في المذهب الحنفي :-

عرف الإمام اكمل الدين البابر تي^(١) الشفعة بأنها : « عبارة عن تملك المرء ما اتصل بعقاره من العقار على المشتري بشركه أو جوار » . كما عرفها الاتقاني^(٢) بأنها : « عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار » . وتعرف المادة ٩٥٠ من مجلة الأحكام العدلية الشفعة بأنها « تملك الملك المشتري لما قام على المشتري من الثمن »^(٣) .

تعريف الشفعة في المذهب الحنبلي :-

يعرف الإمام البهوتي^(٤) من فقهاء الحنابلة الشفعة بأنها « استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه من يد من انتقلت إليه إن كان مثله أو دونه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد » . أما الإمام موفق الدين بن قدامة^(٥) فقد عرف الشفعة

(١) شرح العناية على الهداية ، للإمام اكمل الدين محمد بن محمود البابر تي (وهو مطبوع مع كتاب نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار الذي هو تكملة شرح فتح القدير للمحقق الكمال ابن الهمام) ، الجزء التاسع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص ٣٦٩ .

(٢) وقد ورد هذا التعريف للاتقاني في حاشية الشيخ شهاب الدين الشلبي الواردة في هامش كتاب تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، للزليعي ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٣١٥هـ ، ص ٢٣٩ .

(٣) شرح المجلة ، لسليم رستم باز ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص ٥٣٧ .

(٤) كشف القناع عن متن الإقناع ، لمنصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، الجزء الرابع ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م ، ص ١٣٤ .

(٥) المغني ، للشيخ الإمام موفق الدين بن محمد عبد الله بن احمد بن قدامة ، الجزء الخامس ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م ، ص ٤٥٩ .

بأنها « استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكة المنقولة عنه من يد من انتقلت إليه » .
وعرف الشيخ شمس الدين بن قدامه المقدسي ^(١) الشفعة بأنها « استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكة من يد مشتريها » .

تعريف الشفعة في المذهب الشافعي :-

عرف الإمام الرملي ^(٢) الشفعة بأنها « حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر » . كما يعرف الشيخ محمد الشربيني الخطيب ^(٣) من فقهاء المذهب الشافعي الشفعة بأنها « حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض » .

تعريف الشفعة في المذهب المالكي :-

يعرف ابن عرفة المالكي ^(٤) الشفعة على أنها « استحقاق شريك اخذ مبيع شريكة بثمنه » .

تعريف الشفعة في المذهب الزيدي :

يعرف الإمام احمد بن يحيى المرتضى ^(٥) من فقهاء المذهب الزيدي الشفعة بأنها « الحق المختص بالشريك ومن في حكمه في المبيع » . كما يعرفها العلامة أبو الحسن عبد الله

(١) الشرح الكبير ، للشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن احمد بن قدامه المقدسي وهو مطبوع مع كتاب المغني ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٥٩ .

(٢) نهاية المحتاج شرح المنهاج ، لشمس الدين محمد ابن أبي العباس احمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ، الجزء الخامس ، الطبعة الأخيرة ، دار الفكر بيروت ، لبنان ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م ، ص ١٩٤ .

(٣) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، الجزء الثاني ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ، مصر ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م ، ص ٢٩٦ .

(٤) ورد هذا التعريف في كتاب الفواكة الدواني ، للشيخ احمد بن غنيم سالم بن مهنا النفراوي ، الجزء الثاني ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص ٢١١ .

(٥) البحر الزخار الجامع لمذهب علماء الأمصار ، للإمام احمد بن يحيى بن المرتضى ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ، ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م ، ص ٤ .

بن مفتاح^(١) بأنها « الحق السابق لملك المشتري للشريك أو من في حكمه » .

ما يمكن استخلاصه من التعاريف السابقة

ويمكننا من استعراض تعاريف الفقهاء المسلمين للشفعة استخلاص الأمور التالية :
 أولاً :- اتفقت تعاريف فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشفعة تُملك للشفيع جبراً عن المشتري (المشفوع منه) ، مما يعني ذلك أنها قد شرعت خلافاً للقواعد العامة في الفقه الإسلامي ، تلك القواعد التي تقضي بان الأصل العام في التملك يقوم على الرضاء والاتفاق .

ثانياً :- كون الشفعة في الفقه الإسلامي قد شرعت خلافاً للأصل العام في التملك فان جمهور الفقه الإسلامي قد ضيقوا من أسباب استحقاقها ، فجعلوها مستحقة في حالة واحدة فقط هي حالة الشيوع ، وهذا يتضح من تعاريف فقهاء المذهب الحنبلي ، والشافعي ، والمالكي ، والتي أجمعت على أن الشفعة هي استحقاق الشريك القديم انتزاع حصة شريكة الحادث . أما فقهاء الحنفية ، والزيدية فقد توسعوا في أسباب استحقاقها فأضافوا حالة الجوار إلى جانب حالة الشيوع كسبب موجب لاستحقاق الشفعة .

(١) شرح الأزهار ، للعلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، مطبعة حجازي ، القاهرة ، بدون تاريخ ، ص ٢٠٦ .

ثالثاً :- اتفقت تعريفات جمهور الفقه الإسلامي للشفعة بأنها لا تستحق للشفيع إلا إذا سبقها تصرف شرعي معين ، ينطوي على معاوضة مالية عند الحنفية والحنابلة والزيدية (١) ، بينما توسع فقهاء الشافعية والمالكية (٢) في طبيعة التصرف المجيز للشفعة حيث ذهبوا إلى القول إن الشفعة تستحق إذا كان التصرف عقد معاوضة سواء أكان بمال أو بغير مال .

رابعاً :- أجمعت آراء الفقهاء المسلمين بأن للشفعة أركاناً ثلاثة هي الشفيع ، والتصرف المجيز للشفعة ، والمال المشفوع فيه ، والتي تعتبر شروطاً لصحة الشفعة .

الفرع الثالث

تعريف الشفعة في القانون الوضعي

لم تخرج تعريفات الشفعة في القوانين الوضعية وخصوصاً العربية منها كثيراً عما عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية باعتبار أن فقه الشريعة الإسلامية هو المصدر المادي والتاريخي للشفعة في تلك التشريعات . ولبيان ذلك سنكتفي بإيراد تعريف بعض التشريعات العربية للشفعة .

عرف المشرع المصري الشفعة في المادة ٩٣٥ من القانون المدني بأنها « رخصة

(١) انظر في الفقه الحنفي تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، الجزء الخامس ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٣١٥ هـ ، ص ٢٥٣ . وفي الفقه الحنبلي انظر كشاف القناع ، للبهوتي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٣٧ . المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٩ . وفي الفقه الزيدي انظر البحر الزخار ، للمرتضى ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٤ .

(٢) انظر في المذهب الشافعي المنهاج ، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، المطبوع في كتاب مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٨ . وفي المذهب المالكي بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للشيخ أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد القرطبي ، الجزء الثاني ، مطابع شركة الإعلانات الشرقية بالقاهرة ، بدون تاريخ ، ص ٢٣٠ .

تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري» (١) .

وعرف المشرع العراقي الشفعة في المادة ١١٢٨ من القانون المدني بأنها « حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة» (٢).

وعرف المشرع اللبناني الشفعة في المادة ٢٣٨ / ١ من قانون الملكية العقارية اللبنانية بأنها « حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري» (٣) .

وعرف المشرع الإماراتي الشفعة في المادة ١٢٧٩ من قانون المعاملات المدنية المعدل هي « استحقاق شريك في عقار بحصة شائعة اخذ حصة شريكه التي عاوض بها بثمنها في المعاوضة المالية وبقيمتها في المعاوضة غير المالية بما يدل على طلب الأخذ عرفا» (٤) .

أما المشرع اليمني فقد عرف الشفعة في المادة ١٢٦٢/ من القانون المدني والتي تنص على أن « الشفعة هي حق تملك عين ولو جبرا ملكت لآخر بعقد صحيح بعوض مالي معلوم على أية صفة كانت مثلية أو قيمية منقولة أو غير منقولة بما قام عليها من العوض أو المؤن» .

(١) القانون المدني المصري ، طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية ، الطبعة السادسة ، القاهرة ١٩٩٦ م . ويأخذ القانون المدني الليبي في المادة ٩٣٩ بنفس التعريف الوارد في القانون المصري .

(٢) انظر هذا التعريف عند د. غني حسون طه ، حق الملكية ، الجزء الأول ، مطبعة مقهوي ، الكويت ، ١٩٧٧ م ، هامش رقم (٢) ص ١٧٨ .

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٦ م ، هامش رقم (١) ص ٤٤٥ ، ٤٤٦ .

(٤) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، طبعة جمعية الحقوقيين ، أبريل ١٩٩٣ م .

ما يمكن استخلاصه من النصوص السابقة

من النصوص السابق عرضها يمكن استخلاص عدة نتائج نوجزها بالآتي :-
 أولا : على الرغم من اختلاف النصوص السابقة من ناحية الألفاظ المستخدمة ، فإن غالبيتها تتفق عند تحديد ماهية الشفعة بان المركز القانوني الذي يثبت للشفيع بخوله انتزاع المال المشفوع فيه جبرا عن المشتري (المشفوع منه) ولا يتوقف على رضاه ، وهذا يتضح من عبارة (تملك عين ولو جبرا) الواردة في القانون المدني اليمني ، وعبارة (تملك العقار المبيع ولو جبرا) الواردة في القانون العراقي ، والتي تحمل نفس معنى عبارة (الحلول محل المشتري) الواردة في القانون المصري ، والليبي ، وعبارة (اخذ حصة شريكه التي عاوض بها) الواردة في القانون الإماراتي ، وكذا عبارة (أن ينتزع العقار المبيع من المشتري) الواردة في القانون اللبناني . وبهذا تكون هذه التشريعات قد أخذت بما هو سائد في الفقه الإسلامي .

ثانيا : اختلفت نظرة التشريعات السابق عرضها لطبيعة الشفعة وكذلك المركز القانوني الذي تمنحه للشفيع ، ففي حين اعتبر التشريع اللبناني الشفعة بأنها حق فان التشريع المصري والليبي لم يريا فيها حقا بل اعتبراهما مجرد رخصة ، أما التشريع اليمني والعراقي فقد كيفا الشفعة بأنها الحق في التملك أي مرتبة وسطى بين الحق والرخصة ، أما التشريع الإماراتي فقد تجنب الخوض في تحديد طبيعة الشفعة فعبّر عنها بأنها (استحقاق) .

ثالثا : يتفق المشرع المصري ، والليبي ، والعراقي ، واللبناني ، والإماراتي ، على أن الشفعة تستحق للشفيع إذا وقع التصرف على عقار أما إذا وقع على منقول فلا شفعة ، مما يعني ذلك أن تلك التشريعات قد أخذت برأي الحنفية

والشافعية ، والحنابلة ، والمشهور عند المالكية (١) ، والذين يرون أن الشفعة لا تثبت إلا في العقار . بعكس القانون المدني اليمني الذي أجاز الشفعة في العقار والمنقول على حد سواء ، وبذلك يكون قد اخذ برأي المذهب الزيدي ، والظاهري (٢) والذين ذهبوا إلى القول بان الشفعة تثبت في العقار وغير العقار (المنقول) .

رابعا : تأثر المشرع المصري ، والليبي ، والعراقي ، واللبناني ، وكذا المشرع اليمني عند تحديد التصرفات القانونية المجيزة للشفعة برأي الحنفية ، والحنابلة ، والزيدية ، الذين يقصرون الشفعة على المعاوضات المالية . أما المشرع الإماراتي فقد أجاز الشفعة في المعاوضات المالية وغير المالية وبهذا يكون متأثرا بفقهاء المذهب الشافعي ، والمالكي (٣) .

(١) تبين الحقائق ، للزلمي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ . الهداية شرح بداية المبتدئ ، لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الراشداني المرغيناني ، الجزء الرابع ، الطبعة الأخيرة ، المكتبة الإسلامية ، بدون تاريخ ، ص ٣٤ . مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٦ . نهاية المحتاج ، للرملي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٩٥ . كشاف القناع ، للبهوتي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٣٨ ، ١٤٠ . وكذلك المدونة الكبرى ، للإمام مالك بن انس الاصبحي ، الجزء الثاني عشر ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٢٣هـ ، ص ٤٠٢ .

(٢) انظر في المذهب الزيدي البحر الزخار ، للمرتضى ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٤ . وفي المذهب الظاهري المحلى ، لأبي محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، بدون تاريخ ، ص ٨٢ .

(٣) انظر في المذهب الشافعي المنهاج ، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ، المطبوع في كتاب مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٨ . وفي المذهب المالكي بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للشيخ أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن رشيد القرطبي ، الجزء الثاني ، مطابع شركة الإعلانات الشرقية بالقاهرة ، بدون تاريخ ، ص ٢٣٠ .

أما تعريف الشفعة في القانون الوضعي فإن غالبية فقهاء القانون عند تعرضهم لتعريف الشفعة أوردوا تعريف الشفعة في التشريعات المختلفة . فعل سبيل المثال نجد فقيه القانون الأول د. السنهوري عند تعريف الشفعة قد أورد نص المادة ٩٣٥ مدني مصري^(١) ، وهو نفس ما فعله د. عبد المنعم فرج الصده^(٢) ، والمستشار مصطفى مجدي هرجه^(٣) ، والمستشار عبد العزيز محمد أبو غدير^(٤) . ويورد د. سهيل الفتلاوي^(٥) ، و د. مأمون أحمد الشامي^(٦) نفس تعريف الشفعة المذكور في نص المادة ١٢٦٢ مدني يمني .

والأقلية من الفقهاء كا د. جميل الشرفاوي قد شذ عن القاعدة السابقة فعرف الشفعة بأنها « قدرة بمنحها القانون لشخص (يسمى الشفيع) على أن يمتلك عينا تصرف فيها مالكا بعوض لشخص آخر »^(٧) .

ومن هذا التعريف يتبين الآتي :-

- (١) أن التعريف لم يعتبر الشفعة حقا ، أو رخصة ، أو مرتبة وسطى بينهما كما فعل فقهاء الشريعة الإسلامية ، وبعض القوانين العربية بل اعتبرها (قدرة) .
- (٢) إن المال المشفوع فيه وفقا لهذا التعريف يمكن أن يكون عقارا أو منقولا .
- (٣) أن الشفعة تثبت في التصرف القانوني الذي يتم بعوض مالي أو غير مالي .

- (١) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٤٥ .
- (٢) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣م ، ص ٣٤٥ . ومحاضرات في القانون المدني ، الجزء الثالث ، ١٩٦٣م ، ص ٧٧ .
- (٣) المستشار مصطفى مجدي هرجه ، الشفعة ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٦م ، ص ٩ .
- (٤) المستشار عبد العزيز محمد أبو غدير ، التعليق على نصوص الشفعة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ ، ص ٩ .
- (٥) د. سهيل الفتلاوي ، حق الملكية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م ، ص ١١٨ .
- (٦) د. مأمون احمد الشامي ، حق الملكية ، دار الفكر المعاصر ، صنعاء ، ١٤١٦هـ - ١٩٩٥م ، ص ٢٣٣ .
- (٧) د. جميل الشرفاوي ، الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٨م ، ص ٢٥٩ .

المطلب الثاني مشروعية الشفعة

عند عرضنا لتعريف الشفعة في الفقه الإسلامي عرفنا أن الشفعة تملك قهري ، أي أن الشفيع يأخذ المال المشفوع فيه من المشتري جبراً . مما يعني ذلك أن الشفعة قد شرعت على خلاف الأصول التشريعية التي تقضي أن الأصل في التملك التراضي . وأنه لا يجوز انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه وإجباره على المعاوضة .

وعلى ذلك يمكن القول بأن الشفعة أثبتها الشرع لمصلحة راجحة وهي أصل ثابت في الشرع دللتنا على ثبوته الأحاديث المشهورة عن رسول الله ﷺ ، كما انعقد الإجماع على مشروعيته . وسنبين مشروعية الشفعة في فرعين ، نتناول في الفرع الأول دليل مشروعية الشفعة من السنة ، وفي الفرع الثاني نبين الإجماع على مشروعية الشفعة .

الفرع الأول دليل مشروعية الشفعة من السنة

تعتبر السنة النبوية المطهرة المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي بعد القرآن الكريم ، وهي ما صدر عن رسول الله ﷺ من قول أو فعل أو تقرير . وقد استدل فقهاء الشريعة الإسلامية على مشروعية الشفعة^(١) بعدد من الأحاديث النبوية الشريفة نذكر منها الآتي :-

(١) انظر في مشروعية الشفعة المجموع ، لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ، الجزء الرابع عشر ، دار الفكر للطباعة والتوزيع ، بدون تاريخ ، ص ٣٠٢ . المبسوط ، لشمس الدين السرخسي ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، الطبعة الثالثة ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٨هـ - ١٩٨٧م ، ص ٩٠ . تبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٣٩ . حاشية الجمل على شرح المنهاج ، لزكريا الأنصاري ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، بدون تاريخ ، ص ٤٩٨ . المغلي ، لموفق الدين بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٥٩ وما بعدها . بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٢٨ .

- (١) ما روي عن جابر رضي الله عنه قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربه او حائط^(١) لا يحل له ان يبيع حتى يؤذن شريكة فان شاء اخذ وان شاء ترك فاذا باع ولم يؤذنه فهو احق به »^(٢) .
- (٢) عن جابر رضي الله عنه قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت^(٣) الطرق فلا شفعه »^(٤) .
- (٣) ما روي عن عمرو بن الشريد من حديث ابي رافع قال « وقفت على سعد بن ابي وقاص ف جاء المسور بن مخرمه فوضع يده على أحد منكبي إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ فقال : يا سعد ابع مني بيتي في دارك ، فقال سعد : والله ما ابتاعها ، فقال المسور : والله لتبتاعها فقال سعد : والله لا أزيد على أربعة الاف منجمة أو مقطعة قال أبو رافع لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولو أني سمعت النبي ﷺ يقول الجار أحق بسقبة^(٥) ما أعطيتها بأربعة الاف وأنا أعطي بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه »^(٦) .
- (٤) ما روي عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال « قال رسول الله ﷺ من كان له شريك في ربه أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكة فان رضي اخذ وان كرهه ترك »^(٧) .

-
- (١) الربع والرابعة بفتح الراء وإسكان الباء ، والربع الدار والمسكن ومطلق الأرض واصله المنزل الذي كانوا يربعون فيه . والرابعة تأنيث الربع وقيل واحدة . والحائط هو البستان .
- (٢) رواه مسلم والنسائي وأبو داود . انظر صحيح مسلم ، للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، الجزء الخامس ، مؤسسة الطباعة لدار التحرير للطبع والنشر ، القاهرة ، ١٣٨٤هـ ، ص ٥٧ . وكذلك نيل الاوطار شرح منتقى الأخبار ، للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، الجزء الخامس ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣م ، ص ٨٠ .
- (٣) صرفت : بينت مصارفها وشوارعها .
- (٤) رواه احمد والبخاري . انظر فتح الباري ، للإمام الحافظ احمد بن علي بن حجر العسقلاني ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ، دار الريان للتراث ، القاهرة ، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٦م ، ص ٥٠٩ .
- (٥) السقبة : القرب .
- (٦) رواه البخاري . انظر فتح الباري ، للعسقلاني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٥١٠ .
- (٧) رواه مسلم . انظر صحيح مسلم ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥٧ .

٥) ما رواه مسلم في صحيحه قال : « حدثني أبو الطاهر اخبرنا ابن وهب عن ابن جريج أن أبا الزبير اخبره انه سمع جابر بن عبد الله يقول قال رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك في ارض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكة فيأخذ أو يدع فان أبى فشريكة أحق به حتى يؤذنه » (١) .

الفرع الثاني

الإجماع على مشروعية الشفعة :-

الإجماع مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ودليل من أدلة الأحكام ، فإذا اجمع أهل العلم من المسلمين على مسألة من المسائل الفقهية كان إجماعهم هذا حكماً شرعياً واجب الاتباع قال ابن المنذر (٢) : اجمع أهل العلم على مشروعية الشفعة ولم يخالف أحد من علماء المسلمين هذا الإجماع إلا أبا بكر الأصم ، محتجاً في ذلك بان إثبات الشفعة للشفيع فيه إضرار بأرباب الأملاك ، ويتحقق هذا الضرر أن المشتري إذا علم أن الشفيع يأخذ منه المبيع جبراً بعد الشراء فلن يقوم بعملية الشراء ، ويتقاعد الشريك (الشفيع) عن الشراء وبالتالي يلحق الضرر بالمالك .

ويقول صاحب المغني (٣) بان ما احتج به الأصم ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبلة وذلك من وجهين :
الوجه الأول : انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء .

(١) صحيح مسلم ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥٧

(٢) المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٠ . ومغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٦ . والمجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٠٢ . الشرح الكبير ، لابن قدامة المقدسي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٠ .

(٣) المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٠ .

الوجه الثاني: انه يمكن الشريك إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة (١).

ومما لاشك فيه أن في تشريع الشفعة حكمة ظاهرة بالنظر إلى أن التشريع الإسلامي يهدف إلى درء المفاسد وجلب المصالح ورفع المشقة والحرج . والحكمة من تشريع الشفعة كما سنرى لاحقاً هو دفع الضرر أي ضرر الدخيل (المشتري) من حيث اعلا الجدار ، وإيقاد النار ، ومنع ضوء النهار ، وإثارة الغبار ، وإيقاف الدواب والصغار لاسيما إذا كان يضاده كما قيل أضيق السجون معاشر الأضداد (٢) .

و خلاصة القول أن الحكمة من تشريع الشفعة تكمن في أن الشريك أو الجار بأخذه حصة شريكة أو جاره المباع لأجنبي يدفع عن نفسه ضرر مشاركة أو مجاورة الأجنبي خاصة إن كان هذا الأجنبي سيئ الخلق ، غليظ الطبع ، والشريعة الإسلامية قد حرصت على دفع الضرر بتشريع قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) ، كما أن درء المفاسد في الشريعة الإسلامية مقدم على جلب المصالح عند التعارض . علاوة على أن الشريك عند أخذه الحصة المشاعة المنتقلة إلى الأجنبي يدفع عن نفسه ضرر مؤنة القسمة مع الأجنبي ، واستحداث المرافق في الحصة الصائرة إليه ، كما أن الشفعة تحقق فوائد اقتصادية تتمثل في المساعدة على وضع حد لحالة الشيوع كما تؤدي إلى تجميع ما تفرق من حق الملكية فتجتمع للمالك سلطاته على العين (٣) .

وبناء على ذلك فالشفعة نظام قانوني سليم شرعا وعقلا ، وهو من جملة الأنظمة القانونية التي امتازت وتفردت بها الشريعة الإسلامية . وقد أخذت بهذا النظام القانوني

(١) الجدير بالإشارة أن سقوط الشفعة بالمقاسمة هو رأي سائد عند من يحصرون الشفعة على الشركة فقط .

(٢) تبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٣٩ .

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص ٣٤٦ ، ٣٤٧ .

د. محمد الجندي ، الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، القسم الأول ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، السنة التاسعة ، مارس ١٩٨٥ م ، العدد الأول ، كلية الحقوق بجامعة الكويت ، ص ١٧٣ .

معظم التشريعات العربية^(١) باستثناء القانون السوري الذي ألغى الشفعة أصلاً من بين أسباب كسب الملكية^(٢). كما أن القانون المدني رقم (٨) لعام ١٩٨٨م الذي كان ساري في المحافظات الجنوبية والشرقية والملغى بالقرار الجمهوري رقم (١٩) لعام ١٩٩٢م بشأن إصدار القانون المدني لم يأخذ بحق الشفعة بل أخذ بما اسماء حق الاسترداد وهو نظام مقارب لحق الشفعة إلى حد ما^(٣).

-
- (١) نظم القانون المدني اليمني أحكام الشفعة في المواد من ١٢٦٢ إلى ١٣١٩ . وكذلك القانون المدني المصري المواد ٩٣٥ إلى ٩٤٨ . أما قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة فقد نظم أحكام الشفعة في المواد من ١٢٧٩ إلى ١٣٠٦ منه .
- (٢) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (١) ص ٤٤٥ ، ٤٤٦ وكذا د. محمد الجندي ، المرجع السابق ، ص ١٧١ .
- (٣) انظر المواد ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ من القانون المدني القديم رقم (٨) لعام ١٩٨٨م .

المبحث الثاني خصائص الشفعة

تمهيد :

تتميز الشفعة - كسبب من أسباب كسب الملكية وغيرها من الأسباب الأخرى لكسب الملكية - بخروجها عن القواعد المنظمة لأسباب كسب الملكية بشكل عام ، بل وعن القواعد المألوفة في التعامل بين الأفراد ، ويتوج خروجها هذا تميّزها بعدد من السمات والخصائص ، ولعل أهم ما يميز الشفعة أنها حق استثنائي ثبت على خلاف الأصل ، وعلى الرغم من أن كثيراً من فقهاء الشرع والقانون لم يعتبروا الشفعة سواء رخصة من الرخص أو مرتبة وسطى بين الحق والرخصة ، فإنها مع ذلك تتميز بقابليتها للانتقال عن طريق الإرث ، كما أنها حق لا يقبل التجزئة لما في ذلك من تفرقة للصفقة على المشتري وإلحاق الضرر به .

وعلى هذا الأساس سنتناول الخصائص الرئيسية المميزة للشفعة في ثلاثة مطالب ، نتعرض في المطلب الأول لخاصية الشفعة بأنها حق استثنائي ، بينما نخصص المطلب الثاني لقابلية الشفعة للإرث ، ونتناول في المطلب الثالث عدم قابلية الشفعة للتجزئة .

المطلب الأول الشفعة حق استثنائي

سبقت الإشارة إلى أن الأحكام والقواعد المنظمة لحق الشفعة قد قررت على خلاف الأصل العام في التملك ، الذي يقضي بأن للمالك أن يتصرف في ملكة لمن شاء دون اعتراض أحد ، بينما نجد الأحكام المنظمة للشفعة قد جعلت منها وسيلة جبرية لكسب الملكية بالإرادة المنفردة للشفيع ، وذلك بما تتضمنه من قواعد تقضي بإجبار المشتري على التخلي عن المال الذي ترد عليه الشفعة لصالح الشفيع متى ما توافرت شروطها .

إن الشفعة بوصفها حقاً استثنائياً شرع خلافاً للقواعد العامة يتبين من خلال حصر نطاقها وتضييق حالاتها في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على حد سواء . وسنتناول الخاصة الاستثنائية للشفعة في فرعين ، نتناول في الأول الخاصة الاستثنائية للشفعة في الفقه الإسلامي ، وفي الثاني نتناول الخاصة الاستثنائية للشفعة في القانون الوضعي .

الفرع الأول

الخاصة الاستثنائية للشفعة في الفقه الإسلامي

تتجلى الخاصة الاستثنائية للشفعة في الفقه الإسلامي في أن جمهور الفقه الإسلامي لا يجيزوا الشفعة إلا في حالة الشيوع فقط ، حتى أن فقهاء المذهب الحنفي - الذين أجازوا الشفعة بسبب الجوار إلى جانب حالة الشيوع - قد عمدوا إلى رسم إجراءات خاصة بطلب الشفعة وتمثل في ثلاثة طلبات ، الأول طلب الموائبة وهو أن يبادر الشفيع بطلب الشفعة فور علمه بالبيع ، والثاني طلب التقرير والإشهاد وهو أن يشهد الشفيع على البائع أو على المشتري أو عند المبيع بأنه يطلب الشفعة ، أما الطلب الثالث فهو طلب الخصومة والتملك وهو رفع الشفيع طلب الشفعة إلى الحاكم طالباً الحكم له بها^(١) .

(١) انظر تبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤٢ وما بعدها .

لأنها كما وصفوها حق ضعيف لا يتقوى إلا بطلبها فوراً من قبل الشفيع بمجرد العلم بالبيع ويترتب على من علم بالشفعة ولم يوثبها سقوط حقه فيها حتى وصل بهم الأمر أن قالوا أن الشفيع لو أخبر عن الشفعة بكتاب والشفعة في أوله أو وسطه فقرأ الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته (١) .

ولما رأى بعض فقهاء الشريعة الإسلامية أن الشفعة تمثل قيداً حقيقياً على حرية التعاقد وكابحاً فعلياً لإرادة الأفراد أجازوا استخدام الحيل لإسقاطها ، ومنهم الإمام أبو يوسف وبعض فقهاء الشافعية (٢) . والحيلة هي ان يظهر المتعاقدان في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ، ويتواطؤون في الباطن على خلافه (٣) . ومن صور الاحتيال لإسقاط الشفعة ما يأتي :-

- (١) أن يشتري المشتري الدار من البائع بمائة دينار ويذكران في العقد أن الثمن خمسمائة دينار حتى لا يستطيع الشفيع اخذ هذا الدار بالشفعة نتيجة لثمنه الباهض .
- (٢) أن يهب صاحب الدار بيت من الدار للذي يريد شراء الدار ، ثم يتم بعد ذلك بيع باقي الدار ، فلا يكون للشفيع فيها الشفعة ، لان المشتري قد صار شريكاً في الدار بذلك البيت .

الفرع الثاني

الخاصية الاستثنائية للشفعة في القانون الوضعي

ضيق القوانين الوضعية من نطاق حق الشفعة ، ونجد هذا التصديق لأسباب الشفعة واضحاً في القانون المدني اليمني فقد نصت المادة ١٢٦٣ من بان « سبب الشفعة

- (١) شرح المجلة ، لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٨٢ .
- (٢) نتائج الأفكار ، لشمس الدين احمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي (وهو تكمله شرح فتح القدير للمحقق الكمال ابن الهمام) الجزء التاسع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص ٤٢٢ . د. صلاح عبد الغني الشرع ، الشفعة بين الوجوب والإسقاط في النظام الإسلامي ، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد التاسع والثلاثون ، السنة العاشرة ، أغسطس سبتمبر أكتوبر ١٩٩٨م ، ص ١٣٣ .
- (٣) المغني ، لموفق الدين بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥١١ .

هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) في أصلها أو في حق من حقوقها . وتختلف أسباب الشفعة في القوة طبقاً لما ينص عليه القانون « . كما نص قانون المعاملات المدنية الإماراتي أيضاً في المادة ١٢٧٩ بان الشفعة هي « استحقاق شريك في عقار بحصة شائعة اخذ حصة شريكه ... » . ومن النصين السابقين يتبين أن المشرع اليمني والإماراتي قد قصرا سبب الشفعة على الشيوع فقط .

كما أن معظم التشريعات العربية قد قيدت الشفيع بضرورة طلب الشفعة خلال مدة ضيقة وإلا سقط حقه في طلبها ، ومن هذه التشريعات القانون المدني اليمني حيث ألزمت المادة ١٢٨١ الشفيع الحاضر مجلس العقد أن يطلب الشفعة في المجلس ما لم يكن له عذر مقبول ، ويلزم الشفيع الغائب عن مجلس العقد أن يطلب الشفعة في مجلس علمه بالعقد ما لم يكن له عذر مقبول ، ويلزم من كان له عذر مقبول أن يطلب الشفعة من وقت زوال العذر . وحددت المادة ١٢٨٢ بأنه إذا لم يستجب المطلوب للشفعة طوعاً كان للشفيع طلب مخاصمته أمام القضاء فإذا لم يخاصمه خلال مدة خمسة عشر يوماً سقط حقه إلا لعذر مقبول . ويعطي القانون المصري ، والعراقي ، والليبي ، للشفيع أن يطلب الشفعة خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري . أما قانون الملكية العقارية اللبناني فقد جعل مدة طلب الشفعة عشرة أيام ^(١) .

وألزمت بعض التشريعات ^(٢) في سبيل تضيق نطاق الأخذ بالشفعة الشفيع قبل رفع دعوى الشفعة إيداع كل أو نصف ثمن العقار المشفوع فيه خزينة المحكمة ، فإن لم يتم الإيداع سقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ، وبذلك وضعت هذه التشريعات حداً لدعوى الشفعة غير الجدية التي يقصد بها تهديد المشتري حتى يضطر إلى مساومة الشفيع على ترك دعوى الشفعة لقاء مبلغ من المال ، كون تحقيق شرط الإيداع التي استحدثته التشريعات ليس بالأمر اليسير في كثير من الأحوال لأنه ليس كل من توافرت فيه شروط الشفعة لديه القدرة المالية على شراء المال المشفوع فيه .

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (١) ص ٦٢١ ، ٦٢٢ .

(٢) منها القانون المدني المصري المادة ٩٤٢ / ٢ ، والقانون المدني العراقي المادة ١١٤٠ ، وقانون الملكية العقارية اللبناني المادة ٢٤٩ ، والقانون المدني الليبي المادة ٩٤٦ / ٢ .

ولأن الشفعة حق استثنائي يتنافى مع الحرية الشخصية للأفراد في التعاقد وترتيب الآثار القانونية التي يريدها فإنه من الطبيعي أن يكون لها خصوماً ينادون بإلغائها معتبرين بأنه لم يعد لها اليوم ما يسوغها وهذا ما حصل فعلاً من قبل المشرع السوري كما أسلفنا ، كما أن بعض التشريعات ومنها المصري قد استبقى حق الشفعة واعتبره سبباً لكسب الملكية ، لا لأنها حق قوي في ذاته بل لاعتبارات تاريخية كون هذا النظام قد أصبح جزءاً من التقاليد القانونية للبلاد (١) .

(٢) المستشار مصطفى مجدي هرجه ، المرجع السابق ، ص ٥ .

المطلب الثاني قابلية الشفعة للإرث

لا خلاف في أن الشفعة ثابتة ومستحقة للشفيع إذا مات المشتري (المشفوع منه) أو البائع ، ولا تبطل بموت إحداهما مطلقاً سواء مات قبل مطالبة الشفيع بها أو بعد المطالبة . كما انه لا خلاف أيضاً في انتقال المال المشفوع فيه إلى ورثة الشفيع إذا مات الأخير بعد تمام الملك ، إذ أنه هو قد أصبح جزء من التركة . بيد أن الخلاف قد احتدم في الفقه الإسلامي وفقه القانون الوضعي حول إنتقال الحق في الشفعة إلى ورثة الشفيع إذا توفي بعد توافر شروطها وقبل طلبها ، وإمكانية هذا الانتقال إذا حدثت الوفاة بعد الطلب ولكن قبل تمام الملك رضاء أو قضاء . ورغم هذا الجدل الفقهي إلا أن الغلبة في نهاية الأمر للرأي القائل بتوريث حق الشفعة ، لتخرج بذلك مميزة قابليتها للإرث رغم ما قيل فيها من قبل بعض الفقهاء عند التعرض لطبيعتها من أن المركز القانوني الذي تخوله للشفيع لا يرتقي إلى مرتبة الحق الكامل الذي من مميزاته الانتقال بالميراث .

وعلى هذا الأساس سنتناول خاصية انتقال الشفعة بالإرث في ثلاثة فروع نخصص الفرع الأول لتناول هذه الخاصية في القانون الوضعي ، ثم نعرض هذه الخاصية في الفقه الإسلامي في فرع ثاني ، وأخيراً نتناول خاصة انتقال الشفعة بالإرث في القانون اليمني في فرع ثالث .

الفرع الأول

انتقال الشفعة بالإرث في القانون الوضعي

انقسم فقه القانون الوضعي بشأن توريث حق الشفعة إلى فريقين أحدهما مؤيد لإنتقالها بالإرث والآخر معارض لذلك .
أولاً : الفريق المؤيد لانتقال الشفعة بالإرث :-

ذهب أنصار هذا الفريق إلى جواز توريث حق الشفعة ، إلا أنهم اختلفوا في انتقال الشفعة إلى الورثة فيما إذا مات الشفيع بعد ثبوت الشفعة ولكنه لم يطلبها ، وانقسموا إلى قسمين .

(١) يرى القسم الأول (١) من أنصار الفريق المؤيد لانتقال الشفعة بالإرث إلى أن حق الشفعة لا يسقط بموت الشفيع وإنما ينتقل إلى ورثته حتى إن مات الشفيع قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، لان الشفعة بحكم طبيعتها تلازم العقار المشفوع به فتنتقل مع هذا العقار إلى الوارث ، حيث أنها تثبت للشفيع تبعاً للعقار المشفوع فيه ولا ترتبط ارتباطاً وثيقاً بشخص الشفيع . وهي أيضاً خيار للشفيع تنتقل إلى وارثه بالحالة التي كانت عليها بالنسبة لمورثه ، وبالتالي إذا مات الشفيع بعد ثبوت الشفعة وقبل طلبها كان للورثة أن يقوموا بطلبها مادامت المدة المحددة للطلب لا تزال قائمة ، أما إذا طلبها الشفيع قبل وفاته كان للوارث أن يستمر في ذلك حتى يتملك المال المشفوع فيه .

كما أن بعض التشريعات هي الأخرى قد أخذت بتوريث حق الشفعة إذا مات الشفيع قبل أن يطلبها مادامت قد اكتملت شروط الأخذ بها ومن هذه التشريعات التشريع العراقي ، واللبناني (٢) .

(٢) ويرى القسم الآخر من فقهاء القانون المؤيد لانتقال الشفعة بالإرث أن الشفعة لا تنتقل إلى الورثة إلا إذا طلبها الشفيع قبل وفاته ، أما إذا مات ولم يطلبها فلا تنتقل الشفعة إلى ورثته . ومن أبرز القائلين بهذا الرأي فقيه القانون الأول د. السنهوري ، الذي يعبر عن الشفعة بعد قيامها وقبل الأخذ بها بالرخصة أو بالمنزلة الوسطى بين الرخصة والحق . لذلك فهي لم تكسب الشفيع حقاً كاملاً في العقار المشفوع فيه حتى تنتقل إلى ورثته ، لان الذي ينتقل من المورث إلى الورثة هي الحقوق الكاملة أما الرخصة أو

(١) ومنهم د. عبد المنعم فرج الصده (انظر رأيه في مؤلفه محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٨٩) . و د. منصور مصطفى منصور (وقد أشير إلى رأيه هذا في كتاب د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (١) ، ص ٤٦٦) .

(٢) تنص المادة ٣/١١٣٣ من القانون المدني العراقي على انه « متى ثبتت الشفعة فلا تبطل بموت البائع أو المشتري أو الشفيع » . كما تنص المادة ٢٤٣ من قانون الملكية العقارية اللبباني « ينتقل حق الشفعة عند وفاة صاحبه إلى ورثته ... » .

المنزلة الوسطى بين الحق والرخصة فلا تنتقل إلى الورثة (١) .

ثانيا : الفريق المعارض لانتقال الشفعة بالإرث :-

يرى أنصار هذا الفريق عدم جواز إنتقال حق الشفعة إلى ورثة الشفيع بعد مماته (٢) ، ويشترطون لانتقال هذا الحق إلى الورثة أن تكون دعوى المورث قد انتهت بحكم قضائي لمصلحته ولكن قبل صدور الحكم ليس لورثته أن يتمسكوا بهذا الحق .

الفرع الثاني

انتقال الشفعة بالإرث في الفقه الإسلامي

يمكن رد الخلاف حول توريث حق الشفعة من عدمه في الفقه الإسلامي إلى

اتجاهين رئيسين :-

الاتجاه الأول : ويرى توريث حق الشفعة ، والقائلون بذلك هم جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية من الشافعية (٣) ، والمالكية (٤) ، والحنابلة (٥) ، والزيدية (٦) ، والظاهرية (٧) ، وحبثهم في ذلك أن الشفعة حق ثبت للمورث والحقوق كلها سواء كانت مالية أو غير مالية تنتقل إلى الورثة وفقا للقاعدة العامة إلا ما قام الدليل على أنه لا ينتقل مادام لا يوجد أي نص يدل على أن الشفعة لا تنتقل إلى الورثة فأنها تتبع القاعدة العامة ، وبالتالي ينتقل

(١) ومن الفقهاء القائلين بذلك أيضا د. محمد علي عرفه ، د. حسن كيره . أنظر د. السنهوري ،

الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (٢) ص ٤٦٥ ، ٤٦٩ .

(٢) ومن الفقهاء القائلين بهذا الرأي محمد كامل مرسي ، د. إسماعيل غانم . انظر محمد كامل

مرسي ، الملكية والحقوق العينية ، الطبعة الثانية ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، ١٩٢٨ ، ص

٤٧٧ . ود. السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (٢) ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

(٣) المجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٤٤ .

(٤) بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٣٤ .

(٥) المغني ، لموفق الدين ابن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥٣٦ ، ٥٣٧ .

(٦) شرح الأزهار ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٢٤ .

(٧) المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٩٦ .

حق الشفعة إلى الورثة^(١) . كما أنه يمكن قياس حق الشفعة بخيار العيب الذي ينتقل إلى ورثة من ثبت له هذا الخيار إذا مات قبل أن يستعمله لاسيما وإن حق الشفعة قد شُرِعَ لدفع الضرر عن المال .

وجمهور الفقه الإسلامي رغم اتفاقهم على انتقال حق الشفيع لورثته من بعده ، فإنهم اختلفوا في زمن انتقال هذا الحق . فقد رأى الشافعية ، والمالكية^(٢) ، أن الحق فسي الشفعة ينتقل إلى الورثة مادامت الوفاة قد وقعت بعد اكتمال شروط الشفعة في مواجهة الورثة ، سواء وقعت الوفاة قبل طلب الشفعة أو بعدها .

بينما يشترط الحنابلة^(٣) ، والظاهرية^(٤) ، والزيدية^(٥) ، لانتقال الشفعة إلى ورثة الشفيع أن يطلبها الشفيع قبل وفاته ، فإن مات قبل أن يطلب الشفعة سقطت شفيعته ولا يحق لورثته الأخذ بها^(٦) . والسبب في ذلك أن المورث قد زال ملكه بعد موته كما أن ورثته لا يملكون سبب الشفعة عند البيع لأن سببهم للشفعة إنما وجد بعد البيع ، كما أن الشريعة الإسلامية قد جعلت الحق للشفيع لا لغيره ، وبالتالي فلا تنتقل إلى ورثته مادام الشفيع قد مات قبل أن يستخدمه^(٧) .

(١) د. صلاح عبد الغني الشرع ، المرجع السابق ، ص ١٢٤ .

(٢) المجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٤٤ . بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٣٤ .

(٣) المغني ، لموفق الدين ابن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥٣٦ ، ٥٣٧ . وكشاف القناع ، للبهوتي ، الجزء الرابع ، ص ١٥٨ .

(٤) المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٩٦ .

(٥) شرح الأزهار ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ .

(٦) ويستثنى فقهاء المذهب الزيدي من شرط طلب الشفعة قبل وفات الشفيع لكي تنتقل إلى ورثته حالتين : إحداهما إذا مات الشفيع قبل العلم بالبيع ، والأخرى إذا مات الشفيع بعد العلم بالشفعة ولم يتمكن من الطلب لعذر . أنظر المصدر السابق .

