

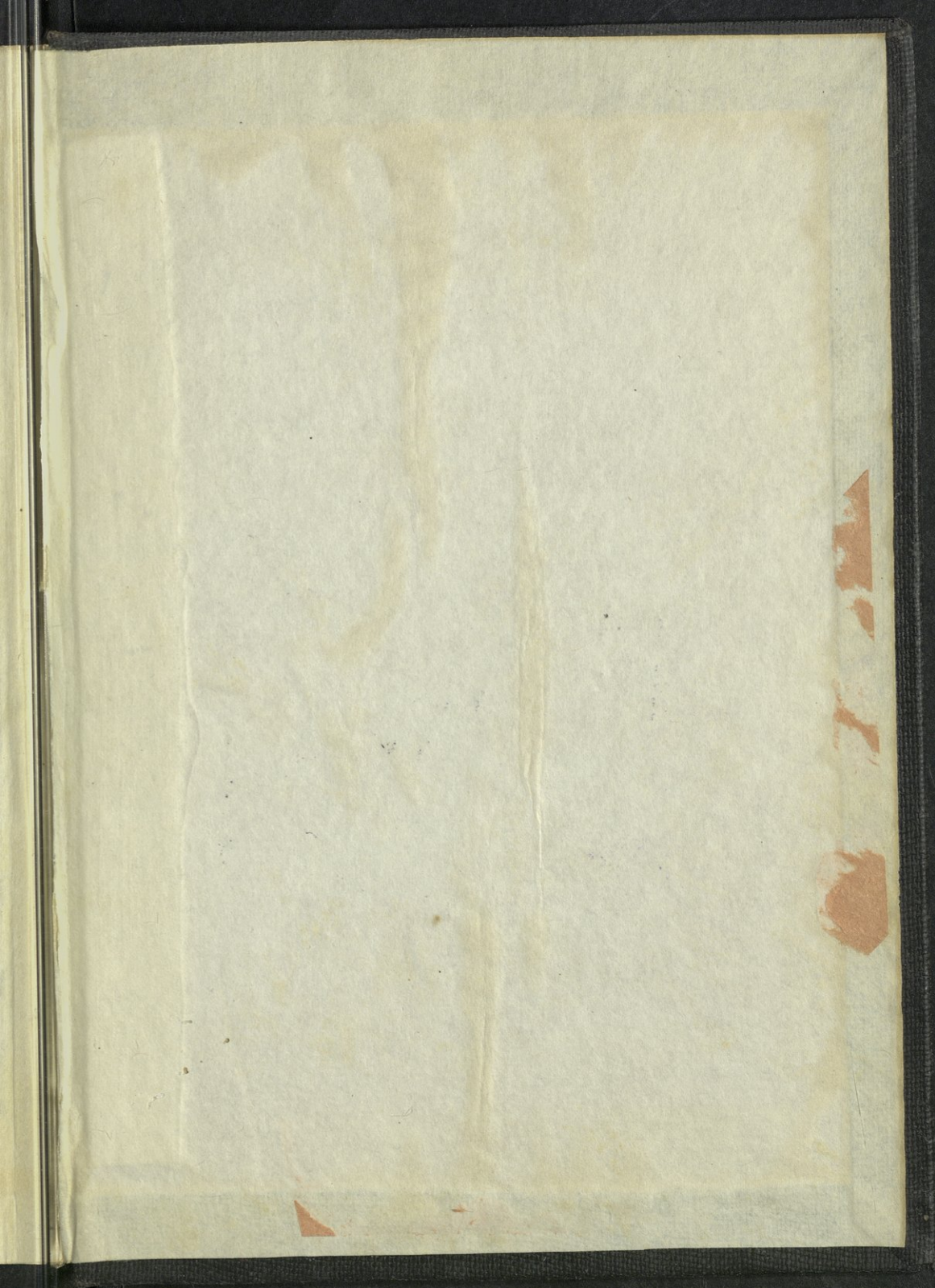
الشفعة

45

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

تأليف

زهدي يكن



349.569 : Y15.5A

لبن - زهرى

الشفة

349.569

Y15.5A

MAR 2 '58

J. Lib.

- 1 JUN 1981

NOV 7 1973



الشفعة

مكالم

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

تأليف

زهدي يكن

59946

النَّاشِر

مكتبة دار في بيروت

١٩٦٥



حقوق الطبع محفوظة المؤلف

مطابع صادر - ريجاني : بيروت لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نستعين

وبعد ، فهذا شرح شامل لمواد الشفعة الواردة في الفصل الخامس من قانون الملكية دعائي الواجب لوضعه بعد ان رايت تشعب الاراء واضطرابها بموضوع الشفعة مع قلة موادها وغوضها .