(٧) وقد اخذ بهذا الرأي الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي .

الاتجاه الثاني : يرى عدم توريث حق الشفعة ، وقد قال بذلك الحنفية ^(١) وعندهم تسقط الشفعة بوفاة الشفيع سواء بعد الطلب أو قبله ، لان الشفعة عندهم مجرد الرأي والمشينة لهذا لا يمكن إرثها ، كما أن الحق في الشفعة الذي يثبت للوارث حادث بعد البيع وهذا الحق غير معتبر لانقضاء شرطه وهو قيامه وقت البيع وبقاؤه إلى وقت القضاء ، وقد قاسوا حق الشفعة بخيار الشرط الذي لا يورث عندهم .

الفرع الثالث

انتقال الشفعة بالإرث في القانون اليمني

تناول المشرع اليمني خاصية انتقال الشفعة بالإرث في المادة ١٢٧٢ من القانون المدني التي نصت على أنه " لا تبطل الشفعة بموت المشفوع منه مطلقاً ولا بموت الشفيع بعد الطلب ، أو قبل العلم بالبيع أو بعده قبل التمكن من طلب الشفعة وتورث الشفعة في هذه الأحوال ويلزم طلب كل الورثة أو أحدهم بالوكالة " .

من هذا النص يتبين أن الشفعة لا تبطل إذا مات المشفوع منه (المشتري) ، سواء مات قبل طلب الشفيع الشفعة أو بعد الطلب . كما أن القانون اليمني قد اخذ بتوريث حق الشفعة إذا توفي الشفيع بعد ثبوت الشفعة ، أي بعد بيع العين المشفوع فيها مسيراً بذلك جمهور الفقه الإسلامي الذي يرى توريث حق الشفعة . بيد انه يشترط لانتقال الشفعة إلى ورثة الشفيع أن يطلبها الشفيع قبل وفاته ، فإذا مات قبل طلبها سقط حق الورثة في طلب الشفعة ، وهذا يعني أن المشرع اليمني قد اخذ برأي الحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية .

وإذا كان القانون المدني اليمني قد جعل القاعدة في توريث الشفعة أن يطلبها الشفيع قبل وفاته ، إلا انه مثله مثل المذهب الزيدي استثنى من هذه القاعدة حالتين أجاز

(١) شرح العناية على الهداية ، للباقرتي ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤١٦ ، ٤١٧ . وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٧ ، ٢٥٨ . وتنص المادة ١٠٣٨ من مجلة الأحكام العدلية بأنه " لو مات الشفيع بعد طلب الموائبة والتقرير وقبل أن يكون مالكاً للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم لا ينتقل حق الشفعة إلى ورثته " .

فيها انتقال الشفعة بالميراث رغم عدم طلبها من قبل الشفيع قبل وفاته وهي حالة وفاة الشفيع قبل أن يعلم بالبيع ، وحالة وفاة الشفيع بعد العلم بالشفعة ولم يتمكن من طلبها لعذر .

ويشترط القانون المدني اليمني في نهاية نص المادة ١٢٧٢ أن يطلب الشفعة في أحوال انتقالها بالميراث كل ورثة الشفيع أو أحدهم بالوكالة . ولعل الحكمة من هذا الشرط في اعتقادنا هو عدم تجزئة الصفقة على المشتري نظرا لان الشفعة في أحوال انتقالها بالميراث توزع على الورثة بقدر انصبتهم فيه ، فإذا طلبها بعض الورثة دون الآخرين استحق من طلبها منهم بقدر حصته في الميراث وبقي نصيب من لم يطلبها من الورثة فيؤدي ذلك إلى تبعض الصفقة على المشتري وهذا غير جائز قانونا . وما يؤكد رأينا هذا شيان : أحدهما أن المشرع اليمني قد اعتمد في توزيع الشفعة بين الشفعاء إذا كانوا ورثة معيار الانصباء وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢٥ من قانون الأحوال الشخصية^(١) . والثاني أن فقه المذهب الزيدي الذي أخذ منه نص المادة ١٢٧٢ مدني ، والذي يعد المصدر التاريخي له وينبغي الرجوع إليه إذا استشكل الأمر ، يقرر بعض فقهاءه أن الشفعة تقسم بين ورثة الشفيع على قدر انصبتهم في الميراث^(٢) .

(١) انظر لاحقا ص (٩٠) من هذا البحث .

(٢) شرح الأزهار ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٢٤ حاشية رقم (٧) .

المطلب الثالث

عدم قابلية الشفعة للتجزئة

نظرا لأن موضوع عدم قابلية الشفعة للتجزئة سيجري بحثه في الفصل الثالث من هذا البحث كشرط من شروط المال المشفوع فيه ، رأينا تناوله هنا كخاصية من خصائص الشفعة بشكل موجز على أن يتم تناوله بشكل موسع في الفصل الثالث .

مما لا شك فيه أن لكل علاقة تعاقدية بين الأفراد غاية أو غرض مقصود تـهدف أطراف هذه العلاقة الوصول إليه ، فمن يدخل في تعاقد مع آخر لشراء عقار معين إنما يهدف من وراء ذلك الحصول على مصلحة نفعيه معينه ، ومن المؤكد أنه لا يستطيع اقتضاء هذه المصلحة أو المنفعة وفقا لما يرسمه إلا بتملك كل العقار المبيع سيما إن كان هذا العقار لا يقبل التجزئة بطبيعته ، أو بحسب الغرض المقصود منه ، فإذا سلب عليه الشفيع لأخذ هذا العقار بالشفعة دفعا للضرر ، فإنه لا يجوز للشفيع أن يدفع هذا الضرر بضرر آخر يلحقه بالمشتري ، بأخذ جزء من العقار المشفوع فيه وترك الجزء الآخر للمشتري لما في ذلك من تفريق للصفقة على المشتري وتقويت الغرض الذي يهدف إليه . لهذا كان من خصائص الشفعة أنها حق لا يقبل التجزئة فترتب على ذلك أن أصبح حق الشفيع تحت طائلة السقوط إن هو طالب بجزء من العقار المشفوع فيه .

تأخذ كثيرا من القوانين الوضعية بخاصية عدم قابلية الشفعة للتجزئة ، فلا يجوز للشفيع طلب جزء من المال المشفوع فيه ، بل يلزمه طلب كل المال المشفوع فيه حتى يصح طلبه خصوصا أن كانت الصفقة واحدة ، كون طلب جزء من المال المشفوع فيه يؤدي إلى تفريق الصفقة على المشتري فيتضرر . أما إذا كانت الصفقات مفرقة منذ البداية فإن للشفيع طلب الشفعة في بعض الصفقات دون غيرها .

كما يجمع الفقه الإسلامي على أن الشفعة لا تقبل التجزئة فيجب على الشفيع طلب المال المشفوع فيه كله أو تركه كله ، لان أخذ الشفيع جزءا من هذا المال لا يؤدي إلى دفع الضرر الذي شرعت الشفعة من أجله ، علاوة على تبعض الصفقة على المشتري .

وبأخذ القانون المدلي اليملي بخاصية عدم قابلية الشفعة للتجزئة في المادة ١٢٨٤ التي تنص على أن « الشفعة لا تقبل التجزئة ، فيلزم الشفيع طلب الشفعة في العين المشفوعة كلها إلا إذا تعددت العين المشفوعة وقام سبب الشفعة بواحد من أفرادها أو تعدد المشترون ، فيجوز للشفيع طلب الشفعة فيما قام به سببها في الحالة الأولى وطلب نصيب بعض المشتريين في الحالة الثانية . وإذا اشترى الواحد لجماعة ولم يصف إليهم فلا يعتبر هذا تعددا » .

المبحث الثالث

التكليف الشرعي والقانوني للشفعة

تمهيد :

لما كانت الشفعة تعد وسيلة جبرية لكسب الملكية بالإرادة المنفردة للشفيع ، كما أنها وسيلة تبعية غير أصلية لكسب الملكية حيث تشترط بالضرورة سبق تصرف المالك فيما يملك إلى المشتري فتأتي الشفعة لتنتقل هذا التصرف إلى الشفيع ، انعكس ذلك على طبيعتها القانونية وعلى ماهية المركز القانوني الذي تمنحه للشفيع ، الذي يمكنه من تملك المبيع دون توقف على إرادة المشتري ورضائه .

تعددت الآراء حول طبيعة الشفعة وتكليفها الشرعي والقانوني ، فمنهم من نظر إلى الشفعة على أنها حق ، ومنهم من اعتبرها رخصة ، في حين نظر فريق آخر إلى الشفعة بأنها مرتبة وسطي بين الحق والرخصة . وسنتناول فيما يلي هذه الآراء في مطالب ثلاثة نخصص الأول منها للرأي القائل بأن الشفعة حق ، ونخصص الثاني للوأي القائل بأن الشفعة رخصة ، وفي المطلب الثالث نتناول الرأي القائل بأن الشفعة مرتبة وسطي بين الحق والرخصة .

المطلب الأول الشفعة حق

صورت بعض تعريفات الفقه الإسلامي الشفعة على أنها حق ، ومن ذلك تعريف الإمام ابن القاسم الغزي ^(١) من فقهاء المذهب الشافعي الذي يعرف الشفعة بأنها « الحق الممنوح من الشارع للشريك الأصلي في الملك لنزع ملكية الشريك الجديد بمقتضى حقه بالشركة ، شرط أن يعاد إليه الثمن المدفوع للصفقة » . كما عرفها الإمام احمد بن يحيى المرتضى ^(٢) من فقهاء المذهب الزيدي بأنها « الحق المختص بالشريك ومن في حكمة في المبيع » ويعرفها العلامة أبو الحسن بن مفتاح ^(٣) من فقهاء المذهب الزيدي أيضا بأنها « الحق السابق لملك المشتري للشريك أو من في حكمه » .

كما أن بعض التشريعات هي الأخرى قد اعتبرت الشفعة حقا ، ومن هذه التشريعات قانون الملكية العقارية اللبناني إذ يعرف الشفعة بأنها « حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري » .

ورغم أن بعض فقهاء القانون قد اعتبروا الشفعة حقا ، فإنهم اختلفوا في طبيعة هذا الحق فمنهم من رأى فيه حقا عينيا ، ومنهم من اعتبره حقا شخصيا ، وسنتناول ذلك في فرعين اثنين ، نتناول في الفرع الأول الشفعة حقا شخصيا ، ونتناول في الفرع الثاني الشفعة حقا عينيا .

(١) ورد هذا التعريف في بحث د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، خيار الشفعة ، المنشور في مجلة الحقوق ، السنة الثانية عشر ، العدد الثاني ، يوليو ١٩٨٨م ، كلية الحقوق بجامعة الكويت ، ص ١٤ .

(٢) البحر الزخار ، للمرتضى ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٤ .

(٣) شرح الازهار ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٦ .

الفرع الأول الشفعة حقاً شخصياً

يرى بعض فقهاء القانون ^(١) أن الشفعة حقاً شخصياً ^(٢) ، وذلك لتمائل الحق الذي يمنح للشفيع بالحق الشخصي في خصائصه ومميزاته . فإذا كانت الميزة التي يمنحها الحق الشخصي لصاحبها ليس إياحة عامة للجميع ، بل خاصة بصاحبها وهي تمارس تجاه شخص آخر ، مما يترتب عليها نشوء علاقة شخصية تترجم في صورة التزامات محدده يلتزم بها المدين تجاه صاحب الحق ، فإن حق الشفعة يتضمن تلك العلاقة الشخصية التي يتميز بها الحق الشخصي والتي تظهر من خلال علاقة الشفيع بكل من البائع والمشتري ، كما أن الشفعة تتضمن بعض الالتزامات الذي يتحملها البائع منها احترامه لرغبة الشفيع في تملك المبيع . هذا بالإضافة إلى أن حق الشفعة كالحق الشخصي يكون مؤقتاً بطبيعته ، وهو لا يخول صاحبه أي سلطة على المال الذي يتعلق به .

وقد ردّ على هذا الاحتجاج ^(٣) بأن الالتزامات التي يتحملها المدين بحق الشفعة على افتراض أن البائع هو المدين بهذا الحق فلا وجود لها ، أما بشأن الالتزامات التي قيل بتحمل البائع لها فهي ترجع إلى صفته كمالك للمال المبيع ، وليس نتيجة علاقة دائنيه بينه وبين الشفيع . كما أن الالتزامات التي يتحملها البائع أو المشتري قبل الشفيع ومنها الالتزام باحترام رغبة الشفيع الأخذ بالشفعة كما قيل فإنها لا تترتب إلا بعد الأخذ بالشفعة بالفعل ، أما قبل ذلك فلا توجد التزامات حقيقية يتحملها أي من البائع أو المشتري تجاه الشفيع .

(١) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص ٦٩ .

(٢) والحق الشخصي هو مكنة قانونية يكون للدائن بمقتضاها أن يطلب من المدين إعطاءه شيئاً أو أن يقوم له بعمل معين أو يمتنع من اجله عن عمل معين . انظر أستاذنا الدكتور سعد محمد سعد ،

النظرية العامة للحق ، الطبعة الأولى ، دار جامعة عدن للطباعة والنشر ، ١٩٩٧م ، ص ٢٢ .

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، المآثر السابع .

ويقصد بعض الفقهاء عند تكليف الشفعة بأنها حق شخصي ليس الحق الشخصي بمعناه الدقيق المقابل للحق العيني ، بل أرادوا أن يقولوا أن الشفعة حق لصيق بشخص الشفيع فلا يورث عنه ، ولا يجوز حوالته ولا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوه باسمه^(١).

الفرع الثاني الشفعة حقا عينيا

يرى فريق آخر من شراح القانون^(٢) أن الشفعة حق عيني^(٣) يتعلق بتملك العقار المباع ، نظرا لان السلطات والمزايا التي يمنحها حق الشفعة للشفيع تتماثل مع تلك السلطات والمزايا التي يمنحها الحق العيني لصاحبه . فكما هو معروف أن الحق العيني يخول صاحبه ميزتي التقدم والتتبع ارتباطا بمحل هذا الحق الذي يرد على شئ مادي معين بالذات ، لذلك فان هذه السلطات والمزايا التي يمنحها هذا الحق لصاحبه ترد على محل الشئ مباشرة وهذا يتطابق تماما مع ما تخوله الشفعة للشفيع من حق التتبع فالشفيع الحق أن يطلب العقار ممن هو في يده أيا كان حتى وان قام المشتري ببيعه لشخص آخر فان الشفيع يملك الحق في أخذه من يد المشتري الجديد ، كما أن للشفيع ميزة التقدم على من سواه ممن تكون لهم حقوق على العقار المبيع .

وإذا كان من مميزات الحق العيني أن بإمكان صاحبه الاحتجاج بهذا الحق على الغير فان هذا متوافر في حق الشفعة ، وذلك لما تمنحه للشفيع من ميزتي التقدم والتتبع للمال المشفوع فيه مما يجعل لحق الشفعة صفة الاحتجاج المطلق تجاه الغير .

(١) انظر محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، هامش رقم (٢) ص ٤١٩ . و د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل المرجع السابق ، هامش رقم (٨) ص ١٥ .

(٢) ومنهم محمد كامل مرسي ، وزهدي يكن . انظر محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤١٩ .

(٣) ويعرف الفقه الحق العيني بأنه سلطه مباشرة لشخص على شئ مادي يستطيع بمقتضاها أن يقوم بأعمال معينة على هذا الشئ تحقيقا لمصلحة له متعلقة بهذا الشئ . انظر أستاذنا الدكتور سعد محمد سعد ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

ويظهر التقارب بين حق الشفعة والحق العيني أيضاً في ارتباط حق الشفعة بالمال المشفوع فيه وليس بشخص مالكة ، وبالتالي فإن حق الشفعة يتقرر للشفيع تجاه المالك بصفته مالكا للمال وليس بصفته الشخصية لذلك فهو يتبع المال أينما وجد .

وقد قصد فقهاء القانون من اعتبار الشفعة حقاً عينياً ترتيباً نتائج معينه منها أن تكون دعوى الشفعة من اختصاص المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه ، كما اعتبروا أيضاً حق الشفعة حقاً عقارياً خاضعاً للتسجيل ، بالإضافة إلى جواز قيام دائني الشفيع باستعمال هذا الحق نيابة عنه في حالة عدم طلبه للشفعة إذا كان من وراء ذلك تحقيق مصلحة لهم ^(١) .

بيد أن بعض الفقهاء ^(٢) قد استبعد أن يكون حق الشفعة حقاً عينياً كون الاحتجاج بالحق تجاه الغير الذي يحتج به على أن الشفعة حق عيني لا يعتبر حجه نظراً لان الاحتجاج تجاه الغير ليس مقصوداً على الحق العيني ، فشرط المنع من التصرف يحتج به على الغير رغم انه لا يرتب حقاً عينياً . كما أن الاحتجاج بالشفعة على الغير يرجع في الأساس إلى ما يترتب عليها من حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع وليس باعتبارها حقاً عينياً . وبخصوص ميزتي التتبع والتقدم التي تمنح للشفيع اللتين بموجبهما اعتبر حق الشفعة حقاً عينياً فإنهما ليستا إلا نتيجة الاحتجاج بحق الشفعة على الغير ، بالإضافة إلى أن السلطة المباشرة لصاحب الحق على العين والتي تميز الحق العيني لا تتوفر في حق الشفعة كون الشفيع قبل الأخذ بالشفعة لا يملك أية سلطة مباشرة على المال المشفوع فيه .

(١) المستشار مصطفى مجدي هرجة ، المرجع السابق ، ص ١١ .

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص ٧٢ .

المطلب الثاني الشفعة رخصة

إذا كانت بعض الاتجاهات قد كلفت الشفعة على أنها حق كملبيذاً سلفاً فإن اتجاهات أخرى في فقه القانون^(١) قد نظرت إلى الشفعة على أنها مجرد رخصة^(٢) نظراً لأن المركز القانوني الذي تمنحه الشفعة للشفيع يتطابق مع المميزات القانونية التي تمنحها الرخصة . فاستعمال الرخصة عادة ما يتوقف على محض إرادة ومشيئة صاحبها وهذه الميزة متحققة مع الشفعة ، فالشفيع بمكنته استعمال الشفعة وتملك المال المشفوع فيه أو عدم استعمال هذه الرخصة بمحض إرادته ومشيئته ، ولا يتوقف ذلك على إرادة البائع أو المشتري . كما أن الرخصة التي هي إياحة استثنائية تنقرر على خلاف الأصل تتفق مع خاصية الشفعة حيث يجمع الفقه على أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل ، لما فيها من أخذ المال المشفوع فيه جبراً عن المشتري . وإذا كانت الرخصة تتميز بكونها مقيدة على الاختيار بين بدائل محدده تتمثل في تخيير صاحبها بين قبول مركز قانوني أو رفضه فلين ذلك متحقق مع الشفعة فالشفيع يملك أما الأخذ بالشفعة بنفس الشروط التي تملك بها المشتري ، وأما الامتناع عن الأخذ بالشفعة .

(١) ومن الفقهاء الذين اعتبروا الشفعة رخصة د. عبد المنعم فرج الصده ، د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ويعبر الأخير عن الرخصة بالخيار ، رمضان أبو السعود ، ياسين محمد يحيى . انظر د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق الجزء الثالث ، ص ٧٧ . ود. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، هامش رقم (١٦٥) ص ٨٠ ، ٨١ .

(٢) وتعرف الرخصة بأنها مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة ، أو هي إياحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة . انظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، للدكتور عبد الرزاق السنهوري ، الجزء الأول ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص ٩ .

وقد اخذ بهذا التكييف القانون المدني المصري واعتبر الشفعة بأنها رخصة إذ
 ينص عند تعريف الشفعة بأنها « رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري »^(١).

(١) المادة ٩٣٥ من القانون المدني المصري . وقد اخذ بهذا التكييف أي أن الشفعة رخصة ، القانون
 المدني الليبي المادة ٩٣٩ ، والقانون المدني الجزائري المادة ٧٩٤ ، والقانون المدني الصومالي
 المادة ٧٤٥ . انظر د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (١) ،
 ص ٤٤٥ ، ٤٤٦ . ود. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، هامش رقم (١١) ص ١٦ .

المطلب الثالث

الشفعة مرتبة وسطى بين الحق والرخصة

إذا كانت الاتجاهات السابقة قد ذهب بعضها إلى تكيف الشفعة بأنها حق ، بينما رأى اتجاه آخر في الشفعة مجرد رخصة في التملك ، فان هناك اتجاها ثالثا يكيف الشفعة بأنها مرتبة وسطى بين الحق والرخصة . وهذه المرتبة الوسطى هي مركز قانوني إذا تهيأ سببه لشخص استطاع أن يكسب الحق بإرادته المنفردة .

ونجد هذا التكيف للشفعة في الفقه الإسلامي واضحا عند الإمام القرافي ^(١) عند تمييزه بين المراكز القانونية المختلفة ^(٢) معتبرا الشفعة مرتبة وسطى بين رخصة التملك وحق الملك ، فالشفيع بعد إتمام العقد المجيز للشفعة يكون له أكثر من مجرد رخصة التملك وأقل من حق الملك التام كونه قد انعقد له سبب يقتضي المطالبة بالتمليك وذلك تنزيلا لسبب السبب منزلة السبب وإقامة السبب البعيد مقام السبب القريب .

وقد عبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن المرتبة الوسطى بين الحق والرخصة « بالحق في التملك » حيث نجد ذلك عند تعريفهم للشفعة ، فالإمام الاتقاني ^(٣) من الحنفية

(١) انظر الفروق ، للإمام شهاب الدين الصنهاجي القرافي ، الجزء الثالث ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص ٢٠ ، ٢١ .

(٢) وقد ميز الإمام القرافي وهو من فقهاء المذهب المالكي بين ثلاثة أوضاع أو مراكز قد يتواجد فيها الشخص . الوضع الأول وضع من ملك أن يملك كمن ملك أن يملك أربعين شاه ، ومن ملك أن يتزوج ، وقرر أن الشخص في هذا الوضع ليس له حق الملك وإنما له رخصة التملك . الوضع الثاني وضع من جرى له سبب يقتضي المطالبة بالتملك كما في بيع الشريك لنصيبه بالنسبة إلى شريكه الآخر ، واعتبر الشخص في هذا الوضع في مرتبة وسطى بين رخصة التملك وحق الملك التام . أما الوضع الثالث فهو وضع من جرى له سبب الملك كمن اشترى منزلا أو شفع في أرض ، وهذا الشخص له حق الملك التام . انظر المصدر السابق .

(٣) حاشية الشلبي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٣٩ .

يعرف الشفعة بأنها « حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار » وهذا التكيف أخذ به الإمام الرملي^(١) والشيخ محمد الشربيني الخطيب^(٢) من فقهاء الشافعية عند تعريفهما للشفعة بأنها « حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض » .

وتكييف الشفعة بأنها الحق في التملك أو مرتبة وسطى بين الحق والرخصة اخذ به بعض فقهاء القانون^(٣) . ويطلق الفقيه فون تور على المرتبة الوسطى « الحق المنشئ » الذي يعرف بأنه مكنه تعطى للشخص بسبب مركز قانوني خاص ، في أن يحدث أثرا قانونيا بمحظ إرادته . وقد ذكر عدد من الأئمة للحق المنشئ منها حق الشفيع في أن يأخذ بالشفعة^(٤) .

ومن التشريعات التي أخذت بهذا التكيف القانون المدني العراقي الذي عرف الشفعة بأنها « حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة » . وكذلك القانون المدني اليمني فعند عرضنا لتعريف الشفعة الوارد في نص المادة ١٢٦٢ من هذا القانون رأينا بأنها « حق تملك عين ولو جبرا ملكت لأخر ... » .

ومن خلال هذا التعريف يمكن القول بأن المشرع اليمني قد كيف الشفعة بأنها الحق في التملك أي المرتبة الوسطى بين الحق والرخصة ، فلم يعتبرها رخصه كما فعل التشريع المصري وغيره من التشريعات التي أخذت بهذا التكيف ، كما لم يعتبرها حقا

(١) نهاية المحتاج ، للرملي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٩٤ .

(٢) مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٦ .

(٣) منهم الفقيه د. عبد الرزاق السنهوري ، و د. جميل الشرقاوي . أنظر د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (١) ص ٤٤٩ . و د. جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٢٦٤ .

(٤) مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، للسنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ١٠ .

كاملاً مثلما ذهب إليه المشرع اللبناني . وقد جاء هذا التكييف للشفعة الذي اخذ به القانون المدني اليمني مسائراً لرأي بعض فقهاء الشريعة الإسلامية .

إن المشرع اليمني بأخذه بهذا التكييف للشفعة إنما قصد بذلك ترتيب عدد من الأحكام على ذلك ^(١) منها أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع ، فلا يجوز للشفيع حواله حقه فيها ، كما إنها لا تنتقل بالميراث إذا لم يطلبها الشفيع قبل وفاته ^(٢) ، كما يترتب على اعتبار الشفعة حقا في التملك بأنه لا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها ^(٣) .

(١) انظر د. جميل الشراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٦٤ .

(٢) انظر المادة ١٢٧٢ من القانون المدني اليمني . وان كان هذا النص يجيز انتقال الشفعة بالميراث إذا توفى الشفيع قبل طلبها إذا لم يكن يعلم بالبيع أو علم به ولم يتمكن من طلب الشفعة إلا أن القاعدة العامة في مسألة توريث الشفعة هو عدم انتقالها إلى الورثة إذا توفى الشفيع قبل الطلب وما هاتين الحاليتين إلا استثناء من القاعدة العامة .

(٣) انظر المادة ١/١٢٧٦ من القانون المدني اليمني .

الفصل الأول

الشفيع

تمهيد :

الشفيع هو من له الحق في انتزاع المال المشفوع فيه من المشتري بالشفعة . وتظهر هذه الصفة للشفيع بعد إبرام التصرف القانوني المميز للشفعة ، أما قبل هذا التصرف فلا حديث عن الشفعة وبالتالي فلا حديث عن صفة الشفيع .

والشفيع وفقاً لنص المادة ١٢٦٤ من القانون المدني اليمني إما أن يكون شريكاً على الشيوع في أصل المال المشفوع فيه ، وإما أن يكون شريكاً على الشيوع في حق من حقوق المال كالطريق ، والمشرب ، والمجرى . كما نصت المادة ١٢٦٥ مدني على انه « إذا تساوى الشفعاء في الطلب قدم صاحب السبب الأقوى على الترتيب المبين في الملة السابقة ، وإذا تساوا في الطلب والسبب قسمت الشفعة على رؤوس الشفعاء » .

ويتبين من هاتين النصين انه يشترط في الشفيع شرطين :

أولاً : أن يتوافر فيه سبب من أسباب الشفعة .

ثانياً : أن يكون سببه في الأخذ بالشفعة أقوى من غيره عند التزاحم .

وستتناول فيما يلي هذين الشرطين الواجب توافرها في الشفيع ، ففي مبحثين

اثنين، نخصص الأول منهما للشرط الأول ، ونخصص الثاني للشرط الثاني .

المبحث الأول

أن يتوافر في الشفيع سبب من أسباب الشفعة

تمهيد :

سبق الإشارة إلى أن المشرع اليمني حصر أسباب الشفعة في الشيوخ في أصل المال المشفوع فيه ، أو في حق من حقوق الملك كالطريق والمشرب والمجرى . ولم يعد الجوار سبباً من أسباب الشفعة كما فعلت بعض التشريعات العربية التي أخذت بأسباب للشفعة غير التي أوردها الفقه الإسلامي والقانون اليمني .

أما في الفقه الإسلامي فيوجد إجماع على عدّ الشركة في الملك الشائع سبباً للأخذ بالشفعة ، وأما ماعدا الشريك في الملك الشائع فقد اختلف الفقهاء بشأنه وانقسموا إلى اتجاهات ثلاثة : الاتجاه الأول يرى نفي حق الشفعة لغير الشريك على الشيوخ في الملك ، والاتجاه الثاني جعل حق الشفعة للجار إضافة إلى الشريك على الشيوخ في الملك ، والاتجاه الثالث اتخذ موقفاً وسطاً بين الاتجاهين الأول والثاني .

وسنتناول فيما يلي أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون الوضعي والفقه الإسلامي والقانون اليمني في مطالب ثلاثة . نخصص الأول لأسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون الوضعي ، والثاني لأسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في الفقه الإسلامي ، والثالث لأسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون اليمني .

المطلب الأول

أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون الوضعي

تهدف التشريعات الوضعية عند تحديد الشفعة كما سنرى إلى عدة اعتبارات منها لم شتات الملكية بعد تفرقها ، وإبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الشركة في الملكية الشائعة وتقليل عدد الشركاء ، ومنع مضايقات الجوار .

وقد رتب التشريع المصري الشفعاء وفقاً لقوة السبب الذي يشفع به كل واحد منهم في المادة ٩٣٦ من القانون المدني التي نصها « يثبت الحق في الشفعة :-
 (أ) لمالك الرقبة ، إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .
 (ب) للشريك في الشيوع ، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي .
 (ج) لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها .
 (د) لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .
 (هـ) للجار المالك في أحوال معينة » .

ويأخذ التشريع اللبناني في المادة ٢٣٩ بالأسباب المحددة في القانون المدني المصري نفسها .

أما القانون المدني الليبي فقد حدد أسباب الشفعة في المادة ٩٤٠ بقوله : « يثبت الحق في الشفعة :-

- (أ) لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .
 (ب) للشريك في الشيوع ، إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي .
 (ج) لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها » .

أما القانون المدني العراقي فينص في المادة ١١٢٩ « تثبت الشفعة :-

- أولاً : للشريك في العقار الشائع .
 ثانياً : للخليط في حق الانتفاع للعقار المبيع .
 ثالثاً : للجار الملاصق في حالتين » .

وسنتناول أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون الوضعي في خمسة فروع .
 نتناول في الفرع الأول مالك الرقبة ، وفي الفرع الثاني الشريك على الشيوع في الملك ،
 وفي الفرع الثالث صاحب حق الانتفاع ، وفي الفرع الرابع مالك الرقبة والمستحكر في
 الحكر ، وفي الفرع الخامس الجار المالك .

الفرع الأول مالك الرقبة

تثبت الشفعة في المرتبة الأولى في القانون الوضعي لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه ، فقد يترتب على عقار مملوك لشخص معين حق انتفاع لشخص آخر فإذا باع المنتفع حقه في هذا الانتفاع لشخص آخر غير مالك الرقبة كان لهذا الأخير اخذ هذا الحق بالشفعة . والشفعة في هذه الحالة لا تكون سببا لكسب الملكية بل تكون سببا لكسب حق الانتفاع .

ولعل الحكمة من تقرير الشفعة في حالة بيع حق الانتفاع للملابس للرقبة هو لم شتات الملكية في يد المالك وذلك بضم حق الانتفاع إلى الرقبة .

وتثبت الشفعة في حق الانتفاع لمالك الرقبة ولو كان المشتري هو أحد الشركاء في حق الانتفاع ^(١) ، كما لو كان حق الانتفاع مملوكا لشريكين فباع أحدهما حصته فيه لشريكه الآخر فإن الشفعة تثبت لمالك الرقبة دون الشريك في حق الانتفاع ؛ ذلك أن مالك الرقبة مقدم في الترتيب على الشريك في الشيوخ ، كم سنبينه لاحقا .

ولكن قد يحصل في الواقع أن يملك رقبة العقار على الشيوخ عدد من الشركاء ويترتب على هذا العقار حق انتفاع لشخص آخر ، فإذا باع صاحب حق الانتفاع هذا الحق لشخص ثالث وطلب أحد مالكي الرقبة الشفعة في حق الانتفاع ، هل تثبت له الشفعة في هذا الحق ؟ . يرى فريق من الفقهاء ومعه القضاء في مصر جواز ذلك لان الشفعة تثبت للشفيع في الانتفاع الملابس لخصته في الرقبة لتوافر الشروط القانونية فيها ، كما أن له أخذ الشفعة في حق الانتفاع كله إذا أجبره المشتري على أخذ الصفقة كلها حتى لا تتجزأ . إلا أن هناك فريق من الفقهاء يرى عدم جواز الشفعة في ذلك ، حيث إن الشفعة تسقط في الانتفاع الملابس لخصته الشفيع في الرقبة على الرغم من جوازها ، وذلك حتى لا تتجزأ

(١) المستشار عبد العزيز محمد أبو غددير ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .

الصفقة على المشتري ، كما أنها لا تجوز في حق الانتفاع كله لأن ما عدا حق الانتفاع الملابس لحصة الشفيع في الرقبة لا تتوافر فيه شروط الشفعة (١) .

الفرع الثاني

الشريك على الشيوع في الملك

تثبت الشفعة للشريك على الشيوع في الملك إذا تم بيع حصة شائعة فيه لأجنبي ، وتثبت الشفعة لهذا الشريك أياً كان مقدار حصته بالنسبة للحصة المبيعة . والحكمة من تشريع الشفعة في هذه الحالة هو دفع ضرر الأجنبي الدخيل بمنعه من الدخول بين الشركاء في الشيوع ، وأن تكون الشفعة وسيلة لخلوص الملك كله لمالك واحد .

ويتعين أن يكون الشريك التي تثبت له الشفعة شريكاً في العقار المبيع نفسه ، وعلى ذلك فلا تثبت الشفعة للشريك في الجدار الفاصل بين ملكه والعقار المبيع بوصفة شريكاً على الشيوع في الملك ، بل له أن يشفع بوصفة جاراً إذا توافرت الشروط المطلوبة لذلك ، وينطبق هذا الحكم أيضاً على من كان لملكيهما فناء مشترك أو طريق مشترك أو مجرى مشترك (٢) .

وقد اختلف فقهاء القانون في ثبوت الشفعة فيما إذا باع أحد الشركاء حصة مفوزة من العقار المملوك على الشيوع . فذهب بعضهم إلى جواز الشفعة إذا انصب البيع على جزء مفرز من العقار الشائع كون تعيين الحصة المباعة لا يعتد به في حق باقي الشركاء،

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص

١٥٤ ، ١٥٥ . و د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٥٤٦ مع هامش

رقم (١) . والمستشار مصطفى مجدي هرجه ، المرجع السابق ، ص ٣٠ وما بعدها .

(٢) د. السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٥٤٩ .

بل بعد البيع واقعاً على حصة غير معينة ، كما أن منع الأخذ بالشفعة في هذه الحالة يؤدي إلى فتح باب التحايل لإسقاط الشفعة ؛ إذ يستطيع الشريك أن يحرم باقي الشركاء من طلب الشفعة بأن يبيع حصته مفرزة (١) .

أما الفريق الثاني من الفقهاء فقد رأوا أن الشفعة لا تثبت إذا باع أحد الشركاء حصة مفرزة من العقار الشائع بحجة أن البيع وإن كان صحيحاً فيما بين المتعاقدين ، إلا أنه يكون غير نافذ في حق الشركاء الآخرين وبالتالي فلا يصبح المشتري مالكاً على الشيوع معهم (٢) .

ولكي تثبت الشفعة للشريك في الملك يجب أن يكون البيع صادراً ، لأجنبي أما إذا كان المشتري هو أحد الشركاء فلا تجوز الشفعة لأن ذلك لن يؤدي إلى دخول أجنبي بين الشركاء ، ومن ثم تنتفي الحكمة من الشفعة (٣) .

وإذا كان من المسلم به أن الشفعة تثبت في البيع الذي يرد على حصة شائعة في أصل الملك ، فهل ينطبق ذلك على ما إذا كان البيع وارداً على حصة شائعة في حق الانتفاع ؟ . لقد ثار خلاف في الفقه (٤) حول مسألة ثبوت الشفعة للشريك على الشيوع في

(١) د. محمد حسين منصور ، الحقوق العينية والكفالة ، مطبعة التوني ، الإسكندرية ، ١٩٩٢م ، ص ٢٨٩ . و د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٨٩ . و د. محمد الجندي ، المرجع السابق ، القسم الأول ، ص ١٨٣ .

(٢) د. جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٣٧٠ . و د. عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٨٩ ، ٩٠ . و د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق الجزء التاسع ص ٥٤٩ ، ٥٥٠ .

(٣) أنور طلبه ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس ، دار الفكر الجامعي ، ١٩٩٨م ، ص ٣٥٥ .

(٤) حول هذا الخلاف انظر د. السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (١) ص ٥٥٣ . و د. محمد الجندي ، المرجع السابق ، القسم الأول ، ص ١٨٤ .

حق الانتفاع ، فبينما يرى فريق من الفقهاء جواز ذلك ، كون الحكمة من تشريع الشفعة بالنسبة للشريك المالك متوافرة في الشريك في حق الانتفاع وتتمثل في منع دخول أجنبي بينهم ، إذ أن الشركاء في حق الانتفاع يتضررون من دخول أجنبي بينهم كما يتضرر الشركاء في الملك . فإن فريقاً آخر يرى عدم جواز الشفعة ، إذا كان المبيع حصة شائعة في حق الانتفاع ، بحجة أن الشفعة رخصة استثنائية ، ومن ثم لا يجوز التوسع في النصوص الخاصة بها ، كما أنها سبب لكسب الملك وليست طريقاً لكسب الانتفاع إلا استثناء ، والاستثناء يجب أن يكون صريحاً .

الفرع الثالث

صاحب حق الانتفاع

يأتي في المرتبة الثالثة بين الشفعاء صاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملبسة لهذا الحق أو بعضها ، وصورة هذا السبب من أسباب الشفعة أن يقوم مالك الرقبة ببيع حقه في الرقبة لشخص آخر غير المنتفع ، كان للمنتفع اخذ هذه الرقبة بالشفعة .

وتعد الشفعة في حالة بيع الرقبة الملبسة لحق الانتفاع سبباً لكسب الملكية ، فالشفيع عندما يشفع في ملكية الرقبة تجتمع في يده ملكية حق الانتفاع وملكية الرقبة ، ويصبح مالك للعقار ملكية تامة ^(١) . بعكس الشفعة في حالة بيع حق الانتفاع للملابس للرقبة الذي يعد سبباً لكسب حق الانتفاع .

والحكمة من تقرير الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة الملبسة له هي لم شتات الملكية في يد واحدة ، وذلك بضم ملكية الرقبة إلى حق الانتفاع .

وينبغي التمييز بين أن يشفع صاحب حق الانتفاع في الرقبة ، وبين أن يشفع في حصة شائعة في حق الانتفاع بصفته مالكا في الشيوع ، ففي الحالة الأولى فإن مرتبته بين الشفعاء هي المرتبة الثالثة ، أما في الحالة الثانية فإن مرتبته ستكون الثانية .

(١) المستشار مصطفى مجدي هرجه ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .

الفرع الرابع مالك الرقبة والمستحكر في الحكر

يأتي مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وكذلك المستحكر إذا بيعت الرقبة في المرتبة الرابعة بين من لهم حق الأخذ بالشفعة . فإذا ترتب على أرض حق حكر لشخص معين وباع المستحكر حقه كان لمالك الرقبة أن يشفع في الحكر ، والعكس فإن للمستحكر أن يشفع في الرقبة إذا باع مالكا حقه .

وإذا كانت الشفعة قد أريد بتقريرها في هاتين الحالتين جمع عناصر الملكية في يد المالك وإنهاء حالة الحكر ، فإنها نادرة الحصول في الحياة العملية ؛ ففي مصر مثلا منع القانون المدني ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة ^(١) ، فإذا كانت رقبة العقار وفقا فإنها لا تباع إلا في حالة الاستبدال وهو أمر قليل الوقوع في الحياة العملية ^(٢) ، كما أنه إذا انصب البيع على حق الحكر المقرر على الأرض الموقوفة فإنه لا يجوز للوقف - بوصفة مالكا للرقبة - أن يطلب الشفعة وفقا لنص المادة ٩٣٩ فقرة (٢) من التقنين المدني المصري .

الفرع الخامس الجار المالك

غالبية التشريعات العربية التي تعطي الجار المالك حق الأخذ بالشفعة تجعله في المرتبة الأخيرة بين الشفعاء ، وقد تفاوتت هذه التشريعات في تحديد الحالات التي على أساسها يتم الأخذ بالشفعة .

(١) تنص المادة ١٠١٢ من القانون المدني المصري بأنه « من وقت العمل بهذا القانون لا يجوز ترتيب حق حكر على أرض غير موقوفة ... » .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٩٢ .

حدد القانون المدني المصري الحالات التي يحق للجار المالك أخذ العقار بالشفعة في المادة ٩٣٦ هـ وهي :-

- (١) إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء ، سواء كانت في المدن أم في القرى .
 - (٢) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار ، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة .
 - (٣) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين ، وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل .
- ويأخذ القانون المدني العراقي في المادة ١١٢٩ بالحالة الأولى والثانية الواردة في القانون المصري فقط . أما القانون اللبناني فيعطي الشفعة للجار المالك في المادة ٥ / ٢٣٩ من قانون الملكية العقارية اللبناني إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره ، أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع . أو كان لعقاره وللعقار المبيع اشتراك في ملكية الطريق الخاص أو الحائط أو في حق الشرب الخاص .

وعموماً فإنه لكي يستحق الجار المالك للشفعة بسبب الجوار أو جب الفقه توافر عدد من الشروط العامة هي :-

- (١) أن يكون العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه متلاصقين .
- (٢) أن يكون الجار الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع به .
- (٣) أن يكون البيع وارداً على ملكية العقار المشفوع فيه .

وسنتناول فيما يلي كل شرط من هذه الشروط على حده .

الشرط الأول : أن يكون العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه متلاصقين :-

يشترط للأخذ بالشفعة بسبب الجوار أن يكون العقارين ، المشفوع به والمشفوع فيه ، متلاصقين ، والتلاصق هنا هو الاتصال المباشر بين العقارين ، ولم تشترط القوانين التي أخذت بالشفعة بسبب الجوار أن يكون التلاصق على امتداد كافي يبرر الأخذ بالشفعة ، بل يكفي أن يكون هناك تلاصق ولو بشبر واحد (١) .

(١) أنور طلبه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٣٥٦ .

على عكس ما يراه فريق من الفقه والقضاء^(١) الذين يرون أن يكون التلاصق بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به كافيا كنصف الحد أو ثلثه ، كما أن قاضي الموضوع هو الذي يحدد مدى كفاية التلاصق بين العقارين .

ويستوي أن يكون التلاصق أفقيا كالتلاصق بين قطعتي أرض أو منزلين يتصل جدار كل منهما بالآخر ، أو رأسيا أي أن يكون العقار المشفوع به ملاصقا للعقار المشفوع فيه في أعلاه أو في أسفله وهذا يتحقق في ملكية الطبقات^(٢) . ولا يتحقق التلاصق بين العقارين إذا كان هناك فاصل بينهما كقطعة أرض مملوكة لشخص آخر أو مملوكة للبائع ولم يشملها البيع ، أما إذا كان الفاصل طريقا خاصا أو مسقى خاصا أو مصرفا خاصا مملوكا لأحد الجارين أو مشتركا بينهما ؛ فإن التلاصق يعد موجودا .