وقد اجتهدت كثيراً ان يكون هذا الشرح جامعاً وافياً ، حاوياً اقوال العلماء واجتهادات المحاكم

وسيرى القارئ الكريم انني لم اترك مسألة تهمة في الشفعة الا وابنت له احكامها ، وتبسطت في بيانها ، وقد اخترت له احدث المباحث والقوانين الباحثة عن الشفعة وجعلت الشرح تعليقاً على كل مادة ، فان هذا ادعى لسهولة المراجعة وجمع شتات البحث ، في المحل المناسب له

وكل ما اقتناه في النهاية ان يكون هذا الكتاب بما حوى من المباحث القانونية والشرعية الجليلة ، اداة لاطهار الحق ، وازهاق الباطل

مختتما هذه المقدمة الوجيزة بقول ابن الرومي

اول ما اسأل من حاجة ان يقرأ الشعر الى آخره
ثم كفاني بالذي ترتني في جودة الشعر وفي شاعره

بيروت في ٩ ك ٢ سنة ١٩٤٥

زهدي بكمر

اهم المراجع العربية

شرح مجلة الاحكام العدلية الجزء الثاني - للمرحوم محمد سعيد مراد الفزي
 درر الحكام - شرح مجلة الاحكام - تأليف علي حيدر افندي
 شرح المجلة - للمرحوم سليم رستم باز
 شرح مجلة الاحكام العدلية - للاستاذ محمد سعيد المحاسني . الجلد الثاني
 البحر الرائق - شرح كثر الدقائق - للعلامة (طوري) الجزء الثامن
 مجمع الانهر - شرح ملتقى الابحر - للعلامة عبد الرحمن افندي داماد - الجزء الثاني
 بدر المنتقى في شرح الملتقى - لابن عابدين الجزء الثاني
 رد المختار - على الدر المختار - لابن عابدين الجز الخامس
 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للعلامة الكاساني الجزء الخامس
 المبسوط للعلامة السرخسي الجزء الرابع عشر
 فتح القدير - للمحقق الكمال ابن الهمام الجزء السابع
 شرح النهاية على الهداية للامام اكمل الدين البابرتي الجزء الثاني
 حاشية الحلبي - على شرح الغنية - وعلى الهداية
 اعلام الموقعين - لابن القيم الجوزية الجزء الثاني
 المدونة الكبرى - رواية الامام سحنون عن ابن القاسم عن الامام مالك - الجزء ١٢

المراجع الاجنبية

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

في حق الشفعة

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

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

تعريف مرشد الخيران .
 تعريف ابن عرفة الوارد في سيدي خليل .
 تعريف الشفعة بمشروع القانون
 الاسلامي الموضوع للجزائر
 تعريف مايسوناس للشفعة
 ما هو تعريف الشفعة بالشريعة ؟
 تعريف الشفعة بالقانون المدني
 التركي
 تعريف القانون السويسري
 ما هي الشفعة الاتفاقية في سويسرا
 وتركيا والمانيا ؟
 تعريف القانون الالماني للشفعة ؟
 تعريف الشفعة في اسبانيا
 تعريف الشفعة في القانون المراكشي
 ٣٦ القبول الاحترازية في تعريف الشفعة
 ٣٧ هل الشفعة حق عيني أو شخصي ؟
 ٣٨ الشفعة وهل هي محصورة بالعقار ؟
 ٣٩ الحكر والشفعة
 ٤٠ هل يشفع بالحكر
 ٤١ حق التبلي والشفعة
 ٤٢ السطحية وهل تعطي حق الشفعة ؟
 ٤٣ هل لصاحب حق الانتفاع الشفعة ؟
 ٤٤ هل للمعبر حق الشفعة ؟
 ٤٥ شفعة الصغير

٢٢ ٦ تركيا
 ٢٣ بدء العمل بالشفعة بحسب قانون
 الملكية
 ٢٤ تتميم احكام المادة ٢٣٨ من
 قانون الملكية
 ٢٥ مصادر حق الشفعة
 ٢٦ مشروعية الشفعة . وصية بالانيول
 بالاخذ بنظام الشفعة
 ٢٧ منافع الشفعة
 ٢٨ ثبوت حق الشفعة
 ٢٩ هل يجوز استعمال الخيل لاسقاط
 الشفعة ؟
 التحليف على ابطال الشفعة بالخيلة .
 الخيلة وقانون الشفعة
 ٣٠ استعمال الشفعة لمنفعة اجني
 ٣١ هل الشفعة قرينة قانونية على
 وقوع الضرر للشفيع ؟
 ٣٢ نظام الشفعة وهل يشمل ما قبله ؟
 ٣٣ اي النصين يراعى في الشفعة العربي
 ام الفرنسي ؟
 ٣٤ في تعريف الشفعة بالقانون
 ٣٥ هل هذا التعريف مستقيم ؟
 التعريف الجامع للشفعة :
 تعريف المجلة

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

وبما ان الشفيع يضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة^١ وهي بالضم على وزن فعلة بمعنى المفعول اسم للملك المشفوع بملك ويسمى من له حق الشفعة الشفيع^٢ والعقار الذي تعلق به حق الشفعة المشفوع^٣ والذي وجبت به الشفعة المشفوع به^٤ واما قولهم الدار التي يشفع بها فمن استعمال الفقهاء^٥

٢ - ويطلق الفرنسيون كلمة « Prémption » على الشفعة ، ويرجع اصل هذه الكلمة الى الكلمة اللاتينية Præemptio ومعناها الشراء Achat ويسمى الشفيع Prémpteur وحق الشفعة Droit de préemption والدلالة على الشفعة المعروفة بالشريعة الاسلامية يستعملون غالباً نفس اللفظة العربية ويعبرون عنها بكلمة « cheffaâ »^٦ و La chéfâ^٧ و chefea'at^٨ وقد يطلق على الشفيع لفظة L'auteur du retrait او Retrayant وعلى الشفعة لفظة Le retrait^٩ ولكن الاولى اطلاق الالفاظ الاولى حتى لا يقع الاشتباه بين الشفعة وبين حق استرداد الحصة المبيعة المعروفة بالقانون الفرنسي

١ الهداية جزء ٢ ص ١٨ ، المبسوط جزء ١٢ ص ٩٠ ، الزبائي جزء ٥ ص

٢٣٩ ، البحر الرائق جزء ٨ ص ١٢٣ ، الدرر جزء ٢ ص ٢٠٨

٢ المادة ٩٥١ من المجلة

٣ المادة ٩٥٣ منها

٤ المادة ٩٥٤ منها

٥ مجمع الاثر جزء ٢ ص ٤٧١

٦ دالوز المادة ٨٤١ فقرة ٢ ص ١٨٣

٧ مارنر ر ، اطروحة ، طبعت بباريس سنة ١٩١٠

٨ راجع الفقرة ٤ الآتية

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

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

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

هذا هو اصل الشفعة الذي كانت تفرضه الجماعة

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

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

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

٢ راجع المادة ٩٦ من قانون الاراضي العثماني والمادة ٩١ منه

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

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

وكذلك القانون الروماني عرف نوعاً من الشفعة (انظر ج. ٠ فاتون G. Phaton, Observations sur le droit de protimesis en droit Byzantin, dans la revue générale du droit de la législation et de la jurisprudence, années 1903, p. 432; 1904, p. 143; et 1905, p. 33; Jobbé-Duval, op. cit. p. 92 et s. - la protimesis est surtout connue dans le droit Byzantin)

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

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

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

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

Zey; tome 2; p. 73 ٢

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

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

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

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

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

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

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

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

المشتركة كالطريق الخاص ، والشرب الخاص لا العام^١
 وحق الرجحان يترتب بالدرجة الاولى للشريك فاذا لم يكن او كان واباه
 او تنازل عنه فللمخليط يرجح بذلك الاخص على الاعم في العقار . فالمخليط
 الذي له الحق في الشعبة التي فيها المفروغ عنه يرجح على من في غيرها^٢
 ٨ - الفرق بين حق الرجحان والشفعة :

- ١ حق الرجحان يورث كما رأينا ، وحق الشفعة لا يورث
- ٢ وتتوقف الشفعة على ان تكون فور العلم بالعقد بشروط وقيود
 تسقط بعدم رعايتها وحصولها كما فصلت احكامها المجلة ، وحق الرجحان
 يثبت على التراخي بلا شرط ولا قيد سوى طلبه بالمدة والاذن بالفراغ
 والاستسكاف عن الاخذ به
- ٣ وبحق الرجحان يترتب الشمن بتقدير اهل الخبرة . وفي الشفعة ،
 يترتب الاخذ بها بحسب الشمن المسمى مع انه بحق الرجحان يجب بدل المثل
 فحسب سواء اكان هناك بدل مسمى او لم يكن
- ٤ ان الجار الملاصق للشفيع لا رجحان له في الاراضي الاميرية بخلاف
 الشفعة في عهد المجلة
- ٥ اذا تعدد الطالبون يراعى عدد الرؤوس بحق الرجحان وعدد
 الحصص بالشفعة

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

١ راجع المادة ٩٥٥ - ٩٥٦ من المجلة

٢ المادة ١٠٠٩ - ١٠١٤ من المجلة

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

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

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

من صغر وغيبة وجنون

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

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

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

٣ ان يكون جاراً ملاصقاً للعقار المبيع

اما اسباب الرجحان في الاراضي الاميرية فثلاثة كما قدمنا تختلف عن اسباب الشفعة^٢:

١ الشريك والخليط

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

٣ صاحب الحاجة من اهالي القرية

واسباب الشفعة بحسب قانون الملكية تنحصر: ١ في الشريك بالعقار المشترك^٢ في الشريك في الحقوق العينية العقارية وقد اصبحت العقارات الاميرية والعقارات الملك سواء في الاخذ بالشفعة بحكم المادة الاولى من القرار رقم ٥٧ ل ٠ - المؤرخ في ٢١ حزيران سنة ١٩٣١ التي تمت المادة ٢٣٨ من قانون الملكية الحالي

١ راجع المادة ١٠٠٩ من المجلة

٢ راجع الفقرة ٦ - ٩ المتقدمة من هذا الكتاب

١٢ - الشفعة والقانون الفرنسي : لا يوجد في فرنسا نظام خاص للشفعة وإنما توجد فيها حالة خاصة تشبه حق الشفعة تسمى حق استرداد الحصة المبيعة^١ ورد النص عليها بالمادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي فقد جاء في هذه المادة « كل شخص لم يكن وارثاً ولو كان قريباً للفتوفى تنازل له احد الورثة عن حصته في التركة ، فلباقى الورثة او احدهم ، الحق في اخراجه من القسمة ، ودفع قيمة الحصة المبيعة له » فاذا باع احد الورثة حصته الشائعة في تركة او جزءاً شائعاً منها كالثالث والرابع مثلاً فيحق لباقي الورثة او لاحدهم حتى القسمة ان يسترد الحصة المبيعة بدفع ثمنها الى المشتري . والغرض من هذا الحق كما قال شراحهم منع الاجنبي من التدخل في العائلات والاطلاع على اسرارها

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

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

وقياساً على هذا القول قلنا^٢ ان يبيع الشريك نصيبه لاحد الشركاء

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

٢ شرح قانون الملكية جزء ٢ ص ٣٦١ و ٣٣٥ وص ٧٨ من الجزء الاول من الشرح العملي و ٧١ منه ايضاً والمادة ٨٣٧ من قانون الموجبات والعقود و ٢٣٨ من قانون الملكية