ويجمع الفقه المصري على أن التحايل لإسقاط الشفعة غير جائز ؛ لأن ذلك يعتبر تحايلا على القانون^(٣) ، وصورة التحايل لإسقاط الشفعة أن يحتفظ البائع بجزء صغير من الأرض المباعة على امتداد الشريط الملاصق للعقار المشفوع به أو يهبه للمشتري وذلك حتى لا يتحقق شرط التلاصق بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه ومن ثم يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة .

الشرط الثاني : أن يكون الجار الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع به :-

للأخذ بالشفعة في حالة الجوار يجب أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه عند البيع ، ويترتب على ذلك أن الشفعة لا تستحق للجار صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو السكني أو الحكر أو الجار المستأجر إذا بيع العقار المجاور له .

وكما تثبت الشفعة للجار المالك ملكية مفرزة تثبت أيضا للجار المالك على الشبوع ، فإذا بيع العقار المجاور كان للشركاء المشتاعين جميعا أن يطلبوا الشفعة ،

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٠٢ .

(٢) المستشار مصطفى مجدي هرجه ، المرجع السابق ، ص ٥٤ .

(٣) محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٢٨ .

كما يحق لكل واحد من هؤلاء الشركاء ولو لم يطلبها معه الباقيون أن يطلب الشفعة بمفرده ويأخذ كل العقار المبيع بالشفعة . وهذا بخلاف الرأي الذي يذهب إلى عدم جواز طلب الشفعة من قبل الشريك بسبب الجوار (١) ، بحجة أن نتيجة القسمة للعقار المشفوع به قد لا تسفر عن اختصاص الشريك (الشفيع) بجزء من العقار يلاصق العقار المبيع . والواقع أن نتيجة القسمة التي قد تسفر باختصاص الشفيع بجزء من العقار لا يلاصق العقار المبيع لا تؤثر على استحقاقه للشفعة كون الشرط الأساسي في ذلك أن يكون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت بيع العقار المشفوع فيه وأن يستمر ذلك حتى تسليم الشفعة قضاء أو رضا .

الشرط الثالث : أن يكون البيع واردا على ملكية العقار المشفوع فيه :-

لكي يتم استحقاق الجار للشفعة يتطلب إلى جانب الشرطين السابقين أن يكون البيع واردا على ملكية العقار المشفوع فيه ، سواء كانت الملكية تامة أو ورد البيع على ملكية الرقبة ، وعلى هذا الأساس فإن الشفعة لا تثبت للجار المالك إذا انصب البيع على حق الانتفاع المقرر على العقار .

وكما هو الحال بالنسبة للشرط الثاني فإن الشفعة تثبت للجار المالك إذا تم بيع حصة شائعة في العقار المجاور ، على الرغم من أن هناك رأي يعارض ذلك بحجة أن قسمة العقار المشفوع فيه قد لا تسفر عن استقرار الحصة المباعة في جزء مفرز يلاصق عقار الشفيع . وقد رد على هذا الرأي أن القسمة إذا أسفرت فيما بعد عن حرمان الشفيع من الجزء المجاور للعقار المشفوع فيه لا يؤثر على استحقاق الشفعة للجار ، لأن القانون إنما يشترط التلاصق وقت صدور البيع وأن يبقى ذلك حتى يتم الأخذ بالشفعة ، كما أن التلاصق يعد متوافرا وقت صدور البيع ، لأن الحصة المباعة تكون شائعة في العقار المجاور كله (٢) .

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٠٥ .

(٢) المستشار مصطفى مجدي هرجه ، المرجع السابق ، ص ٦٥ . د. عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٠٧ .

المطلب الثاني

أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في الفقه الإسلامي

يجمع الفقه الإسلامي على أن الشركة في الملك الشائع تعد سببا للأخذ بالشفعة ، أما عدا ذلك فهو محل خلاف ، حيث انقسم الفقه الإسلامي بشأنه إلى ثلاثة آراء ، فالرأي الأول يقصر حق الشفعة على الشريك في الملك الشائع ، أما الثاني فيثبت حق الشفعة بالإضافة إلى الشريك في الملك الشائع للجار ، أما الثالث فقد اتخذ موقفا وسطا بين الرأيين . وسنبحث فيما يلي أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في الفقه الإسلامي في فروع ثلاثة ، نتناول في الفرع الأول الشريك على الشيوع ، وفي الفرع الثاني الجار الملاصق ، أما في الفرع الثالث فنتناول المذهب الوسط في سبب الشفعة .

الفرع الأول

الشريك على الشيوع

يمكن أن يكون الشيوع في أصل الملك ، كاشتراك شخصين أو أكثر في ملكية منزل أو قطعة أرض ، ويمكن أن يكون في حق من حقوق الملك كالطريق والمجرى والمشرب وذلك كاشتراك شخصين في طريق خاصة ، أولهما قطعنا أرض زراعية حددت معالم كل منهما لكنهما تشتركان في مسقى مشترك . لهذا فرق الفقهاء في إثبات الشفعة بين الشريك على الشيوع في الملك والشريك على الشيوع في حقوق الملك كمايلي:

أولا : الشريك على الشيوع في الملك :-

ذهب جمهور الفقه الإسلامي وهم المالكية^(١) ، والشافعية^(٢) ،

(١) الفواكه الدواني ، للنفرأوي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢١٢ . وبداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .

(٢) الام ، للإمام محمد ابن اندريس الشافعي ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ ، ص ٤ . والمجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٠٠ . ومغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٧ .

والحنابلة^(١) إلى أن حق الشفعة لا يثبت إلا للشريك على الشيوع في أصل الملك ، فإذا باع أحد الشركاء حصته من المال الشائع لأجنبي كان لشريكه الحق في أخذ حصته بالشفعة ، وبهذا يمكن للشركاء منع دخول الأجنبي بينهم في الشيوع وأن تكون الشفعة وسيلة بقاء الملك كله لملك واحد^(٢) .

وتتعلق وجهة نظر هؤلاء الفقهاء في إثبات الشفعة للشريك في أصل الملك دون سواه من نظرتهم إلى الحكمة من تشريع الشفعة بشكل عام ، فهم يرون أن الشفعة إنما شرعت أساساً لدفع الضرر اللاحق بالقسمة ، لأن الشريك ربما دخل عليه شريك آخر فيتأذى منه فيضطر إلى مقاسمته أو يطلب الشريك الدخيل المقاسمة فيلحق الضرر بالشريك الآخر ، من حيث نقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إعادته من مرافق جديدة لملكه ، وما يتكبده في دفع أجرة القسمة . كل ذلك لا يوجد في المقسوم ؛ لهذا لم يثبتوا الشفعة للشريك الذي قاسم وبقيت له شركة مع المبيع في حقوق الملك كالشرب والطريق ، وكذلك الجار الملاصق^(٣) .

أدلة الجمهور في إثبات الشفعة للشريك في أصل الملك

وقد استدلت الجمهور في إثبات الشفعة للشريك في أصل الملك دون سواه بالأدلة

الآتية :-

(١) كشاف القناع ، للبهوتي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٣٨ . والمغني ، لموفق الدين بن

قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦١ .

(٢) وقد قال بهذا الرأي عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار

والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعه والمغيرة بن عبد الرحمن والأوزاعي وإسحاق وأبو

ثور وابن المنذر . انظر المغني ، لموفق الدين بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص

٤٦١ .

(٣) الشرح الكبير ، للشيخ ابن قدامه المقدسي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٧ . واعلام

الموقعين عن رب العالمين ، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم

الجوزية ، الجزء الثاني ، دار الجيل للنشر والتوزيع والطباعة ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣م ، ص

١٣٩ . مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٣٩٧ . الفقه الإسلامي

وأدلته ، للدكتور وهبه الزحيلي ، الجزء الخامس ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر ، دمشق ،

١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م ، ص ٨٠٢ .

(١) حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » . وهذا الحديث يدل على ثبوت الشفعة في الملكية المشاعة التي لم تقسم بين الشركاء ، فإذا تمت القسمة بأن نصبت الحدود واختلفت الطرق فلا شفعة (١) .

(٢) ما رواه الإمام مسلم من حديث أبي الزبير عن جابر قال « قال رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه » (٢) .

(٣) إن القائلين بهذا الرأي يرون أن الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم لذلك فهي أحوى ألا تكون واجبة للجار ، والشريك المقاسم إذا قاسم أصبح جار (٣) .

(٤) إن الضرر اللاحق بالشركة هو ما توجه من التزام في مرافق وحقوق الملك والأحداث والتغيير والإفضاء إلى التقاسم ، كل ذلك يؤدي إلى نقص قيمة الملك (٤) .

(٥) كما يرى أصحاب هذا الرأي أن الشفعة تثبت على خلاف الأصل ، لذلك ينبغي أن يقتصر فيها على مورد النص ، والنصوص الواردة في الشفعة أثبتت الشفعة للشريك دون غيره (٥) .

-
- (١) المغني ، لموفق الدين بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٢ . واعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤٧ .
- (٢) المجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٠٢ . واعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤٧ .
- (٣) الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٨٠٢ .
- (٤) اعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤٨ .
- (٥) فقه المعاملات ، للدكتور مصطفى سعيد الخن ، الطبعة السابعة ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م ، ص ٢٦٨ . الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، المكان السابق .

ثانياً : الشريك على الشيوع في حقوق الملك :-

الشريك على الشيوع في حقوق الملك هو من لملكه حق ارتفاق مع ملك شخص آخر كحق الشرب أو المجرى أو الطريق .

ويتصور وجود الشيوع في حقوق الملك في حالة مقاسمة الشركاء لأصل الملك دون مقاسمة توابع وحقوق الملك الأخرى ، فتبقى تلك الحقوق مشتركة بين الشركاء ولا يتصور وجود تلك الحقوق إلا بين العقارات أي أن الشفيع يكون مالكا لأرض تستفيد مع الأرض المشفوع فيها بنفس المجرى أو المشرب أو المرور أو مالكا لدار تشترك مع الدار المشفوع فيها بطريق خاص . ويثار التساؤل هنا : هل تثبت الشفعة للشريك في حقوق الملك فيما إذا باع شريكه العقار المشترك في هذا الحق أم لا ؟ .

أنقسم فقهاء المسلمين في إثبات الشفعة للشريك على الشيوع في حقوق الملك إلى قسمين :

ذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة إلى أن الشفعة لا تثبت للشريك في حقوق الملك مطلقاً ، وذلك انطلاقاً من موقفهم بأن الشفعة لا تثبت إلا للشريك على الشيوع في أصل الملك . كما سبق من استعراضنا لأرائهم وأدلتهم عند تناولنا لموضوع الشريك على الشيوع في الملك .

فيما ذهب الحنفية^(١) ، والزيدية^(٢) ، والشيعة الإمامية والأباضية^(٣) إلى إثبات الشفعة للشريك في حق من حقوق الملك كالشرب والمجرى والطريق الخاص ، فلو باع شخص داراً لها طريق مشتركة خاصة مع دار أخرى ، أو أرضاً لها شرب أو طريق

(١) الهداية ، للمرغنياني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٢٤ . وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٣٩ . وشرح العناية على الهداية ، للباقرتي ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٣٦٩ .

(٢) شرح الأزهاري ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٩ ، ٢١٠ . والبحر الزخار ، للمرطضي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٦ .

(٣) د. احمد عبد الحكيم احمد العناني ، طلب المستاجر الأخذ بالشفعة في الفقه الاسلامي والقانون ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م ، ص ١٤٥ وما بعدها .

مشتركة مع أرض شخص آخر كان لهذا الشريك أخذ المبيع بالشفعة دفعا للضرر الذي سيلحق به فيما لو شاركه شخص أجنبي في هذا الحق . وفيما يلي بيان لذلك .

١- الشريك على الشبوع في حق الشرب والمجرى :-

يعرف حق الشرب شرعا بأنه النصيب من الماء لسقي الزرع والأشجار (١) . وقد اشترط الفقهاء لاستحقاق الشفعة بسبب الشرب أن يكون خاصا ، فإذا بيعت أرض لها حق شرب في مجرى نهر خاص مشترك بين قوم تسقى أراضيهم منه فلكل أهل الشرب الشفعة . والشرب الخاص عند أبي حنيفة ومحمد بن الحسن أن يكون نهرا صغيرا لا تجري فيه السفن ، أما إذا كان النهر كبيرا بحيث يسمح بجريان السفن فيه فلا يعد خاصا وبالتالي لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه (٢) . أما عامة مشائخ المذهب الحنفي فقد قالوا إذا كان النهر الذي تسقى منه أراضيهم لا يحصون فهو كبير ، وإن كانوا يحصون فهو صغير . ولكنهم اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى ، فقدر البعض ما لا يحصى بأربعين شخصا فإذا كانوا أقل من ذلك استحقوا الشفعة ، وقدرهم البعض الآخر بخمسمائة شخص . أما أبو يوسف فذهب إلى أن النهر الخاص هو ما يسقى منه قراخان (٣) أو ثلاثة أما ما زاد على ذلك فهو نهر عام . وقيل إن مسألة تحديد الشرب الخاص الذي بسببه تثبت الشفعة للشريك متروك إلى رأي كل مجتهد في زمانه (٤) .

ويلحق بحق الشرب حق المجرى الخاص ، وهو حق صاحب الأرض البعيدة عن مجرى الماء في إجراء الماء إلى أرضه لسقيها (٥) . وبه تستحق الشفعة بين الشركاء فيه . ولا يشترط أن يكون العقار المشفوع به مجاورا أو مقاربا للعقار المشفوع فيه بل يكفي لاستحقاق الشفعة أن يشترك العقاران في حق الشرب والمجرى ولو كانا متباعدين .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥٩٢ .

(٢) تبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤٠ . الهداية ، للمرغنياني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٢٥ .

(٣) القراح : المزرعة التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر .

(٤) تبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤٠ .

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٦٠٤ .

٢- الشريك على الشيوع في الطريق :-

حق الطريق أو حق المرور ، هو حق الإنسان أن يصل إلى ملكه ، دارا أو أرضا بطريق يمر فيه ^(١) .

والشفعة للشريك على الشيوع في الطريق ثابتة عند من يقولون بذلك بشرط أن تكون تلك الطريق خاصة بملك المشتركين فيها دون غيرهم ، فإذا باع من له حق المرور في هذه الطريق ملكه المرتفق به كان لشركائه أخذ المبيع بالشفعة . وقد عبر فقهاء الحنفية عن الطريق الخاص بقولهم أن لا يكون نافذا بحيث يترتب على ذلك منع الغير ممن ليس شركاء فيه أن يستطرقونه .

وبجدر بنا أن نوضح أن الشفعة في حق من حقوق الملك تثبت للشريك في هذا الحق إذا تم بيع الملك المرتفق به مع حق الارتفاق التابع له ، أما إذا تم استثناء الأخير أي حقوق الملك من البيع بالنص عليه في العقد فلا تستحق الشفعة بسبب الشركة في حقوق الملك ^(٢) .

الفرع الثاني الجار الملاصق

ذهب الحنفية ^(٣) ، والزيدية ^(٤) إلى أن الشفعة تثبت للشريك ثم للجار الملاصق . فإذا باع الجار الملاصق أرضه أو داره ثبتت الشفعة لجاره الملاصق إذا لم يكن هناك شريك يزاحمه وذلك دفعا للضرر . وبما أن حق الشفعة قد ثبت للشريك دفعا لأذى

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٦٠٧ .

(٢) البحر الزخار ، للمرطضى ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٨ . وكذا المادة / ١٠١٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) المبسوط ، للسرخسي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ٩٠ وما بعدها . والهداية ، للمرغنياني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٢٤ . وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٣٩ .

(٤) البحر الزخار ، للمرطضى ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٦ .

الدخيل الأجنبي فإنه يثبت للجار أيضا دفعا للضرر لتوافر ذات العلة ، كون العلة أو الحكمة من تشريع الشفعة عند الحنفية و الزيدية هي دفع ضرر سوء العشرة على الدوام^(١)، وهذا الضرر كما يلحق بالشريك في أصل الملك يلحق كذلك بالشريك في حق من حقوق الملك وكذلك الجار الملاصق ؛ لهذا وجب القول بثبوت الشفعة للشريك في حقوق الملك كما بينا وكذلك الجار الملاصق^(٢) .

أدلة القائلين بشفعة الجوار

استدل القائلون بشفعة الجوار بالأدلة التالية :-

(١) ما رواه البخاري عن عمر بن الشريد عن أبي رافع قوله بأنه سمع رسول الله ﷺ يقول : « الجار أحق بصقبة » فدل ذلك على إثبات الشرع الشفعة للجار ، فإن أراد الجار أن يبيع ملكه كان عليه أن يعرض على جاره مراعاة لحق الجوار^(٣) .

(٢) ما روي عن جابر رضي الله عنه أن الرسول ﷺ قال « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا »^(٤) . وهذا الحديث من أقوى ما يستدل به أصحاب هذا الرأي^(٥) .

(٣) استدل أصحاب هذا الرأي أيضا بما روي عن سمره رضي الله عنه قال « قال رسول الله ﷺ جار الدار أحق بالدار من غيره »^(٦) . وهذا دليل أن الشفعة تثبت

(١) وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤٠ ، ٢٥٢ . البحر الزخار ، للمرتضى ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٤ .

(٢) وقد قال بهذا الرأي ابن شبرمه ، والثوري ، وابن أبي ليلى ، وأصحاب الرأي ، انظر المغني ، للإمام موفق الدين ابن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦١ .

(٣) المبسوط ، للسرخسي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ٩٠ .

(٤) رواه الخمسة إلا النسائي . انظر نيل الاوطار ، للشوكاني ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٨٦ .

(٥) لأنه كما قالوا لا خلاف في صحة هذا الحديث كون رواه هم عبد الملك بن مروان وهو من أهل الحديث ، وعطاء بن أبي رباح إمام مطلق في الحديث ، وجابر رضي الله عنه من كبار الصحابة . انظر المبسوط ، للسرخسي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ٩٢ .

(٦) رواه احمد وأبو داود والترمذي وصححه . انظر نيل الاوطار ، للشوكاني ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٨٤ .

للجار إذا كان المشتري أجنبياً (١) .

(٤) إن الحكمة من تشريع الشفعة هو دفع الضرر الداخل بالشركة ، وهذا المعنى موجود في الجار فوجب أن يلحق بالشريك ، نظراً لتوافر علة استحقاق الشفعة في كل منهما (٢) .

وقد اشترط الحنفية والزيدية لإثبات الشفعة للجار أن يكون ملكه ملاصقاً لملك البائع ، وبترتب على ذلك عدم استحقاق الجار المحاذي أو المقابل للشفعة . وخالفهم في ذلك القاضي شريح الذي جعل معيار الأخذ بالشفعة بسبب الجوار هو الأبواب ، أي أبواب الديار المجاورة للمبيع ، فجعل أقرب الأبواب إلى الدار المبيع أحق بالشفعة (٣) .

وقد رد أنصار الفريق الأول الذين يقصرون الشفعة على الشركة في أصل الملاك على ما استدل به أنصار شفعة الجوار بالآتي :-

(١) إن الأحاديث التي استدلت بها أنصار شفعة الجوار صريحاً غير صحيح وصحيحاً غير صريح لإثبات الشفعة للجار ، فحديث سمره عن النبي ﷺ رواه عنه الحسن وهو اعل (٤) بالانقطاع (٥) . كما أنه قد اختلف أهل الحديث في لقاء الحسن لسمره ، ومن أثبت لقاء الحسن له قال إنه لم يرو عنه إلا حديث العقبة (٦) . أما حديث أبي رافع وإن كان صحيحاً فهو ليس بصريح في الشفعة فإن المقصود بلفظ (الصقب) الوارد في الحديث هو القرب ، لهذا فإنه يحتمل أن يكون المراد أن الجار أحق بالبر والإحسان والمعونة بسبب قربه من جاره (٧) . وحديث جابر « الجار أحق بشفعة جاره » من

(١) تبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٣٩ .

(٢) اعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤٦ . وكذلك فقه المعاملات ، للخن ، المرجع السابق ، ص ٢٦٩ .

(٣) المبسوط ، للسرخسي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ٩٣ ، ٩٤ . والبحر الزخار ، للمرئضي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٩ .

(٤) الحديث المثل : هو الحديث الذي اطلع فيه على عله تقدم في صحته مع أن الظاهر سلامته منها .

(٥) فقه المعاملات ، للخن ، المرجع السابق ، المكان السابق .

(٦) المجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٠٤ . والمغني ، لموفق الدين

بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٢ .

(٧) نفس المصدر السابق .

الممكن حمل الجار في هذا الحديث على الشريك لأن الجار في اللغة يطلق على الشريك ، واستدلوا لذلك بقول الأعشى :

أجارتنا بيني فإنك طالقة ومومونة ما كنت فينا وواقعة

وتسمى الضرتان جارتين لاشتراكهما في الزوج ، قال حمل بن مالك : كنت بين جارتين لي فضربت إحدهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ^(١) . وإن هناك العديد من الأحاديث الصحيحة والصريحة التي تقصر سبب الشفعة على الشريك دون الجار ^(٢) ، كما أن هناك عدد من الأحاديث التي تنفي الشفعة للجار منها ما رواه أبو داوود وابن ماجه عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول ﷺ قال « إذا قسمت الدار وحدثت فلا شفعة فيها » ^(٣) .

(٢) إن الله فرق بين الشريك والجار شرعا وقدرًا ، فعند المقارنة بينهما نجد أن الشارع قد أوجب حقوق في الشركة لا توجد في الجوار كما أن الملك في الشركة مختلط وفي الجوار متميز ولكل من الشريكين على صاحبه مطالبة شرعية ومنع شرعي ، أما المطالبة فيحق للشريك طلب القسمة ، وأما المنع فمن التصرف ، لذلك لما كانت الشركة محلا للطلب ومحلا للمنع كانت محلا لاستحقاق الشفعة ، بخلاف الجوار ، وبالتالي فلا يجوز إلحاق الجار بالشريك وبينهما هذا الاختلاف ^(٤) .

(٣) إذا كان الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار فهو أيضا يقصد رفع الضرر عن المشتري ولا يتصور أن يزال ضرر الجار بإدخال الضرر على المشتري ، فالمشتري بشرائه منزلا مثلا يكون بحاجة إليه كي يسكن فيه هو وأسرته فإذا سلط الجار على إخراج منه وأخذ بالشفعة كان في ذلك إضرارا بينا به لأن كل منزل له جار فكان عليه أن يبحث عن منزل لا جار له مما يستحيل عليه ذلك فكان من تمام حكمة الشارع

(١) الام ، للإمام الشافعي ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، ص ٦ . والمغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٣ . والمجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٠٦ . اعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٣٩ .

(٢) وقد بينا هذه الأحاديث في موضعها انظر ص (٥٤ ، ٥٥) من هذا البحث .

(٣) نيل الاوطار ، للشوكاني ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٨٠ .

(٤) اعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزيه ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤٨ .

أن اسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق لئلا يضر الناس بعضهم بعضاً (١) .

وجملة القول أن الأحاديث التي استدل بها أنصار شفعة الجوار للدلالة على ثبوت الشفعة للجار لم تسلم من المناقشة ، أما الأحاديث التي دلت على ثبوت الشفعة للشريك والتي استدل بها من يقصرون الشفعة على الشريك في أصل الملك فهي أحاديث لا مقال فيها (٢) .

(١) أعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤٨ .

(٢) أحمد العناني ، المرجع السابق ، ص ١٦٧ .

الفرع الثالث

المذهب الوسط في سبب الشفعة

يتفق أصحاب هذا الرأي مع من يقصرون الشفعة على الشريك في أصل الملك كما يتفق أيضا مع القائلين بشفعة الجوار ، وذلك في إثبات الشفعة للشريك على الشيوع فسي أصل الملك . أما فيما عدا ذلك فقد اتخذوا مذهب وسط فاشتروا لإثبات الشفعة للجار أن يكون بينه وبين جاره حق مشترك من حقوق الملك كالشرب والطريق . وأصحاب هذا الرأي لم يتركوا الأخذ بالشفعة بسبب الشركة في حقوق الملك أو بسبب الجوار كما فعل أنصار الرأي الأول ، كما انهم لم يأخذوا بذلك على الإطلاق مثلما اخذ به أنصار الرأي الثاني (١) .

فإذا باع شخص عقار مجاور لعقار آخر كان لهذا الأخير أخذه بالشفعة بشرط أن يكون العقارين مشتركين في حق من حقوق الملك كالشرب أو الطريق الخاص ، فإن لم يكن بينهما حق مشترك البتة ، بل كان كل واحد منهما متميز ملكه وحقوق ملكه فلا شفعة (٢) .

وقد وفق ابن قيم الجوزية بين التعارض الحاصل في الأدلة الذي استدل بها المؤيدين لشفعة الجوار والمعارضين لها كالاتي :-

(١) أن حديث جابر عن عبد الملك بن مروان « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » والذي استدل به أصحاب شفعة الجوار هو بعينه منطوق الحديث الذي استدل به من ينفون شفعة الجوار والذي نصه « أن الرسول ﷺ

(١) وهذا الرأي هو رأي ابن قيم الجوزية من فقهاء الحنابلة ، وقد ذكر ابن القيم بأنه قد نص عليه الإمام احمد ، وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وقول القاضيين سوار بن عبيد الله وعبد الله بن الحسن العنبري وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية ، كما انه رأي ابن حزم الظاهري . انظر اعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤٩ ، ١٥٠ . والمطلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٩٩ .

(٢) اعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤٩ .

قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة « فأحدهما يصدق الآخر ويوافقه ولا يعارضه فالأول أثبت الشفعة بالجوار مع اتحاد الطريق والثاني نفى الشفعة مع اختلاف الطريق (١) .

(٢) كما أن حديث أبي رافع الذي رواه البخاري المستدل به من قبل أنصار شفعة الجوار « الجار أحق بصقبة » فإنه يدل على مثل ما دل عليه حديث عبد الملك وهو إثبات الشفعة بالجوار في حالة الشركة في الطريق ، ويستنتج هذا من منطوق الحديث ، إذ أن أبا رافع قال لسعد : اتبع مني بيتي في دارك ، وهذا يدل على أن البيتين كانا في نفس دار سعد وطريقهما واحدة (٢) .

ونخلص مما تقدم أن أنصار هذا الرأي لم يثبتوا الشفعة للشريك في حق من حقوق الملك بمفرده فلو أن شخصا باع عقارا له شركة في الطريق أو الشرب مع عقار آخر ولكنه لم يكن جارا ملاصقا له فلا شفعة . والعكس كذلك فلو كان هذا العقار المبيع جارا ملاصقا للعقار الآخر ولكنه لم يكن شريكا معه في أحد حقوق الملك لم يستحق هذا الجار الشفعة ، ولكن أوجب أنصار هذا الرأي لاستحقاق الشفعة اجتماع السببين معا .

(١) أعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٥٠ .

(٢) نفس المصدر السابق .

المطلب الثالث

أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون اليمني

نص القانون المدني اليمني رقم (١٩) لعام ١٩٩٢م في المادة ١٢٦٣ منه بأن «سبب الشفعة هو اتصال ملك الشفيع بالعين المشفوعة اتصال شركة (خلطة) في أصلها أو في حق من حقوقها ...». ومن هذا النص يتضح أن القانون اليمني قد أخذ بسبب واحد للشفعة وهو (الشركة) موضحاً بأن الشفعة تستحق بالشركة في أصل العين وهو الرأي المتفق عليه عند عامة فقهاء الشريعة الإسلامية. كما أخذ أيضاً بالشفعة في الشركة في حق من حقوق العين كحق الشرب والمجرى وحق الطريق وهو رأي الحنفية، والزيدية، والشيعية الإمامية، والأباضية. أما الجوار كسب موجب للشفعة فلم يأخذ به القانون اليمني مطلقاً.

وسنتناول أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون اليمني في فرعين، نخصص الأول للشريك على الشيوع في أصل العين، ونخصص الثاني للشريك على الشيوع في حقوق العين.

الفرع الأول

الشريك على الشيوع في أصل العين

لعل أهم أسباب الأخذ بالشفعة في القانون المدني اليمني هو الشيوع في أصل العين المبيعة، فإذا تصرف الشريك المشتاع بحصته في هذه العين كان لبقية شركائه أخذ هذه الحصة بالشفعة. ويستوي أن يكون البيع لأجنبي عن الشركة أو لأحد الشركاء فيها^(١).

ويتحقق سبب الشيوع في أصل العين إذا توافرت شروط ثلاثة هي :-

(١) أن يكون الشفيع شريكاً في العين المبيعة على الشيوع.

(١) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص ٢٦٩.

- (٢) أن يكون الشفيع شريكا للمشفوع منه في أصل العين .
 (٣) أن يكون الشفيع شريكا في الشيوع على سبيل الملك .

وسنتناول فيما يلي كل شرط من هذه الشروط :-

الشرط الأول : أن يكون الشفيع شريكا في العين المبيعة على الشيوع :-

يشترط لاستحقاق الشفعة أن تكون الحصة المبيعة هي حصة شائعة في العين المملوكة على الشيوع ، أما إذا كانت هذه الحصة مفرزة أي تم بيعها بعد تقسيم العين الشائعة إلى أجزاء مفرزة واختص كل شريك بجزء مفرز من هذه العين فلا تستحق الشفعة ، لان الشفيع لم يعد شريكا مشتاعا في المال المشفوع فيه . بل يعد بعد التقسيم جارا خصوصا في العقارات ، والجوار كما أوضحنا سلفا لا يعتبر سببا موجبا للشفعة في القانون اليمني .

الشرط الثاني : أن يكون الشفيع شريكا للمشفوع منه في أصل العين :-

ويجب أن يكون الشفيع شريكا للمشفوع منه في أصل العين ذاتها ويترتب على ذلك أن الشفعة لا تثبت للشريك في الجدار الفاصل بين ملكه وبين العين المباعة لأنه لم يعد شريكا في أصل العين . كما لا يعد شريكا في أصل العين وبالتالي لا يستحق الشفعة أيضا الشريك في حق من حقوق العين كالشرب و المجرى و الطريق وان كان يحق له طلب الشفعة بوصفه شريكا في حقوق العين . وتبدو أهمية ذلك في ترتيب الشفعة ، فالشريك في أصل العين يفضل على الشريك في حق من حقوقها (١) .

الشرط الثالث : أن يكون الشفيع شريكا في الشيوع على سبيل الملك :-

ويشترط أيضا أن يكون الشفيع شريكا في الشيوع على سبيل الملك وهذا ما أكدته الفقرة الرابعة من المادة ١٢٦٧ من القانون المدني بقولها « أن يكون الشفيع مالكا للسبب الذي يشفع به » وهذا يعني أن الشفعة لا تستحق إذا كان الشفيع شريكا على الشيوع بسبب آخر غير الملك كالمنتفع والغاصب وغيرهما .

(١) د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ . ود. جميل الشراوي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٢٧٠ .

إن الهدف الذي جعل القانون اليمني يقرر الشفعة في الملك الشائع هو دفع ضرر الدخيل عن الشركاء ، وتقليل عدد الشركاء ما أمكن وخلوص الملك كله لمالك واحد نظرا لما يسببه المال الشائع من مشاكل بين الشركاء (١) .

(١) د. مأمون احمد الشامي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٦ .

الفرع الثاني

الشريك على الشيوع في حقوق العين

أورد المشرع اليمني على سبيل الحصر من لهم الحق في الشفعة بسبب الشيوع في حقوق العين ، فجعلها مستحقة للشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب ، والمجرى ، والطريق . والهدف من تقرير الشفعة للشريك على الشيوع في حقوق العين هو جمع ملكية المال المشفوع فيه وحقوق الارتفاق في يد واحدة ، والحد من المشاكل التي تنجم عن تحميل مال بعبء ارتفاق لمصلحة مال آخر (١) .

ان العلة التي جعلت المشرع اليمني يأخذ بالشفعة بسبب الشركة في الحقوق العينية التابعة للعقار كحق الشرب والمجرى والطريق ، هو الضرر الذي قد يحصل بسبب الشركة في هذه الحقوق ، نظرا لأن الشركة في الحقوق العينية للعقار واسعة الانتشار في المجتمع اليمني نتيجة لنظام الميراث ، فعند وفاة المورث تصبح تركته مشاعة بين الورثة بما في ذلك العقارات بكل حقوقها العينية التابعة لها ، وعند تقسيمها بين الورثة عادة ما تبقى الحقوق العينية التابعة للعقار كالشرب والمجرى والطريق مشاعة بينهم ، نظرا لعدم القدرة على تقسيمها من جهة ، ومن جهة أخرى فإن أمكن تقسيمها فسوف ينتفي الغرض الذي أعدت من أجله . لذلك ارتئ المشرع اليمني إن الضرر الحاصل بالشركة في حقوق الملك لا يقل عن الضرر الحاصل بالشركة في الملك ، فأخذ بالشفعة في حقوق الملك ، تسايرا مع رأى بعض مذاهب الفقه الإسلامي .

أن القانون اليمني قد أجاز الشفعة في العقار وغير العقار (المنقول) ، بيد أن الشفعة لا تستحق بسبب الشركة في حقوق الملك إلا في العقارات لأنه لا يتصور وجودها إلا بين العقارات ، كاشترائك عقارين أو أكثر في مسقى أو طريق مشتركة .

ويشترط للأخذ بالشفعة بسبب حقوق الارتفاق شرطان :

الشرط الأول : وجوب بيع العقار مع حق الارتفاق ، فلو باع صاحب الأرض أرضه دون

(١) د. مأمون احمد الشامي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧ .

ما هو مقرر لها من حق في الشرب فان الشفعة لا تثبت لأنه بإمكان الخلطاء الآخرين في هذا الحق شراء ما كان للعقار المبيع من ارتفاع استقلالاً وبذلك يندفع الضرر عنهم .

الشرط الثاني : يجب أن يكون حق الارتفاق خاصاً لكي تستحق الشفعة بين العقارات المرتفعة بهذا الحق .

المبحث الثاني

أن يكون سبب الشفيع في الأخذ بالشفعة أقوى من غيره عند تزاحم الشفعاء

تمهيد :

أن سبب الأخذ بالشفعة ، الذي كان محل بحثنا في المبحث الأول ، قد يتوافر في أكثر من شخص ، ففي هذه الحالة يبرز التزاحم بين الشفعاء لا سيما عندما يطلب الشفعة في المال المشفوع فيه عدد من هؤلاء الأشخاص الذين توافرت فيهم سبب الشفعة . وهؤلاء الشفعاء إما أن يكونوا من طبقات مختلفة كان يطلبها الشريك في أصل الملك ، والشريك في حق من حقوق الملك ، والجار الملاصق في أن واحد ، وإما أن يكونوا من طبقة واحدة ، كان يطلب الشفعة شريكان أو أكثر في أصل الملك ، وقد يحصل التزاحم أيضا إذا كان المشتري أحد الشفعاء وطلب الشفعة بقية الشفعاء .

وسنبحث فيما يأتي شرط توافر السبب الأقوى للأخذ بالشفعة في الشفيع عند تزاحم الشفعاء في القانون الوضعي ، والفقهاء الإسلامي ، والقانون المدني اليمني ، في مطالب ثلاثة ، نخصص الأول لتزاحم الشفعاء في القانون الوضعي ، ونخصص الثاني لتزاحم الشفعاء في الفقه الإسلامي ، أما المطلب الثالث فنخصصه لتزاحم الشفعاء في القانون اليمني .

المطلب الأول

تزامم الشفعاء في القانون الوضعي

فرقت التشريعات بين ما إذا كان التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة ، أو كانوا من طبقة واحدة ، وكذلك إذا التزامم المشتري مع بقية الشفعاء . وسنبحث فيما يأتي كل حالة من هذه الحالات في فروع ثلاثة على التوالي .

الفرع الأول

التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة

التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة ، هو أن يطلب الشفعة عدد من الشفعاء الذين تتفاوت أسباب الشفعة في كل منهم . فإذا امتلك شخصان عقارا ورتبا عليه حق انتفاع لشخص آخر ثم باع أحد ملاك الرقبة حصته الشائعة فيها ، فطلب الشفعة شريكه الآخر في الرقبة وصاحب حق الانتفاع والجار فإننا في هذه الحالة سنكون أمام التزامم الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقات مختلفة . فأيهم يستحق الشفعة الشريك في الرقبة أم صاحب حق الانتفاع أم الجار ؟ .

فاضلت التشريعات بين الشفعاء إذا طلبوا الشفعة في العقار المبيع وهم من طبقات مختلفة ، فأشارت المادة ١/٩٣٧ من القانون المدني المصري بأن ترتيب الشفعاء يكون وفقا لما يلي :-

- ١) مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع .
- ٢) الشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي .
- ٣) صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة . ٥٢٥٤٦٦
- ٤) مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة .
- ٥) الجار المالك .

أما القانون المدني العراقي فقد فاضل بين الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقات مختلفة وفقا لنص المادة ١/١١٣١ كما يلي :-

- (١) الشريك في العقار الشائع .
- (٢) الخليط في حق ارتفاق للعقار المبيع .
- (٣) الجار الملاصق .

أما في القانون اللبناني فتتص المادة ٢٤٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني بان الشفعة تستحق للشفعاء إذا كانوا ينتمون إلى طبقات مختلفة كما يلي :-

- (١) مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع فيما يملك رقبته .
- (٢) الشريك في الشيوع إذا بيعت حصة أو أكثر في العقار الشائع من أجنبي .
- (٣) صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة فيما يملك الانتفاع به .
- (٤) مالك الرقبة في الحكر والسطحية أو الاجارتين أو الاجاره الطويلة العينية .
- (٥) الجار الملاصق للمالك .
- (٦) أصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق .

ورتب القانون المدني الليبي المادة ١/٩٤١ الشفعاء إذا كانوا من طبقة واحدة وفقاً

لما يلي :-

- (١) مالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه .
- (٢) للشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي .
- (٣) صاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضه .

لذلك سوف نتناول حالات تراحم الشفعاء من طبقات مختلفة كما أوردها القانون

المدني المصري وتناولها فقه القانون الوضعي .

أولاً : مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع :-

يأتي مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع في المرتبة الأولى بين الشفعاء عند تعددهم وكانوا من طبقات مختلفة . فإذا ترتب على عقار حق انتفاع لشخصين ثم باع أحدهما حق الانتفاع وطلب الشفعة شريكه الآخر في حق الانتفاع ومالك الرقبة و الجار الملاصق فان مالك الرقبة يفضل على هؤلاء الشفعاء (١) .

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٥٩٩ .

ثانيا : الشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع إلى أجنبي :-

يأتي في المرتبة الثانية من الشفعاء الشريك في الشيوع إذا بيع شئ من العقار الشائع لأجنبي ، فإذا كان هناك عقار شائع بين اثنين وباع أحد الشريكين حصته في هذا العقار وطلب الشفعة شريكه الآخر والجار الملاصق ، فإن الشفعة تستحق للشريك في العقار الشائع دون الجار الملاصق ، لأن الأول يأتي في المرتبة الثانية بينما يأتي الثاني في المرتبة الخامسة .

ثالثا : صاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة :-

أما صاحب حق الانتفاع فإنه يأتي في المرتبة الثالثة إذا بيعت الرقبة ، فإذا تم ترتيب حق الانتفاع على عقار معين وباع مالك الرقبة حقه في الرقبة على هذا العقار فإن صاحب حق الانتفاع المترتب على هذا العقار يتقدم على من دونه من الشفعاء .

رابعا : مالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر والمستحكر إذا بيعت الرقبة :-

يأتي في المرتبة الرابعة مالك الرقبة إذا بيع حق الحكر أو صاحب حق الحكر عندما يشفع في الرقبة ، فإذا ترتب على عقار حق حكر وباع صاحب الحكر حقه فإن الشفعة ستكون لصاحب الرقبة والجار فيتقدم صاحب الرقبة على الجار . وينطبق هذا الحكم على صاحب حق الحكر إذا بيعت الرقبة .

خامسا : الجار المالك :-

يأتي الجار المالك في المرتبة الأخيرة بين مراتب الشفعاء ويستحق العقار المشفوع فيه في حالة عدم وجود أي من الشفعاء الذين ينتمون إلى الطبقات الأربع السابقة عليه .

وليس لأحد من هؤلاء الشفعاء الأخذ بالشفعة إذا وجد من يتقدم عليه في المرتبة حسب هذا الترتيب ، فإذا لم يستعمل أحدهم حقه في الشفعة حل محله من يليه في المرتبة (١) .

الفرع الثاني

التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة

التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة هي أن يطلب الشفعة عدد من الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقة واحدة . كان يطلب الشفعة عدد من الشركاء في ملكية الرقبة عند بيع حق الانتفاع ، أو عدد من الشركاء عند بيع شيء من العقار الشائع لأجنبي .

فإذا طلب الشفعة عدد من الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقة واحدة فإن القاعدة في معظم التشريعات هي تقسيم العقار المشفوع فيه بينهم بقدر نصيب كل منهم فيه . حيث نجد ذلك في نص المادة ٢/٩٣٧ من القانون المدني المصري ، والمادة ٢/٩٤١ من القانون المدني الليبي وكذلك المادة ٢٤٠ من قانون الملكية العقارية اللبناني . وقد كل هذه المواد بأنه « إذا تزام الشفعاء من طبقة واحدة ، فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه » .

وقد خالف هذه القاعدة المشرع العراقي فجعل استحقاق الشفعاء للشفعة عند التزامهم وكانوا من طبقة واحدة بالتساوي بينهم وليس بقدر نصيب كل منهم ، إذ ينص في المادة ٢/١١٣١ من القانون المدني بأنه « إذا تزام الشفعاء من طبقة واحدة فالاستحقاق بالشفعة يكون بينهم على التساوي » .

أن تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفعاء من طبقة واحدة بقدر نصيب كل منهم لا ينطبق على حالة التزام الجيران عند تعددهم كون الجيران يختلفون عن غيرهم من الشفعاء في أنهم لا يشتركون جميعاً في عقار مشفوع به واحد ، فلكل جار عقاره الذي

(١) محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٣١ .

يشفع به . لهذا فقد اختلف الفقهاء في استحقاق الشفعاء من طبقة الجيران للشفعة عند تعددهم فمنهم من يرى أن الشفعة تستحق للجار الذي تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره ، ومنهم من يرى أن يعامل الجيران المتزاحمون معاملة واحدة ، وذلك بتقسيم العقار المشفوع فيه بينهم بالتساوي (١) .