لا يجوز للآخرين طلب الشفعة لان علة الشفعة هي ازالة الشيوع وهو باق بالنظر لتعدد الشركاء في الملك الواحد

واما التصرفات التي يترتب عليها استعمال حق الاسترداد فهي عقود البيع لا عقود التبرعات كالهبة ، وهذا الحكم يوافق احكام الشفعة فانها لا تجري الا بعقد المعاوضة كما سيأتي تفصيله

وبما تقدم يتضح ان حق الاسترداد كحق الشفعة من جهة انه نوع من نزاع الملكية الفردية للمنفعة الخاصة

وقد ابطال القانون الايطالي الحديث حق الاسترداد اما القانون الالماني فقد نص عليه بالمادة ٢٠٣٤

١٣ - اختلاف حق الاسترداد عن حق الشفعة : يختلف حق الاسترداد عن حق الشفعة بامور كثيرة اهمها :

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

٢ ان حق الاسترداد مقيد بالتركات والشركات على رأي البعض مع ان حق الشفعة مطلق يشمل انواع الشيوع بالعقار

٣ ان حق الاسترداد يسقط بالتنازل عنه صراحة او ضمناً وليس له اجل خاص ويسقط بتمام قسمة التركة مع ان حق الشفعة حدد بآجال اذا مضت سقط حق الشفعة

٤ اذا بيعت الحصة بالمزاد العلني جاز الاسترداد^١ ويرى البعض جواز الاسترداد اذا حصل المزاد برغبة الملاك ولم يكن جهراً وفي الشفعة اذا وقع

١ دالوز : تعليقات على المادة ٨٤١ من القانون المدني فقرة ٩٦

البيع جبراً فلا يستعمل حق الشفعة^١

٥ - يقرر القضاء في فرانسة في بعض احكامه ، ويؤيده اكثر العلماء ، بان الاسترداد لا يجوز اذا انصرف البيع الى حصة شائعة في عقار معين او عقارات معينة^٢ ولا شيء من ذلك في الشفعة

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

١٤ - استرداد الحق المتنازع فيه في فرانسة : يجوز في فرانسة بيع الحق المتنازع فيه سواء اكان حق ملكية او حقاً عينياً او ديناً عادياً . وقد اجاز القانون الفرنسي للغير الذي اقيمت عليه الدعوى كواضع اليد على العقار او المدين ، ان يطالب المشتري باسترداد الحق المتنازع فيه على شريطة ان يدفع ثمن الصققة وبعض ملحقاتها وقد اجاز الشارع الفرنسي هذا النوع من الاسترداد لان الذي يُقدم على شراء الحق المتنازع فيه لا يخرج من عداد المرابين فيشتري الحق بثمن بخس ، ثم يتابع المدعي عليه بلا شفقة ولا رحمة فاوجد هذا النوع من الاسترداد ، ومع فائدته الظاهرة فانه لا يزال موضع جدل بين العلماء في فرانسة^٣

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

١ المادة ٢٥٤ من قانون الملكية .

٢ دالوز فقرة ١٠٧

٣ بلانيول فقرة ١٦٤٩ و ١٦٥٠

يوتيه^١ نوعاً مسن انواع حق الاسترداد الاتفاقي . وعلى ذلك يمكن القول انه احد انواع الشفعة وقد رتب القانون الالماني احكامه بالمواد ٥٠٤ - ٥١٤ والمواد ١٠٩٤ - ١١٠٤ ، واعطاه اسم الشفعة La préemption^٢ وهو غير حق استرداد الحصة المبيعة الموروثة الذي نصت عليه احكام المواد ٢٠٣٤ - ٢٠٣٦ من القانون المدني الالماني والمحصور بالحصص المنتقلة ارثاً .

١٦ - عدول المستملك عن الاستملاك : ورد بالمادة ٣٠ من قرار الاستملاك رقم ٤٥ L.R. الصادر في ٢٠ ت ١ سنة ١٩٣٥ ان المستملك اذا صرح بالعدول عن المشروع الذي جرى من اجله الاستملاك فيحق لمن تزعت ملكيته ان يسترد الاملاك التي تفرغ عنها مقابل رده البديل الذي عين للاستملاك ، ويجب عليه ان يستعمل هذا الحق في خلال الاشهر الستة التي تلي ابلاغ العدول الذي يجب على المستملك نشره في الجريدة الرسمية والا سقط حقه وقد سمي دالوز حق الاسترداد هذا شفعة واطلق عليه كلمة Prémption^٣ كما سمي القانون الالماني حق الاسترداد الذي يستعمله البائع ضد المشتري منه شفعة ، وسمي حق الاسترداد الحصة الموروثة شفعة ايضاً كما قدمنا .

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

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

٣ راجع دالوز تحت لفظة تزع الملكية للشفعة العامة فقرة ٢٣٦ و ١٠٦١ وما يليهما .

١٧ - نظام الشفعة في اسبانيا : فضلاً عن حق الاسترداد الموضوع لمصلحة البائع والمنصوص عليه بالمواد ١٥١١ وما يليها من القانون المدني الاسباني ، فإنه يوجد لديهم نظام يشبه حق الشفعة المعروفة عندنا يستعمله المالك على الشيوع اذا نقل شركاؤه او احدهم حصصهم لأجنبي عنهم^١ ويستعمل هذا الحق في حالة تعدد الشركاء طالبي حق الشفعة بنسبة حصة كل منهم في العقار المشترك .