الفرع الثالث

التزاحم بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحد منهم

وهي أن يقوم شخص مما تتوافر فيهم أسباب الشفعة بشراء عقارا فيطلب الشفعة في هذا العقار عدد من الشفعاء الآخرين لهذا العقار .

يرى بعض الفقهاء بأن الحالة التي يكون فيها المشتري شفيعا ليست حالة تزاحم بين الشفعاء ، لأن التزاحم إنما يكون بين أكثر من شفيع لا بين شفيع ومشتري . بينما يرى د. السنهوري أن المشتري عندما يكون شفيعا فإن الأمر لا يخلو من معنى المزاحمة ، لأنه يتقدم على سائر الشفعاء إذا كانوا من طبقته أو من طبقة أدنى ويتقدمون عليه إذا كانوا أعلى منه طبقة (٢) .

وقد نظمت التشريعات هذا النوع من التزاحم بين الشفعاء ، حيث نصت المادة ٩٣٧/٣ من القانون المدني المصري بأنه « إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة السابقة فإنه يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته أو من طبقة أدنى ، ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى » .

كما ينص القانون المدني العراقي على هذا الحكم في المادة ١١٣٢ . وكذلك قانون الملكية العقارية اللبناني في المادة ٢٤١ . أما القانون المدني الليبي فينص في المادة ٣/٩٤١ بأنه « إذا كان المشتري قد توافرت فيه الشروط التي كانت تجعله شفيعا

(١) محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٣٢ ، ٤٣٣ . عبد العزيز محمد أبو غدیر ، المرجع السابق ، ص ٨٤ ، ٨٥ . أنور طلبه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٣٧٨ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (١) ص ٦١٠ .

بمقتضى نص المادة السابقة ، فإنه لا يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته « .

ومن النصوص السابق عرضها يتبين أن التزام بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم توجد له فروض ثلاثة .

الفرض الأول :-

إذا تزامم المشتري مع شفعاء آخرين من طبقة أدنى فان المشتري يفضل على هؤلاء الشفعاء في التشريع المصري والعراقي واللبناني والليبي ، وذلك كأن يشتري الشريك على الشيوخ حصّة شريكه الآخر فيطلب الشفعة فيها الجار فان المشتري في هذه الحالة يفضل على الجار لأن سببه الذي يشفع به أقوى من سبب الجار المالك .

الفرض الثاني :-

وهو أن يزامم المشتري شفعاء آخرون من طبقة أعلى فان هؤلاء الشفعاء يفضلون على المشتري وفقا لما هو متعارف عليه باعتبار أن سببهم في الشفعة أقوى من سبب المشتري وهذا هو الحكم في التشريعات السابق ذكرها . فإذا باع شريك على الشيوخ حصته الشائعة للجار وطلب الشفعة فيها الشريك الآخر فان الشريك يفضل على الجار .

الفرض الثالث :-

وهو أن يزامم المشتري شفعاء آخرون من طبقته فإنه يفضل عليهم في التشريع المصري ، والعراقي ، واللبناني ، كما لو باع شريك على الشيوخ حصته الشائعة لأحد الشركاء وطلب الشفعة فيها الشركاء الآخرين فان المشتري يفضل على الشفعاء الآخرين رغم كونهم من طبقته . وينطبق هذا الحكم على الجيران ، فإذا اشترى العقار أحد الجيران وطلب الشفعة جار تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من المشتري فان المشتري يفضل على هذا الجار (١) .

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ،

ص ١١٤ . د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٦١٩ .

أما في التشريع الليبي فإن المشتري لا يفضل على الشفعاء الذين هم من طبقته
وينبغي تقسيم العقار المشفوع فيه على الشفعاء كلا بقدر نصيبه .

المطلب الثاني تزامم الشفعاء في الفقه الإسلامي

أوجد الفقه الإسلامي حلول عملية للتزامم الحاصل بين الشفعاء ، وسنعرض فيما يلي الأحكام الخاصة بكل صورة من صور التزامم بين الشفعاء في الفقه الإسلامي في فروع ثلاثة ، نتناول في الفرع الأول التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة ، وفي الفرع الثاني التزامم بين الشفعاء من طبقة واحدة ، وفي الفرع الثالث التزامم بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم .

الفرع الأول التزامم بين الشفعاء من طبقات مختلفة

إن هذه الصورة من صور التزامم لا توجد إلا عند من يثبتون الشفعة في حقوق الملك والجوار ، أما الذي يقصرون الشفعة على الشريك في أصل الملك فلا وجود عندهم لمثل هذا النوع من التزامم ، ففقهاء الحنفية ، كما مر بنا تستحق الشفعة عندهم لأسباب ثلاثة ، لذا فقد رتبوا أسباب استحقاقها للشفعاء عند تعددهم وكانوا من طبقات مختلفة وفقاً لمعيار الضرر الذي سيلحق بالشفيع ، فجعلوها مستحقة للخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق الخاص ثم للجار الملاصق^(١) .

والمعيار الذي اعتمده الحنفية في الشفيع الذي يكون سبب الشفعة فيه أقوى من غيره من الشفعاء من طبقات مختلفة هو معيار دفع ضرر مؤنة القسمة للترجيح بين

(١) الفتاوى الهندية ، تأليف لجنة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام ، وهي اللجنة التي امر بتكوينها السلطان أبي المظفر اورنگ ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ١٣١٠هـ ، ص ١٦٥ وما بعدها . وتبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٣٩ . الهداية ، للمرغيناني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٢٤ . وقد نصت المادة ١٠٩ من مجلة الأحكام العدلية على هذا الترتيب بقولها « حق الشفعة أولاً للمشارك في نفس المبيع ، ثانياً للخليط في حق المبيع ، ثالثاً للجار الملاصق ، ومادام الأول طالباً ليس للآخرين حق الشفعة ومادام الثاني طالباً فليس للثالث حق الشفعة » .

الشفعاء بدلا من اعتباره معيارا لاستحقاق الشفعة بشكل عام (١) . وعلى ذلك فليس للأضعف أن يأخذ الشفعة مع وجود الأقوى إلا إذا ترك الأقوى ، كان لمن يليه أخذها بشرط أن يشهد بأنه يطلب الشفعة عند علمه بالبيع ، أما إذا لم يشهد فلا يستحق الشفعة ، ومثال ذلك إذا تم بيع منزل لأجنبي كانت الشفعة للشريك في هذا المنزل ، فان لم يكن هناك شريك أو كان هناك شريك وسلم أي ترك الشفعة كانت للشريك في حقوق المنزل كالشريك في الطريق ، فإذا لم يكن هناك شريك في حقوق المنزل أو كان وسلم كانت الشفعة للجار الملاصق .

غير أن أبا يوسف يرى أن الضعيف لا يأخذ الشفعة إذا تركها من هو أقوى سبب منه لأنه محجوب بالأقوى قياسا على مسائل الميراث كالابن فإنه يحجب الإخوة سواء استحق الميراث أو لم يستحق (٢) .

ويرى أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، وواحد الروائين عن أبي يوسف أن الشريك في الحائط والأرض التي تحت الحائط يستحق الشفعة على أنه شريك في العقار ، وبالتالي يقدم على سائر الشفعاء الذي هم أقل منه مرتبة كالشريك في حقوق العقار والجار الملاصق (٣) . أما الشريك في خشبه على الحائط وواضع الجذوع على الحائط لا يكون شريكا لان الشركة المعتبرة عند الحنفية هي الشركة في العقار وليس في المنقول ، والخشبة منقول وبذلك لا يصير الشريك في خشبه على الحائط وواضع الجذوع على الحائط شريكا بل جارا ملاصقا ، وبالتالي يستحق الشفعة على أنه جار ملاصق (٤) .

-
- (١) المبسوط ، للسرخسي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ٩٦ .
 (٢) انظر تبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤٠ . وانظر نفس المصدر السابق .
 (٣) الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٦٧ . وتبيين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤١ . وشرح المجلة ، لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٦٦ .
 (٤) تبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤١ . وشرح المجلة ، لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، ص ٥٦٦ .

ويعتبر صاحب العلو جارا ملاصقا لصاحب السفلى والعكس ، فان كان طريق العلو في السفلى استحق صاحب العلو الشفعة بسبب الشركة في الطريق ، أما إذا كان طريق كل منهما مستقلا عن الآخر فان الشفعة تستحق بسبب الجوار .

أما فقهاء المذهب الزيدي فقد رتبوا استحقاق الشفعة عند تزامم الشفعة من طبقات مختلفة إلى أربع مراتب ، هي الخلطة في أصل الملك ، ثم الشركة في الشرب ، ثم الشركة في الطريق ، ثم الجوار الملاصق . وقد عللوا سبب هذا الترتيب أن الخلطة قدمت للإجماع عليها ، أما الشركة في الشرب فسبب تقديمها على الشركة في الطريق أن الأول يجمع حقين حق الماء وحق المجرى ، وكما أن الشريك في الطريق بمكنته أن يفتح أبوابا أخرى إلى ملكه بخلاف شريك الشرب فلا يستطيع أن يفتح فوهة غير معتادة إلى أرضه ، أما سبب تقديم استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق على الجوار لأن الضرر الذي سيلحق بالشريك في الطريق أكثر من الضرر الذي سيلحق بالجار^(١) .

وهكذا فإن الشريك في ذات العقار إذا طلب الشفعة يكون أحق بها ممن هم دونه ويكون من حقه الاستئثار بكل المشفوع فيه بمفرده ودون مشاركة باقي الشفعة ، وهكذا بالنسبة لباقي الشفعة إذا لم يوجد من هو أعلى منهم مرتبه .

(١) البحر الزخار ، للمرئضى ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٦ . وشرح الأزهار ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٩ وما بعدها .

الفرع الثاني

التزام بين الشفعاء من طبقه واحدة

قد يحصل في الواقع أن يطلب الشفعة عدد من الشفعاء الذين يقعون في مرتبة واحدة كأن يطلب الشفعة عدد من الشركاء في أصل الملك ، أو قد يطلبها عدد من الشركاء في حق من حقوق الملك ، أو عدد من الجيران عند من يقولون بشفعة الشريك في حقوق الملك والجوار . وقد يتفاوت مقدار ملك كل شفيع في المال الذي يشفع به كأن يملك ثلاثة أشخاص داراً مشاعاً بينهم لأحدهم النصف ، والآخر الثلث ، وللثالث السدس ، فباع أحدهم نصيبه في الدار ، هل يتم تقسيم المال المشفوع فيه بالتساوي أي بحسب عدد رؤوس الشفعاء أم على قدر حصصهم وانصبتهم في الملك ؟ .

في الإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه الإسلامي في ذلك إلى فريقين : الفريق الأول : ذهب جمهور الفقه الإسلامي من المالكية ^(١) ، والحنابلة ^(٢) ، والشافعية ^(٣) ، إلى أن الشفعة توزع بين هؤلاء الشفعاء على قدر حصصهم وانصبتهم في الملك ، لا على عدد الرؤوس . وحجتهم في ذلك أن هذا الحق مستحق بالملك وبالتالي ينبغي أن يقسط على قدر هذا الملك كالربح في شركة الأموال ، والأجرة المستفادة من الملك . كما أن الشفعة قد شرعت أساساً لإزالة الضرر ، والضرر الداخل على الشركاء غير متساوي لأنه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته ، لذلك وجب أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر على قدر تلك النسبة من الحصص ^(٤) .

(١) المدونة الكبرى ، للإمام مالك ، المرجع السابق ، الجزء الثاني عشر ، ص ٤١٠ . وبداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٣١ .

(٢) العدة شرح العمدة ، لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ، الطبعة الثانية ، المطبعة السلفية ومكبتها ، ١٣٨٢ ، ص ٢٧٧ . والمغني ، لموفق الدين بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥٢٣ .

(٣) نهاية المحتاج ، للرملي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢١٣ . ومغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٣٠٥ .

(٤) بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٣١ ، ٢٣٢ . والمغني ، لموفق الدين بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، المكان السابق .

وقد أوجد فقهاء المذهب المالكي^(١) معياراً للترجيح بين الشفعاء (الشركاء) عند تراحمهم بموجبه قدم الأخص في الشركة على غيره ، والأخص في الشركة عندهم هو المشارك في السهم أي الفرض فإذا توفي شخص عن بنتين وأخوين وترك عقاراً وقبل التقسيم باعت إحدى البنتين حصتها في هذا العقار فإن الشفعة تكون لمن شاركها في السهم وهي البنت الأخرى دون بقية الورثة (العصبية) . وبموجب هذا المعيار أيضاً يدخل الأخص من ذوي السهام (الفروض) على الأعم وهو غير المشارك في السهم أو الفرض . ففي المثال السابق أن كان البائع هو أحد الأخوين فإن البنتين تدخلان في الشفعة إلى جانب الأخ الآخر الشفيع . ويقدم كذلك الوارث سواء أكان صاحب فرض أو عاصب على الشريك غير الوارث وفقاً لما يعرف بشفعة (أهل الوراثة) فلو مات رجل وترك حصة مشاعة في دار بينه وبين شريك آخر ، وترك بنتين وعمين فإذا باع أحد الورثة نصيبه في الدار فإن الشفعة تكون لبقية الورثة دون الشريك في الدار .

الفريق الثاني : ذهب فقهاء الحنفية^(٢) ، والزيدية^(٣) ، والظاهرية^(٤) ، إلى القول أن الشفعة توزع بين الشفعاء عند تراحمهم وكانوا من طبقة واحدة على عدد الرؤوس ، لا بمقدار السهام فلو كان ثلاثة شركاء في دار لأحدهم نصفها ، وللآخر ثلثها ، وللثالث سدسها وباع صاحب النصف نصيبه من الدار وطلب الشريكان الشفعة قضى بينهما بذلك نصفين^(٥) .

(١) المدونة الكبرى ، للإمام مالك ، المرجع السابق ، الجزء الثاني عشر ، ص ٣٩٩ وما بعدها . والفواكة الدواني ، للنفرأوي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢١٥ . الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٨٠٦ .

(٢) المبسوط ، للسرخسي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ٩٧ . والهداية ، للمرغنياني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٢٥ . وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤١ . وانظر كذلك المادة ١٠١٣ من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) شرح الأزهار ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢١٣ .

(٤) المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٩٨ .

(٥) وهذا الرأي هو أحد قولَي الشافعي ، ورواية عن أحمد . انظر الام ، للشافعي ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، ص ٣ . والمغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥٢٣ .

وقد دافع أصحاب هذا الرأي عن رأيهم بعدد من الحجج منها : أن الشفعاء استتوا في سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل من حق كل واحد منهم فلو انفرد واحد اخذ كل المشفوع فيه ، والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم ^(١) . وقالوا أيضا إذا باع شريك حصته في دار وهي النصف وأراد أحد الشركاء أن يأخذ بالشفعة بقدر ملكه فلا يكون له ذلك ويقال له خذ الكل أو دع ، فلما كان حكم قليل المال في الشفعة حكم كثيره كان الشريكان إذا اجتمعا في الشفعة سواء لأن اسم الملك يقع على كل واحد منهم ^(٢) . كما استدلوا أيضا بحديث البخاري عن رسول الله ﷺ قوله « ... فشريكة احق به حتى يؤذنه » دل ذلك على التسوية بين جميع الشركاء ، ولو كان هناك مفاضلة لبينها الرسول ﷺ . كما انه لاخلاف في ان من اوصى لورثة فلان من الناس فانهم في الوصية سواء ولا يفتسمونها بنسبة حصصهم في الميراث وانما استحقوا بكونهم من الورثة ^(٣) .

وقد فاضل الحنفية بين الشفعاء عند نزاحمهم وكانوا شركاء في أصل الملك فقدموا الشريك الأخص على الشريك الأعم ، فالشريك في البيت مقدم على الشريك في السدار بشكل عام فإذا وجد دار مشاعة بين مجموعة من الأشخاص وفيه منزل مشاع بين شخصين منهم فباع أحد الشريكين نصيبه من المنزل فالشفعة أولا للشريك في المنزل فإن سلم فالشفعة للشركاء في الدار ^(٤) .

كما قدموا الشريك في الملك على الشريك في الحائط والأرض التي تحته في استحقاق الشفعة فلو أن هناك منزلا مشتركا بين اثنين وبينهم وبين شخص آخر حائط مشترك ، فإذا باع أحد الشركاء حصته من المنزل فإن الشفعة أولا للشريك في نفس المنزل فإن سلم فالشفعة للشريك في الحائط ^(٥) .

(١) تبيين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤١ .

(٢) الام ، للشافعي ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، ص ٣ .

(٣) المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٩٩ .

(٤) الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٦٦ .

(٥) نفس المصدر السابق .

أما إذا تزامم الشفعاء وكانوا شركاء في حق من حقوق الملك ، كان يتزامم شريكان لأحدهما حق الشرب مع المشفوع فيه وللآخر حق الطريق فإنه يقدم الشريك في حق الشرب على الشريك في حق الطريق ^(١) ، ولكن إذا تزامم شريكان أو أكثر في حق الشرب بمفرده أو حق الطريق قدم من كان سببه أخص على من كان أعم لأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر الدائم فكلما كان الشفيع^{عبد} اتصالاً كان أخص بالضرر فيكون أحق بالشفعة ^(٢) . فإذا كان هناك نهر تشعب منه نهر صغير وكلاهما يسقيان أراضي لمجموعة من الأشخاص فإذا بيعت أرض شخص مما تسقى أراضيهم من النهر المتشعب كانت الشفعة لمن تسقى أراضيهم من هذا النهر المتشعب فقط دون من تسقى أراضيهم من النهر الأصلي أي (المتشعب منه) ، والعكس صحيح فإذا بيعت أرض شخص مما تسقى أراضيهم من النهر الأصلي فإن الشفعة لمن تسقى أراضيهم من هذا النهر ، وكذلك النهر المتشعب منه بالتساوي . وينطبق هذا تماماً على الشركة في الطريق ، فإذا كانت هناك سكة غير نافذة تشعبت منها سكة غير نافذة أيضاً وبيع منزل في السكة المتشعبة فإن الشفعة تكون لأهل السكتين جميعاً .

وكما مر بنا في موضع سابق بأن الشرط الأساسي لشفعة الجوار عند الحنفية ، والزيدية هو تلاصق المشفوع به والمشفوع فيه ، إلا أنه يستوي الشفيع الملاصق من جانب واحد والشفيع الملاصق من ثلاثة جوانب ، فكلاهما يستحقان الشفعة وتقسيم بينهما بالتساوي . ولكن معيار المفاضلة والتقديم بين الشفعاء بسبب الجوار عند الحنفية هو قرب الباب إلى المشفوع فيه ، فمن كان ملكه أقرب باباً إلى المال المشفوع فيه ، كان مقدم في الشفعة على من سواه من الجيران ^(٣) .

(١) انظر المادة ١٠١٦ من مجلة الأحكام العدلية . وكذلك شرح الأزهار ، لأبن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٩ و ٢١٠ . البحر الزخار ، للمرئضي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٦ . وقد بينا سبب تقديم شريك الشرب على شريك الطريق في أخذ المشفوع فيه عند تزاممهما عند عرضنا لتزامم الشفعاء من طبقات مختلفة . انظر ص (٨٠) من هذا البحث .

(٢) شرح الأزهار ، لأبن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢١٣ و ٢١٤ . وشرح المجلة ، لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٦٧ . الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٦٦ .

(٣) المبسوط ، للسرخسي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ٩٣ و ٩٤ و ٩٧ .

الفرع الثالث

التزام بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم

إن الصورة الثالثة من التزام بين الشفعاء تبرز عندما يكون المشتري هو أحد الشفعاء ومثال ذلك عقار بين أربعة شركاء لأحدهما فيه الربع ، وللثاني الثمن ، وللثالث الثمن أيضا ، وللرابع النصف ، فإذا باع صاحب النصف نصيبه لصاحب الربع ، هل يأخذ المشتري كل الحصة المباعة ، أم يأخذ بقدر نصيبه في الشركة ويوزع الباقي على الشريكين الآخرين كلا بقدر نصيبه ، أم لا يستحق هذا الشريك (المشتري) الشفعة مطلقا ؟

ذهب الحنابلة^(١) ، والشافعية^(٢) ، والمالكية^(٣) إلى أن المشتري يأخذ الشفعة من شريكة البائع بقدر حصته في الشركة ويوزع ما تبقى على بقية الشركاء كلا بقدر نصيبه إن أرادوا الأخذ بالشفعة . وفي هذه الحالة لا يمكن القول بأن المشتري أستحق الشفعة على نفسه بل دفع باقي الشركاء عن أخذ نصيبه .

وميز المذهب الحنفي^(٤) في حالة التزام بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحد منهم بين حالات ثلاث :-

- (١) حالة التزام المشتري (الشفيع) مع شفعاء ادنى من طبقته ، وفي هذه الحالة فإن المشتري يفضل عليهم ويأخذ الشفعة دونهم .
- (٢) حالة التزام المشتري (الشفيع) مع شفعاء اعلى من طبقته ، وفي هذه الحالة فإنهم يفضلون عليه ويأخذون الشفعة دونه .

(١) كشاف القناع ، للبهوتي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ١٤٩ .
والمغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ و ٥٢٦ .
(٢) مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ص ٣٠٠ . والمجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٢٦ .
(٣) المدونة الكبرى ، للإمام مالك ، المرجع السابق ، الجزء الثاني عشر ، ص ٤٠٧ . الفواكه الدواني ، للنفرأوي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢١٥ .
(٤) الفتاوى الهندية ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٧٨ . وشرح المجله ، لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الاول ، ص ٥٦٦ .

(٣) حالة تزاحم المشتري (الشفيع) مع شفعاء من طبقتة ، وفي هذه الحالة يقسم المال المشفوع فيه على عدد رؤوسهم .

وروي عن الحسن والشعبي والبتي (١) قولين :-

الأول :- إذا تزاحم الشفعاء وكان المشتري احدهم فلا شفعة لغير المشتري من الشركاء ويستحق المشتري (الشريك) كل الحصة المبيعة ، لأن الشفعة إنما تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل والمشتري هو شريك سابق للشفعاء في نفس الملك وبالتالي ينتفي الضرر في شراثة .

الثاني :- إن الشفعة كلها لغير المشتري أي لبقية الشركاء في الملك ، ولاشئ للمشتري فيها لأن الشفعة تستحق أساسا على المشتري وبالتالي لا يستحقها على نفسه .

(١) المغني ، لموفق بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥٢٥ و٥٢٦ .

المطلب الثالث

التزام بين الشفعاء في القانون اليمني

لم يجعل المشرع اليمني كل من تتوفر فيهم أسباب الشفعة في مرتبة واحدة ، بل فاضل بينهم وفقا لقوة السبب الذي يشفع به كل واحد منهم . لهذا سنبين موقف المشرع اليمني من التزام الحاصل بين الشفعاء من طبقات مختلفه ، وكذا التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة ، وأخيرا التزام بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم في فسروع ثلاثة على التوالي .

الفرع الاول

التزام بين الشفعاء من طبقات مختلفة

قسم المشرع اليمني الشفعاء إلى ثلاث مراتب ، يأتي في المرتبة الأولى الشريك المخالط على الشيوع في أصل العين ، ثم يأتي في المرتبة الثانية الشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب ومجراه ، ويأتي في المرتبة الثالثة الشريك المخالط على الشيوع في الطريق .

وبهذا التقسيم أوجد المشرع حلا للتعاضد الحاصل بين الشفعاء إذا طلبوا الشفعة وكانوا من طبقات مختلفة وقد ذكر هذا التقسيم في المادة ١٢٦٤ من القانون المدني التي تنص على أنه « تستحق الشفعة لأصحابها على الترتيب التالي :-

- ١- الشريك المخالط على الشيوع في أصل العين .
- ٢- الشريك المخالط على الشيوع في حق الشرب ومجراه .
- ٣- الشريك المخالط على الشيوع في الطريق « .

وقد جاء هذا الترتيب منسجما مع الغرض الذي شرعت الشفعة من أجله . فمن الواضح أن الضرر الذي سيلحق بالشريك في أصل الملك هو أبلغ من الضرر الذي سيلحق بالشريك في حق الشرب ومجراه ، كما أن الضرر الذي سيلحق بالشريك في الطريق أخف من الضرر الذي يلحق بالشريك في حق الشرب والمجري . وعلى هذا

الأساس إذا باع الشريك في أصل المال الشائع حصته فيه وطلب الشفعة شريكة في نفس المال الشائع ، والشريك في حق الشرب ، والشريك في الطريق كانت الأولوية في الشفعة للشريك في أصل الملك الشائع لأن سببه أقوى من غيره فإذا لم يستعمل هذا الحق أنتقل لمن يليه وهو الشريك في حق الشرب والمجرى ، فان لم يأخذ الشريك في حق الشرب والمجرى بالشفعة انتقلت إلى الشريك المخالط على الشيوع في الطريق . وهذا ما نصت عليه المادة ١٢٦٥ من القانون المدني في شطرها الأول والتي فاضلت بين الشفعة إذا طلبوا الشفعة من طبقات مختلفة وجعلت معيار المفاضلة بينهما هو قوة السبب الذي يشفع به كل واحد منهم وفقا للترتيب الوارد في المادة ١٢٦٢ بقولها « إذا تساوى الشفعاء في الطلب قدم صاحب السبب الأقوى على الترتيب المبين في المادة السابقة ... » .

إن القانون اليمني قد أعطى الحق لكل شافع طلب الشفعة بغض النظر عن الطبقة التي ينتمي إليها فبإمكان الشريك في حق الشرب والمجرى ، والشريك في الطريق طلب الشفعة في مع وجود شافع أعلى منهم وهو الشريك في أصل العين ، ذلك أنه على الرغم من وجود الشافع في مركز يتيح له طلب الشفعة ، فإن الأخذ بالشفعة (استحقاقها) يبقى احتمالياً ويتوقف على من كان سببه أقوى . فإذا تنازل من كان سببه أقوى أستحق الشفعة من يليه في قوة السبب . والواضح أن المشرع اليمني قد نظم هذه المسألة وفقاً للرأي الراجح في المذهب الحنفي ، خلافاً لما ذهب إليه الإمام أبو يوسف .

الفرع الثاني

التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة

قد يحصل التزام بين الشفعاء من طبقة واحدة إذا طلب الشفعة عدد من الشركاء في أصل الملك ، أو عدد من الشركاء في حق الشرب والمجرى ، أو عدد من الشركاء في حق الطريق ، ولما كان الضرر سيلحق بكل شريك واقع في هذه المرتبة نتيجة لتساوي السبب كان من الطبيعي تقسيم المال المشفوع فيه بالتساوي بين الشركاء .

فإذا كان الشطر الأول من المادة ١٢٦٥ من القانون المدني قد أوجد معياراً للمفاضلة بين الشفعاء إذا طلب الشفعة عدة أشخاص ينتمون إلى طبقات مختلفة كما

مربنا ، فإن الشطر الثاني من هذه المادة الذي يشير بأنه إذا تساوى الشفعاء في الطلب والسبب قسمت الشفعة على رؤوس الشفعاء ، قد أوجد حلا للتزاحم بين الشفعاء إذا كانوا من طبقة واحدة ، وذلك بتقسيم الشفعة على رؤوسهم .

وينطبق هذا الحكم إذا كان الشفعاء المتزاحمون متساوون في الطلب والسبب ، أما إذا كان سبب أحدهم أخص من غيره فإن القانون قد فضله على صاحب السبب الأعم وفقا لنص المادة ١٢٦٦ التي تنص « يعتبر السبب أخص في الطريق المسدود إن كان لها باب يغلق على بعض الدور الخارجة عنه وإن تعددت الطرق الخاصة فتختص بالدار الداخلة الدور الأقرب طريقا إليها وهكذا بالنسبة لحق الشرب والسواقي » .

ومن هذا النص يتضح ان القانون اليمني قد حدد متى يعتبر السبب أخص في الطريق ، فأعتبر الدور في الطريق المسدود التي يدخل إليها من باب يغلق عليها أخص سببا بالنسبة لبعضها من الدور الخارجة عن الباب ، وهذا يعني أن الشفعة بسبب الشركة في الطريق تستحق لأصحاب الدور الداخلة عن الباب إذا باع أحدهم داره دون أصحاب الدور الخارجة عن الباب . أما إذا تعددت الطرق الخاصة فان الشفعة تستحق لأصحاب الدور الأقرب طريقا إلى الدار المباعة دون أصحاب الدور الأبعد عنها ^(١) . وينطبق هذا الحكم على حق الشرب والسواقي .

ومع تسليمنا بان المادة ١٢٦٦ قد جاءت كي تفضل الشفيع صاحب السبب الأخص على صاحب السبب الأعم عند تساويهما في الطلب والسبب ، إلا أن صيغتها قد أتت موضحة للسبب الأخص ليس إلا ، ولم تتطرق الى مسألة المفاضلة بين الشفيع صاحب السبب الأخص والشفيع صاحب السبب الأعم مما جعل حكم هذه المادة لا يحمل أي معنى في ضل عدم وجود النص الذي يفضل الشفيع صاحب السبب الأخص على الشفيع صاحب السبب الأعم ، وكان من المفترض أن ينص القانون على هذا التفاضل في نهاية المادة السابقة لها أي المادة ١٢٦٥ بعد أن وضع حكم تساوي الشفعاء في الطلب والسبب حتى تصبح المادة ١٢٦٦ موضحة لحكم سابق لها .

(١) د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص ٢٩٥ .

وأخيرا يمكن القول بأن المشرع اليمني قد نظم أحكام تزامم الشفعاء إذا طلبوا الشفعة وكانوا من طبقات مختلفة أو كانوا من طبقة واحدة وفقا لاتجاهات الفقه الحنفي بإستثناء تزامم الجار مع بقية الشفعاء إنطلاقا من موقفه في عدم الأخذ بشفعة الجوار ابتداء. بيد أننا نراه يأخذ عن المذهب المالكي ما أسماه (بشفعة الأولوية) وهو ما يعرف في الفقه المالكي (بشفعة أهل الوراثة) (١) وبه قدم الورثة على غيرهم من الشركاء غير الورثة فيما باعه الوصي لقضاء ديون المورث أو تنفيذ وصاياه . فتتص المادة ٢٥٢ من القانون رقم (٢٠) لعام ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصية بأن « يستحق السوارث البالغ العاقل أو وصي القاصر عن القاصر شفعة الأولوية فيما باعه الوصي لقضاء الديون أو تنفيذ الوصايا إذا لم يكن أذن بالبيع من قبل أو أجاز من بعد ، ولكل وارث الشفعة بمقدار نصيبه ... » .

ويتبين أيضا أن المشرع قد أخذ عن المذهب المالكي طريقة توزيع المشفوع فيه بين الشفعاء (الورثة) وهو التوزيع على قدر الانصباء بدلا من التوزيع على عدد الرؤوس الذي أخذ به في الشفعة بشكل عام .

الفرع الثالث

التزامم بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم

لم ينظم القانون المدني اليمني حالة التزامم بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم ، ومع هذا الوضع نرى أنه لا بد من الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء تطبيقا لنص المادة الأولى من القانون المدني (٢) التي تقضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لم يوجد بشأنه نص في القانون المدني يمكن تطبيقه على المسألة .

(١) انظر سابقا ص (٨٢) من هذا البحث .

(٢) تتص المادة الأولى من القانون المدني بأنه « يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفضا ومعنى ، فإذا لم يوجد في هذا القانون نص يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون ... » .

و على هذا الأساس وطالما أن القانون لم ينظم حالة التزام بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم فإننا نرى بأنه ينبغي الرجوع إلى ما قرره المذهب الحنفي^(١) بهذا الخصوص فيقدم المشتري على سائر الشفعاء الآخرين إذا كان ينتمي إلى طبقة أعلى منهم باعتباره صاحب السبب الأقوى ، أما إذا كان ينتمي إلى طبقة أدنى منهم فيتم تقديم سائر الشفعاء عليه لقوة سببهم . أما إذا كان الشفعاء المتزامون مع المشتري في مرتبة واحدة فإنه ينبغي تقسيم المال المشفوع فيه على عدد رؤوس الشفعاء .

إن الرجوع إلى المذهب الحنفي بشأن التزام بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم يتفق مع ما قرره القانون بخصوص حالات التزام بين الشفعاء بشكل عام ، إذ أن الشطر الأول من المادة ١٢٦٥ والذي نظم حالة التزام بين الشفعاء الذين ينتمون إلى طبقات مختلفة قد قدم صاحب السبب الأقوى وفقا للترتيب الواردة في المادة ١٢٦٤ ، كما أن الشطر الثاني من المادة ١٢٦٥ والذي نظم حالة التزام بين الشفعاء الذين هم من طبقة واحدة قد نص على تقسيم المال المشفوع فيه على عدد رؤوس الشفعاء . كما أن الرجوع إلى المذهب الحنفي فيما سكت عنه القانون المدني بخصوص التزام بين الشفعاء يحقق التماسق والانسجام بين قواعد القانون في هذه المسألة .

(١) انظر سابقا ص (٨٥) من هذا البحث .

الفصل الثاني

التصرف المجيز للشفعة

تمهيد :

قد يتواجد الشفيع في مركز قانوني يمكنه من الأخذ بالشفعة ، وذلك بأن يتوافر فيه سبب من أسباب الشفعة ، ويكون هذا السبب أقوى من غيره من الشفعاء عند تعددهم . كما أن المال المتصرف فيه قد يكون صالحاً لأن يكون مشفوعاً فيه ، ولكن في هذه الحالة لا بد أن يكون التصرف الذي بموجبه انتقل المال المشفوع فيه من المتصرف إلى المتصرف له يجيز الأخذ بالشفعة ، لكي تتكامل الشروط الواجب توافرها للأخذ بالشفعة بشكل عام .

وقد بين كل من الفقه الإسلامي وفقه القانون الوضعي والقانون المدني اليمني الشروط الواجب توافرها في التصرف المجيز للشفعة . وسوف نتناول فيما يلي هذه الشروط في مباحث ثلاثة على النحو التالي :

- المبحث الأول : التصرف المجيز للشفعة في القانون الوضعي .
- المبحث الثاني : التصرف المجيز للشفعة في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثالث : التصرف المجيز للشفعة في القانون اليمني .

المبحث الأول التصرف المجيز للشفعة في القانون الوضعي

تمهيد :-

قد يتصرف الشخص لآخر بعقار معين ويكون هذا التصرف صحيحاً في ذاته ويُرتب عليه القانون آثاره المحددة قانوناً إلا أنه مع ذلك لا يجيز هذا التصرف للشفيع أخذ المال المتصرف به بالشفعة وذلك لعدم توافر شروط الشفعة في هذا التصرف . وإذا توافرت هذه الشروط هل يكفي ذلك لاستحقاق الشفيع الشفعة أم يتوجب تسجيل هذا التصرف حتى تستحق الشفعة ؟ . لهذا سنحاول في هذا المبحث بيان الشروط الواجب توافرها في التصرف المجيز للشفعة ، ثم نحاول معرفة شرط تسجيل التصرف القانوني .. وهل هو شرط لاستحقاق الشفعة أم لا ؟ ، وذلك في مطلبين اثنين ، نخصص الأول لشروط التصرف المجيز للشفعة في القانون الوضعي ، ثم نعرض في المطلب الثاني الشفعة في البيع غير المسجل .

المطلب الأول

شروط التصرف المجيز للشفعة في القانون الوضعي

إن طبيعة التصرف القانوني تنطوي على أهمية كبيرة في معرفة مدى استحقاق الشفيع الشفعة من عدمه ، ذلك لأن الشفعة لا تثبت في كل تصرف قانوني يصدر من الأفراد . لهذا يلزم في التصرف القانوني المجيز للشفعة توافر عدد من الشروط القانونية نتناولها في فروع خمسة كما يلي :-

- الفرع الأول : أن يكون التصرف القانوني عقداً .
- الفرع الثاني : أن يكون التصرف القانوني عقد بيع .
- الفرع الثالث : أن يكون البيع قائماً وقت طلب الشفعة .
- الفرع الرابع : أن يكون البيع هو العقد الحقيقي للمتعاقدين .
- الفرع الخامس : أن لا يكون القانون قد منع أخذ المبيع بالشفعة .

الفرع الأول أن يكون التصرف القانوني عقداً

من البديهي أن الشفعة لا تبرز إلى حيز الوجود إلا عند قيام تصرف قانوني معين ، فبدون هذا التصرف لا حديث عن الشفعة .

ويعرف التصرف القانوني بأنه تعبير إرادي ، يرمي إلى إحداث آثار قانونية معينة ، تؤدي إلى نشؤ أو تعديل أو نقل أو إنهاء حق من الحقوق (١) .

ويقسم الفقه التصرف القانوني من حيث أطرافه إلى قسمين :

- (١) تصرف قانوني من الجانبين (العقد) : وهو تطابق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء حق جديد لم يكن له وجود في السابق ، أو كلن هذا الأثر هو نقل حق من شخص إلى آخر ، أو أنها حق قائم (٢) .
- (٢) تصرف قانوني من جانب واحد (الإرادة المنفردة) : وهو أن تتجه إرادة شخص واحد إلى إحداث أثر قانوني (٣) .

وعلى هذا الأساس فإنه يشترط لاستحقاق الشفعة أن يكون التصرف القانوني الناقل لملكية المال المشفوع فيه إلى المشتري (المشفوع منه) قد تم بتوافق إرادتين أو أكثر وهو ما يعبر عنه (بالعقد) ، وهذا يعني أن الشفعة لا تستحق في التصرف القانوني الذي يتم بالإرادة المنفردة كالوصية (٤) .

(١) أستاذنا الدكتور سعد محمد سعد ، النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص ١٤٨ .

(٢) أستاذنا الدكتور سعد محمد سعد ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧م ص ١٨ .

(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار ، مصادر الالتزام ، مؤسسة البستاني للطباعة ، القاهرة ، بدون تاريخ ، ص ١٨٣ .

(٤) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٩٤ .

ويترتب على اشتراط استحقاق الشفعة بالعقد عدم جوازها في الواقعة القانونية بمفهومها الضيق^(١) ، وبالتالي لا تجوز الشفعة في الميراث والإلتصاق والتقدم^(٢) .

الفرع الثاني

أن يكون التصرف القانوني عقد بيع

يشترط فقهاء القانون^(٣) ، كما تشترط سائر التشريعات^(٤) في التصرف الذي يجيز الأخذ بالشفعة أن يكون عقد بيع ، فالبيع هو التصرف الوحيد الذي يجيز الأخذ بالشفعة ، أي أن يكون المشفوع منه قد تلقى ملكية العقار في مقابل ثمن نقدي .

ويعرف عقد البيع بأنه عقد ينقل من البائع إلى المشتري حقا ماليا غير ملكية مبلغ من النقود مقابل ثمن نقدي^(٥) .

إن الأثر الأساسي الذي يترتب على عقد البيع هو نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري وهذا الأثر لا يتم مباشرة ، بل أن الأثر المباشر الذي ينشئه العقد هو الالتزام بنقل الملكية ، أما نقل الملكية ذاتها فإنه يتم بصورة غير مباشرة نتيجة الالتزام بها^(٦) .

(١) والواقعة القانونية بمفهومها الضيق هي كل حدث مادي يرتب عليه القانون أثرا معينا يؤدي إلى نشو أو تعديل أو أنها حق من الحقوق . انظر أستاذنا الدكتور سعد محمد سعد ، النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص ١٥٢ .

(٢) د. السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٥٠٨ ، ٥٠٩ .

(٣) د. احمد العناني ، المرجع السابق ، ص ١٠٣ .

(٤) انظر تعريف الشفعة في القانون الوضعي ص (٨ ، ٩) من هذا البحث . وكل هذه التعريفات تشير إلى ثبوت الشفعة بعقد البيع دون أي تصرف قانوني آخر .

(٥) د. جاك يوسف الحكيم ، العقود الشائعة والمسماة ، دار الفكر ، ١٩٧٠م ، ص ١٩ .

(٦) د. توفيق حسن فرج ، عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٥م ، ص ٢٩ .

ولمّا كان عقد البيع ليس التصرف الوحيد الذي يكون بمقابل من جهة ، ويترتب عليه انتقال ملكية الشيء من المتصرف إلى المتصرف إليه من جهة أخرى ، بل أن ذلك يتحقق في عدد من التصرفات القانونية الأخرى كالمقايضة والهبة والوفاء بمقابل والقسمة والصلح . لهذا فإن الأمر يقتضي تناول آراء فقهاء القانون الوضعي بشأن هذه التصرفات ومدى صلاحيتها لاستحقاق الشفع الشفعة فيها .

أولاً : عقد المقايضة :-

عقد المقايضة هو عقد يلتزم به كلا الطرفين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، حقاً مالياً لا يرد بكامله على مبلغ من النقود ، ما لم يكن كلا الحقيين وارداً على النقد (١) .

ويتفق البيع والمقايضة أن كلا منهما يتم بمقابل ، إلا أن ما يتميز به البيع عن المقايضة أن الأول يتم في مقابل ثمن نقدي ، بينما الثاني يتم بمقابل غير نقدي وذلك بأن كلا من المتعاقدين يلتزم بأن يؤدي إلى الآخر شيئاً للحصول على شيء آخر . ومع هذا فقد يختلط البيع بالمقايضة إذا تم التنازل عن شيء في مقابل شيء ومبلغ من النقود وهو ما يعرف بالمقايضة بمعدل .

وبخصوص جواز الشفعة في المقايضة يميز فقهاء القانون (٢) بين ما إذا تم التصرف في العقار بمقابل بعضه نقدي والبعض الآخر غير نقدي ، وبين أن يتم التصرف في العقار بمقابل غير نقدي ، ففي الحالة الأولى فإنه لا بد من تكييف العقد أولاً فإذا اعتبر العقد بيعاً جازت فيه الشفعة ، أما إذا اعتبر العقد مقايضة بمعدل فإن الشفعة لا تجوز فيه . والعبرة في تكييف العقد هو النظر إلى الغرض العملي الذي قصده المتعاقدان ، فإذا تبين أن المقابل النقدي هو المقصود من العقد اعتبر العقد بيعاً وبالتالي تجوز فيه الشفعة ، أما إذا تبين أن المقابل غير النقدي هو المقصود من العقد اعتبر العقد مقايضة بمعدل

(١) د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٥٣ .

(٢) محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٣٦ . المستشار مصطفى مجدي هرجه ، المرجع

السابق ، ص ١١٦ . د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ،

الجزء الثالث ، ص ١٣١ .

لا تجوز فيه الشفعة . ويمكن الاستدلال على قصد المتعاقدين من خلال المعدل ، فإذا كان الجزء الأكبر من المقابل هو النقود اعتبر العقد بيعاً ، أما إذا كان الجزء الأكبر من المقابل هو المعدل اعتبر العقد مقايضة لا تجوز فيه الشفعة .

أما إذا تم التصرف في العقار بمقابل غير نقدي فإن العقد سيكون مقايضة محضه لا تجوز فيه الشفعة لأن طبيعة المقايضة تأبى خضوعها للشفعة على النحو الذي تقبله طبيعة البيع فالبايع في عقد البيع يحصل على الثمن سواء من المشتري أو من الشفيع . أما في المقايضة فإنه يتعين أن يأخذ الشفيع العقار بقيمته نظراً لعدم وجود الثمن في عقد المقايضة ، وبالتالي يلزم إجبار مالك العقار تقاضي قيمة العقار الذي قايس به بدلاً من العين التي قايس عليها ، وهو إنما أراد بالمقايضة هذه العين بالذات .

ثانياً : عقد الهبة :-

عرفت التشريعات الوضعية الهبة بأنها عقد يملك به الواهب مال لآخر دون عوض^(١) . ومن هذا التعريف يتبين أن الهبة تتم بدون عوض ، فهي افتقار من جانب الواهب وإثراء من جانب الموهوب له . إلا أن ذلك لا يمنع من أن تكون الهبة بعوض ، فإذا تبين أن قيمة العوض المشترط تعادل قيمة المال الموهوب أو تقاربها كان العقد معاوضة لا هبة^(٢) . وإذا سترت الهبة البيع بأن كان العقد بيعاً في صورة هبة اعتبر العقد بيعاً تنطبق عليه أحكام البيع .

وإذا كانت القاعدة في فقه القانون الوضعي أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع ، فإن الهبة تجوز فيها الشفعة متى تم اعتبارها بيعاً . ويمكن اعتبار الهبة بيعاً في حالتين : الحالة الأولى :- إذا تلقى الموهوب له العقار بعوض نقدي (الهبة بعوض) وكان العوض النقدي كبير إلى الحد الذي يجعله مساوياً أو مقارباً لقيمة العقار ، ففي هذه الحالة يمكن

(١) انظر المادة ٤٨٦ من القانون المدني المصري ، والمادة ٤٧٥ من القانون المدني الليبي والمادة

٦٠١ من القانون المدني العراقي ، والمادة ٥٠٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، ص ١٤ .

اعتبار الهبة بيعاً ومن ثم تجوز الشفعة فيها (١) .

الحالة الثانية :- إذا كانت حقيقة الهبة بعوض بيعاً اخفي تحت ستار الهبة فالعبرة بحقيقة العقد وبالتالي يعتبر العقد بيعاً تجوز فيه الشفعة فإذا سمي في العقد الثمن عوضاً عن العقار الموهوب فإن الشفيع يأخذ العقار بهذا العوض إلا إذا اثبت انه دون الثمن الحقيقي المتفق عليه ، فإن الشفيع يأخذ العقار بالثمن الحقيقي لا بالعوض المذكور في العقد (٢) .

وعلى هذا الأساس فإن الشفعة لا تجوز في الهبة في غير الحالتين المذكورة سلفاً سواء تمت بدون عوض أو بعوض ، ففي حالة الهبة بدون عوض فإن الواهب إنما وهب ورضي بالتجرد عن ملكه دون مقابل لاعتبارات شخصية في الموهوب له لا تتوافر في الشفيع ، وفي حالة الهبة بعوض فإن الواهب وهب ماله دون أن يتجرد عن نية التبرع ولا يخل ذلك بطبيعة الهبة أن هو اخذ مقابل نقدي لأنه قد راعى في المشتري اعتبارات شخصية لا تتوافر فيمن سواه .

ثالثاً : الوفاء بمقابل :-

الوفاء بمقابل هو عقد خاص يقصد به تملك عين في مقابل دين (٣) .
وقد اختلف فقهاء القانون (٤) في تكييف الوفاء بمقابل إلى اتجاهين رئيسيين :-
رأى الاتجاه الأول في أن الوفاء بمقابل هو بيع ، المبيع فيه هو المقابل والدين هو الثمن .

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٣٣ .

(٢) د. السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٩٥ .

(٣) د. محمد بن حسين الشامي ، النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م ، ص ٢٢٣ .

(٤) انظر ذلك عند د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المجلد الرابع ، الطبعة الثانية ، مكتبة صادر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٢م ، ص ٧٢٥ وما بعدها . د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م ، ص ٤٥٥ .

بينما رأى الاتجاه الثاني بأن الوفاء بمقابل ليس بيعاً بل هو نوعاً من الوفاء تغيير فيه المحل الأصلي .

ومن الطبيعي أن ينعكس هذا الخلاف في تكييف الوفاء بمقابل على جواز الشفعة فيه فإذا كان الدين مبلغاً من النقود وتم تقديم عقار للدائن بدلاً من هذا المبلغ ، فإن الاتجاه الذي كيف الوفاء بمقابل بأنه بيع رأى جواز الشفعة فيه ذلك أن تقديم العقار مقابل الوفاء بالدين الذي هو عبارة عن مبلغ من النقود ينطوي على بيع وبالتالي يجوز أخذ العقار الذي قدم كمقابل للوفاء بالشفعة لجواز ذلك في البيع (١) .

أما الاتجاه الذي لم يعتبر الوفاء بمقابل بيعاً فيرى عدم جواز الشفعة فيه أما على اعتبار أن قبول الدائن بمبلغ من النقود عقاراً عوضاً عن حقه هو تجديد بتغيير محل الدين (٢) ، أو على اعتبار أن تقديم العقار مقابل للدين ليس بيعاً محضاً ، بل فيه معنى استيفاء الدين (٣) .

رابعاً : عقد الصلح :-

يعرف الصلح بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه (٤) .

إن من مقومات الصلح أن يكون هناك نزاع بين المتصالحين قائم أو محتمل ، فإذا لم يكن كذلك لم يكن العقد صلحاً . كما يجب أن ينزل كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من ادعائه ، وليس بالضرورة أن يكون هذا النزول من الجانبين متعادلاً ، بل قد يتفاوت نزول كل طرف من الأطراف عن ادعائه .

(١) د. محمد الجندي ، المرجع السابق ، ص ٢٢١ .

(٢) انظر ذلك عند د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٣١ .

(٣) انظر ذلك عند د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٩٨ .

(٤) انظر المادة ٥٤٩ من القانون المدني المصري ، والمادة ٥٤٨ مدني لبيبي ، والمادة ٦٩٨ مدني عراقي ، والمادة ١٠٣٥ من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

ولا تجوز الشفعة في عقد صلح أبرم بخصوص ملكية عقار مقابل دفع مبلغ من النقود لأن الصلح من التصرفات المقررة أو الكاشفة للحق وليس ناقلًا للملكية . كما أن أحكام الصلح تقرر بأن يترك كل طرف شيئاً من حقه وبالتالي لا يجوز أن ينتفع الأجنبي بفائدة رتبها القانون لشخص معين (١) .

خامساً : عقد القسمة :-

عرف فقهاء القانون القسمة بأنها إخراج المالك من الملك الشائع إلى ملك خاص يستقل به دون باقي الشركاء (٢) .

ووفقاً لهذا التعريف فإن القسمة تقوم على ركنين :

الأول : إفراز الحصص عن طريق الوزن أو الذرع أو الكيل إذا كان المال من المثليات أو إفرازها عن طريق تقسيمها إلى أجزاء حسب قيمة كل منهما .
الثاني : أن تخصص لكل شريك حصة يستقل بها وحده دون الآخرين .

ويرى الفقه عدم جواز الشفعة في عقد القسمة إذا كان المال - موضوع القسمة - عقاراً حتى إذا تمت القسمة بمعدل نقدي ، لأن القسمة من التصرفات المقررة أو الكاشفة للحق ، ولا يعتبر المعدل النقدي في القسمة ثمناً ، وإنما هو تعويض للمنتقاسم عما نقص من نصيبه عند تعذر حصوله على كامل نصيبه (٣) .

(١) محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٣٨ .

(٢) د. سهيل الفتلاوي ، المرجع السابق ، ص ٨٢ .

(٣) د. عبد المنعم لرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٣٢ .

الفرع الثالث

أن يكون البيع قائما وقت طلب الشفعة

لجواز الأخذ بالشفعة يجب أن يكون البيع المبرم بين البائع والمشفوع منه قائما وقت طلب الشفعة ، أي أن يكون منتجا لآثاره القانونية ، فإذا لم يكن هناك بيع منتج لآثاره القانونية كأن يكون الطرفان لا يزالان في مرحلة المفاوضات ، أو إذا كان الإتفاق الذي تم بين البائع والمشتري باطلا بطلانا مطلقا فإن البيع يكون غير موجود ولا يؤهل الشفيع الأخذ بالشفعة . لهذا فإن الأمر يقتضي تناول البيع غير المنتج لآثاره القانونية والبيع المنتج لآثاره القانونية ، ومدى استحقاق الشفعة في كل منهما .

أولا : البيع غير المنتج لآثاره القانونية :-

ليس كل اتفاق على البيع ينتج آثاره القانونية من حيث التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه للمشتري ، والتزام المشتري بدفع الثمن ، بل يشترط أن يكون هذا الاتفاق قد خرج من طور المفاوضات ، وأن يكون جادا بأن لا يكون أحد أطرافه هازلا ، كما يشترط أن لا يكون هذا الإتفاق باطلا .

من البديهي أن إبرام أي عقد من العقود لا بد أن تسبقه مفاوضات تمهيدية بشأن إبرام هذا العقد ، فقبل إبرام عقد البيع تجري المفاوضات اللازمة بين البائع والمشتري لتحديد شروط العقد وتحديد ثمن المبيع والتزامات الطرفين بخصوص نقل ملكية المبيع إن كان المبيع من العقارات وكذلك الإتفاق على من يتحمل أجرة كتابة الحجج والسندات وتحمل أتعاب السمسرة وغير ذلك وهذه المرحلة تسمى بمرحلة المفاوضات لإبرام العقد .

ويرى الفقه (١) بأنه إذا اقتصر الأمر على مجرد المفاوضات التي تمهد لإبرام عقد البيع فإن الشفعة لا تستحق في ذلك لأن طلب الشفعة حينئذ يكون غير ذي موضوع كون هذا الإتفاق لم ينتج آثاره القانونية .

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ،

ومن أنواع البيع غير المنتج لآثاره القانونية أيضا بيع الهازل ، والهازل هو الشخص الذي ينطق بالعبرة الدالة على إنشاء العقد وهو يعلم معناها ويقصد استعمالها في هذا المعنى ولكنه لا يريد بها إنشاء العقد والالتزام بآثاره ، وإنما يقصد اللعب واللهو ، وقامت القرائن الدالة على ذلك (١) . وطالما أن بيع الهازل عقد غير منتج لآثاره القانونية فإن الشفعة لا تستحق فيه .

ولا تستحق الشفعة في البيع الباطل بطلانا مطلقا لأن هذا العقد غير موجود أصلا (٢) . ومعنى البطلان المطلق انعدام كل أثر للعقد من وقت إبرامه (٣) ، والبيع الباطل بطلانا مطلقا عقد ليس له وجود قانوني وإن كان له وجود فعلي نتيجة انعدام ركن من أركان تكوينه .

ثانيا : البيع المنتج لآثاره القانونية :-

إن البيع المنتج لآثاره القانونية هو البيع الموجود فعلا والذي يترتب التزامات متبادلة على طرفيه من حيث التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه للمشتري وضمانه والتزام المشتري بدفع الثمن .

والبيع المنتج لآثاره إما أن يكون ناجزا ويدخل فيه البيع الابتدائي والوعد بالبيع ، وإما أن يكون معلقا على شرط ، وإما أن يكون تاما ويدخل فيه البيع القابل للإبطال . وسلبين فيما يلي صور البيع المنتج لآثاره القانونية ومدى استحقاق الشفعة في هذه البيوع .

(١) البيع الابتدائي :-

البيع الابتدائي هو عبارة عن عقد يعد فيه البائع بأنه يبيع المشتري عين معينة بالذات لقاء مبلغ معين إذا أبدى المشتري رغبته في شراء هذا الشيء خلال مدة معينة (٤) .

(١) د. قائد سعيد التريب ، الوجيز في أحكام عقد البيع ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٥م-١٩٩٦م ، ص ٣٠ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٥٠٧ .

(٣) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، المجلد الأول ، ص ٤٢٢ .

(٤) د. عبد الحكيم فوده ، الوعد والتمهيد للتعاقد ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ١٩٩٢م ، ص ٦٥ .

وعقد البيع الابتدائي هو عقد تام ولكنه غير نهائي ، يتفق فيه الطرفان على جميع شروط العقد مع تحديد اجل لتحرير عقد البيع النهائي ، وقد يلجأ المتعاقدان إلى إبرام عقد البيع الابتدائي لإعطائهما مهلة يستعدان فيها لإبرام العقد النهائي كأن يقوم البائع بتجهيز مستندات الملكية ، وكذلك منح المشتري مهلة لتجهيز الثمن والتأكد من حالة المبيع .

ويرى فقه القانون الوضعي بأن الشفعة تستحق بالبيع الابتدائي نظراً لأن البيع الابتدائي هو بيع تام بات يترتب عليه كل التزامات وأثار البيع ، إلا أن هذه الالتزامات والآثار تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي ، ويستطيع الشفيع في هذه الحالة طلب الشفعة من وقت صدور العقد الابتدائي وتسري مواعيد الشفعة من هذا الوقت أيضاً (١) .

(٢) الوعد بالبيع :-

عرف فقه القانون الوضعي الوعد بالبيع بأنه عقد بمقتضاه يلتزم المرء ببيع شيء لشخص آخر لا يلتزم شراءه في الحال (٢) . ومن هذا التعريف يتبين أن عقد الوعد لا يلزم سواء الواعد فقط ، ويتحول إلى بيع عندما يصرح الموعد بعزمه على الشراء . والوعد بالبيع إما أن يكون ملزم لجانب واحد أو لجانبين .

وقد اختلف فقهاء القانون الوضعي (٣) حول طبيعة الوعد بالبيع . فذهب بعض الفقهاء إلى أن الوعد بالبيع يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف هو قبول الموعد له الشراء . بينما يرى آخرون أن هذا الرأي غير صحيح لأن الوعد بالبيع ينقصه ركن من أركان البيع وهو القبول .

وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن الشفعة تجوز في الوعد بالبيع إذا تم اعتباره بيعاً معلقاً على شرط واقف عند من يقولون بجواز الشفعة في البيع المعلق على شرط

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٥٠٠ وما بعدها .

(٢) د. توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٦٣ .

(٣) د. أنور سلطان ، شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣م ،

واقف . أما من لم يعتبروا الوعد بالبيع بيعاً قائماً فلا يجيزون فيه الشفعة (١) .

(٣) البيع المعلق على شرط :-

إن الصورة المعتادة لعقد البيع هو أن يكون نافذاً أي أن تكون صفته منجزة وبترتب عليه آثاره بمجرد إبرامه من نقل ملكية المبيع وتسليم المبيع للمشتري ودفع الثمن ، إلا أنه قد يلحق برابطة الالتزام ما يجعل العقد موقوفاً كان يعلق البيع على شرط . ويعرف الشرط كوصف من أوصاف الالتزام بأنه أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه نشؤ الالتزام أو زواله (٢) .

ووفقاً لهذا التعريف فإن الشرط نوعان واقف وفسخ .

فالشرط الواقف : هو الذي يتعلق على تحققه وجود الالتزام أو إنتاج الإرادة أثرها (٣) . أما الشرط الفاسخ فهو الذي لا يقف إنتاج الإرادة أثرها أو وجود الالتزام ، وإنما يؤدي تحققه إلى زوال هذا الأثر أو الالتزام (٤) .

إن الشرط الذي يلحق بعقد البيع يؤثر على استحقاق الشفيع الشفعة ، وبهذا الصدد يفرق الفقهاء بين ما إذا اقترن البيع بشرط فاسخ ، وبين أن يقترن البيع بشرط واقف (٥) . ففي الحالة الأولى يكاد أن يجمع الفقهاء على جواز الشفعة في البيع المقترن بشرط فاسخ ، لأن وجود مثل هذا الشرط لا يحول دون قيام عقد مستوف لجميع أركانه وبترتب عليه أن يصبح المشتري مالكا لمحل العقد ، وإن كانت ملكيته هذه تزول إذا تحقق الشرط.

(١) د. مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ ، ص ٤٣٠ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٥٨ .

(٣) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، المجلد الرابع ، ص ١٥٨ .

(٤) نفس المصدر السابق .

(٥) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٥٠٣ وما بعدها . محمد كامل مرسي ، المرجع السابق . ص ٤٣٩ ، ٤٤٠ . ود. محمد الجندي ، المرجع السابق ، ص ٢١١ ، ٢١٢ .

أما إذا اقترن العقد بشرط واقف فإن بعض الفقهاء يجيزون الأخذ فيه بالشفعة كون العقد موجودا ، بيد أن فريقا آخر من الفقه يذهب إلى عدم جواز الشفعة في البيع المعلق على شرط واقف كون البيع في هذه الحالة غير نافذ .

وفي كلا الحالتين سواء كان البيع معلقاً على شرط فاسخ أو واقف فإنه يقع على الشفيع طلب الشفعة وقت إبرام العقد ، فإذا طلبها حل محل المشتري فإن تخلف الشرط الفاسخ أو تحقق الشرط الواقف صار البيع باتا ونفذت معه الشفعة ، وعلى العكس من ذلك فإذا تحقق الشرط الفاسخ أو تخلف الشرط الواقف زال البيع وزالت معه الشفعة .

٤) البيع القابل للإبطال :-

البيع القابل للإبطال : هو العقد الذي اكتمل وجوده وتوافرت أركانه ولكنه فقد شرطاً من شروط صحة أهم ركن من أركانه وهو الرضاء^(١) . و البيع القابل للإبطال له وجود فعلي ، ووجود قانوني حتى يتقرر بطلانه فيزول الوجود القانوني .

ويرى فقهاء القانون الوضعي^(٢) جواز الشفعة في البيع القابل للإبطال لأنه بيع موجود ويقع صحيحاً ومنتجاً لأثاره إلى أن يحكم ببطلانه ، فيحل الشفيع محل المشتري فإذا زال سبب الإبطال أصبح البيع صحيحاً وتملك الشفيع العقار المشفوع فيه ملكية باتة ونهائية ، أما إذا حكم بإبطال العقد زال البيع ، فتزول ملكية الشفيع عن العقار وتعود إلى البائع . ويحسب ميعاد طلب الشفعة من يوم البيع القابل للإبطال .

الفرع الرابع

أن يكون البيع هو العقد الحقيقي للمتعاقدين

قد يلجأ المتعاقدان عند إبرام عقد معين إلى إظهاره في صورة تخالف الحقيقة كأن يظهر المتعاقدان عقد البيع في صورة هبة حتى يفوتا حق الشفيع في الأخذ بالشفعة ،

(١) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، المجلد الأول ، ص ٤٦٥ .

(٢) محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٣٩ . د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في

القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٢٨ .

أو على العكس فقد يظهران عقد الهبة أو الوصية في صورة بيع تحايلا على أحكام الميراث أو لغرض آخر أرادته المتعاقدان وهذا ما يعرف في فقه القانون الوضعي بالصورية .

وتعرف الصورية بأنها التظاهر بأمر يخالف الواقع من جميع نواحيه أو من بعضها على الأقل^(١) . وهذا يعني أن لطرفي الصورية إرادة باطنة أي مستترة ، وإرادة ظاهرة يخفيان ورائها التصرف الحقيقي .

وتتحقق الصورية في التصرفات القانونية إذا توافرت ثلاثة شروط^(٢) هي :-

(١) أن يوجد عقدان أو تصرفان قانونيان اتحد فيهما الطرفان والموضوع .

(٢) أن يكون هناك تغاير بين العقدين .

(٣) أن يكون العقدان متعاصرين .

وسنتناول فيما يلي بإيجاز كل شرط من هذه الشروط .

الشرط الأول : أن يوجد عقدان أو تصرفان قانونيان اتحد فيهما الطرفان والموضوع :-

يستلزم لقيام الصورية وجود عقدين أحدهما ظاهر وهو العقد الصوري ، والآخر

عقد خفي وهو العقد الحقيقي الذي يعتد به الطرفان . وليس ذلك فحسب بل يجب أن يكون

طرفا العقدين واحدا فالشخص الذي يقوم بتحرير العقد الحقيقي المستتر يجب أن يكون هو

الشخص الذي يقوم بتحرير العقد الصوري الظاهر . كما يلزم أن يكون محل كلا العقدين

واحدا ، فإذا كان محل العقد الحقيقي منزلا مثلا وجب أن يكون محل العقد الصوري هو

نفس هذا المنزل أي نفس محل العقد الحقيقي .

الشرط الثاني : أن يكون هناك تغاير بين العقدين :-

يشترط أن يكون العقد الصوري مغايرا للعقد الحقيقي ، سواء من حيث الطبيعة أو

الشروط أو الأركان . ويتحقق التغاير بين العقدين من حيث الطبيعة إذا كان المتعاقدان قد

(١) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، المجلد الرابع ، ص ٣٥٦ .

(٢) انظر هذه الشروط عند د. رأفت محمد حماد ، الصورية في القانون المدني المصري ، بدون

تاريخ ، ص ٧١ . د. محمد حسين الشامي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٠٨ .

اتفقا أن يظهر العقد في شكل هبة ، بينما هو في حقيقته عقد بيع حتى بفوتاً حق الشفيع في الأخذ بالشفعة . وقد ينصب التباير على شرط من شروط العقد كأن يذكر المتعاقدان في العقد الظاهر ثمن أعلى من الثمن الحقيقي المذكور في العقد الحقيقي حتى لا يستطيع الشفيع الأخذ بالشفعة . أما التباير في أركان العقد فمثاله إخفاء سبب العقد الحقيقي كمن يذكر في العقد الصوري سبب مشروع لإخفاء سبب غير مشروع .

الشرط الثالث : أن يكون العقدان متعاصرين :-

يجب أن يصدر العقدان الظاهر الصوري والمستتر الحقيقي في وقت واحد ، حتى لا تتصرف إرادة الطرفين إلى التصرف الظاهر ، وعلى هذا الأساس إذا كان أحد العقدین لاحقاً للآخر فإن ذلك يعد بمثابة تعديل له .

ويتأثر حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في التصرف المنطوي على الصورية متى توافرت شروط الصورية ، وبهذا الصدد فإن السؤال الذي يبرز هنا هو : هل يحق للشفيع أخذ العقار بالشفعة في التصرف الصوري الذي يستر البيع ؟ وهل يحق للشفيع التمسك بعقد البيع الصوري الذي يستر تصرف آخر لا تجوز فيه الشفعة ؟

للإجابة على الشطر الأول من السؤال فإنه لا خلاف على حق الشفيع في الأخذ بالشفعة في التصرف الصوري الذي يستر البيع في حقيقته كون العبرة في هذا الشأن بالتصرف الحقيقي الذي انعقدت عليه إرادة الطرفين ، فإذا كان حقيقة العقد الصوري هو البيع أخفى تحت ستار الهبة فالعبرة بحقيقة العقد وبالتالي يعتبر العقد بيعاً تجوز فيه الشفعة (١) .

أما الشطر الآخر من السؤال فيرى د. السنهوري^(٢) ومعه بعض الفقهاء بأن الشفيع لا يحق له التمسك بعقد البيع الصوري الذي يستر تصرف آخر لا تجوز فيه الشفعة وإن

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٣٩ . محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٣٧ ، ٤٣٨ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٩٨ وما بعدها .

كان حسن النية لا يعلم بالصورية ، وذلك لأن الشفيع لا يعتبر من الغير في الصورية (١) ، وبالتالي فلا يحق له التمسك بالعقد الظاهر ، كون الغير في الصورية هم الدائنون الشخصيون لكل من المتعاقدين طرفي الصورية ، وكذلك الخلف الخاص لأي من هذين المتعاقدين . والشفيع ليس دائنا للمشتري لأن حقه في أخذ العقار المبيع بالشفعة لا يظهر كعنصر سلبي في نمة المشتري على النحو المعروف في المديونية . كما لا يعتبر الشفيع خلفا خاصا للمشتري ، نظرا لحلوله محله في البيع لأنه لم يتلق منه الملكية ، ولا يعتبر أيضا خلفا خاصا للبائع لأنه قد أصبح طرفا معه في العقد بعد أن حل محل المشتري (٢) . علاوة على ذلك أن الشفيع قد كسب حقه في الشفعة بموجب العقد الصوري فهو أذن لا يعتبر غيرا في هذا العقد . وعلى هذا الأساس لا يجوز الأخذ بالشفعة في الهبة المستترة في صورة بيع ويحتج على الشفيع بالعقد الحقيقي وليس بالعقد الظاهر .

ولكن فريقا آخر من الشراح (٣) يرى عكس الرأي الأول معتبرين الشفيع من الغير في الصورية ، كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة ، كما أن الشفيع يستمد حقه في الشفعة من القانون لا من العقد الصوري ، وبالتالي يجوز له أن يتمسك بالعقد الظاهر دون العقد المستتر ، ولا يجوز الاحتجاج عليه من قبل طرفي العقد بأن حقيقة العقد هبة أو رهن .

الفرع الخامس

أن لا يكون القانون قد منع أخذ المبيع بالشفعة

يشترط لجواز الأخذ بالشفعة أن لا يكون القانون قد منع أخذ العقار المبيع بالشفعة ، فالقانون قد يمنع أحيانا الشفعة في بعض البيوع رغم توافر الشروط القانونية للأخذ بالشفعة في هذه البيوع مراعاة للغرض أو الحكمة من إبرام هذا النوع من البيوع .

(١) والمقصود بالغير في الصورية هو من يكسب حقه بسبب يغير التصرف الصوري انظر د. رأفت محمد حماد ، المرجع السابق ، ص ٩٩ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٠٩١ .

(٣) د. سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، المجلد الرابع ، ص ٣٧٠ .

وقد منعت بعض التشريعات العربية^(١) الشفعة في البيوع التالية :-

أولاً : البيع بالمزاد العلني :-

يتم البيع في الصورة المعتادة للتعاقد نتيجة تفاوض بين طرفي عقد البيع وتسمى هذه الصورة (التعاقد بالممارسة) ، بيد أن هناك صورة أخرى يتم فيها البيع وهي البيع عن طريق المزاد العلني .

ولعل أهم ما يميز البيع بالمزاد العلني عن البيع بالطريق العادي (الممارسة) هو أن الأول يطرح في مزادة عامة ويدعو إليه كل من يرغب في الشراء لتحديد أعلى ثمن يريد الشراء به وذلك بالحضور يوم المزادة لإبداء رغبته في الشراء محددًا السعر علنًا ، مع إمكان تغيير هذا السعر بالزيادة إذا وجد من يعرض سعرا أعلى من سعره^(٢) .

ويجب أن يكون البيع بناء على طلب صاحب الشأن ، كما يجب الإعلان عن البيع إعلانا كافيا مع تحديد يوم إجراءه ، ويترتب على عدم مراعاة ذلك بطلان البيع^(٣) .

إن الحكمة من منع القانون الأخذ بالشفعة في البيع الذي يتم بالمزاد العلني والذي فيه يتحقق الإعلان بالبيع ، تكمن في أن الشفيع يستطيع الدخول في المزاد والحصول على العقار المبيع عن طريق لا يحتاج فيه إلى الشفعة . بالإضافة إلى أنه لو أجاز الأخذ

(١) ينص القانون المدني المصري على البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة في المادة ٩٣٩ ، أما القانون المدني الليبي فينص على هذه الحالات في المادة ٩٤٣ / ١ ، وينص القانون المدني العراقي على ذلك في المادة ١١٣٤ ، وقانون الملكية العقارية اللبناني المواد ٢/٢٤٤ ، ٢٥٤ ، أما القانون المدني الأردني فينص على البيوع التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة في المادة ١١٦١ . وينص قانون المعاملات المدنية الإماراتي على ذلك في المادة ٢/١٢٩٧ .

(٢) أستاذنا د. سعد محمد سعد ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، ص ٥١ .

(٣) د. أحمد أبو الوفاء ، إجراءات التنفيذ ، الطبعة العاشرة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩١م ، ص ٧٢٣ .

بالشفعة في هذا النوع من البيع لامتتع الكثير من الدخول في المزاد خشية أخذ المبيع بالشفعة إذا رسي عليه المزاد (١) .

البيوع التي تتم بالمزاد العلني والتي لا يجوز فيها الشفعة

حدد الفقه (٢) البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة نتيجة لبيعها بالمزاد العلني وفقاً

لإجراءات رسمها القانون بالآتي :

- ١) البيع بالمزاد العلني جبراً أمام القضاء لسداد الديون المتعلقة بذمة المدين .
- ٢) البيع بالمزاد العلني لعقار شائع لعدم إمكانية قسمته عينا دون ضرر .
- ٣) البيع بالمزاد العلني للأحكام الخاصة بالدولة وفقاً لإجراءات رسمها القانون .
- ٤) بيع العقار المحجوز إدارياً لاستيفاء الضرائب المقررة للدولة .
- ٥) بيع عقار المفلس و عديم الأهلية والغائب بالمزاد العلني أمام القضاء .
- ٦) البيع الاختياري بالمزاد العلني أمام القضاء للعقار المتقل بتكاليف عينية .

ثانياً : البيع لبعض الأقارب :-

انقسمت التشريعات العربية بشأن عدم جواز الشفعة في البيوع التي تنتم لبعض

الأقارب إلى ثلاثة اتجاهات :-

الاتجاه الأول :- وسع نطاق القرابة المانعة للشفعة فمنع الشفعة في البيوع التي تتم بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ، أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة . ومن هذه التشريعات ، التشريع المصري ، والليبي ، والأردني ، والإماراتي .

(١) المستشار مصطفى مجدي هرجه ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ .

(٢) أنور طلبه ، المرجع السابق ، ص ٣٩٤ . د. السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ،

الاتجاه الثاني :- منع الشفعة في البيوع التي تتم بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الإخوة والأخوات فقط . ويظم هذا الاتجاه القانون اللبناني .

الاتجاه الثالث :- منع الشفعة في البيوع التي تتم بين الأصول والفروع ، أو بين الزوجين ، أو بين الحواشي لغاية الدرجة الرابعة . ويظم هذا الاتجاه القانون العراقي .

ومن هذا يتبين أن الاتجاه الثاني منع الشفعة في البيوع التي منعها الاتجاه الأول باستثناء البيع الذي يتم بين الأصهار فلم يأخذ به ، كما قصر المنع فيما يتعلق بقرابة الحواشي على البيوع التي تتم بين الإخوة والأخوات فقط . كما أن الاتجاه الثالث قد أخذ أيضا بالموانع التي أخذ بها الاتجاه الأول باستثناء البيع الذي يتم بين الأصهار فلم يأخذ به .

إن الشفعة لا تجوز في البيوع التي تتم بين الأقارب حتى وإن كان الشفيع في نفس درجة قرابة المشتري ، بل ولو كان أقرب منه إلى البائع (١) ، كأن يكون المشتري أخ للبائع فيطلب الشفعة أخوه الآخر ، أو يطلبها ابن البائع .

ويرى فقهاء القانون (٢) أن الحكمة في منع الشفعة إذا تم البيع بين الأقارب تكمن في أن المشتري قد روعيت فيه اعتبارات خاصة تتعلق بشخصه ، عادة ما تؤدي إلى إنقاص ثمن المبيع عن ثمنه الحقيقي ، أو إعطاء المشتري تسهيلات في الدفع ، الأمر الذي لا يجوز معه أخذ المبيع بالشفعة من قبل شخص لا تتوفر فيه هذه الاعتبارات .

ثالثا : بيع العقار ليجعل محل عبادة :-

إن بيع العقار ليجعل محل عبادة هو أحد الأسباب المانعة للأخذ بالشفعة في

(١) أنور طلبه ، المرجع السابق ، ص ٣٩٥ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص ٤٠٠ . د. السنهوري ،

الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٥٣٧ . د. محمد الجندي ، المرجع السابق ،

التشريعات الوضعية ويشمل هذا المنع كل عقار تم بيعه ليُجعل دوراً للعبادة كأن يبيع شخص أرضاً لغرض إقامة مسجد عليها أو تخصص هذه الأرض لغرض إقامة ملحقات مسجد قائم كدورة المياه ، أو مسجد للنساء ، ولا يقتصر الأمر على منع الشفعة في العقار المبيع الذي يجعل دوراً للعبادة على الدين الإسلامي بل يتناول كل دين آخر من الأديان المعروفة فتمتنع الشفعة في العقار الذي يبيع ليُجعل كنيسة أو معبد أو غير ذلك . والسبب في منع الشفعة في هذا البيع هو مراعاة للاعتبار الديني المقدم على مصلحة الشفيع .

المطلب الثاني الشفعة في السبيع غير المسجل

أختلف فقهاء القانون^(١) حول ثبوت الشفعة في البيع غير المسجل إلى فريقين : ذهب الفريق الأول^(٢) أن الشفعة غير جائزة في البيع غير المسجل ولا تثبت إلا في البيع المسجل ، وقد عللوا رأيهم هذا بأن الشفعة لا تستحق للشفيع إلا إذا أصبح المشتري مالكا للعقار المشفوع فيه ، وذلك بخروج هذا العقار من ملكية البائع إلى ملكية المشتري ، وهذا الانتقال لن يتأتى إلا إذا تم تسجيل البيع ، أما إذا لم يتم تسجيل البيع ، فلا تجوز الشفعة نظرا لعدم انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري . كما أن الشفعة لا تترتب إلا على البيع الصحيح ، والبيع غير المسجل منعدم لعدم توافر ركن من أركانه وهو التسجيل^(٣) ، وبالتالي فإن ذلك لا يعدوا أن يكون وعد بنقل الملكية لا يترتب عليه سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين ومن هذه الالتزامات التزام المتعهد بالقيام بالإجراءات القانونية اللازمة لإتمام العقد ، بالإضافة إلى أن المشتري الذي لم يسجل عقده لا يعتبر مالكا وليس له حق عيني على العين بل مجرد حقوق شخصية قبل البائع ، والشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في الملكية لا في مجرد حقوق شخصية^(٤) .

أما الفريق الثاني من الفقهاء^(٥) فيرى جواز الشفعة في البيع غير المسجل ،

(١) وقد نشب هذا الخلاف بعد صدور قانون التسجيل في مصر عام ١٩٢٣م والذي اشترط التسجيل لنقل ملكية المبيع وبموجب ذلك أصبح البيع غير المسجل لا ينقل ملكية المبيع حتى فيما بين المتعاقدين .

(٢) ومنهم محمد كامل مرسي ، محمد علي عرفه . انظر محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٥١١ هامش رقم (١) .

(٣) وتطلق وجهة نظرهم هذه من أن عقد البيع بعد صدور قانون التسجيل قد أصبح عقدا شكليا لا ينعقد إلا بالتسجيل .

(٤) انظر محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٤٣ ، ٣٢٨ .

(٥) ومنهم حامد فهمي ، عبد السلام ذهني ، صليب سامي ، ود. السنهوري ، د. عبد المنعم فرج الصده . انظر د. السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، هامش رقم (٢) ٥١٣ . ود. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٤٤ .

والشرط الأساسي عندهم أن يكون هناك بيع من شأنه أن ينقل المال المشفوع فيه إلى المشتري ، ولا بهم بعد ذلك أن يكون هذا الحق قد انتقل فعلا إلى المشتري أم لم ينتقل إليه بعد .

وقد دللوا على صحة رأيهم هذا بعدد من الحجج^(١) منها : أن عقد البيع غير المسجل هو عقد بيع كامل ويترتب عليه نفس الالتزامات التي تترتب على البيع المسجل ومن هذه الالتزامات ، التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري ، فإذا طلب الشفيع الشفعة حل محل المشتري فيصبح البائع ملتزما قبل الشفيع وبالتالي يستطيع الشفيع إجبار البائع على تنفيذ هذا الالتزام . كما أن القول بضرورة تسجيل عقد البيع كي تثبت فيه الشفعة فيه تعطيل لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة فقد لا يقوم المشتري بتسجيل عقد البيع إذا كان واتقا من البائع من أنه لم يقم بالتصرف في العقار مرة ثانية ، وبذلك يستطيع المشتري منع الشفيع من طلب الشفعة المدة التي يراها مادام لم يسجل عقد البيع . علاوة على أن طلب الشفعة من تاريخ تسجيل البيع فيه توسع لحق الشفعة خلافا لطبيعته التي لا يجوز التوسع فيه باعتباره حق ضعيف يقتضي الإسراع والمواثبة .

إن الخلاف بين الفقهاء حول البيع غير المسجل وإمكانية الأخذ بالشفعة فيه ما لبث أن تلاشى كلية فانهاز الفقهاء الذين يشترطون تسجيل البيع لكي يتم الأخذ به بالشفعة إلى الفريق الثاني الذين لا يشترطون التسجيل .

وأخيرا فإنه لا خلاف في أنه يشترط أن تكون ملكية الشفيع للعقار الذي يشفع به مسجلة إذا كان سند الشفيع في ملكية العقار الذي يشفع به عقد بيع ، كما يشترط أيضا أن يكون هذا التسجيل سابقا على البيع الذي يأخذ به الشفعة .

(١) انظر تلك الحجج عند د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٥١٢ وما بعدها .

المبحث الثاني

شروط التصرف المجيز للشفعة في الفقه الإسلامي

تمهيد :

أجمعت مذاهب الفقه الإسلامي على أن الشفعة جائزة في التصرف المنطوي على عقد من عقود المعاوضات المالية ، كما أجمعت أيضا على عدم جواز الشفعة في عقود التبرعات ، أما إذا كان المال المتصرف فيه قد انتقل إلى المتصرف له عن طريق عقد من عقود المعاوضات غير المالية فإن فقه الشريعة الإسلامية قد اختلف في ذلك فمنهم من أجاز الشفعة في هذا التصرف ومنهم من منعها .

وعليه سوف نتناول تلك الآراء في ثلاثة مطالب . نتناول في المطلب الأول الشفعة في عقود المعاوضات المالية ، وفي المطلب الثاني الشفعة في عقود المعاوضات غير المالية ، ونخصص المطلب الثالث للشفعة في عقود التبرعات .

المطلب الأول

الشفعة في عقود المعاوضات المالية

أجمع الفقهاء من الحنفية^(١) ، والمالكية^(٢) ، والشافعية^(٣) ،

(١) تبين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ . والمبسوط ، للسرخسي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ١٤٥ . والهداية ، للمرغيناني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٣٥ .

(٢) بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٣٠ . وحاشية الدسوقي ، لابن عرفة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١١٢ .

(٣) نهاية المحتاج ، للرملي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٩٩ . ومغني المحتاج ، للشرييني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٨ . والمجموع للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٠٦ .

والحنابلة^(١)، والزيدية^(٢)، والظاهرية^(٣) على وقوع الشفعة في عقود المعارضات المالية، وهي مبادلة شيء في مقابل شيء آخر كالبيع وما في معناه مثل المقايضة، والهبة بشرط العوض، والصلح عن مال.

ولعل أهم التصرفات التي يأخذ فيها بالشفعة في الفقه الإسلامي هو البيع، وهو أكثر العقود شيوعاً يتم الأخذ فيها بالشفعة. وتعرف المادة ١٠٥ من مجلة الأحكام العدلية البيع بأنه: مبادلة مال بمال.

والبيع الموجب للأخذ بالشفعة هو البيع البات النهائي، أي البيع الذي يخرج المبيع عن ملك صاحبه، أما إذا اقترن البيع بشرط الخيار^(٤) فقد اختلف الفقهاء في ذلك تبعاً لمن شرط له الخيار. فذهب جمهور الفقه الإسلامي^(٥) على أن الشفعة لا تثبت إذا كان الخيار للبائع أو لهما معاً، والسبب في ذلك أن خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه وبقاء حق البائع يمنع ثبوت حق الشفيع، كما أن شرط الخيار للبائع والمشتري يجعل الملك موقوفاً لا تستحق فيه الشفعة.

أما إذا كان الخيار للمشتري فقد اختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة في زمن الخيار

(١) الشرح الكبير، لابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص ٤٦٣. والمغني، لموفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص ٤٦٧ وما بعدها. وكشاف القناع، للبهوتي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ١٣٧.

(٢) البحر الزخار، للمرئضي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٤. وشرح الأزهري، لابن مفتاح، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص ٢٠٧.

(٣) المحلى، لابن حزم، المرجع السابق، المجلد السادس، الجزء التاسع، ص ٨٨.

(٤) ويقصد بالخيار هنا هو خيار الشرط، أما خيار العيب والرؤية فلا يمنع وجوب الشفعة لأنه لا يمنع زوال ملك البائع.

(٥) مغني المحتاج، للشربيني، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٢٩٩. والمغني، لموفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص ٤٧١. والمبسوط، للسرخسي، المرجع السابق، المجلد السابع، الجزء الرابع عشر، ص ١٤٢، ١٤٣. وبداية المجتهد، لابن رشد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٢٣٠.

فذهب الحنفية ، والشافعية ^(١) إلى ثبوت الشفعة إذا شرط الخيار للمشتري لان خيار المشتري لا يمنع زوال الملك عن البائع ، كما أن المبيع في زمن الخيار للمشتري . وقال الحنابلة ، والمالكية ^(٢) أن الشفعة لا تثبت في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري قبل انقضائه لأن الأخذ بالشفعة في زمن خيار المشتري يلزمه بالعقد بغير رضاه ، ويوجب العهدة عليه ، وبفوت حقه من الرجوع في عين الثمن .

وبما أن المقايضة في الفقه الإسلامي هي أحد أنواع البيوع ، وقد عرفتھا المادة ١٢٢ من مجلة الأحكام العدلية بأنها بيع العين بالعين ، أي مبادلة مال بمال غير نقدي . لذا فإن الشفعة تثبت فيها لأنها تملك عين بعوض كالبيع ^(٣) ، ولا يشترط في العوض الذي يأخذه أحد المتبايعين أن يكون مبلغاً من النقود ، بل يمكن أن يكون أي مال آخر سواء كان مثلياً أو قيمياً ^(٤) ، وصورة الشفعة في المقايضة أن يكون لشخص حصة من دار ، ولآخر حصة من دار أخرى ، فنأقل كل منهما الآخر فلشريك كل منهما الأخذ بالشفعة مما ناقل شريكه ^(٥) .

أما ثبوت الشفعة في الهبة بعوض باعتبارها من عقود المعاوضات المالية فقد اختلفت فيها مذاهب الفقه الإسلامي إلى رأيين :-

- (١) انظر في الفقه الحنفي حاشية الشيخ الشلبي ، الواردة في كتاب تبيين الحقائق ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٤ . والهداية ، للمرغيناني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٣٦ . وفي الفقه الشافعي انظر الام ، للشافعي ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، ص ٤ . ونهاية المحتاج ، للزملي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٠٠ . ونقل عن الإمام الشافعي قول آخر هو أن الشفعة لا تثبت إذا كان الخيار للمشتري حتى يختار أو تمضي مدة الخيار .
- (٢) انظر في الفقه الحنبلي كشاف القناع ، للبهوتي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٦٢ . والمعنى ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ٤٧١ . وفي الفقه المالكي انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، للعالم العلامة الشيخ محمد بن احمد بن عرفه الدسوقي المالكي ، الجزء الخامس ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م ، ص ٢١٢ . وبداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٣٠ .
- (٣) فقه المعاملات الإسلامية ، للدكتور علي احمد القليصي ، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م ، ص ٣٢٤ .
- (٤) د. غني حسون طه ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ١٨٧ .
- (٥) حاشية الدسوقي ، لابن عرفه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢١٣ .