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

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

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

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

١ راجع المادة ١٥٢٢ من القانون الاسباني

٢ راجع المادة ١٥٢٣ منه

٣ راجع بالمجلة الانتقادية لسنة ١٩٢٤ مقالا لـ كيجولا تحت عنوان :

La renaissance des retraits

بالنسبة للأوربيين تبعاً للظروف وطبيعة العقار اما اليوم فان القبائل الاهلية يسري عليها نظام الشفعة واما الاوربيون فانه يسري عليهم نظام حق الاسترداد الوراثي المعروف بالقانون المدني الفرنسي والذي اشارت اليه المادة ٨٤١ منه والذي تجري احكامه على الاراضي المعتبرة فرنسية .

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

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

١٩ - نظام الشفعة في تونس : واما في تونس فان الاراضي المسوحة قد وضع لها نظام خاص لا تتفق احكامه مع احكام الشفعة عندنا . واما الاراضي غير المسوحة فيسري عليها نظام الشفعة المقرر بالشريعة الاسلامية مع تعديل يتناسب مع العادات المحلية وستأتي تفاصيل اوسع في غير هذا الموضع .

٢٠ - نظام الشفعة في مراکش : حوى قانون الملكية العقارية في مراکش المؤرخ في ٢ حزيران ١٩١٥ احكاماً خاصة بالشفعة تشبه احكام الشفعة في قانون الملكية المعمول به في سوريا ولبنان . وانما اشارت المادة ٣٠ منه ان حق الشفعة يظل بين المسلمين خاضعاً للاحكام الشرعية ، وستتبسط باحكامه في المواضع الخاصة من هذا المؤلف .

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

١ لان شفعة الجوار موجودة عندهم

٢ هذا هو رأي محكمة الاستئناف بدوائرها المجتمعة في ٣٠ تشرين الثاني سنة ١٩٢٢ ، على ان هناك آراء واجتهادات تناقضه لا محل لاستعراضها لعدم وجود الخلفين في بلادنا

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

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

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

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

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

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

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

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

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

-
- ١ يعني قانون الاراضي ، وعلى ذلك اصبحت المادة الاولى من القرار ٥٧ كفقرة ثمانية للمادة ٢٣٨ من قانون الملكية التي خصصت لتعريف حق الشفعة .
 - ٢ تميز لبنان ١٢ نيسان سنة ١٩٣٣ راجع ملحق هذا الكتاب
 - ٣ ص ١٨٢ جزء اول من مجموعة النصوص التشريعية العقارية في سوريا ولبنان طبعة المفوضية .

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

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

١ جزء ٢ ص ٢٥٥

٢ جزء ٧ ص ٤٠٥ و ٤٠٦

٣ يريد هنا بالمجاورة الشراكة والمجاورة الحقيقية كما يعلم من سياق كلامه
فقلاً عن النهاية ومعراج الدراية في تفسير قوله تعالى لاعدنه عذاباً شديداً اي
لازمته صحبة الاضداد

٤ جزء ١٢ ص ٩١

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

وقال الطوري^٢ : ان سبب الشفعة دفع الضرر الذي ينشأ من سوء
المجاورة على الدوام من حيث ايقاد النار ، واعلاء الجدار ، واثارة الغبار
وقد عقب على ذلك ابن عابدين قائلًا « لا يقال ان ما ذكر ضرر موهوم »
وان الاخذ من المشتري ضرر محقق به ، لانا نقول هو غالب فيرفع قبل
وقوعه والا فقد يحصل ان لا يتمكن من رفعه ، وما أحسن ما قيل :
كهم معشر ساهوا لم يؤذهم سبع وما نرى احداً لم يؤذه بشر
واحسن مما تقدم ما ورد في اعلام الموقعين ، لابن القيم الجوزية^٣ في
حكمة مشروعية الشفعة فقد قال : ان الشركة منشأ الضرر في الغالب ،
فان الخطاء^٤ يكثر فيهم بغني بعضهم على بعض ، ولذلك شرع رفع هذا
الضرر بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه ، وبالشفعة تارة
وانفراد احد الشريكين بالجملة اذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك . فاذا
اراد بيع نصيبه واخذ عوضه كان شريكه احق به من الاجنبي ، وهو

١ راجع هامش ٤ فقرة ٢٣ المتقدمة

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

٣ جزء ٢ ص ٢٤٧ و ٢٤٨

٤ اي الشركاء

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

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

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

وبناء على ما تقدم فاننا لا نؤيد قول من انتقد الشفعة واعتبرها نظاماً مضطرباً لا يأتلف مع النظام الاجتماعي الحاضر ، مع ان اكثر القوانين المدنية الحديثة قد ادخلت أنظمة خاصة شبيهة بالشفعة كما سبق واشرنا في غير هذا المكان^١

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

١ راجع فقرة ١٧ من هذا الكتاب

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

وثبت حق الشفعة ايضاً بالحديث الذي اخرجه ابو داود ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : جار الدار احق بدار الجار او الارض^١

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

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

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

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

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

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

١ المبسوط جزء ١٢ ص ٩٠ مع توضيح في العبارة

٢ الادلة الاصولية للغزي جز ٢ ص ٢٥٥ .