الرأي الأول : ذهب إلى ثبوت الشفعة في الهبة بعوض إذا كان العوض مشروطاً في العقد وهذا الرأي هو رأي الجمهور من الحنفية^(١)، والحنابلة^(٢)، والشافعية^(٣)، والمالكية^(٤)، والزيدية^(٥).

الرأي الثاني : ذهب إلى أن الشفعة لا تثبت في الهبة بعوض نظراً لبطلان الهبة بشرط العوض أصلاً، وبالتالي فلا حديث عن الشفعة في تصرف باطل لم ينقل الملكية إلى الغير. والقائلين بذلك هم الظاهرية^(٦)، وقول للشافعية^(٧).

وإذا كان الرأي السائد في الفقه الإسلامي يجيز الأخذ بالشفعة في الهبة المشروط فيها العوض، فهل تثبت فيها الشفعة بمجرد إبرام العقد كما هو الحال بالنسبة للبيع أم أنها تتوقف على القبض؟.

في الإجابة على هذا السؤال انقسم المجيزون للشفعة في الهبة المشروط فيها العوض إلى فريقين :

الفريق الأول : وهم الحنابلة^(٨)، والأصح عند الشافعية^(٩)، والزيدية^(١٠)، وهو رأي

(١) الهداية، للمرغيناني، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٣٦. شرح العناية على الهداية، للبارتي، المرجع السابق، الجزء التاسع، ص ٤٠٧.

(٢) الشرح الكبير، لابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص ٤٦٤. وكشاف القناع، للبهوتي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ١٣٧.

(٣) الام، للشافعي، المرجع السابق، المجلد الثاني، الجزء الرابع، ص ٣. والمجموع، للنووي، المرجع السابق، الجزء الرابع عشر، ص ٣٠٧.

(٤) المدونة الكبرى، للإمام مالك، المرجع السابق، الجزء الثاني عشر، ص ٤٣٨. وبداية المجتهد، لابن رشد، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ٢٣٠.

(٥) البحر الزخار، للمرئضي، المرجع السابق، الجزء الرابع، ص ٤.

(٦) المحلى، لابن حزم، المرجع السابق، المجلد السادس، الجزء التاسع، ص ٨٨.

(٧) الام، للشافعي، المرجع السابق، المجلد الثاني، الجزء الرابع، ص ١٠. والمجموع، للنووي، المرجع السابق، الجزء الرابع عشر، المكان السابق.

(٨) المغني، لموفق الدين بن قدامة، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص ٤٦٨.

(٩) الام، للشافعي، المرجع السابق، المجلد الثاني، الجزء الرابع، المكان السابق.

(١٠) البحر الزخار، للمرئضي، المرجع السابق، الجزء الرابع، المكان السابق.

الإمام زفر من الحنفية^(١) ويرون بأن الشفعة تثبت في الهبة بعوض بمجرد إبرام العقد دون أن تتوقف على القبض من قبل طرفي عقد الهبة لأنها معاوضة ابتداء وانتهاء .

الفريق الثاني : ذهب هذا الفريق إلى أن ثبوت الشفعة في الهبة المشروط فيها العوض يتوقف على التقابض من الجانبين . والقائلين بذلك هم الحنفية^(٢) ، وقول للشافعي^(٣) . وقد عللوا رأيهم هذا بأن الهبة بعوض هي تبرع ابتداء معاوضة انتهاء .

(١) المبسوط ، للسرخسي ، المرجع السابق ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، ص ١٤١ .
 (٢) انظر المصدر السابق . وانظر المادة ١٠٢٢ من مجلة الأحكام العدلية ، وشرحها لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٧١ .
 (٣) الام ، للشافعي ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، ص ٩ .

المطلب الثاني

الشفعة في عقود المعاوضات غير المالية

بيننا فيما سبق أن جمهور الفقه الإسلامي يجمع على ثبوت الشفعة في عقود المعاوضات المالية كالبيع ، وما في معناه . أما في عقود المعاوضات الذي يكون فيها العوض غير مالي كالمهر ، وبذل الخلع ، وأجرة الطبيب أو المحامي ، أو عوض الصلح عن دم العمد ، فقد اختلف الفقهاء في استحقاق الشفيع للمال المشفوع فيه في هذه العقود ، فمنهم من رأى الشفعة فيها ، ومنهم من منعها على التفصيل التالي :

ذهب المالكية^(١) ، والشافعية^(٢) ، إلى ثبوت الشفعة في عقود المعاوضات غير المالية . شأنها في ذلك شأن عقود المعاوضات المالية . وحثهم في ذلك أن الغرض من الشفعة هو دفع ضرر الدخيل ، والضرر متحقق في هذه العقود ، كما أن العقار المشفوع فيه قد ملك بعقد معاوضة فأشبهه البيع .

والمجيزون للشفعة في عقود المعاوضات غير المالية اختلفوا بم يأخذ الشفيع المال المشفوع فيه لا سيما وأنه لا يوجد عوض مالي في هذه العقود حتى يتم دفعه للمشفوع منه .

ذهب الشافعية^(٣) إلى أن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بقيمة البذل ، ففي العقار الذي جعل مهرا للمرأة يأخذ بمهر المثل يوم النكاح ، ومهر مثلها يوم الخلع ، إذا جعل العقار بدلا للخلع ، ويأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بدية القتل ، إذا جعل العقار بدلا للصلح عن دم العمد ، أما إذا جعل العقار عوضا عن خدمة الطبيب ، أو المحامي ، أو العامل فإن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بأجرة أمثالهم .

(١) بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٣٣٠ . والمدونة الكبرى ، للإمام مالك ، المرجع السابق ، الجزء الثاني عشر ، ص ٤٤١ .

(٢) مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٨ . ونهاية المحتاج ، للرملي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٩٩ ، ٢٠٠ .

(٣) الام ، للشافعي ، المرجع السابق ، المجلد الثاني ، الجزء الرابع ، ص ٧ . والمجموع ، للنووي ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٢١ .

أما الملكية^(١) فقد قالوا إن الشفيع يأخذ العقار المشفوع فيه بقيمته ، أي يدفع قيمة العقار الذي أعطي للمشفوع منه عوضاً عن المهر ، أو الخلع ونحوه .

أما الحنفية^(٢) ، والحنابلة^(٣) ، والظاهرية^(٤) ، والزيدية^(٥) فلم يجيزوا الشفعة في عقود المعاوضات^{غير المالية} والسبب كما يرون أن الشرع لم يشرع الأخذ بالشفعة إلا بما تملك به المشتري ، ولا يمكن ذلك إذا تم تملك العقار بعقد معاوضة غير مالية ، لأن العوض في هذه العقود ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذ الشفيع بمثلها ، فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه ، وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعاً . كما أن تملك العقار بدون مال في هذه العقود يشبه الموهوب والموروث التي لا تجوز فيهما الشفعة . كما احتج من يمنعون الشفعة في عقود المعاوضات غير المالية بأن الأدلة التي أثبتت الشفعة قد وردت في البيع وهذه العقود ليست من البيع ، وبالتالي لا تثبت فيها الشفعة اقتصاراً على مورد النص^(٦) .

-
- (١) المدونة الكبرى ، للإمام مالك ، المرجع السابق ، الجزء الثاني عشر ، ص ٤٤١ . وحاشية النسوي ، لابن عرفة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢١٥ ، ٢١٦ .
- (٢) تبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ . ونتائج الأفكار ، لقاضي زاده أفندي ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٠٥ .
- (٣) كشاف القناع ، للبهوتي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٣٧ . والمغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٩ .
- (٤) المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٨٨ .
- (٥) شرح الأزهار ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٨ . البحر الزخار ، للمرطضى ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٤ .
- (٦) المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٨٩ . والمغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، المكان السابق .

المطلب الثالث

الشفعة في عقود التبرعات

إن عقود التبرعات هي تلك العقود التي تنقل الملك إلى المتصرف له بدون عوض . كالهبة بغير شرط العوض ، والوقف ، والوصية . فإذا تم التصرف في عقار على هذا النحو أي بدون عوض كان يهب شخص عقارا لآخر بدون أي مقابل ، أو يوقف هذا العقار على مسجد ، أو على الفقراء ، أو يوصي شخص لآخر بدار ، أو قطعة أرض ، فهل تثبت الشفعة في هذه الحالات أم لا ؟

اتفق جمهور العلماء ^(١) على أن لا شفعة في العقار المنقول بغير عوض ، وقد احتجوا في ذلك أن الشفيع يأخذ المال المشفوع فيه بما تملك به المشتري ، والمالك الجديد في هذه العقود لم يملك مقابل عوض بل تملك بالمجان ، وبالتالي فلا يمكن القول بأن الشفيع يملك المال المشفوع فيه بدون مقابل ، أو بالقيمة ، أو بالثمن . علاوة على ذلك فإن إجازة الشفعة في عقود التبرعات ستؤدي حتماً إلى إحجام الناس عن فعل الخير والبر ^(٢) .

وقد روي عن الإمام مالك بن أنس أن العقار المنقول بدون عوض تثبت فيه الشفعة ، وحكي ذلك أيضاً عن ابن أبي ليلى ، ويأخذ الشفيع العقار المشفوع فيه بقيمته وحجتهم في إثبات الشفعة فيما انتقل بدون عوض هو دفع الضرر عن الشفيع كون الضرر متحقق في هذه الحالات ^(٣) .

(١) المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٨ . وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ . مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٨ . وبداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٣٠ . المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٨٨ . والبحر الزخار ، للمرئضي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٤ .

(٢) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية . للدكتور عبد الكريم زيدان ، الطبعة الثالثة عشر ، مؤسسة الرسالة ، للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م ، ص ٢٢٩ .

(٣) بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، المكان السابق . والمغني ، لابن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، المكان السابق .

المبحث الثالث

التصرف المجيز للشفعة في القانون اليمني

تمهيد :

إن القانون المدني اليمني مثله مثل التشريعات العربية الأخرى يشترط عدداً من الشروط التقليدية في التصرف المجيز للشفعة ، لكن ما يميز القانون اليمني عن بقية التشريعات الأخرى كما سنرى هو اشتراطه ضمناً تسجيل التصرف القانوني كي يستحق فيه الشفعة .

لهذا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين . نتناول في المطلب الأول شروط التصرف المجيز للشفعة في القانون اليمني ، ثم نتناول في المطلب الثاني الشفعة في البيع غير المسجل .

المطلب الأول

شروط التصرف المجيز للشفعة في القانون اليمني

يشترط القانون المدني اليمني في التصرف المجيز للشفعة أن يكون المال المشفوع فيه قد انتقل إلى المشتري (المشفوع منه) بعقد معاوضة مالية ، كما اشترط أيضاً أن يكون هذا التصرف سليماً وناقداً ، متأثراً في هذه الشروط بما قرره فقهاء الشريعة الإسلامية الغراء ، وسنتناول هذين الشرطين في فرعين اثنين نخصص الفرع الأول للشرط الأول ، بينما نخصص الفرع الثاني للشرط الثاني .

الفرع الأول

انتقال المال المشفوع فيه إلى المشتري (المشفوع منه) بعقد معاوضة مالية

يتبين من نص المادة ١٢٦٢ من القانون المدني اليمني والتي تعرف الشفعة بأنها «حق تملك عين ولو جبراً ملكت لآخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم ...» بأن المشروع

اليمني قد اشترط للأخذ بالشفعة أن يكون المال المشفوع فيه قد انتقل إلى المشفوع منه بعقد معاوضة مالية ، وتشمل عقود المعاوضات المالية كل عقد يتم فيه مبادلة مال بمال ، ويدخل في ذلك عقد البيع ، والمقايضة ، والهبة بشرط العوض ، إلا أن أكثر هذه العقود انتشارا في الواقع العملي والتي يتم الأخذ فيها بالشفعة ، هو عقد البيع ، حتى إن القانون اليمني عندما نظم أحكام الشفعة قد استعمل ألفاظ البيع ، والمبيع ، والبائع ، والمشتري في كثير من النصوص المنظمة للشفعة (١) .

وينبغي على ذلك أن الشفعة في القانون اليمني لا تثبت فيما انتقل إلى شخص آخر بغير عوض كالميراث ، والهبة بغير عوض ، الوصية ، والوقف ، والإقرار ، والقسمة وقد نص القانون المدني على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة ١٢٦٧ بقوله «... ولا تصح بميراث أو إقرار أو قسمة أو وصية أو هبة بغير عوض» وهذا هو رأي جمهور الفقه الإسلامي كما بينا سلفا .

كما أن الشفعة في القانون اليمني لا تثبت أيضا في التصرفات الناقلة للملكية بعوض غير مالي كالمهر ، أو بدل الخلع ، أو عوض الصلح عن دم العمدة ، أو أجره محامي ، أو طبيب ، أو عامل . نظرا لأن العوض في تلك العقود هو عوض غير مالي ، وبالتالي لا يستطيع الشفيع التملك بما تملك به من انتقل إليه الملك . وبهذا يكون القانون اليمني قد أخذ برأي الحنفية ، والحنابلة ، والظاهرية ، والزيدية الذين يمنعون الشفعة في عقود المعاوضات غير المالية .

وتثبت الشفعة في القانون اليمني في الهبة المشروط فيها العوض باعتبارها بيعا تطبق في شأنها أحكام البيع وفقا لنص المادة ١٨٨ من قانون الأحوال الشخصية رقم (٢٨) لعام ١٩٩٢م ولكن يشترط في هذا العوض أن يكون مالا ، أما إذا كان العوض منفعة فلا تثبت الشفعة كون المنفعة عوض غير مالي ، بينما اشترط القانون لصحة الشفعة أن يكون

(١) انظر على سبيل المثال المواد ١٢٦٧ فقرة (٥) ، ١٢٧٢ ، ١٢٧٤ ، ١٢٧٥ ، ١٢٦٧ ، فقرة (١-٢-٧) ، ١٢٨٤ ، ١٢٨٦ ، ١٢٨٨ ، ١٢٩٠ ، ١٢٩١ ، ١٢٩٤ ، ١٢٩٩ ، ١٣٠٠ ، ١٣٠١ ، ١٣٠٥ ، ١٣٠٦ ... الخ .

العوض مالياً^(١) . ويتضح أن القانون اليمني قد أخذ في مسالة جواز الشفعة في الهبة المشروط فيها العوض برأي جمهور الفقه الإسلامي .

وتثبت الشفعة كذلك في المقايضة باعتبارها بيعاً^(٢) كون القانون المدني قد أجاز أن يكون ثمن المبيع غير النقود ، وليس ذلك فحسب بل أنه قد اعتبر المقايضة نوعاً من أنواع البيع^(٣) . ولا تثير مسالة تقديم الشفيع بدل المقايضة للمشتري أي صعوبة تذكر ، نظراً لأن المشرع اليمني قد اعتبر الشفعة شراءً مبتدأً من المشتري ،^(٤) لذلك فلا يلزم الشفيع ببديل المقايضة للبائع وإنما يلتزم بدفع قيمته وقت العقد للمشتري وفقاً لنص المادة ١٢٨٦ .

الفرع الثاني

سلامة التصرف ونفاذه

يشترط القانون اليمني لصحة الشفعة أن يكون التصرف الذي بموجبه استحق الشفيع الشفعة صحيحاً فلا تصح الشفعة في عقد باطل ، ويظهر هذا من خلال نص المادة ١٢٦٢ من القانون المدني التي تعرف الشفعة بأنها حق تملك عين ولو جبراً ملكت لآخر بعقد صحيح . وكذلك نص المادة ٢/١٢٦٧ التي اشترطت لصحة الشفعة أن تكون في عقد صحيح فلا تصح في عقد باطل . كما أن المادة ١٢٦٨ قد كررت ذلك بقولها « تثبت الشفعة بالعقد الصحيح » . ومن كل هذه النصوص يتضح أن القانون اليمني لا يجيز الأخذ بالشفعة في العقد الباطل سواء كان هذا البطلان بطلاناً مطلقاً ، أو بطلاناً نسبياً .

(١) تنص المادة ١٨٨ من قانون الأحوال الشخصية رقم (٢٨) لعام ٩٢م بأن الهبة على عوض مشروط إن كان مالا أو منفعة تأخذ حكم البيع وإن كان غرضاً تبقى على حكم الهبة التبرعية .

(٢) د. جميل الشرفاوي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٢٧٨ .

(٣) انظر المادة ٤٥٨ من القانون المدني اليمني .

(٤) تنص المادة ١٢٩٥ من القانون المدني « لا يملك الشفيع العين المشفوعة إلا بتسليم المشتري بالشفعة بالتراضي أو بحكم القاضي » . كما تنص المادة ١٢٩٧ أيضاً « إذا ثبت الملك للشفيع بالتسليم بالتراضي أو بحكم القاضي تبعته أحكام الملك ويعتبر الأخذ بالشفعة بمنزلة شراء مبتدأً يثبت فيه ما يثبت بالشراء ... » .

وكما يشترط القانون سلامة العقد المجيز للشفعة يشترط أيضا أن يكون هذا العقد نافذا ، أي أن يزول ملك المتعاقد بالعقد ، فلا شفعة في عقد بخيار إلا بعد نفوذ العقد (المادة ١٢٦٧/٣) . مما يعني ذلك أن القانون لا يأخذ بالشفعة في العقد المشروط فيه الخيار سواء كان هذا الخيار للبائع ، أو للمشتري ، أو لهما معا ، لأن الخيار يمنع زوال ملك المتعاقد المشروط له الخيار بينما يشترط القانون أن يكون المشفوع منه قد أصبح مالكا . وبذلك يكون القانون اليميني قد أخذ في مسألة استحقاق الشفيع الشفعة في العقد المشروط فيه الخيار برأي المالكية والحنابلة الذين يرون أن الشفعة لا تثبت في العقد المشروط فيه الخيار سواء كان هذا الخيار للبائع ، أو للمشتري ، أو لهما معا .

وطالما كان التصرف سليما ، وناظا فإن الشفعة تستحق للشفيع وفقا لنص المادة ١٢٧٤ من القانون المدني ، حتى وإن تم فسخ العقد لعيب أو لغيره فيما بعد بشروط أن يكون الشفيع قد طلب الشفعة قبل هذا الفسخ ، ويستوي أن يكون الفسخ بالتراضي بين البائع والمشتري أو بحكم قضائي والسبب في ذلك أن الفسخ بعد طلب الشفعة تقوم به مظنة تواطؤ البائع مع المشتري على إسقاط حق الشفيع في الشفعة . أما إذا تم الفسخ قبل طلب الشفعة فإن حق الشفيع يسقط في الأخذ بالشفعة وذلك لانتهاء مظنة التواطؤ (١) .

(١) د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص ٣٠٩ .

المطلب الثاني الشفعة في البيع غير المسجل

رأينا فيما سبق أن القانون المدني اليمني قد اشترط في التصرف القانوني الذي يجيز الأخذ بالشفعة انتقال المال المشفوع فيه إلى المشتري بعقد معاوضة مالبة ، كما اشترط أيضا أن يكون هذا التصرف سليما وناقذا . وفي هذا المطلب سنحاول بيان موقف المشرع اليمني من الشفعة في البيع غير المسجل ، وفيما إذا كان يشترط تسجيل البيع حتى يتم الأخذ فيه بالشفعة أم لا يشترط التسجيل .

بالعودة إلى النصوص المنظمة للشفعة في القانون المدني اليمني لم نقف على نص صريح يشترط تسجيل التصرف القانوني لاستحقاق الأخذ بالشفعة . بيد أنه وكما عرفنا أن القانون قد اشترط في الفقرة الثالثة من المادة ١٢٦٧ لاستحقاق الشفعة زوال ملك المتعاقد بالعقد ، وهذا الشرط المأخوذ عن الفقه الإسلامي والذي بموجبه لا تستحق الشفعة إلا بعد أن يكون المشفوع منه قد أصبح مالكا بعد أن خرجت ملكية المال المشفوع فيه من البائع إلى المشتري (المشفوع منه) مما يترتب على ذلك أن يصبح المشتري مالكا في الشئوع حتى يتضرر الشفيع من هذا الوضع فيستحق الشفعة دفعا للضرر الذي شرعت الشفعة لدفعه .

ولما كان البيع غير المسجل لا ينقل ملكية المبيع بين المتعاقدين وفقا لنص (المادة ٥٣١ مدني يمني)^(١) وأن ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري إلا منذ وقت تسجيل عقد البيع ، فإننا نرى إن الشفعة لا تثبت في البيع إلا إذا تم تسجيله في السجلات المعدة لذلك ، ويترتب على ذلك إن الشفعة لا تستحق للشفيع في بيع الأراضي والمباني الثابتة والسفن والطائرات والسيارات إلا بعد تسجيل عقد البيع نظوا

(١) تنص المادة ٥٣١ من القانون المدني " في بيع الأراضي والمباني الثابتة والسفن والطائرات والسيارات لا تنتقل ملكية المبيع فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير إلا منذ وقت تسجيل عقد البيع في السجلات المعدة لذلك بموجب القوانين الخاصة بكل فرع مما ذكر " .

لأن العقد قبل التسجيل لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري وبالتالي فلا حديث عن الشفعة طالما والمبيع لم ينتقل إلى المشتري .

ويرى شراح القانون المدني اليمني عكس رأينا هذا فلم يشترطوا في البيع المجيز للشفعة أن يكون مسجلاً (١) .

وإذا كان قد ثار جدل واسع في الفقه والقضاء المصري بعد صدور قانون التسجيل سنة ١٩٢٣م ، فذهب فريق من الفقه ومع بعض المحاكم إلى عدم جواز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل ، رغم أن القانون المصري لم ينص صراحة على ضرورة دخول المبيع في ملكية المشتري حتى تستحق فيه الشفعة ، فإن الأمر في القانون المدني اليمني يختلف كثيراً عن ذلك ، إذ أنه قد اشترط صراحة لاستحقاق الشفعة زوال ملك البائع ودخول المبيع في ملك المشتري .

كما أن فقهاء القانون الذين يشترطون لجواز الشفعة أن يخرج المبيع عن ملك البائع ومن ثم يجب أن يكون البيع مسجلاً حتى ينتقل المبيع إلى ملك المشتري قد أخذوا هذه الفكرة عن فقهاء الشريعة الإسلامية ، الذين يذهبون على أساسها إلى عدم وجوب الشفعة إذا اقترن البيع بشرط خيار البائع لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه (٢) . وهذا يؤكد رأينا في أن الشفعة في القانون اليمني لا تستحق إلا في البيع المسجل لا سيما أن القانون المدني اليمني قد تأثر بالفقه الإسلامي فلم يجز الشفعة في العقد المشروط فيه الخيار (المادة ١٢٦٧/٣) .

(١) انظر د. جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٢٨٠ ، ٢٨١ . د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ .

(٢) د. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٤٤ . ويرى د. الصده أن هذه الفكرة غير صحيحة في القانون الوضعي لأن القانون لا يتطلب في المشفوع منه أن يصبح مالكا للحق المشفوع فيه وقت طلب الشفعة ، وبالتالي فإن الشفعة تستحق في البيع غير المسجل .

إن ما يؤكد رأينا أيضا أن الشفعة في القانون اليمني لا تستحق إلا في البيع المسجل هو خصوصية هذا القانون في ترتيب الآثار الناتجة عن الأخذ بالشفعة ، فإذا كان القانون المصري والقوانين التي سارت على نهجه ترى في الشفعة حلول الشفيع محل المشتري فيترتب على هذا التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع مباشرة فيؤدي ذلك إلى استبعاد شرط التسجيل طالما أن المبيع ينتقل من المالك الأصلي (البائع) إلى الشفيع مباشرة ، فإن القانون اليمني يختلف عن هذه التشريعات إذ يرى أن الشفعة تؤخذ من المشتري فيدخل الشفيع والمشتري في التزامات متبادلة منها التزام المشتري بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع فإذا كان المبيع لم ينتقل إلى المشتري فلا نتصور أن بمقدور المشتري القيام بهذا الالتزام تجاه الشفيع .

الفصل الثالث

المال المشفوع فيه

المال المشفوع فيه هو العين المبيعة لأجنبي ، والتي استحقها الشفيع بسبب الشفعة . وللمال المشفوع فيه - كشرط من شروط الأخذ بالشفعة - شروط يجب توافرها فيه ، يصح بصحتها وينعدم بانعدامها .

وقد اختلف فقه القانون الوضعي وكذلك الفقه الإسلامي فيما يعتبر مالاً مشفوعاً فيه ، فمنهم من اشترط أن يكون المال المشفوع فيه عقاراً ، ومنهم من رأى أن الشفعة تثبت في العقار والمنقول . بيد أن التشريعات التي لم تجز الشفعة في المنقول قد جعلته محلاً للاسترداد .

ورغم هذا الخلاف في طبيعة المال المشفوع فيه إلا أن فقه القانون الوضعي ، والفقه الإسلامي ، والقانون اليمني يجمع على اشتراط عدم تجزئة المال المشفوع فيه عند الأخذ بالشفعة ، فلا يجوز طلب جزء من المال المشفوع فيه لأن ذلك يلحق الضرر بالمشتري بتفريق الصفقة عليه ، علاوة على أن طلب الشفعة في جزء من المال المشفوع فيه لا يحقق الغرض الذي شرعت الشفعة بصورة استثنائية من أجله ، نظراً لبقاء المشتري الأجنبي شريكاً في الشئ مع الشفيع .

ولبحث شروط المال المشفوع فيه رأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على

النحو التالي :-

- المبحث الأول : شروط المال المشفوع فيه في القانون الوضعي .
- المبحث الثاني : شروط المال المشفوع فيه في الفقه الإسلامي .
- المبحث الثالث : شروط المال المشفوع فيه في القانون اليمني .

المبحث الأول

شروط المال المشفوع فيه في القانون الوضعي

تمهيد :

تشتت العديد من التشريعات أن يكون المال المشفوع فيه عقاراً ، أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد كي يؤدي نفس الغرض الذي تؤديه الشفعة في العقار نظراً لتمائل العلة التي شرعا هذان الحقان من أجلها ، كما تشتت هذه التشريعات أيضاً بأن على الشفيع طلب كل المال المشفوع فيه ، وهو ما يعرف بشرط (عدم تجزئة المال المشفوع فيه) ، فلا يجوز له طلب جزء من هذا المال حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيلحقه بذلك الضرر .

وسنتناول فيما يلي هاذين الشرطين - إلى جانب حق الاسترداد - كي نميزه عن حق الشفعة في ثلاثة مطالب . نتناول في المطلب الأول الشفعة في العقار ، ونخصص المطلب الثاني لتناول شرط عدم تجزئة المال المشفوع فيه ، أما المطلب الثالث فسيكون لحق الاسترداد وعلاقته بالشفعة .

المطلب الأول

الشفعة في العقار

لا ترد الشفعة في كثير من التشريعات العربية إلا في العقار^(١) ، أما المنقول فيرد عليه حق الاسترداد كما سنرى . ولعل الحكمة من إثبات الشفعة في العقار دون المنقول أن الأول ثابت ويتأبد فيه الضرر ما بقي .

و على هذا الأساس فإن الشفعة ترد على العقارات بالطبيعة ، وهو كل شئ مستقر بحيز ثابت فيه لا يمكن فصله منه دون تلف ، أو خلل ، أو تغيير في هيئته ، ويدخل في

(١) أشار القانون المصري والليبي والعراقي واللبناني والإماراتي عند تعريفهم للشفعة بأنها لا تثبت إلا في العقار . انظر هذه التعريفات ص (٨ ، ٩) من هذا البحث .

ذلك الأرض بمختلف أنواعها ، سواء كانت زراعية ، أو بور ، أو صحراوية ، وكذلك المناجم ، والمغارات ، والكهوف ، كما يعتبر عقار بالطبيعة أيضاً ، المباني بمفهومها الواسع كالمساكن ، والمعامل ، والمصانع ، والجسور ، والسدود ، والأنفاق ، والخزانات ، ونحو ذلك مما يعتبر عقاراً بالطبيعة ^(١) . فإذا باع شخص حصته في أرض مشاعة فإن لشريكه أخذ الحصاة المبيعة بالشفعة .

ويسوغ الأخذ بالشفعة أيضاً بيع البناء المقام على الأرض المحكرة ، أو بيع صاحب الطابق الأعلى من منزل لا يملك طابقه الأسفل ، ففي كلا الحالتين يجوز للشريك المشتاع ، وللجار الملاصق للبناء ، أو المنزل المبيع أخذهما بالشفعة إذا توافرت فيه سائر الشروط الأخرى ^(٢) .

وترد الشفعة كذلك على العقار بالتخصيص ، وهو كل منقول بطبيعته رصد على خدمة العقار ، أو استغلاله كآلات الري ، والمطاحن ، وآلات الزرع ، والحيوانات التي خصصت لخدمة العقار أو استغلاله . والشرط الأساسي لثبوت الشفعة في العقار بالتخصيص أن يباع مع العقار الأصلي فإذا بيع مستقل عن العقار الأصلي فإن البيع يعتبر وارد على منقول ، وبالتالي لا تجوز الشفعة فيه .

ويستوي عند فقهاء القانون ^(٣) أن يكون العقار المشفوع فيه مما يقبل القسمة ، أو مما لا يقبلها ، كون الشرط الأساسي عندهم لإثبات الشفعة أن يكون العقار مملوكاً لشريكين أو أكثر على الشيوع .

ولا ترد الشفعة على لمنقول بحسب المال ^(٤) ، وهو عقار بالطبيعة أعد لأن

(١) أستاذنا د. سعد محمد سعد ، النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص ١٣٥ .

(٢) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٨٢ .

(٣) د. احمد العناني ، المرجع السابق ، ص ١٢٥ .

(٤) د. السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، المكان السابق .

يكون منقولاً في المستقبل القريب كبيع بناء للهدم ، أو أشجار للقطع . فإذا تم بيع منزل لغرض الهدم للاستفادة من أنقاضه ، فإن هذا البيع لا يؤهل الشفيع أخذه بالشفعة حتى وإن توافرت فيه الشروط الأخرى الواجبة لذلك .

ولا ترد الشفعة على المنقولات بالطبيعة ، وهي الأشياء غير المستقرة في حيز ثابت والتي يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف ، والتي لا يكون مالکها قد وضعها في عقار مملوك له ، رصداً لخدمة هذا العقار أو استغلاله ^(١) . ويدخل في ذلك مختلف أنواع السلع ، والبضائع ، وكذا السيارات ، والطائرات ، والسفن . فإذا تم بيع حصة في منقول مشاع بين عدد من الشركاء لأجنبي ، فلا يثبت فيه الشفعة ^(٢) .

(١) أستاذنا الدكتور سعد محمد سعد ، النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص ١٣٨ .
 (٢) يجيز المشرع الأردني الأخذ بالشفعة في المنقول ، وفقاً لنص المادة ١١٥٦ من القانون المدني الأردني ، انظر بحث د. محمد الجندي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .

المطلب الثاني

عدم تجزئة المال المشفوع فيه

تستلزم القوانين الوضعية^(١) على الشفيع عند طلب الشفعة أخذ المال المشفوع فيه بأكمله ، فلا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع دون البعض الآخر ، وذلك حتى لا تفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك ، خاصة إذا كان الثمن جملة ، بصرف النظر عن قيمة كل جزء من الصفقة^(٢) .

والشرط الأساسي لمبدأ عدم تجزئة المال المشفوع فيه أن تكون الصفقة واحدة ، فإن كانت كذلك ، فلا يجوز للشفيع أن يفرقها بأخذ جزء منها دون أن يأخذها كاملاً . وعلى هذا الأساس ، إذا تعددت الصفقات - سواء تعدد المشترون ، أو كان المشتري واحداً - فإنه يحق للشفيع الأخذ بالشفعة في بعض الصفقات التي توافرت فيها شروط الشفعة ، وليس في ذلك تجزئة للشفعة ، لأن الصفقات كانت مفرقة أصلاً .

(١) تنص المادة ١١٣٥ من القانون المدني العراقي على أن « الشفعة لا تقبل التجزئة فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة في بعض العقار المشفوع ويترك بعضه ، ولكن إذا تعدد المشترون ، واتحد البائع للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقي » . وتنص المادة ٢٤٥ من قانون الملكية العقارية اللبناني على أن « حق الشفيع لا يتجزأ فلا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا بكامله فإذا تعدد الشفعاء المتساوون في الفئة واسقط أحدهم أو بعضهم حقه في الشفعة وجب على الباقي طلب الشفعة أو إسقاطها بكاملها . أما إذا تعدد المشترون للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم فقط » . أما القانون المدني المصري فقد ترك حكم عدم جواز تجزئة الشفعة لاجتهاد القضاء بعد أن حذف الفقرة المتعلقة بها من المشروع التمهيدي من قبل لجنة مجلس الشيوخ ، بيد أن القضاء مضطرب على عدم جواز تجزئة الشفعة . انظر د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٨٣ . ود. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٥١ .

(٢) د. سهيل الفتلاوي ، المرجع السابق ، ص ١١٩ .

ويفرق فقهاء القانون^(١) في حالة واحدة الصفقة بين ما إذا تعددت العقارات المباعة مع وحدة المشتري ، وبين ما إذا تعدد المشترون مع وحدة العقار المباع كما يلي :-
 الحالة الأولى : تعدد العقارات المباعة مع وحدة المشتري :-
 إذا تعددت العقارات المباعة وكان المشتري واحداً فإنه لا بد من التمييز بين فرضين .

الأول : إذا توافرت في هذه العقارات جميعاً شروط الأخذ بالشفعة .
 الثاني : أن تتوفر شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات دون البعض الآخر .

ففي الفرض الأول يتوجب على الشفيع طلب أخذ العقارات جميعاً بالشفعة لتوافر شروطها في كل العقارات ، ولا يجوز للشفيع طلب بعض العقارات ، لأن في ذلك تفريقاً للصفقة على المشتري .

أما في الفرض الثاني فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين . فيرى الاتجاه الأول^(٢) ومعه القضاء في مصر : أن من حق الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة في العقارات التي تتوفر فيها شروط الشفعة دون غيرها ، غير أنه يجوز للمشتري إذا رأى أن تفريق الصفقة يضر به ، أن يجبر الشفيع على أخذ كل الصفقة ما توافرت فيه شروط الشفعة ، وما لم تتوفر فيها شروطها ، أو ترك الصفقة كلها . أما الاتجاه الثاني^(٣) فيذهب إلى أنه إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات ، دون البعض الآخر ، وكانت لا تقبل التجزئة بطبيعتها ، أو بحسب الغرض المقصود منها ، فإن الشفعة لا تجوز فيها مطلقاً . والسبب في ذلك أن الشفعة لا تجوز في العقارات التي توافرت فيها شروط الشفعة حتى لا تتجزأ الصفقة ، ولا تجوز في العقارات جميعاً لأن من بينها عقارات لا تتوفر فيها شروط الشفعة .

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٨٥ وما بعدها . ود. عبد المنعم فرج الصده ، محاضرات في القانون المدني ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٥٢ وما بعدها .

(٢) انظر في هذا الاتجاه محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٥١ . ود. السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٨٩ .

(٣) انظر في هذا الاتجاه د. جميل الشرفاوي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٢٨٩ . ود. عبد المنعم فرج الصده ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ١٥٤ .

الحالة الثانية : تعدد المشترين مع وحدة العقار المبيع :-

إذا تعدد المشترين وكان العقار المبيع واحداً فإن كان البيع على الشيوع فلا تجوز الشفعة إلا في هذا العقار كله ، ولا يجوز للشفيع طلب الشفعة في حصة شائعة لأحد المشترين . أما إذا اشترى كل مشتري جزء مفرز من العقار في صفقة مستقلة ، ولو في عقد واحد ، فإنه يحق للشفيع طلب الشفعة في الحصص التي تتوافر فيها شروط الشفعة دون غيرها .

٥٢٥٤٦٦

المطلب الثالث

الاسترداد - وعلاقته بالشفعة

إن التشريعات التي قصرت الشفعة على العقار دون المنقول ، قد جعلت الأخير بالإضافة إلى المجموع من المال محلاً لحق الاسترداد . وبذلك تكون الوظيفة التي يؤديها الاسترداد في المنقول ، أو المجموع من المال ، هي نفس الوظيفة التي تؤديها الشفعة في العقار رغم اختلاف التنظيم القانوني لأحكام الشفعة عن الاسترداد .

وبمناسبة بحثنا لموضوع المال المشفوع فيه في القانون الوضعي ، نرى أنه من المناسب أن نبين علاقة الاسترداد بالشفعة كي نميزها عنه . على أن نتناول ذلك في فرعين اثنين نخصص الأول لماهية الاسترداد وشروطه ، ونخصص الثاني لتناول أوجه الشبه والاختلاف بين الشفعة ، وحق الاسترداد .

الفرع الأول

ماهية الاسترداد - وشروطه

ماهية الاسترداد :-

يعرف فقهاء القانون الوضعي ^(١) الاسترداد بأنه حق الشريك في المنقول الشائع ، أو في المجموع من المال ، في أن يحل محل المشتري للحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي .

يتبين من هذا التعريف أن حق الاسترداد لا يقتصر على المنقول المعين بالذات فحسب ، بل يشمل أيضاً المجموع من المال سواء كان معيناً بالذات ، أو معيناً بالنوع ، أو خليطاً من الأموال المعينة بالنوع ، والمعينة بالذات . كالتركة التي تتكون من عناصر متعددة ، وأموال الشركة بعد حلها ، والمتجر حتى ولو حوى هذا المجموع عقاراً . ومثاله أن يرث مجموعة من الأشخاص تركة تشمل منزل ، وأرض ، وسيارة ، وأثاث ، فإن

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

باع أحد الورثة حصته قبل القسمة كان لبقية الشركاء (الورثة) حق استرداد حصته المباعه وفقا للإجراءات المحددة لحق الاسترداد .

إن المصدر التاريخي لحق الاسترداد هو القانون الفرنسي ، إلا أنه قصر حق الاسترداد على الشيوع الوراثي ، أي المجموع من المال ، وهو التركة ، على عكس القوانين العربية التي أخذت به والتي أثبتت حق الاسترداد في المنقول الشائع ، أو المجموع من المال ، بغض النظر عن سبب الشيوع ^(١) . حيث تنص المادة ١/٨٣٣ من القانون المدني المصري ^(٢) على « للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع ، أو من تاريخ إعلانه به . ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه » .

شروط الاسترداد

لكي يتمكن الشريك من أخذ حصة شريكه التي باعها لأجنبي ، يجب توافر أربعة شروط هي :

- ١- أن يكون التصرف بيعاً .
 - ٢- أن يرد البيع على حصة شائعة في منقول ، أو في مجموع من المال .
 - ٣- أن يكون البيع صادراً لأجنبي .
 - ٤- أن يكون المسترد هو أحد الشركاء .
- وسنتناول فيما يلي كل شرط من هذه الشروط .

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ ، ١٩٥ .
 (٢) ويلاحظ أن النص يطابق المادة /٨٤٢ من القانون المدني الليبي .

الشرط الأول : أن يكون التصرف بيعا :

يشترط لممارسة حق الاسترداد أن يكون هناك بيع صادر من أحد الشركاء في الشركة ، أي أن يكون الشريك قد تصرف بحصته الشائعة مقابل مبلغ من النقود . وينبغي على ذلك أن حق الاسترداد لا يستحق للشريك إذا تصرف شريكه بحصته الشائعة بأي عقد آخر ، سواء كان هذا العقد من عقود التبرعات ، أو من عقود المعاوضات ، فلا يصح الاسترداد في الهبة ، أو الوصية ، كما لا تصح أيضا في المقايضة ، أو الشركة ، أو الوفاء بمقابل . ويتحقق شرط التصرف بالبيع بتوافر أمرين : الأول أن يكون البيع تاما ، والثاني أن يتم البيع بالممارسة .

(١) أن يكون البيع قد تم :-

لا يجوز للشريك طلب استرداد حصة شريكه إلا عند تمام البيع ، أي أن يكون عقد البيع بين الشريك والأجنبي مشتري المال قد انعقد بتطابق الإيجاب والقبول . أما إذا كان البيع لا يزال في مرحلة الإيجاب ولم يتم القبول ، ولو كان الإيجاب ملزما فإنه لا يجوز طلب الاسترداد لعدم قيام البيع (١) .

(٢) أن يتم البيع بالممارسة :-

ويشترط في البيع الصادر من الشريك الذي يعطي للشريك الآخر الحق في الاسترداد ، أن يكون قد تم بالممارسة ، أما إذا كان البيع بالمزاد العلني فلا يجوز للشريك استعمال حق الاسترداد ، ولعل الحكمة من ذلك كما سبق بيانها في حق الشفعة أن الشريك الذي يريد استرداد حصة شريكه يستطيع الدخول في المزاد العلني والحصول على هذه الحصة بطريق الاسترداد ، كما أن تخلف الشريك عن الدخول في المزاد يعد رضاء ضمني منه بأن يكون الأجنبي شريكا له .

(١) السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الثامن ، ص ٨٥٥ .

الشرط الثاني : أن يرد البيع على حصة شائعة في منقول أو مجموع من المال :-

لكي يتحقق هذا الشرط لا بد من توافر أمرين ، الأول هو أن يكون البيع لحصة شائعة ، والثاني أن يرد هذا البيع على مال منقول معين بالذات (قيمي) .

(١) أن يكون البيع لحصة شائعة :-

لكي يكون للشريك استعمال حق الاسترداد يجب أن ينصب البيع على حصة شائعة بين مجموعة من الأشخاص . والحكمة من ذلك أن بيع حصة شائعة في الشركة يسمح للمشتري الأجنبي أن يقتحم حرم الشركة والتعرف على أسرارها ، لهذا أجاز للشركاء استرداد حصة شريكهم المتصرف بها لأجنبي . فإذا انتفت الحكمة التشريعية من حق الاسترداد بأن باع الشريك جزءا مفردا من المال الشائع فلا يجوز لبقية الشركاء استرداد هذه الحصة ، لأن المشتري لن يكون شريكا لهم في هذا المال الشائع ، وإن كان حقه موقوفا على نتيجة القسمة فإما أن يثبت على الجزء المفرد الذي اشتراه إذا وقع هذا الجزء في نصيب الشريك البائع ، أو ينتقل حقه إلى الجزء المفرد الذي آل إلى الشريك البائع بعد القسمة .

(٢) أن يرد البيع على مال منقول معين بالذات :-

قصر القانون الفرنسي الذي يعتبر مصدر حق الاسترداد هذا الحق على الشيوخ الوراثي ، والمجموع من المال هو التركة . فالبيع الذي يسمح للشريك استعمال حق الاسترداد يجب أن يرد على مال منقول معين بالذات ، أي غير مندمج في مجموع من المال كالأثاث ، والسيارات ، والحيوانات وغيرها ، أو المجموع من المال كالتركة حتى إن احتوت التركة على عقارات ما دامت هذه العقارات مندمجة في هذا المجموع من المال .

أما القوانين التي أخذت بحق الاسترداد كالقانون المصري ، فقد وسعت الأخذ به فجعلته جائزا في الشيوخ أيا كان سببه ، كما أجازت الأخذ به في المنقول الشائع القائم بذاته إلى جانب المجموع من المال (١) .

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الثامن ، هامش رقم (١) ص ٨٥١ .

الشرط الثالث : أن يكون البيع صادرا لأجنبي :-

لما كانت الحكمة من تشريع حق الاسترداد هي منع الأجنبي من اقتحام نطاق الشركة والتعرف على أسرارها ، لهذا يجب أن يكون البيع الذي يسمح للشريك استرداد حصة شريكه صادرا لأجنبي ، أما إذا صدر البيع لأحد الشركاء فلا يجوز استعمال حق الاسترداد ، لأن هذا البيع لا يتضرر منه بقية الشركاء لوجود المشتري معهم قبل شرائه لحصة شريكه المبيعة .

ويجب على الشريك أو الشركاء الذين يريدون استرداد حصة شريكهم ، أن يستردوا الحصة أو الحصص التي اشتراها الأجنبي كلها ، ولا يكفي أن يأخذ الشريك المسترد بنسبة حصته في المال الشائع ، لأن ذلك يؤدي إلى بقاء الأجنبي شريكا في الشبوع وبالتالي تنتفي الحكمة من حق الاسترداد .

الشرط الرابع : أن يكون المسترد هو أحد الشركاء :-

بما أن الشركاء في المال الشائع هم الذين يلحق بهم الضرر من جراء دخول الأجنبي بينهم في الشبوع إذا اشترى حصة شائعة في الشبوع ، لذلك يشترط أن يكون المسترد هو أحد الشركاء ، ويستوي أن يكون الشريك المسترد أصلي ، أي شريكا منذ بدء الشبوع أو غير أصلي ، كالخلف العام ، أو الخلف الخاص ^(١) .

وأخيرا فإن الشركاء إذا طلبوا جميعهم استرداد الحصة أو الحصص المبيعة لأجنبي ، فإنه ينبغي تقسيم هذه الحصة أو الحصص بينهم بحسب حصة كل منهم في المال الشائع .

(١) وكان التقنين المدني المصري السابق يقصر حق الاسترداد على الشركاء الأصليين أما الشركاء غير الأصليين فلا يجوز لهم استعمال حق الاسترداد . انظر محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، هامش رقم (٣) ص ٤٢٢ .

الفرع الثاني

أوجه التشابه والاختلاف بين الشفعة وحق الاسترداد

يتبين من خلال عرضنا لماهية الاسترداد وشروطه أن حق الاسترداد يتشابه مع حق الشفعة في العديد من الأحكام ، كما أن الشفعة ما هي إلا استرداد للمال المشفوع فيه يسترد بموجبها الشفيع العقار الذي تصرف به شريكه أو جاره لأجنبي .

ورغم تشابه حق الاسترداد وحق الشفعة في كثير من الأحكام إلا أنهما يختلفان في نواحي عديدة . وسنتناول فيما يلي أوجه التشابه والاختلاف بينهما .

أولاً :- أوجه التشابه بين الشفعة والاسترداد :-

هناك العديد من الأوجه التي تشترك فيها الشفعة مع حق الاسترداد ، منها أنهما قررا استثناء من الأصل العام ، وأن التصرف المجيز للأخذ بكل منهما واحد في الشفعة وحق الاسترداد ، وفي اشتراط عدم تجزئة الصفقة في كل منهما . وسنتناول فيما يلي الأوجه التي تتشابه فيها الشفعة والاسترداد .

(١) من حيث الصفة الاستثنائية :-

بينما أن الشفعة عبارة عن حق أو رخصة استثنائية من الأصل ، لما تتضمنه من خروج وتعدي على حرية التعاقد ، وقد ثبتت لمصلحة راجحة لتجنب مشاكل الشروع ومضار الجوار ، والصفة الاستثنائية هذه نجدها في حق الاسترداد ، فالمسترد ينتزع الحصة المباعة من قبل شريكه لأجنبي جبراً ، وفي ذلك خروج عن القواعد العامة ، لذلك فهو لا يثبت إلا بنص (١) .

(١) د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

(٢) من حيث التصرف القانوني المجيز لهما :-

يتفق حق الاسترداد مع حق الشفعة في النظم والتشريعات التي أخذت بهما في أنهما لا يثبتان إلا في عقد البيع ، فلا يثبتان في الهبة ، أو الوصية ، أو المقايضة ، أو الوفاء بمقابل ، أو غيرهما من العقود ، سواء كانت هذه العقود عقود معاوضات أو تبرعات .

وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة في التشريعات التي نظمت حق الشفعة ، وحق الاسترداد فإن المصادر المستقى منها هذين الحقين نجدها قد نظمتها على خلاف ذلك ، فالفقه الإسلامي أجاز الشفعة في كثير من التصرفات الشرعية ، بل أجمعت مذاهبه على ثبوت الشفعة في عقود المعاوضات المالية ، كالبيع ، والمقايضة ، والهبة بشرط العوض والصلح عن مال ، كما أن القانون الفرنسي قد أجاز الاسترداد في كل عقود المعاوضات^(١).

(٣) من حيث التوزيع عند التزام :-

قد يتزام عدد من الشفعاء في أخذ العقار المشفوع فيه ويكونون في مرتبة واحدة ، كما قد يتعدد المستردون لحصة شريكهم المباع لأجنبي ، ففي كلتا الحالتين أوجب التشريعات تقسيم المال محل الشفعة ، أو محل الاسترداد عليهم ، كل بقدر نصيبه في الشفوع في حالة الاسترداد ، أو في العقار المشفوع به في الشفعة .

(٤) من حيث عدم القابلية للتجزئة :-

الشفعة والاسترداد حقان لا يقبلان التجزئة ، فليس للشفيع أخذ جزء من المال المشفوع فيه ، وليس للمسترد أخذ جزء من الحصة الشائعة المباع لأجنبي . وينبغي في

(١) د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء الثامن ، ص ٨٥٥ . وانظر أيضا ص (١١٦) وما بعدها من هذا البحث .

كلا الحالتين أخذ كل المال المباع أو تركه بأكمله . رغم اختلاف الحكمة في كلا الحالتين ، فمنع تجزئة الشفعة إنما يهدف إلى مراعاة مصلحة المشفوع منه بدرجة أساسية بعدم تجزئة الصفقة عليه ، حتى لا يتضرر من ذلك بتقويت الغرض الذي يهدف إليه من الشراء . أما في الاسترداد فإن الحكمة من ذلك هو حماية الشركاء من دخول الأجنبي بينهم ، لأنه إذا سمح للمسترد استرداد الحصة المباعة بنسبة ما يملك في المال الشائع ، فإن هذا سيؤدي إلى بقاء الأجنبي شريكا بما تبقى له من الحصة الشائعة التي اشتراها .

ثانيا : أوجه الاختلاف بين الشفعة والاسترداد :-

تختلف الشفعة عن حق الاسترداد في أوجه عديدة ، حيث أن كلا منها قد شرعا لحكمة معينة ، كما أن مصدر الشفعة يختلف عن مصدر الاسترداد ، أما من حيث السبب فإن للشفعة سببها الخاص الذي يختلف عن سبب الاسترداد ، والمشتري الذي يأخذ منه الشفيع العقار المشفوع فيه بالشفعة ، ممكن أن يكون أجنبي عن الشفوع ، أو يكون أحد الشركاء فيه . بعكس الاسترداد الذي يشترط فيه أن يكون المشتري أجنبيا عن الشفوع ، وللشفعة محلها الذي ترد عليه والذي يختلف عن محل الاسترداد ، وأخيرا فإن للشفعة إجراءات خاصة للأخذ بها لا تتوفر في حق الاسترداد . وسنتناول فيما يأتي هذه الاختلافات بين الشفعة والاسترداد .

١) من حيث حكمة تشريعهما :-

إن الحكمة التي شرعت الشفعة من أجلها هي لم شتات الملكية بعد تفرقها ، ودفع ضرر الشريك الأجنبي الدخيل على الملكية الشائعة ، والتقليل من عدد الشركاء كلما أمكن ، بالإضافة إلى منع مضايقات الجوار . وعلى أساس ذلك شرعت الشفعة لمالك الرقبة كي يتمكن من لم شتات الملكية بضم الرقبة إلى حق الانتفاع ، كما شرعت الشفعة للشريك في الشفوع لأخذ حصة شريكه المتصرف بها لأجنبي ، وأخيرا فإن للجار المالك الشفعة فيما باعه جاره منعا لمضايقات الجوار .

أما الحكمة التشريعية التي شرع حق الاسترداد من أجلها ، فتكمن في حفظ أسرار التركات وعدم اقتحامها من الأجنب ، وجعل الورثة في مأمن من دخيل يطرأ فيفسد محيطهم العائلي .

(٢) من حيث المصدر :-

أن المصدر التاريخي لحق الشفعة هو الشريعة الإسلامية ، وقد نظمت التشريعات التي أخذت بحق الشفعة أحكامها وفقا لآراء مذاهب الفقه الإسلامي ، بينما المصدر التاريخي لحق الاسترداد هو القانون الفرنسي ، ولكن الملاحظ أن التشريعات التي أخذت بحق الاسترداد لم تقف عند الأحكام التي نظمها القانون الفرنسي بل وسعت نطاق حق الاسترداد .

(٣) من حيث السبب :-

يتمثل سبب الشفعة في اتصال ملك الشفيع بالمال المشفوع فيه ، اتصال شركة أو جوار . أما سبب حق الاسترداد فهو الشركة فقط ، بل أن القانون الفرنسي قد حصر هذه الشركة على الشركة في الإرث ، في حين وسعت التشريعات العربية التي أخذت بحق الاسترداد نطاق الشركة ، ليشمل كل شركة سواء أتت عن طريق الإرث ، أو عن طريق الاتفاق ، أو أي طريق آخر (١) .

(٤) من حيث المحل :-

إن القاعدة العامة في الشفعة أنها ترد على العقار دون المنقول ، لأن ضرر الشركة في العقار يدوم بدوامه بعكس الضرر في المنقول ، أما حق الاسترداد فيرد على المنقول الشائع المعين بالذات ، أو المجموع من المال ، رغم أن القانون الفرنسي قد قصره على المجموع من المال وهو التركة .

(٥) من حيث المشتري :-

تثبت الشفعة للشفيع إذا تم البيع لأجنبي ، أو حتى إذا تم البيع لشخص تتوافر فيه شروط الشفعة . وبديهي أن الشفعة تثبت إذا تم بيع العقار لأجنبي ، وفي هذه الحالة فإن الشفيع يحل محل المشتري الأجنبي ، إذا توافرت شروط الأخذ بالشفعة . أما إذا كان المشتري شخص تتوافر فيه شروط الشفعة فإنه لا بد من تطبيق قواعد التزام بين الشفيع ، وبموجب ذلك إذا زاحم المشتري شفيعاً آخرين من طبقة أعلى منه استحقوا الشفعة دون المشتري ، نظراً لقوة سببهم الذي يشفعون به .

(١) محمد كامل مرسي ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢ .

أما حق الاسترداد فلا يثبت إلا إذا كان البيع لأجنبي عن الشيوع ، أما إذا كان المشتري هو أحد الشركاء فلا يثبت حق الاسترداد لبقية الشركاء ، نظرا لعدم توافر الحكمة من حق الاسترداد .

(٦) من حيث الإجراءات :-

أفردت معظم التشريعات أحكاما كثيرة لإجراءات الأخذ بالشفعة نظرا لخصوصية الشفعة ، فأوجبت مواعيد محددة لطلب الشفعة ، ورفع الدعوى ، كما ألزمت الشفيع بإيداع كل ، أو نصف الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه ، خزينة المحكمة قبل رفع الدعوى . كما أن الإعلان الموجه إلى البائع ، والمشتري ، قد حدد له القانون شكلا خاصا بأن يكون على يد محضر . كل تلك الإجراءات لم نجدها في حق الاسترداد وإن وجد بعض من هذه الإجراءات فهي ليست بالدقة ، والتفصيل ، كما هي في الشفعة (١) .

(١) راجع د. عبد المنعم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، المرجع السابق ، ص ١٩٧ ، ١٩٨ .

المبحث الثاني

شروط المال المشفوع فيه في الفقه الإسلامي

تمهيد :

اختلف فقهاء المسلمين في تحديد طبيعة المال الذي تثبت فيه الشفعة إلى فريقين ، ذهب أحدهما إلى القول بأن الشفعة لا تكون إلا في العقار ، بينما يرى الفريق الآخر جواز ثبوت الشفعة في العقار والمنقول معا . بيد أن الفريقين قد أجمعا بضرورة طلب الشفيع كل المال المشفوع فيه ، فلا يجوز له طلب جزء من هذا المال .

وعليه سنتناول شروط المال المشفوع فيه في الفقه الإسلامي في ثلاثة مطالب . نتناول في المطلب الأول رأي القائلين بقصر ثبوت الشفعة في العقار ، ثم نتناول في المطلب الثاني رأي القائلين بجواز ثبوت الشفعة في العقار ، والمنقول ، ونخصص المطلب الثالث لشرط عدم تجزئة المال المشفوع فيه .

المطلب الأول

القائلون بقصر ثبوت الشفعة في العقار

عرف جمهور الشراح العقار بأنه :- كل ماله أصل من دار ، أو ضيعة ^(١) .

(١) نتائج الأفكار ، لقاضي زاده أفندي ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٠٣ . وتعرف المادة ١٢٨ من مجلة الأحكام المدلية العقار بأنه : ما لا يمكن نقله من مكان إلى آخر كالدور الأرضي . أما فقهاء المذهب المالكي فقد توسعوا في تعريفهم للعقار ، فعرفوه بأنه ما لا يمكن نقله أو تحويله أصلا كالأرض ، أو أمكن تحويله ونقله مع تغيير صورته ، وهينته عند التحويل كالبناء ، والشجر ، أنظر الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٤٧ .

وقد ذهب جمهور الفقه الإسلامي من الحنفية (١) ، والشافعية (٢) ، والحنابلة (٣) ، والمالكية (٤) ، إلى أن الشفعة لا تثبت إلا في العقار . إلا أن نظرة مذاهب الفقه الإسلامي قد تفاوتت إلى ما يعتبر عقار ، وبالتالي تستحق فيه الشفعة ، وما لا يعتبر كذلك ، ففقهاء المذهب المالكي (٥) - وفقا لتعريفهم الموسع للعقار - قسموه إلى ثلاثة أنواع هي :-

- (١) العقار من الدور ، والحوانيت ، والبساتين .
- (٢) ما تعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، كالبنر ، والنخل ، والبناء ، ما دام الأصل فيها الذي هو الأرض على صفة تجب فيها الشفعة .
- (٣) ما تعلق بما هو متعلق بالعقار كالثمار .

كما ألحق الحنفية بالعقار ما يعتبر في حكم العقار ، كالعلو ، والسفل ، رغم أن المذهب لا يعتبر ذلك عقارا إلا أنه أجاز فيه الشفعة لأنه التحق بالعقار بما له من حق القرار ، ولأن حق العلو والسفل يبقى على الدوام فيدوم ضرره ، وبالتالي تستحق فيه الشفعة (٦) .

(١) تبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ . الهداية ، للمرغيناني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٣٤ . نتائج الأفكار ، لقاضي زاده أفندي ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٠٣ . وانظر كذلك المادة ١٠١٧ من مجلة الأحكام العدلية .

(٢) نهاية المحتاج ، للرملي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ١٩٥ . المجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٢٩٩ . شرح البهجة ، للأصاري ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٦٦ . مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٦ . (٣) المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٣ وما بعدها . كشاف القناع ، للبهوتي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٣٨ . العدة ، للمقدسي ، المرجع السابق ، ص ٢٧٥ .

(٤) بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٢٩ . المدونة الكبرى ، للإمام مالك ، المرجع السابق ، الجزء الثاني عشر ، ص ٤٠٢ .

(٥) بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، المكان السابق .

(٦) انظر المادة ١٠١١ من مجلة الأحكام العدلية ، وشرحها لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٦٥ . وكذلك تبين الحقائق ، للزليعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ .

ولم يجز الحنابلة^(١) ، والشافعية^(٢) ، الشفعة في العلو لان السقف الذي هو أرض للعلو لإثبات له فكان كالمنقولات .

وقد أجاز جمهور الفقه^(٣) (غير المالكية) الشفعة في البناء ، والشجر ، وهما ليسا بعقارين عندهم إذا تم بيعهما تبعا للأرض ، أما إذا بيعا بمفرديهما فلا شفعة عندهم في ذلك . بخلاف المالكية ، فانهم يرون الشفعة في البناء ، والشجر ، سواء تم بيعهما مع الأرض الواقعان فيها ، أو بمفرديهما لأنهم ينظرون إليهما بأنهما عقاران كما بينا سلفا .

حجج القائلين بقصر الشفعة في العقار :-

استدل الجمهور في إثبات الشفعة في العقار دون المنقول بالأدلة التالية :-
 أولا :- أن الأحاديث الثابتة عن رسول الله ﷺ تقصر استحقاق الشفعة في العقار دون المنقول : ومن تلك الأحاديث ما روي عن جابر رضي الله عنه « أن الرسول قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة » وكذا ما رواه مسلم في صحيحه عن رسول الله ﷺ « الشفعة في كل شرك في أرض ، أو ريع ، أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فإن أباي فشريكه أحق به حتى يؤذنه »^(٤) .

(١) كشف القناع ، للبهوتي ، ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٤٠ .

(٢) مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٧ .

(٣) المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٣ . وتبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ . ومغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، المكان السابق .

(٤) أعلام الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤١ . بداية المجتهد ، لابن رشد ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٣٠ .

ثانياً :- أن الشفعة شرعت لدفع ضرر سوء الشركة ، كما يرى جمهور الفقه الإسلامي ، أو لدفع ضرر سوء الجوار ، عند الحنفية بسبب الاستمرار والدوام ، كون الضرر في العقار يتأبد بتأبده ، وفي المنقول لا يتأبد بل هو ضرر عارض ، كما أن الضرر في العقار ، أكبر من الضرر في غير العقار ، لأن الشريك في العقار يحتاج إلى إحداث المرافق ، وتغيير الأبوية ، وتضييق الواسع ، وتخريب العامر ، وسوء الجوار كل ذلك لا يوجد في العقار (١).

ثالثاً :- أن الأخذ بالشفعة في العقار ثبت بالنص على خلاف القياس ، وبالتالي لا يجوز إلحاق المنقول به لأنه ليس في معنى العقار (٢) .

شروط العقار المشفوع فيه :-

ورغم اتفاق جمهور الفقه الإسلامي على أن الشفعة لا تثبت إلا في العقار ، لكنهم اختلفوا في طبيعة العقار المشفوع فيه ، ومدى قابليته للانقسام من عدمها إلى فريقين :-

الفريق الأول :- يشترط الشافعية (٣) ، وكذا الحنابلة (٤) والمالكية (٥) في إحدا الروايتين عنهما ، أن يكون العقار المشفوع فيه مما يقبل القسمة أصلاً ، أما العقار الذي لا يقبل القسمة فلا تستحق فيه الشفعة .

ومعنى العقار الذي يقبل القسمة هو العقار الذي يمكن الانتفاع بكل قسم منه بعد القسمة ، نفس الانتفاع الذي كان قبل القسمة ، فإن لم يكن كذلك كان عقاراً غير قابل للقسمة .

(١) الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٧٩٥ . أعلام

الموقعين ، لابن قيم الجوزية ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ١٤٢ .

(٢) تبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ ، ٢٥٣ .

(٣) مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٧ .

(٤) المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٥ . العدة ، للمقدسي ،

المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٧٦ .

(٥) الفواكة الدواني ، للنفرأوي ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢١٣ .

حجج القائلين بقصر الشفعة على العقار القابل للقسمة :-

احتج القائلون بقصر الشفعة على العقار القابل للقسمة بالأدلة التالية :-

(١) حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ « قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم ... » ، ومعنى الحديث عندهم أن الشفعة تثبت في العقار القابل للقسمة ما دام لم يقسم .

(٢) إن الحكمة من تشريع الشفعة - عند من يرون أن الشفعة لا تكون إلا فيما ينقسم - هي دفع ضرر مؤنة القسمة فيما إذا طلبها الشريك المشتري ، وكذلك دفع ضرر مؤنة استحداث المرافق الخاصة الذي يحتاج لها كل جزء من أجزاء العقار بعد القسمة ، كل ذلك لا يوجد إلا فيما يكون قابلاً للقسمة (١) .

(٣) أن إثبات الشفعة فيما لا ينقسم يضر بالبائع ، لأنه لا يستطيع إسقاط الشفعة في نصيبه بالقسمة ، وقد يمتنع المشتري من الشراء إذا عرف أن الشفيع يريد أخذ المبيع بالشفعة إذا هو اشتراه . وبالتالي يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثبات الشفعة فيما لا ينقسم إلى انتقائها (٢) .

الفريق الثاني :- ذهب الحنفية (٣) إلى أن الشفعة كما تثبت فيما ينقسم تثبت أيضاً فيما لا ينقسم (٤) . وعلى ذلك فالشفعة عندهم تثبت في البئر ، والرحاء ، والحمام ، وكل العقارات التي لا تحتمل القسمة .

(١) المغني ، لموفق الدين بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٦ . مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٢٩٧ .

(٢) العدة ، للمقدسي ، المرجع السابق ، ص ٢٧٦ . المغني ، لموفق الدين بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٦٦ .

(٣) الهداية ، للمرعيناني ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٣٤ . تبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٥٢ . شرح المجلة ، لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٦٨ .

(٤) وهذا الرأي هو أحد قولي المالكية والحنابلة . أنظر المغني ، لموفق الدين بن قدامه ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

حجج القائلين بشمول الشفعة فيما لا ينقسم :-

احتج أصحاب هذا الرأي بعموم النصوص الواردة في الشفعة ، ومنها حديث جابر السالف الذكر بان الشفعة فيما لم يقسم ، وهذا يدل على أن الشفعة تثبت في كل مشترك لم يقسم دون تفرقة بين ما يقبل القسمة وبين ما لا يقبل القسمة .

كما يرون أيضا ان الشفعة انما شرعت لازالة ضرر سوء العشره على الدوام ، والضرر فيما لا ينقسم أكثر من الضرر فيما ينقسم ، لذلك فهو أولى بالرفع (١) ، كما أن الشركاء يمكنهم قسمة العقار القابل للقسمة فيندفع الضرر ، أما العقار الذي لا يقبل القسمة ، فلا يمكن دفع الضرر عن الشريك إلا بإثبات الشفعة فيه .

أن الخلاف بين من منع الشفعة فيما لا ينقسم ، وبين من أجازها يرجع في الأساس الى رؤية كل منهما إلى الحكمة من تشريع الشفعة ، ففي حين منع الفريق الأول الشفعة فيما لا ينقسم ، كون الحكمة عندهم من تشريع الشفعة هي دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق ، وهذه العلة غير موجودة فيما لا ينقسم ، بينما أجازها الفريق الثاني نظرا لأن الشفعة عندهم شرعت أساسا لدفع ضرر سوء العشره في الشركة أو الجوار على الدوام ، وبالتالي فإن هذه العلة موجودة فيما لا ينقسم ، كوجودها فيما ينقسم .

(١) فقه المعاملات ، لمصطفى سعيد الخن ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠ .

المطلب الثاني

القائلون بجواز ثبوت الشفعة في العقار والمنقول

بيننا فيما سبق أن جمهور الفقه الإسلامي لم يجيزوا الشفعة إلا في العقار ، إلا أن الزيدية ،^(١) والظاهرية ،^(٢) ذهبوا إلى إثباتها في العقار وغير العقار (المنقول) ، سواء كان مما ينقسم أو مما لا ينقسم .

والمنقول هو الشيء الذي يمكن نقله من محل إلى آخر فيشمل النقود ، والعروض ، والحيوانات ، والمكيلات ، والموزونات^(٣) . وبذلك فإن الشفعة تستحق في كل تصرف مجيز للشفعة سواء كان محلة عقارا أو منقولا ، فلو باع شخص حصته من حيوان ، أو سياره ، أو سلعة من السلع ، كان لشريكة أخذ هذه الحصّة بالشفعة .

حجج القائلين بثبوت الشفعة في العقار والمنقول :-

استدل من يجيزون الشفعة في العقار المنقول بالأدلة التالية :-

أولاً :- استدل أصحاب هذا الرأي بما رواه ابن حزم من حديث جابر رضي الله عنه « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شي » ، وكذا حديث ابن عباس عن رسول الله ﷺ « الشريك شفيح والشفعة في كل شي » . وهذا يعني أن الشفعة ثابتة في العقار وغير العقار^(٤) .

ثانياً :- أن النصوص التي استدل بها من يقصرون الشفعة على العقار ، وهي حديث جابر بن عبد الله عن رسول الله ﷺ « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مالم

(١) شرح الأزهار ، لأبن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٠٨ البحر الزخار ، للمرئضى ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ٤ .

(٢) المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٨٢ .

(٣) المادة / ١٢٨ من مجلة الأحكام العدلية .

(٤) المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٨٤ .

يقسم فاذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق فلا شفعة « وكذلك حديث جابر من رواية أبي الزبير « قال رسول الله ﷺ الشفعة في كل شرك في أرض ، أو ربع ، أو حائط ... » ففي الحديث الأول لا يوجد نص أو دليل على أن الشفعة لا تكون إلا في العقارات ، كون الحدود واقعة في كل ما ينقسم من طعام ، ونبات ، وعروض . كما أن ذكر الحدود والطرق في الحديث هو إعلام بحكم ما يمكن قسمته ، وبقي الحكم فيما لا يقسم على ما هو عليه . أما الحديث الثاني فليس فيه أنه لا شفعة إلا فيما ذكر في هذا الحديث ، وإنما فيه إيجاب الشفعة في الأرض ، والربع ، والحائط (١) .

ثالثاً :- أن الشفعة لا تخلو أن تكون عن طريق النص ، أو عن طريق النظر ، ففي الحالة الأولى فإن هناك نصوص تجيز الشفعة في غير العقار (المنقول) لا يجوز الخروج عنها ، وفي الحالة الثانية إن كانت الشفعة شرعت لدفع الضرر عن الشريك ، فالعلة بذلك موجودة في غير العقار كما هي موجودة في العقار ، بل أكثر ، وفيما ينقسم كوجودها فيما لا ينقسم ، بل هي فيما لا ينقسم أشد ضرراً (٢) .

(١) المحلى ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٨٥ ، ٨٦ .

(٢) المصدر السابق ، ص ٨٤ .

المطلب الثالث

عدم تجزئة المال المشفوع فيه

أجمع الفقه الإسلامي^(١) بأنه ليس للشفيع أخذ جزء من المبيع كنصف المبيع أو ثلثه وترك باقيه ، فإذا طلب الشفيع بعض المال المشفوع فيه سقط حقه في الشفعة بشكل عام^(٢) . وسواء كان الشفيع واحداً أو كانوا أكثر من واحد ، فإذا ترك بعضهم الشفعة فليس للباقيين إلا أخذ جميع المال المشفوع فيه أو تركه كاملاً ، لأن أخذ جزء من المال المشفوع فيه ، فيه إضرار بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ، والضرر لا يزال بالضرر ، لأن الشفعة تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فإذا أخذ الشفيع جزء من المبيع لم يندفع عنه الضرر ، وبالتالي لا يتحقق الغرض من الشفعة لمخالفته الأصل^(٣) . كما أن الشفيع إذا عفا عن بعض المال المشفوع فيه يكون قد أسقط حقه في الشفعة لأن الشفعة كالتقصاص لا تتبعض ، فإذا سقط بعضها سقط جميعها^(٤) . وينطبق هذا الحكم على حالة تعدد الشفعاء ، وحضر أحدهما وغاب

(١) انظر في الفقه الحنبلي المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٥٢٧ ، وما بعدها . وكشاف القناع ، للبهوتي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٤٧ . وفي الفقه الشافعي انظر مغني المحتاج ، للشربيني ، المرجع السابق ، الجزء الثاني ، ص ٣٠٦ . والمجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٢٥ . وفي الفقه الحنفي تبيين الحقائق ، للزيلعي ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٢٤١ . وكذلك المادة ١٠٤١ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٨٨ . وفي الفقه المالكي انظر المدونة الكبرى ، للإمام مالك ، المرجع السابق ، الجزء الثاني عشر ، ص ٤٠٦ ، ٤٠٧ . وفي الفقه الزيدي انظر شرح الأزهار ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٢٠ . وفي الفقه الظاهري المحلي ، لابن حزم ، المرجع السابق ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، ص ٩٦ .

(٢) ويرى أبو سيف من الحنفية بأن الشفعة لا تسقط في حالة طلب الشفيع بعض المشفوع فيه ويبقى حق الشفيع قائماً في أخذ الكل أو ترك الكل . انظر المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، ص ٤٨٣ .

(٣) المغني ، لموفق الدين بن قدامة ، المرجع السابق ، الجزء الخامس ، المكان السابق .

(٤) العدة ، لبهاء الدين المقدسي ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧ .

الأخرون فإن على الشفيع الحاضر طلب كل المال المشفوع فيه ، لا بقدر حصته ، لاحتمال عدم طلب الغائب للشفعة وان الحق متى ثبت بيقين لا يؤخر بحق يتوهم ثبوته ، فإذا قضى له بكل الشفعة وحضر من غاب قضى له بما يستحق .

وإذا كانت القاعدة العامة هي عدم تجزئة الشفعة ، إلا أن هناك بعض الحالات التي يجوز فيها للشفيع طلب بعض المشفوع فيه منها : إذا اشترى المشفوع منه شيئين صفقة واحدة ، أحدهما يستحق فيه الشفيع الشفعة ، والآخر لا يستحق الشفعة فيه . فإن للشفيع أن يشفع فيما يستحق فيه الشفعة دون الآخر ، بحصته من الثمن ^(١) . وإذا تعدد المشترون والبائع واحد كان يشتري مجموعة من الأشخاص دارا من شخص واحد ، فإن للشفيع أخذ نصيب أحد المشتريين دون الآخرين ، لأن عقد الواحد مع الاثنيين عقدان . أما إذا تعدد البائعون والمشتري واحد كان يشتري دارا من مجموعة من الأشخاص صفقة واحدة ، فقد اختلف الفقهاء في ذلك . فذهب الشافعية ^(٢) ، والحنابلة ^(٣) ، أن من حق الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما دون الآخر . بينما رأى المالكية ^(٤) ، والحنفية ^(٥) ، أن على الشفيع أخذ الصفقة كلها أو تركها لئلا تتبعض على المشتري .

-
- (١) شرح الأزهار ، لابن مفتاح ، المرجع السابق ، الجزء الثالث ، ص ٢٢٠ .
 (٢) المجموع ، للنووي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع عشر ، ص ٣٢٥ .
 (٣) كشاف القناع ، للبهوتي ، المرجع السابق ، الجزء الرابع ، ص ١٥٠ .
 (٤) المدونة الكبرى ، للإمام مالك ، المرجع السابق ، الجزء الثاني عشر ، ص ٤٠٧ .
 (٥) شرح المجلة ، لسليم رستم باز ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٥٨٨ .

المبحث الثالث

شروط المال المشفوع فيه في القانون اليمني

تمهيد :

تميز القانون اليمني عن الكثير من التشريعات التي نظمت الشفعة بإجازته الشفعة في العقار والمنقول ، إلا أنه يوافق هذه التشريعات في اشتراطه عدم تجزئة الشفعة بطلب جزء من المال المشفوع فيه . ونبحث شروط المال المشفوع فيه في القانون اليمني في مطلبين ، نتناول في المطلب الأول شمول الشفعة في العقار والمنقول ، وفي المطلب الثاني نتناول شرط عدم تجزئة المال المشفوع فيه .

المطلب الأول

شمول الشفعة في العقار والمنقول

بيننا تعريف الشفعة في القانون المدني اليمني بأنها : « حق تملك عين ولو جبرا ملكت لأخر بعقد صحيح بعوض مال معلوم على أية صفة كانت مثليه ، أو قيمية ، منقولة ، أو غير منقولة ، بما قام عليها من العوض أو المؤن » (المادة ١٢٦٢ مدني) . كما تشترط الفقرة الأولى من المادة ١٢٦٧ لصحة الشفعة أن يكون المشفوع عينا ، فلا تصح الشفعة في المنافع ، ولا فيما لا يباع من الحقوق .

يتبين من هذين النصين أن المشرع اليمني لم يقصر حق الشفعة على العقار دون المنقول ، كما فعلت كثير من التشريعات العربية ، بل أثبتت الشفعة في كل عين سواء كانت عقارا ، أو منقولا مثلية ، أو قيمية . كما أنه عند الرجوع إلى الأحكام المنظمة لحق الشفعة في القانون المدني اليمني لم نجد أن المشرع قد تطرق إلى مسألة أن يكون المال المشفوع فيه قابلا للقسمة أو غير قابل لها ، مما يعني ذلك بأنه يستوي في القانون المدني اليمني أن يكون المال المشفوع فيه قابلا للقسمة أو غير قابل لها . ويمكن القول أن المشرع اليمني قد أخذ عند تنظيم أحكام المال المشفوع فيه بمذهب الزيدية والظاهرية .

وعلى هذا الأساس فإن الشفعة في القانون اليمني تثبت في العقارات سواء كانت عقارات بالطبيعة ، أو عقارات يعدها القانون منقولات بحسب المال ، كالأراضي الزراعية ، أو غير الزراعية ، أو المعدة للبناء ، وكذلك المنشآت بمختلف أنواعها كالمساكن ، والمحلات التجارية ، والمصانع ، والمعامل . وتثبت الشفعة أيضا في المنقولات ، سواء كانت منقولات بالطبيعة ، كوسائط النقل بمختلف أنواعها وأحجامها مثل السفن ، والطائرات ، والسيارات ، وأدوات الري ، والحراثات ، والحيوانات بكافة أنواعها ، والسلع ، والبضائع بمختلف أشكالها . أو رصدت هذه المنقولات لخدمة العقار أو استغلاله (عقارات بالتخصيص) . ويستثنى المشرع اليمني من كل ما ذكر المحقر الذي لا يضر فواته ، فقد نصت المادة ١٢٦٩ من القانون المدني بأنه « لا شفعة في المحقر الذي لا يضر فواته » .

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني القديم - الذي كان ساريا في الجمهورية العربية اليمنية سابقا - عند تعليقها على المادة ١١٥٢ والتي تقابلها المادة ١٢٦٩ من القانون الجديد ، بأن المحقر هو ما يتسامح الناس في مثله ، ولا يكون له وزن فلا يترتب على المتصرف فيه ضرر ، وقد علقت المذكرة الإيضاحية أن سبب عدم إثبات الشفعة فيه هو انتفاء العلة ، أي انتفاء الضرر الذي شرعت الشفعة لدفعه .

ويترتب على إثبات القانون اليمني الشفعة في الأعيان ، عدم صحة الشفعة في المنافع لأن الشفعة لا ترد إلا على الملكية الكاملة ، أو ملكية الرقبة . كما لا تصح الشفعة فيما لا يباع من الحقوق ، أما ما يباع منها فتجوز الشفعة فيه ، وذلك لأنه وإن كانت الحقوق كالمنافع لا تقبل البيع أصلا ، إلا أن العرف جرى ببيع بعضها ، فإذا بيع حق مستقل تبعا للعرف ، فإن الشفعة تجوز فيه ^(١) . وهذا يعني أن القانون رغم أنه قد قصر الشفعة على الأعيان ، إلا أنه أجازها في بعض الحقوق مراعاة لخاصية قابليتها للبيع . ومن هذه الحقوق الحق المالي للمؤلف الذي يجوز التصرف فيه عن طريق البيع ^(٢) ،

(١) انظر تعليق المذكرة الإيضاحية للقانون المدني القديم على الفقرة (١) من المادة ١١٥٠ والتي تقابلها الفقرة (١) من المادة ١٢٦٧ من القانون المدني الجديد .

(٢) راجع في مسألة تصرف المؤلف في حقه المالي أستاذنا د.سعد محمد سعد ، النظرية العامة للحق ، المرجع السابق ، ص ٤٤ .

فإذا اشتركا شخصان أو أكثر في مصنف معين ، وباع أحدهما حقه المالي على هذا المصنف ، كان للآخرين أخذ هذا الحق بالشفعة ، ومن الحقوق التي لا تصح فيها الشفعة لعدم قابليتها للبيع الحق الأدبي للمؤلف ، نظرا لارتباطه بشخص صاحبه ، وكذلك معظم الحقوق غير المالية الملازمة للشخصية (١) .

والملفت للنظر ، أن الفقرة (١) من المادة ١٢٦٧ قد حضرت الشفعة فيما لا يباع من الحقوق ، رغم أنه لا يتصور قيام الشفعة في هذه الحقوق طالما وهي لا تباع لعدم قابليتها للبيع أصلا كون الشفعة لا تثبت إلا بعقد البيع وما في معناه ، ولما لم تباع هذه الحقوق فلا حديث عن الشفعة . ونعتقد أن المشرع اليمني قد أراد تقرير إجازة الشفعة في الحقوق القابلة للبيع ، كاستثناء من شرط العينية في المال المشفوع فيه ، فأورد هذه الصيغة المخالفة لمضمون الاستثناء وكان بإمكانه أن ينص على إجازة الشفعة فيما يباع من الحقوق مباشرة دون ذكر ما لا يباع منها ، باعتبار أن ما لا يتم فيه البيع لا تقوم فيه الشفعة ابتداء سواء كان حقا من الحقوق ، أو عينا من الأعيان . لذا نرى بأنه يتوجب على المشرع إعادة صياغة الفقرة (١) من المادة ١٢٦٧ ، والنص على الشفعة فيما يباع من الحقوق بشكل مباشر .

إن ما يؤكد عدم قصر المشرع اليمني ثبوت الشفعة في العقار بل شمولها أيضا للمنفوق نص المادة ١٢٠٣ ، والتي تجيز للشريك إذا تصرف شريكه بحصته في المال الشائع أو في بعضها ، للغير حق أخذ هذه الحصة بالشفعة ، طبقا لأحكام الشفعة المنصوص عليها في القانون . والمال المملوك على الشبوع لا يقتصر على العقارات ، بل يشمل أيضا المنقولات .

كما يتضح من نص المادة ١٢٠٣ أيضا أن القانون اليمني لم يأخذ بحق الاسترداد الذي أخذت به بعض التشريعات العربية ، والذي يثبت للشريك في حالة تصرف شريكه في حصته في المنقول الشائع أو المجموع من المال كالتركة ، وإن عدم أخذه بحق

(١) أستاذنا الدكتور سعد محمد سعد ، المرجع السابق ، ص ١٧ وما بعدها ، ٤٠ .

الاسترداد إنما يهدف إلى توسيع نطاق الشفعة في المال المشفوع فيه ، ليشمل المنقول إلى جانب العقار (١) .

ونعتقد أن القانون اليمني قد وفق عندما أخذ بالشفعة في العقار والمنقول دون أن يأخذ بحق الاسترداد ، لأن ذلك يؤدي إلى تحقيق وحدة التنظيم القانوني ، باعتبار أن الشفعة نظام مأخوذ من الفقه الإسلامي ، بينما الاسترداد هو نظام مأخوذ من القانون الفرنسي ، فإذا ما تم تنظيم حق الاسترداد في المنقول إلى جانب أحكام الشفعة في العقار ، فإن هذا سيقود إلى عدم الانسجام بين قواعد القانون في هذا الجانب ، كما أن الأخذ بحق الشفعة في المنقول تسائرا مع رأي بعض مذاهب الفقه الإسلامي ، يغني عن تنظيم حق الاسترداد ، نظرا لأن المحصلة النهائية للشفعة والاسترداد واحدة ، وهي أخذ الشريك حصة شريكه المباعة لأجنبي ، لكل ذلك فإنه من غير المجدي الأخذ بحق الاسترداد على النحو الذي أخذت به بعض التشريعات العربية .

(٢) على عكس ما جاء به القانون المدني رقم (٨) لعام ١٩٨٨م الذي كان ساري فيما كان يعرف بجمهورية اليمن الديمقراطية الشعبية فهو لم يأخذ بالشفعة ، لكنه وسع نطاق حق الاسترداد ليشمل العقار والمنقول . وهو بذلك قد خرج عما هو متعارف عليه فقها وتشريعا من أن حق الاسترداد لا يكون إلا في المنقول المعين بالذات أو في المجموع من المال . ويتبين من هذا أن القانون المدني السابق قد قرر أحكام الشفعة بأسلوب يختلف بعض الشيء عن أحكامها المقررة في الفقه الإسلامي نظرا لان النتيجة لحق الاسترداد في هذا القانون هي نفس النتيجة لحق الشفعة ، وهي تملك الشريك الحصة المباعة لأجنبي من عقار أو منقول . انظر المواد ٣٦٢ ، ٣٦٣ ، ٣٦٤ من القانون المدني السابق .

المطلب الثاني

عدم تجزئة المال المشفوع فيه

اشترط القانون المدني اليمني لاستحقاق الشفعة أن يطلب الشفيع العين المشفوع فيها كلها ، وذلك تطبيقاً لقاعدة عدم جواز تجزئة الشفعة ، فينص في المادة ١٢٨٤ بأن « الشفعة لا تقبل التجزئة ، فيلزم الشفيع طلب الشفعة في العين المشفوعة كلها ، إلا إذا تعددت العين المشفوعة وقام سبب الشفعة بواحد من أفرادها أو تعدد المشترون ، فيجوز للشفيع طلب الشفعة فيما قام به سببها في الحالة الأولى ، وطلب نصيب بعض المشتريين في الحالة الثانية . وإذا اشترى الواحد لجماعة ولم يضاف إليهم ، فلا يعتبر هذا تعدداً » .

يتبين من النص السابق أن القانون المدني اليمني قد جعل القاعدة في طلب الشفعة بأن على الشفيع طلب كل المال المشفوع فيه أو تركة ، فلا يجوز له طلب جزء منه خصوصاً إن كانت العين المباعة واحدة ، والمشتري واحداً ، وذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيلحقه الضرر ، حتى إذا تعدد الشفعاء وكانت قواعد التزام تقتضي قسمة المال المشفوع فيه بينهم ، فإنه يجب أن يطلب كل منهم المال المشفوع فيه بأكمله ، حتى يكون طلبه صحيحاً (١) .