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

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

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

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

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

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

فالشرعية كما قال بحق ، صاحب اعلام الموقعين ، بعيدة عن الحيل ،
تأبأها ولا ترضاها وهذا قوله فيما يتعلق باستعمال الحيل^٢ : « ان المتأخرين
احدثوا حيلاً لم يصح القول بها عن احد من الائمة ونسبوها الى الائمة وهم مخطئون
في نسبتها اليهم ، ولهم مع الائمة موقف بين يدي الله ، ومن عرف سيرة
الشافعي وفضله ومكانه من الاسلام ، وعلم انه لم يكن معروفاً بفعل

١ المكّي جزء اول ص ١٦٠

٢ اعلام الموقعين الجزء الثاني ص ١١٨ طبعة هندية

« الشفعة ٣ »

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

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

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

١ ص ١٢١

٢ ص ١٢٢

٣ مع انها كثيرة ، أوردها المؤلف في بحثه هذا

وذلك مما يقطع به كل من له ادنى اطلاع على احوال القوم وسيرتهم
وفتاويهم .»

وقال بشأن الشفعة^١ : «ومن الحيل الباطلة المحرمة التحيل على اسقاط ما
جعله الله حقاً للشريك على شريكه من استحقاق الشفعة دفعاً للضرر، والتحيل
لابطالها مناقض لهذا الغرض وابطال لهذا الحكم بطريق التحيل ، وبعد
ان ذكر الحيل المستعملة لابطال الشفعة قال : ان الامام احمد في رواية
اسماعيل بن سعيد سئل عن الحيلة في ابطال الشفعة فقال لا يجوز شي . من الحيل
في ذلك ولا في ابطال حق مسلم ، وقال عبدالله بن عمر في هذه الحيل
واسبابها ، من يخدع الله يخدعه ، والحيلة خديعة ، وقد قال النبي صلى الله
عليه وسلم لا تحل الخديعة لمسلم » . اهـ

فالامام مالك ، والامام احمد لم يجوزوا استعمال الحيل لاسقاط حق الشفيع ،
وحجتهم ان الحيلة لابطال الشفعة مناقض للغرض المقصود منها^٢

والامام ابو حنيفة والشافعي ، اجازوا استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة
وحجتهم القياس على قصة ايوب الواردة بالاية القرآنية « وخذ بيدك ضعفاً
فاضرب به ولا تحنث »

ولا تُكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد^٣
على التفصيل الاتي :

فالحيلة اما ان تكون بعد وجوب الشفعة واما قبل الوجوب فان كانت

١ ص ١٢٥

٢ الميزان للشمراني جزء ٢ ص ١٠٤

٣ تكملة الفتوح لقاضي زاده افندي جزء ٧ ص ٤٥٠ ، وبدائع الصنائع جزء

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

ووجه قول ابي يوسف ان الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة
سبب الامتناع شرعاً وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات
ويقول ابن عابدين^١ ان الفتوى على قول ابي يوسف بالشفعة^٢ وانما قيده
في السراجية بما اذا كان الشفيع غير محتاج الى الشفعة . واستحسنه محشي
الاشباه

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

جاء في حاشية ابن عابدين على اندر المختار^٣ : ادعى الشفيع على المشتري
انه احتال لابطال الشفعة يحلف . وفي الوهبانية خلافه

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

١ جزء ٥ ص ٢١٤

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

٣ جزء ٥ ص ٢١٧

لعدم ثبوتها ابتداء لا تذكره عند أبي يوسف وعلى قوله الفتوى كما في الدرر والفرار^١

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

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

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

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

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

٢ ابن عابدين جزء ٥ ص ٢٢٠

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

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

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

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

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

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

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

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

١ راجع في تأييد هذا المبدأ ما قرره غارسونه بالجزء الاول فقرة ٣٠٣
واوبري ورو ، جزء ٨ فقرة ٧٤٨ ص ١٣٦ فقد قررا عدم جواز قبول الدعوى
بالاسم المستعار اذا كانت نتيجة غش قانوني وعليه فإن مقررناه هو ما لاحظنا انه غاية
الشريعة والشارع

٢ لا لغيره بطريق الاسم المستعار

٣ اي اجني عن الشركاء لا الشركاء انفسهم

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

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

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

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

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

٣٥ - تعريف الشفعة ناقص :

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

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

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

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

٢ المادة ٩٥٠ من المجلة

٣ المادة ٩٥ منه

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

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

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

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

عرف الفقهاء الشفقة : بانها تملك العقار وما في حكمه جبراً على

١ Trad, Seignette., P. 378

٢ Op. Cit., P. 375

٣ مادة ٣٤٢ ص ٨٤ و ٨٥ طبعة ١٨٩٨

٤ كالعلوي يستحق بالشفقة وتستحق به الشفقة في السفلى وان لم يكن طريق العلو
في السفلى لانه التحق بالعقار بما له من حق القرار (الدرر جزء ٢ ص ٢٠٨)

المشتري^١ يمثل ما قام عليه من الثمن^٢

عرفت الشفعة المادة ٦٥٩ من القانون المدني التركي قائلة « يُستعمل حق الشفعة القانوني ، ضد الشخص الثالث الذي اشترى حصة من العقار »

ان قانون المقاطعات السويسرية المعمول به اعتباراً من اول ك ٢ سنة ١٩١٢ اورد نفس التعريف الوارد بالقانون المدني التركي لان هذا نقل القانون السويسري عيناً

ثم ان القانون السويسري والقانون المدني التوركي والقانون الالماني اوجدت نوعاً من الشفعة الاتفاقية ورد ذكرها بالمادة ٦٥٨ من القانون المدني التوركي و ١٠٩٤ من القانون المدني الالماني والمادة ٦٨٢ من القانون السويسري .

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

ويجوز ان يرتب حق الشفعة لمصلحة اي مالك كان لعقار آخر .
فهذه القوانين اوجدت نوعين من الشفعة ، النوع الاول تندمج تحته الشفعة القانونية ، والنوع الثاني الشفعة الاتفاقية (راجع شرح المادة ٦٨٢ من القانون السويسري لكورتني فقرة ٢)

عرفت المادة ٥٠٤ من القانون المدني الالماني الشفعة على الصورة الاتية :
« كل من له حق بالشفعة متعلق بشي . يمكنه ان يارس حق الشفعة في الوقت

١ مع ان الشفعة تارة تتقرر بالتراضي واخرى بالقضاء ، وقد حذفت المجلة بالمادة ٩٥٠ هذه العبارة وحسنأ فعلت (راجع جز ٢ ، الفزي ص ٢٢٤)

٢ الفتح جز ٧ ص ٤٠٦ ، وهناك تعاريف اخرى لا نفي بالمقصود ذكرت في شرح الهداية والكتتر (الكتتر ص ١٤٣ جز ٨ ، هداية جز ٧ ص ٤٠٦)

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

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

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

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

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

٣٦ - ماهي القيود الاحترازية التي يجب مراعاتها في تعريف الشفعة؟

ان القيود الاحترازية التي يجب ان ينتبه اليها هي :

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

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

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

٢ - ان يكون البيع لاجني فاذا بيع النصيب الى احد الشركاء فلا شفعة وهذا القيد ظاهر من نص المادة ٢٣٨ من قانون الملكية فقد ورد فيها صراحة عبارة « الحصة التي اشتراها شخص آخر » وهذا يعني غير الشريك^٣ وحكمة ذلك ظاهرة اذ لا شفعة اذا ثبت عدم حصول ضرر جديد للشفيع في البيع . وستأتي تفصيلات اخرى عند شرح المادة ٢٣٩ الاتية فانظرها .

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

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

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

١ راجع المادة ٢٥٤ من قانون الملكية ، التي سيرد شرحها

٢ روسدل ، فقرة ١٢٧٨

٣ راجع حكم محكمة بيروت المختاطة في ٣٠ حزيران سنة ١٩٣٧

طريقة لاكتسب كما اوضحنا سابقاً^١

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

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

١ - الشفعة تحول الشفع حق تملك العقار فتجعل له حقاً على العقار
 المشفوع .

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

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

١ فقرة ٢٩ من هذا الكتاب

٢ راجع التعريف الذي اخترناه بالفقرة ٣٥ من هذا الكتاب

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

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

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

١ - ان الشفعة ليست حقاً عينياً ، لان الشفيع يحل محل المشتري ، فهو يستعمل حقاً شخصياً لا عينياً ، وتنقل اليه حقوق العقد التي كانت للمشتري السابق .

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

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

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

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

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

ليست حقاً بل مصدر له

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

اما فيلاند - بوو ، احد شارحي القانون السويسري فانه يرى ان حق الشفعة القانوني حق عيني ، واما حق الشفعة الاتفاقي المتولد عن الماولة فهو حق شخصي^٢ . ومن هذا الرأي اوجهن هوبر ، مدرس الحقوق المدنية في جامعة برن ، وواضع مشروع القانون السويسري وقد اوضحه بالاسباب الموجبة بالصفحة ٧٤ .

اما القانون الالماني ، فانه بالمادة ٥٠٤ يعطي الشفعة ، صفة الحق الشخصي ، اما اذا حمل العقار بحق الشفعة لمصلحة الغير ، ضد المالك فانه يعطيه صفة الحق العيني بالمادة ١٠٩٤ منه ولذلك يقول المعلق على القانون المدني الالماني Raoul de la Grosserie

١ من هذا الرأي De Hult في كتابه Répertoire alphabétique de droit civil égyptien تحت لفظة préemption فقرة ٦
٢ ص ٣١٥ وراجع الفقرة ٣٥ من هذا الكتاب

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

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

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

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

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

١ ص ١٠٧ و ٢٣١

٢ ص ٨٧

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

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

فاذا بيعت العرصة مع ما عليها من الاشجار والابنية تجري الشفعة في الاشجار والابنية ايضاً تبعاً للارض

وانما نقطة الخلاف اذا بيعت الاشجار والابنية فقط فهل تجري فيها الشفعة ؟

الجواب سهل اذا لاحظنا ان البناء وحده والغراس وحدها تعتبر عقاراً بمقتضى المادة الثانية من قانون الملكية

الا ان المادة ١٠٢٠ من المجلة تصرح بان الاشجار اذا بيعت مستقلة ، وكذلك الابنية فلا تجري فيها الشفعة

فهل ان هذا النص لا يزال قائماً رغم صراحة المادة الثانية من قانون الملكية التي تجعل الاشجار وحدها والابنية ايضاً عقاراً بذاتها ؟

لو كنا نتبع المذهب المالكي في هذه البلاد لما كان الجواب صعباً لان الامام مالك يعتبر البناء من العقارات ، فتصح فيه الشفعة عنده .