أما إذا كان البيع قد انصب على عدة أعيان ، وكانت مستقلة عن بعضها البعض ، وتوافرت شروط الشفعة في بعض هذه الأعيان دون الأخرى ، فإنه يجوز في هذه الحالة للشفيع طلب الشفعة فيما توافر فيه شروط الشفعة بالنسبة له ، حتى وإن كان البيع صفقة واحدة .

وإذا تم بيع العين المشفوع فيها لعدة مشتريين ، جاز للشفيع أن يطلب الشفعة في نصيب بعضهم ، سواء تم بيع نصيب كل منهم مفزراً ، أو كان البيع على الشفيع ، ولا يعتبر ذلك تبعضاً للشفعة لأن المبيع مجزأ منذ البداية ، كما أن المشتري لا يلحقه أي ضرر طالما تم اخذ نصيبه كاملاً .

(١) د. جميل الشراوي ، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ .

ويميز بعض شراح القانون اليمني في - حالة بيع العين المشفوعة فيها لعدة مشتريين - بين أن تباع هذه العين كأجزاء مفرزة ، وبين أن تباع على الشروع ، فأجازوا للشفيع طلب نصيب بعض المشتريين في الحالة الأولى ، ولم يجيزوا له ذلك في الحالة الثانية ، وأوجبوا عليه طلب الشفعة في كل العين المبيعة (١) . ونعتقد أن نص المادة ١٢٨٤ لم يميز بين هاتين الحالتين ، بل أجاز للشفيع أخذ نصيب بعض المشتريين في حالة تعددهم ، سواء كان نصيب كل منهم مفرزا أو مشاعا ، والسبب في ذلك أن هذا النص لم يميز بين هاتين الحالتين ، كما فعل تشريع الشفعة المصري السابق (٢) ، بل كان صريحا في إعطاء الشفيع الحق في أخذ نصيب بعض المشتريين في حالة تعددهم ، علاوة على أن الفقه الإسلامي - الذي يعتبر مصدر أحكام الشفعة بشكل عام ومنها هذا النص - لم يعرف هذا التمييز ، كما نعتقد أيضا بان ماد فع بعض شراح القانون اليمني إلى هذا التمييز ، هو تأثرهم بالفقه المصري الذي ميز بوضوح بين الحالتين عند تعرضه لنص المادة ١١ من قانون الشفعة السابق .

ويترتب على طلب الشفيع بعض العين المشفوعة - في غير حالتها تعدد العين المشفوعة ، أو تعدد المشترون - سقوط حقه فيها وذلك لما له من ضرر على المشتري نتيجة لتفرقة الصفقة عليه . وقد نصت المادة ١٢٧٩ فقرة ٧/ من القانون المدني بأن « تبطل الشفعة ويسقط حق الشفيع فيها : بطلب الشفيع بعض العين المشفوعة إذا كان عالما ، إلا إذا تعددت العين المشفوعة ، أو تعدد المشترون على النحو المبين في المادة ١٢٨٤ ولا يعتبر شراء الواحد للجماعة تعددا ما لم يضاف إليهم صراحة » .

(١) انظر ذلك عند د. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص ٣٢٢ . ود. جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص ٢٨٨ . ود. مأمون الشامي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٥ .
 (٢) تنص المادة ١١ من قانون الشفعة المصري السابق بأنه ((إذا بيع العقار لعدة أشخاص مشاعا بينهم ، فلا تجوز الشفعة إلا فيه بتمامه . أما إذا عينت في العقد حصة كل واحد منهم مفرزة ، كان للشفيع الحق في طلب أخذه بتمامه ، أو اخذ حصة واحدة أو أكثر ، مع مراعاة القواعد المقررة لطلب الأخذ بالشفعة)) . انظر د. السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، الجزء التاسع ، ص ٤٨٦ .

الخلاصة

في خاتمة هذه الرسالة الموسومة بـ (شروط الأخذ بالشفعة (دراسة مقارنة) في الفقه الإسلامي ، والقانون المدني اليمني وبعض القوانين المدنية العربية) ، والمحتوية على فصل تمهيدي ، وثلاثة فصول ، وخاتمة ، لابد من بيان خلاصة موجزة لما حوته هذه الرسالة ، بالإضافة إلى بيان الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا إليها بعد البحث والدراسة لشروط الأخذ بالشفعة في الفقه الإسلامي والقانون المدني اليمني ، وبعض القوانين المدنية العربية .

ففي مقدمة الرسالة تناولنا لمحة موجزة عن الشفعة وشروطها ، ثم أهمية الموضوع وسبب اختياره ومنهج البحث فيه ، وخطة دراسته .

أما في الفصل التمهيدي الذي قسم إلى ثلاثة مباحث ، فقد تناولنا المفهوم العام للشفعة فتم تعريف الشفعة لغةً ، واصطلاحاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية ، وكذلك في القوانين الوضعية . كما تم بيان مشروعية الشفعة وخصائصها وتحديد طبيعتها الشرعية والقانونية .

وفي الفصل الأول والمحتوي على مبحثين ، تم بحث الشروط الواجب توافرها في الشفيع ، وهي ضرورة أن يتوافر في الشفيع سبب من أسباب الشفعة ، وفيه تم بيان أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في بعض التشريعات العربية مع دراسة وبيان آراء فقهاء القانون في هذه الأسباب . كما تم بحث هذه الأسباب عند فقهاء الشريعة الإسلامية بالتطرق إلى الآراء الثلاثة التي قيلت في سبب الشفعة . فأعقبنا ذلك بدراسة أسباب الشفعة بالنسبة للشفيع في القانون اليمني ، مبيّناً تأثير القانون اليمني بالفقه الإسلامي . أما في الشرط الثاني من شروط الشفيع ، وهو وجوب أن يكون سببه في الأخذ بالشفعة أقوى من غيره عند التزاحم ، فقد بحثنا حالات تزاحم الشفعاء عند تعددهم في القانون الوضعي ، والفقه الإسلامي ، والقانون اليمني .

أما الفصل الثاني فقد كُرس لتناول الشروط الواجب توافرها في التصرف المجيز للشفعة ، وذلك في ثلاثة مباحث ، تناولنا فيه شروط التصرف المجيز للشفعة في القانون الوضعي بصفة عامة ، والقانون اليمني بصفة خاصة ، كما تم أيضاً بحث الشفعة في البيع غير المسجل ، وإبراز ما تميز به القانون اليمني عن بقية التشريعات في هذا الجانب . وتطرقنا في الفصل الثاني كذلك لبحث شروط التصرف المجيز للشفعة في الفقه الإسلامي .

وقد خصصنا الفصل الثالث والأخير لدراسة الشروط الواجب توافرها في المال المشفوع فيه وقد احتوى على ثلاثة مباحث ، تناولنا فيه بالبحث والدراسة شروط المال المشفوع فيه في كل من القانون الوضعي ، والفقه الإسلامي ، والقانون اليمني . وفيه تبين لنا أن معظم القوانين العربية لا تجيز الشفعة إلا في العقار ، بينما القانون المدني اليمني أجاز الشفعة في العقار والمنقول ، نتيجة تأثره بالفقه الإسلامي الذي انقسم بهذا الصدد إلى فريقين قصر الفريق الأول الشفعة على العقار ، بينما توسع الفريق الثاني في ذلك فأجازها في العقار والمنقول . كما تم البحث كذلك في شرط عدم تجزئة المال المشفوع فيه في كل من القانون الوضعي ، والفقه الإسلامي والقانون اليمني . وتوصلنا أخيراً في خاتمة الرسالة إلى عدد من الاستنتاجات والمقترحات .

الاستنتاجات والمقترحات

لما كان الهدف الرئيسي من البحوث العلمية والدراسات الأكاديمية في المجال القانوني ، تنصب أساساً على التشريع لإبراز سماته ، ومميزاته ، ومدى ملاءمته لحاجات المجتمع ، بالإضافة إلى بيان أوجه النقص ، والعيب فيه ، وذلك للفت عناية المشرع للأخذ بهذه المميزات وتلافي هذه العيوب والنواقص عند قيامه بعملية التشريع . علاوة على استفادة كل من يتعامل مع القانون ، أكان شخصاً عادياً ، أو كان ممن يعملون في أجهزة تطبيق العدالة . لذلك فقد توصلنا في بحثنا هذا إلى عدد من الاستنتاجات والمقترحات يمكن تلخيصها في الآتي :-

أولاً :- إن شروط وأحكام الشفعة قد نشأت وترعرعت في ظل الفقه الإسلامي إذ أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد كان لهم فضل السبق في تنظيم هذه الشروط والأحكام ، لإيجاد الحلول العملية للمشاكل و المنازعات التي يثيرها تصرف الشريك بحصته في المال الشائع لأجنبي ، وذلك بتمكين الشفيع من أخذ المال المتصرف به بالشفعة .

ثانياً :- أجمعت التشريعات الوضعية ، والفقه الإسلامي ، وكذلك القانون المدني اليمني بأن الشفعة حق استثنائي ترد على خلاف الأصل العام في التملك ، كونها وسيلة جبرية لكسب الملكية بالإرادة المنفردة للشفيع ، وذلك بما تتضمنه من قواعد تقضي بإجبار المشتري على التخلي عن المال الذي ترد عليه الشفعة لصالح الشفيع متى توافرت شروطها .

ثالثاً :- إن الحكمة التي شرعت الشفعة من أجلها في الفقه الإسلامي هي دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق ، وكذلك دفع ضرر سوء العشرة في الشركة ، أو الجوار على الدوام . وهي نفس الحكمة التي شرعت الشفعة من أجلها في القلتون اليمني باستثناء دفع ضرر سوء العشرة في الجوار باعتبار أن القانون اليمني لم يأخذ بالجوار كسبب من أسباب الشفعة . بينما تتمثل الحكمة من تشريع الشفعة في القانون الوضعي في لم شتات الملكية بعد تفرقها ، وإبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الشركة في الملكية الشائعة ، ومنع مضايقات الجوار .

رابعاً :- أخذ القانون المدني اليمني كل شروط الأخذ بالشفعة من أحكام الفقه الإسلامي ، ولم يتأثر مطلقاً بالأحكام التي أخذت بها بعض القوانين الوضعية ، حيث نجد ذلك واضحاً عند تحديد من لهم الحق في الشفعة (الشفعاء) وأحكام تراحمهم ، وكذلك عند تنظيم شروط التصرف المجيز للشفعة ، وتوسيع الشفعة في المال المشفوع فيه ليشمل العقار والمنقول ، واستبعاد حق الاسترداد في المنقول ، واشتراط عدم تجزئة المال المشفوع فيه عند طلب الشفعة .

خامساً :- أن الخصائص الرئيسية للشفعة قابليتها للإرث من الشفيع إلى ورثته ، فإذا توفى الشفيع بعد قيام الشفعة وبعد اكتمال شروط الأخذ بها فإنها تنتقل إلى ورثته بالحالة التي كانت عليها بالنسبة لمورثه ، فإذا مات الشفيع بعد ثبوت الشفعة وقبل طلبها كان للورثة أن يقوموا بطلبها ما دامت المدة المحددة للطلب لا تزال قائمة ، أما إذا طلبها الشفيع قبل وفاته فإن للورثة أن يستمروا في ذلك حتى تملك المال المشفوع فيه .

سادساً :- إن الحكمة من اشتراط القانون المدني اليمني في نص المادة ١٢٧٢ أن يطلب الشفعة في أموال انتقالها بالميراث كل ورثة الشفيع أو أحدهم بالوكالة هو عدم تجزئة الصفحة على المشتري ، نظراً لأن الشفعة في أموال انتقالها بالميراث توزع على الورثة بقدر انصبتهم فيه . فإذا طلبها بعض الورثة دون الآخرين استحق من طلبها منهم بقدر حصته في الميراث وبقي نصيب من لم يطلبها من الورثة فيؤدي ذلك إلى تبعض الصفحة على المشتري ، وهذا غير جائز قانوناً . وما يؤكد رأينا هذا شيان : أحدهما أن المشرع اليمني قد اعتمد في توزيع الشفعة بين الشفعاء إذا كانوا ورثة معيار الانصباء وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢٥ من قانون الأحوال الشخصية . والثاني أن فقه المذهب الزيدي الذي أخذ منه نص المادة ١٢٧٢ مدني والذي يعد المصدر التاريخي له وينبغي الرجوع إليه إذا استشكل الأمر ، يقرر بعض فقهاء أن الشفعة تقسم بين ورثة الشفيع على قدر انصبتهم في الميراث .

سابعاً :- لم ينظم القانون المدني اليمني شروط الأخذ بالشفعة وفقاً لإتجاهات وآراء مذهب معين من مذاهب الفقه الإسلامي ، بل نراه يأخذ برأي جمهور الفقه الإسلامي تارة ، ورأي بعض المذاهب الفقهية تارة أخرى . فقد اخذ عند تحديده للشفعاء برأي جمهور الفقه بالنسبة للشريك في اصل الملك ، و برأي الحنفية والزيدية والشيعة الإمامية والأباضية ، بالنسبة للشريك في حق من حقوق الملك . كما نظم أحكام تزاحم الشفعاء وفقاً لإتجاهات الفقه الحنفي ، والزيدي ، باستثناء حالة تزاحم الشفعاء عندما يكون المشتري واحداً منهم ، الذي لم ينظمها أساساً . أما شروط التصرف المجيز للشفعة ، فقد نظمها وفقاً لرأي جمهور الفقه الإسلامي . وأخيراً اخذ المشرع اليمني فيما يتعلق بطبيعة المال المشفوع فيه برأي

المذهب الزيدي ، والظاهري ، فجعل الشفعة في العقار والمنقول ، أما بخصوص شرط عدم تجزئة المال المشفوع فيه فقد اخذ برأي جمهور الفقه الاسلامي .

إن عدم تقيد القانون اليمني برأي مذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي ميزة تسجل لهذا القانون ، كونها قد كسبته المرونة اللازمة لتنظيم شروط الشفعة بصورة تتلائم مع واقع المجتمع اليمني من جهة ، وتحقق الترابط والانسجام بين مبادئ وقواعد القانون من جهة أخرى .

ثامناً :- رغم أن الفقه الإسلامي يعد مصدراً تاريخياً للشفعة في كثير من القوانين العربية إلا أن تلك القوانين قد أضافت أسباباً للشفعة غير التي حددتها مذاهب الفقه الاسلامي . فأجازت الشفعة لمالك الرقبة في حالة بيع حق الانتفاع الملابس لها ، ولصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت الرقبة الملابس لهذا الحق ، وكذلك لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر ، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة .

ونحن نرى أن توسيع أسباب الشفعة في هذه القوانين يتعارض مع ما ينادي به فقهاء القانون ومشرعوه ، في تلك البلدان بضرورة تضيق نطاق الشفعة باعتبارها حقاً ضعيفاً شرع على خلاف الأصل العام في التملك .

تاسعاً :- إن المشرع اليمني قد وفق في اختيار من لهم حق الشفعة ، فهو وإن لم يأخذ بأي رأي من آراء مذاهب الفقه الاسلامي الثلاثة التي استعرضناها في هذا البحث على إطلاقه ، إلا أنه قد استطاع التوفيق بين ما هو مجمع عليه في الفقه الاسلامي فاخذ بالشفعة في الشركة في اصل الملك ، وبين ما فيه مصلحة تشريعية ظاهرة للمخاطبين بالتشريع ، فقد نظر المشرع إلى واقع وخصوصية المجتمع اليمني كمجتمع إسلامي تسوده أحكام الشريعة الإسلامية ، وخصوصاً في مسائل الميراث الذي يعتبر سبباً رئيسياً لنشوء الملكية الشائعة ، والذي بموجبه تصبح تركة المورث بما في ذلك العقارات ملكية شائعة بين الورثة بكل حقوقها العينية التابعة لها ، وعند تقسيمها بين الورثة عادة ما تبقى الحقوق العينية التابعة للعقارات كالشرب ، والمجرى ، والطريق مشاعة بينهم ، نظراً لعدم القدرة على تقسيمها من

جهة ، ومن جهة أخرى ، فإنه إن أمكن تقسيمها فسوف ينتفي الغرض الذي أعدت من أجله . لذلك ارتأى المشرع اليمني أن الضرر الحاصل بالشركة في حقوق الملك لا يقل عن الضرر الحاصل بالشركة في الملك ، فأخذ بالشفعة في الشركة في حقوق الملك تساوياً مع بعض مذاهب الفقه الإسلامي . كما أن عدم أخذ المشرع بالجوار كسبب من أسباب الشفعة يرجع إلى عدم الحاجة إليه ، سيما وإن كثيراً من الجيران في عصرنا الحاضر قد أصبحوا لا يعرفون بعضهم البعض ، فتنتفي الحكمة من تشريع الشفعة في حالة الجوار ، كما أن هذا يتوافق مع الاتجاه العام في حصر نطاق الشفعة وتضييق حالتها ، علاوة على أن غالبية مذاهب الفقه الإسلامي لم يجيزوا الشفعة للجار عدا المذهب الحنفي والزيدي فقط .

عاشراً :- لم ينص القانون المدني اليمني صراحة على المفاضلة بين الشفيع صاحب السبب الأخص ، والشفيع صاحب السبب الأعم ، عند تساويهما في الطلب والسبب ، رغم أنه قد كرس نص المادة ١٢٦٦ لتوضيح السبب الأخص في الطريق وفي حق الشرب والسواقي ، مما يوحي أن الشفيع صاحب السبب الأخص مقدم على الشفيع صاحب السبب الأعم في استحقاق الشفعة .

وأمام هذا الوضع لا يسعنا إلا أن نقترح بأن تكمل المادة ١٢٦٥ من القانون المدني ، والتي بينت حكم تساوي الشفعاء في الطلب والسبب بعبارة : " ما لم يسبب أحدهم ^{يطلب} أخص ، وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة التالية فيقدم على باقي الشفعاء " . ووفقاً لهذا التعديل المقترح فإن نص المادة ١٢٦٥ يقرأ كما يلي : " إذا تساوى الشفعاء في الطلب قدم صاحب السبب الأقوى على الترتيب المبين في المادة السابقة ، وإذا تساوا في الطلب والسبب قسمت الشفعة على رؤوس الشفعاء ، ما لم يكن سبب أحدهم أخص ، وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة التالية فيقدم على باقي الشفعاء " .

أحد عشر :- لم ينظم المشرع اليمني حالة تراحم الشفعاء عندما يكون المشتري واحداً منهم كما فعلت التشريعات العربية الأخرى . وبالتالي فإنه ينبغي الرجوع إلى ما قرره الفقه الإسلامي الحنفي بهذا الخصوص ، إعمالاً لنص المادة الأولى من

القانون المدني . وبذلك نكون قد أوجدنا حلا للتزاحم بين الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم ، وهو تقديم المشتري على سائر الشفعاء الآخرين إذا كان ينتمي إلى مرتبة أعلى منهم ، وتقديمهم عليه إذا كان ينتمي إلى مرتبة أدنى من مرتبتهم ، وتقسيم المال المشفوع فيه على عدد الرؤوس إذا كان المشتري في مرتبة واحدة مع باقي الشفعاء .

كما نقترح بأن يقوم المشرع اليمني بإضافة مادة إلى القانون المدني تنظم حالة تزاحم الشفعاء عندما يكون المشتري واحدا منهم ، حتى يمكن العودة إلى حكم هذه المسألة بسهولة ويسر ، بدلا من تحمل عناء البحث عنها في مراجع الفقه الاسلامي ، ويكون منطوق هذه المادة كالاتي : « إذا توافرت في المشتري الشروط التي تجعله شفيعا قدم على باقي الشفعاء الذين هم من طبقة أدنى منه ، ويتقدمون عليه إذا كانوا من طبقة أعلى منه ، وإذا كانوا من طبقة قسمت الشفعة على عدد رؤوس الشفعاء » .

اثنا عشر :- انفردت القوانين الوضعية باشتراطها في التصرف المجيز للشفعة أن يكون في مقابل ثمن نقدي فرتبت على ذلك عدم جواز الشفعة إلا في عقد البيع ، أو أي عقد آخر يمكن اعتباره بيعا ، نظرا لأن المقابل فيه مبلغ من النقود . وهذا بخلاف الفقه الاسلامي والقانون المدني اليمني اللذان أجازا الشفعة في كل عقد يترتب عليه انتقال المال المشفوع فيه إلى المشتري بمقابل مالي سواء كان هذا المقابل نقديا أو غير نقدي .

ثلاثة عشر :- إن القانون المدني اليمني لا يجيز الأخذ بالشفعة في البيع غير المسجل ، فهو من خلال نص المادة ٣/١٢٦٧ التي تشترط لصحة الشفعة ان يزول ملك المتعاقد بالعقد ، قد اشترط ضمنا تسجيل عقد البيع كي تستحق فيه الشفعة ، ذلك أن عقد البيع غير المسجل لا ينقل ملكية المبيع بين المتعاقدين وفقا لنص المادة ٥٣١ من القانون المدني إلا من وقت التسجيل ، أما قبل تسجيل العقد فان ملكية المبيع لا تنتقل إلى المشتري بل يظل المبيع في ملك البائع ، وطالما أن ملك البائع لم يزل عن المبيع في البيع غير المسجل ، فلا تستحق الشفعة في هذا البيع ،

تطبيقاً لشرط زوال ملك المتعاقد المنصوص عليه في الفقرة الثالثة من المادة ١٢٦٧ . وإن القول بغير ذلك يتعارض مع الآثار المترتبة على الأخذ بالشفعة التي أقرها القانون المدني اليمني ، ومنها التزام المشتري بنقل ملكية المبيع إلى الشفيع ، فإذا كان المبيع لم ينتقل إلى المشتري فلا نتصور أن بمقدور المشتري القيام بهذا الالتزام تجاه الشفيع ، كل ذلك يقتضي القول بتسجيل عقد البيع حتى تستحق فيه الشفعة . وبذلك يكون القانون اليمني قد خرج عن إجماع القوانين الوضعية بعدم إجازته الشفعة في البيع غير المسجل .

أربعة عشر :- إن المشرع اليمني حينما أراد تقرير إجازة الشفعة في الحقوق القابلة للبيع كاستثناء من شرط العينية في المال المشفوع فيه في المادة ١/١٢٦٧ ، قد أورد صيغة مخالفة لمضمون هذا الاستثناء إذ ينص بأنه : ((يشترط لصحة الشفعة أن يكون المشفوع عيناً فلا تصح الشفعة في المنافع ولا فيما لا يباع من الحقوق)) . وهذا يعني أن الشفعة تجوز فيما يباع من الحقوق ، أما ما لا يباع منها فلا تجوز فيه الشفعة لأنه لا يتصور قيامها في هذه الحقوق طالما وهي لا تباع لعدم قابليتها للبيع أصلاً كون الشفعة لا تثبت إلا بعقد البيع ، وما لم يتم فيه البيع لا تقوم فيه الشفعة ابتداء سواء كان حقاً من الحقوق أو عيناً من الأعيان . لذا نرى بأنه يتوجب على المشرع إعادة صياغة الفقرة (١) من المادة ١٢٦٧ والنص على الشفعة فيما يباع من الحقوق بشكل مباشر . كما نقترح بأن تعدل هذه الفقرة وتقرأ كما يلي : « أن يكون المشفوع عيناً فلا تصح الشفعة في المنافع ومع هذا تثبت فيما يباع من الحقوق » .

خمس عشر :- نرى أن القانون المدني اليمني قد أحسن صنعا عندما أخذ بالشفعة في العقار والمنقول دون أن يأخذ بحق الاسترداد ، لأن ذلك يؤدي إلى تحقيق وحدة التنظيم القانوني ، باعتبار أن الشفعة نظام مأخوذ من الفقه الإسلامي بينما الاسترداد هو نظام مأخوذ من القانون الفرنسي ، فإذا ما تم تنظيم حق الاسترداد في المنقول إلى جانب أحكام الشفعة في العقار فإن هذا سيقود إلى عدم الانسجام بين قواعد القانون في هذا الجانب . كما أن الأخذ بحق الشفعة في المنقول تساهل مع رأي بعض مذاهب الفقه الإسلامي يعني عن تنظيم حق الاسترداد نظراً لأن المحصلة النهائية للشفعة والاسترداد واحدة ، وهي أخذ الشريك حصّة شريكه

المباةة لأجنبي ، لكل ذلك فانه من غير المجدي الأخذ بحق الاسترداد على النحو الذي أخذت به بعض التشريعات العربية .

سنة عشر :- لم يميز القانون المدني اليمني في حالة بيع العين المشفوع فيها لعدة مشتريين في المادة ١٢٨٤ بين أن تباع هذه العين كأجزاء مفرزة ، وبين أن تباع على الشبوع ، فأجاز للشفيع اخذ نصيب بعض المشتريين في حالة تعددهم سواء كان نصيب كلا منهم مفرزا أو مشاعا .

سبعة عشر :- أجمعت كثير من القوانين الوضعية ، وكذلك الفقه الاسلامي ، والقانون المدني اليمني على عدم تجزئة الشفعة بأخذ جزء من المال المشفوع فيه حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري (المشفوع منه) فيلحقه الضرر . وقد رتبوا على طلب الشفيع جزء من المال المشفوع فيه سقوط حقه في الشفعة في كل المال المشفوع فيه .

ABSTRACT OF THE THESIS

This thesis is entitled “Terms and Conditions of the Taking by Pre-emption” in Islamic Jurisprudence , Yemeni Civil Law, (A Comparative Study) and some Civil Arab laws . It consists of an introduction, a preliminary chapter , other three chapters and a conclusion. We handled this exact research and study of the taking by pre-emption in positive law, Islamic Jurisprudenc and Yemeni Law.

In the introduction of the thesis , we explained the subject of the research it importance , the reason for its being selected and method pursued . With regard to the preliminary chapter, which is divided into three researches, we handled the general concept of pre-emption. It has been defined linguistically and conventionally by Islamic jurisprudents and various positive laws. The legality of pre-emption has been elicited from the Sunn'a and unanimity of Muslim jurisprudents . The discussion of the main characteristics of pre-emption are that pre-emption is an exceptional right; the transfer of pre-emption inheritance and its non-divisibility in each of the positive law, Islamic Jurisprudence and the Yemeni Law . Moreover, the definition of the legal nature of pre-emption and the difference of the positive law and the Islamic jurisprudence in its legal adoption points out the views that pre-emption is a right, and the views that have been considered as permission and lastly the views considered to be at a middle rank between the right and permission.

In chapter one, which consists of two studies in which the terms and conditions should subsist in the pre-emptor. It is necessary that one reason of pre-emption should exist in the pre-emptor. In it also the reasons for the taking of pre-emption by pre-emptors were indicated in some Arab legislations such as the Egyptian, the Libyan, the Lebanese and Iraqi legislations with a study and a demonstration of the views of legal jurisprudents in these reasons.

Also a discussion of these reasons by Islamic jurisprudence was made through an approach to these three views as indicated in the cause of pre-emption . We explained the view of those who restricted the right of pre-emption to the partner of the common property, then to the view of those who extended the reasons of pre-emption in addition to the partner of the property , to the close neighbour . We then proceeded to the group who took a middle stand between the two views. We followed that with a study of the reasons of pre-emptors taking the pre-emption in the Yemeni law showing the influence of Islamic jurisprudence on it. The second condition of pre-emption is that its reason in the taking by pre-emption should be stronger than the others on accumulation. We discussed cases of accumulation of numerous pre-emptors in the positive law , the Islamic jurisprudence and the Yemeni civil law, And pointed out that the rules of accumulation of pre-emptors of different groups, then the rules of pre-emptors' accumulation of one group and lately the rule of accumulation when the purchaser is one of the pre-emptors.

The second chapter has been concentrated on handling of the conditions that should be subsistent in the disposal allowing pre-emption in the three researches whereby we handled the disposal allowing pre-emption in the positive law in general and specifically in the Yemeni law. A study of pre-emption has been made on the unregistered sale, pointing out what characterizes the Yemeni law from the other laws in this line of disallowing pre-emption on unregistered sale. In this chapter we also proceeded in the discussion of terms of the disposal permitting pre-emption in Islamic jurisprudence indicating unanimity of jurists on allowing pre-emption on contracts of financial indemnity and their unanimity in disallowing pre-emption in contracts of donations as well, and their difference in permitting pre-emption of non-financial indemnity.

We allocated the third and last chapter to the study of terms and conditions which should subsist in the pre-empted money . This consisted of three subjects in which we speculated on the terms of pre-empted finance in each of the positive law, Islamic jurisprudence and the Yemeni law. We found in most of the Arab laws that they do not allow pre-emption except in property while the Yemeni law allows pre-emption in both moveable and immovable property which means

that the laws that did not take pre-emption in the moveables , had given the right of recovery , which is being affected by Islamic jurisprudence . In this regard, the definition the right of recovery and of its relation with pre-emption was made so that we could distinguish between the right of recovery and pre-emption. We found that when discussing terms and conditions of pre-empted money , the jurisprudents were divided into two groups . The first group feels that pre-emption should be restricted to pre-emption on property while the second group went further and allowed it on moveable and immovable property.

Lastly we concluded our thesis with a number of elicitation and proposals that have been totally arrived at through the comprehensive study of the terms and conditions of the taking by pre-emption in positive law, Islamic jurisprudence and the Yemeni law.

مراجع الرسالة

أولاً : مراجع الفقه الإسلامي :

(١) مراجع السنة النبوية الشريفة :
(١) صحيح مسلم :

للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج بن مسلم
القشيري النيسابوري ، الجزء الخامس ،
مؤسسة الطباعة لدار التحرير للطبع والنشر ،
القاهرة ، ١٣٨٤هـ .

(٢) فتح الباري :

للإمام الحافظ احمد بن علي بن حجر
العسقلاني ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ،
دار الريان ، للتراث ، القاهرة ، ١٤٠٧هـ -
١٩٨٦م .

(٣) نيل الاوطار شرح منقى الأخبار :

للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ،
الجزء الخامس ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ،
١٩٧٣م .

(٢) مراجع مذاهب الفقه الإسلامي :

(أ) المذهب الحنفي :

للعلامة فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ،
الجزء الخامس ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة
للطباعة والنشر بيروت ، لبنان ، ١٣١٥هـ .

(٤) تبين الحقائق شرح كنز الدقائق :

(وهي مطبوعة في كتاب تبين الحقائق ،
للزيلعي) الطبعة الأولى ، دار المعرفة
للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ،
١٣١٥هـ .

(٥) حاشية الشيخ شهاب الدين الشلبي :

للإمام اكمل الدين محمد بن محمود البابرتي
(وهو مطبوع مع كتاب نتائج الأفكار في كشف
الرموز والأسرار الذي هو تكملة شرح فتح

(٦) شرح العناية على الهداية :

القدير للمحقق الكمال بن الهمام) الجزء التاسع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ .

لسليم رستم باز ، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ .

تأليف لجنة من علماء الهند برئاسة الشيخ نظام ، وهي اللجنة التي أمر بتكوينها السلطان أبي المظفر محي الدين محمد اورنك ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، المطبعة الأميرية ، مصر ، ١٣١٠هـ .

للإمام شمس الدين السرخسي ، المجلد السابع ، الجزء الرابع عشر ، الطبعة الثالثة ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٣٩٨هـ - ١٩٨٧م .

لشمس الدين احمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي (وهو تكملة شرح فتح القدير للمحقق الكمال أبو الهمام) ، الجزء التاسع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ .

لبرهان الدين أبي الحسن علي بن أبو بكر بن عبد الجليل الراشداني المرغيناني ، الجزء الرابع ، الطبعة الأخيرة ، المكتبة الإسلامية ، بدون تاريخ .

لزكريا الأنصاري ، الجزء الثالث ، دار الفكر ، بدون تاريخ .

لزكريا الأنصاري ، الجزء الثالث ، المطبعة

(٧) شرح المجلة :

(٨) الفتاوى الهندية :

(٩) المبسوط :

(١٠) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار :

(١١) الهداية شرح بداية المبتدئ :

(ب) المذهب الشافعي :

(١٣) حاشية الجمل على شرح المنهاج :

(١٤) شرح البهجة :

- الميمنية ، معسر ، بدون تاريخ .
- (١٥) المجموع :
- لأبي زكريا محي الدين بن شرف النووي ،
الجزء الرابع عشر ، دار الفكر للطباعة
والتوزيع ، بدون تاريخ .
- (١٦) المنهاج :
- لابن زكريا محي الدين بن شرف النووي ،
(وهو مطبوع في كتاب مغني المحتاج ،
للشربيني) ، الجزء الثاني ، شركة مكتبة
ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده ،
مصر ، ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م .
- (١٧) مغني المحتاج إلى معرفة معاني
ألفاظ المنهاج :
- للشيخ محمد الشربيني الخطيب ، الجزء
الثاني ، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي
الحلبي وأولاده ، مصر ، ١٣٧٧هـ -
١٩٥٨م .
- (١٨) نهاية المحتاج شرح المنهاج :
- لشمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن
حمزه بن شهاب الدين الرملي ، الجزء
الخامس ، الطبعة الأخيرة ، دار الفكر ،
بيروت ، لبنان ، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م .
- (ج) المذهب الحنبلي :
- (١٩) أعلام الموقعين عن رب العالمين :
- لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر
المعروف بابن قيم الجوزية ، الجزء الثاني ،
دار الجيل للنشر والتوزيع والطباعة ،
بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣م .
- (٢٠) الشرح الكبير :
- للشيخ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن
أبي عمر محمد بن احمد بن قدامه المقدسي
(وهو مطبوع مع كتاب المغني ، لموفق الدين
بن قدامه) الجزء الخامس ، دار الفكر ،
بيروت ، لبنان ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م .
- (٢١) العدة شرح العمدة :
- لبهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم المقدسي ،

الطبعة الثانية ، المطبعة السلفية ومكثبتها ،
١٣٨٢هـ .

لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، الجزء
الرابع ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ،
١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .

للشيخ الإمام موفق الدين بن محمد عبد الله بن
احمد بن قدامه ، الجزء الخامس ، دار الفكر ،
بيروت ، لبنان ، ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م

(٢٣) المغني :

(د) المذهب المالكي :

للشيخ أبو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن
احمد بن رشد القرطبي ، الجزء الثاني ،
مطابع شركة الإعلانات الشرقية ، بالقاهرة ،
بدون تاريخ .

(٢٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد :

للعالم العلامة الشيخ محمد بن احمد بن عرفه
الدسوقي المالكي ، الجزء الخامس ، الطبعة
الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،
١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .

(٢٥) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير :

للإمام شهاب الدين الصنهاجي القرافي ، الجزء
الثالث ، دار المعرفة للطباعة والنشر ،
بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ .

(٢٦) الفروق :

للشيخ احمد بن غنيم سالم بن مهنا النفراوي ،
الجزء الثاني ، دار المعرفة للطباعة والنشر ،
بيروت ، لبنان ، بدون تاريخ .

(٢٧) الفواكه الدواني :

للإمام مالك بن انس الاصبحي ، الجزء الثاني
عشر ، مطبعة السعادة ، مصر ، ١٣٢٣هـ .

(٢٨) المدونة الكبرى :

هـ) المذهب الزيدي :

٢٩) البحر الزخار الجامع لمذاهب للإمام احمد بن يحيى بن المرتضى ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى ، مطبعة أنصار السنة علماء الأمصار :

المحمدية ، ١٣٦٨هـ - ١٩٤٩م .

٣٠) شرح الأزهار :

للعلامة أبو الحسن عبد الله بن مفتاح ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، مطبعة حجازي ، القاهرة ، بدون تاريخ .

و) المذهب الظاهري :

٣١) المحلى :

لابن محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم ، المجلد السادس ، الجزء التاسع ، المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، بدون تاريخ .

٣) مراجع حديثه في الفقه

الإسلامي :-

٣٢) الفقه الإسلامي وأدلته :

للدكتور وهبه الزحيلي ، الجزء الخامس ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر ، دمشق ، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م .

٣٣) فقه المعاملات :

للدكتور مصطفى سعيد الخن ، الطبعة السابعة ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م .

٣٤) فقه المعاملات الإسلامية :

للدكتور علي احمد القليصي ، ١٤١١هـ - ١٩٩٠م .

٣٥) المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية:

للدكتور عبد الكريم زيدان ، الطبعة الثالثة عشر ، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م .

ثانياً : المراجع اللغوية :

٣٧) تاج العروس :

للإمام اللغوي محب الدين أبي الفيض السيد

محمد مرتضى الحسيني الواسطي الزبيدي ،
المجلد السادس ، دار ليبيا للنشر و التوزيع ،
بنغازي (طبع على مطابع دار صادر
بيروت) ، ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م .

(٣٨) لسان العرب :

للإمام العلامة أبي الفضل جمال الدين محمد
بن مكرم بن منظور الافريقي المصري ،
المجلد الثامن ، الطبعة الأولى ، دار صادر ،
بيروت ، ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م .

(٣٩) المصباح المنير :

للعلامة احمد بن محمد علي الفيومي المقرئ ،
مكتبة لبنان ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٧م .
الطبعة الثامنة والعشرون ، دار المشرق ،
بيروت ، ١٩٨٦م .

(٤٠) المنجد في اللغة والأعلام :

ثالثاً : المراجع القانونية :

طلب المستأجر الأخذ بالشفعة في الفقه
الإسلامي والقانون ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .

(٤١) د. احمد عبد الحكيم احمد العناني :

إجراءات التنفيذ ، الطبعة العاشرة ، منشأة
المعارف بالإسكندرية ، ١٩٩١م .

(٤٢) د. احمد أبو الوفاء :

الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء
الخامس ، دار الفكر الجامعي ، ١٩٩٨م .

(٤٣) أنور طلبه :

شرح عقدي البيع والمقايضة ، دار النهضة
العربية ، بيروت ، ١٩٨٣م .

(٤٤) د. أنور سلطان :

عقد البيع ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ١٩٨٥م .
العقود الشائعة والمسماة ، دار الفكر ، ١٩٧٠م .

(٤٥) د. توفيق حسن فرج :

الحقوق العينية الأصلية ، الجزء الأول ،
الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ،
القاهرة ، ١٩٨٨م .

(٤٦) د. جاك يوسف الحكيم :

(٤٧) د. جميل الشرفاوي :

- (٤٨) د. رأفت محمد حماد :
الصوريه في القانون المدني المصري ، بدون تاريخ .
- (٤٩) أستاذنا د. سعد محمد سعد :
النظرية العامة للحق ، الطبعة الأولى ، دار جامعة عدن للطباعة والنشر ، ١٩٩٧م .
- (٥٠) أستاذنا د. سعد محمد سعد :
مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٧م .
- (٥١) د. سليمان مرقس :
الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، مكتبة صادر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٢م .
- (٥٢) د. سليمان مرقس :
الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، المجلد الرابع ، الطبعة الثانية ، مكتبة صادر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٢م .
- (٥٣) د. سهيل الفتلاوي :
حق الملكية ، الطبعة الأولى ، دار الفكر المعاصر ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م .
- (٥٤) د. عبد الرزاق السنهوري :
الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٦م .
- (٥٥) د. عبد الرزاق السنهوري :
الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس ، المجلد الثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٦م .
- (٥٦) د. عبد الرزاق السنهوري :
الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثامن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٦م .
- (٥٧) د. عبد الرزاق السنهوري :
الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٦م .
- (٥٨) د. عبد المنعم فرج الصده :
الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٨٣م .

- ٥٩) د. عبد المنعم فرج الصده : محاضرات في القانون المدني ، الجزء الثالث ، ١٩٦٣م
- ٦٠) د. عبد العزيز محمد أبو غدیر : التعليق على نصوص الشفعة ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ .
- ٦١) د. عبد الناصر توفيق العطار : مصادر الالتزام ، مؤسسة البستاني للطباعة ، القاهرة ، بدون تاريخ .
- ٦٢) د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م .
- ٦٣) د. عبد الحكيم فوده : الوعد والتمهيد للتعاقد ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ١٩٩٢م .
- ٦٤) د. غني حسون طه : حق الملكية ، الجزء الأول ، مطبعة مقهوي ، الكويت ، ١٩٧٧م .
- ٦٥) د. قائد سعيد الثريب : الوجيز في أحكام عقد البيع ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٥م - ١٩٩٦م .
- ٦٦) د. مأمون احمد الشامي : حق الملكية ، دار الفكر المعاصر ، صنعاء ، ١٤١٦هـ .
- ٦٧) محمد كامل مرسي : الملكية والحقوق العينية ، الطبعة الثانية ، المطبعة الرحمانية ، مصر ، ١٩٢٨م .
- ٦٨) د. محمد حسين منصور : الحقوق العينية والكفالة ، مطبعة التونسي ، الاسكندرية ، ١٩٩٢م
- ٦٩) د. محمد بن حسين الشامي : النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، مكتبة الجيل الجديد ، صنعاء ، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م .
- ٧٠) المستشار مصطفى مجدي هرجه : الشفعة ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٦م .
- ٧١) مصطفى محمد الجمال : نظام الملكية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، بدون تاريخ .

رابعاً : البحوث والمجلات :-

خيار الشفعة ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، السنة الثانية عشرة ، العدد الثاني ، يوليو ١٩٨٨م ، كلية الحقوق بجامعة الكويت .
الشفعة بين الوجوب والإسقاط في النظام الإسلامي ، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة ، العدد التاسع والثلاثون ، السنة العاشرة ، أغسطس سبتمبر أكتوبر ، ١٩٩٨م .

(٧٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل :

(٧٣) د. صلاح عبد الغني الشرع :

الشفعة في القانون المدني الأردني ومشروع المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، القسم الأول ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، السنة التاسعة ، مارس ١٩٨٥م ، العدد الأول ، كلية الحقوق بجامعة الكويت .

(٧٤) د. محمد الجندي :

خامساً : التشريعات :-

رقم (١٩) لعام ١٩٩٢م
رقم (١٣١) لعام ١٩٤٨م
رقم (٤٠) لعام ١٩٥١م
رقم (٤٣) لعام ١٩٧٦م
رقم (٥) لعام ١٩٨٥م
الصادر بالقرار رقم (٣٣٣٩) لعام ١٩٣٠م
رقم (٨) لعام ١٩٨٨م
للقانون رقم (١٧) لعام ١٩٨٣م باصدار الكتاب الرابع من القانون المدني (المعاملات الشرعية) في شأن الملكية وما يتفرع عنها .

(٧٥) القانون المدني اليمني :

(٧٦) القانون المدني المصري :

(٧٧) القانون المدني العراقي :

(٧٨) القانون المدني الأردني :

(٧٩) القانون المدني الإماراتي :

(٨٠) قانون الملكية العقارية اللبناني :

(٨١) القانون المدني اليمني السابق :

(٨٢) المذكرة الإيضاحية :