ومع هذا فاننا نرى الشفعة في البناء ، والغراس للاسباب الوجيهة الاتية :

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

الاحكام وهذا ظاهر بخلاف من الاسباب الموجبة لقانون الملكية^١
 ٢ - ان المادة ١٠١٧ من المجلة ، منعت الشفعة في الاراضي الاميرية ،
 باعتبار ان رقبة الارض للحكومة ، وان وازع اليد حكمه حكم المتصرف
 في الارض فقط ، وقد ابطال حكم هذه المادة بالمادة الاولى من القرار رقم
 ٥٧ المؤرخ في ٢١ حزيران سنة ١٩٣١ واصبحت العقارات الاميرية والحقوق
 العينية المتعلقة بعقارات اميرية كعقارات الملك في ما يختص باستعمال حق
 الشفعة . ولذلك لم تعد احكام المادة ١٠٢٠ من المجلة مرعية بعد وضع
 قانون الملكية الذي اعتبر الاشجار والبناء من العقارات بذاتها

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

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

٥ - ان الفقه المالكي - الساري بالمغرب - يحيز الشفعة في البناء او
 الغراس القائم على ارض الغير او على ارض محبوسة او معارة^٢

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

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

٢ المدونة الكبرى ، جزء ١٤ ص ١٠٩ ، والعلامة خليل ترجمة سينت مادة ٨٨٢

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

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

٨ - إن اللجان التي كانت تضع القوانين الحديثة للبلاد التي كان حكم الشريعة فيها سارياً ، لم تكن تتقيد بمذهب معلوم ، ليكون النص الموضوع متلائماً مع تطور الزمن ، وهذه هي اخطأ التي سار عليها واضع قانون الملكية في لبنان وسورية وواضع القوانين العقارية في المغرب^١

٩ - ان المادة ٤٦ من قانون الاراضي العثماني التي منعت الشفعة في الاراضي الاميرية ، لان حق التصرف فيها من الحقوق المجردة والشفعة يشترط فيها ان يكون المشفوع والمشفوع به ملكاً عقارياً قد الغيت بقانون الملكية الجديد بالمادة ٢٧٠ : ٤٠٠ ، و بالمادة الاولى من القرار رقم ٥٧ المتقدم الذكر ١٠ - ان المادة ٢٣٨ من قانون الملكية اجازت الشفعة للشريك في العقار ، والشريك في الحقوق العينية المترتبة على العقار ، والبناء ما دام متأسلاً وثابتاً في الارض يعتبر من العقارات بحكم المادة الثانية من قانون الملكية وكذلك الغراس

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

١ راجع الاسباب الموجبة لمشروع تجميع الحقوق الاسلامية في الجزائر ص ٧

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

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

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

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

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

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

١ جزء ١٢ ص ١٣٤

٢ ص ١٣٥

٣ واستحقاق (الشفعة في الحمام ، والقدر ، والرحى هو مذهب الاحناف واما
الشافعي فالا يحتمل القسمة لا شفعة فيه عنده ، وعند الامام مالك لا شفعة في الارحية
بخلاف الحمام (المدونة الكبرى جزء ١٢ ص ١٣٨)

٤ اما اذا كان السمك يؤخذ بغير صيد ، فيعتبر كالتاع الموضوع بالارض ، فلا
شفعة فيه (المبسوط جزء ١٢ ص ١٣٥ ، مع تصرف وزيادة في عبارة المتن)

٥ جزء ٥ ص ٢٧

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

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

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

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

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

بالعقار^١ . ورد هذا القول الشيخ الرملي ، وافق بعدم الشفعة في هذه الحال تبعاً للبرازية^٢ وغيرها لان البناء فيما ذكر ليس له حق البقاء على الدوام بل هو على شرف الزوال لما قالوا ان الارض المحتكرة اذا امتنع المحتكر من دفع اجرة المثل يؤمر برفع بنائه وتؤجر لغيره

وقد انتصر ابو السعود في حاشية مسكين لابن الكمال وجزم بخطأ من افق بانه لا شفعة في البناء في الارض المحتكرة كالطوري اذ لا سند له في فتواه ثم استدل في شرح الجمع الملكي لوبيع النخل وحده او البناء وحده فلا شفعة لانهما لا قرار لهما بدون العرصه قال فتعليله كالصريح في ثبوت الشفعة في البناء في المحتكرة لما له من حق القرار . (ابن عابدين جزء ٥ ص ١٨٩-١٩٠)

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

وقد نص مشروع القانون المصري الحديث على جواز الشفعة بالارض المحتكرة بالمادة ١٣٨٣ بالفقرة د :

ويجيز مذهب الامام مالك ، الشفعة في البناء القائم على الارض المحتكرة (شرح منح الحليل ، على مختصر العلامة خليل ص ٥٩١)

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

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

٤٠ - جواز شفعة الحكر : يتلخص مما تقدم ان البناء القائم على
الارض المحتكرة له حق القرار ، فهو عقار بطبيعته ، يشفع ويشفع به . يؤيد
هذا الرأي ما ورد في شرح الخطاب نقلا عن التوضيح « وينبغي ان يتفق في
الاحكار ان تجب الشفعة في البناء القائم فيها ، لان العادة عندنا ان رب
الارض لا يخرج صاحب البناء اصلا ، فكان كمالك الارض^١ (ص ٣١٩) »
وان مشروع القانون المصري الحديث ، من هذا الرأي ايضاً . وكذلك
القانون التونسي فقد اجازت المادة ٧٧ من قانون اول تموز سنة ١٨٨٥ بققرتها
الرابعة والخامسة الاخذ بالشفعة للمحتكر لامتلاك الارض ولمالك الارض
لامتلاك الحكر .

٤١ - جواز الشفعة لصاحب العلو : جاء في الجزء الثامن من تكملة
البحر الرائق شرح كنز الدقائق للعلامة الطوري^٢ : « لا تجب الشفعة في بناء
ونخل ييما بلا عرصة لانها منقولان ، وان ييما معها تجب فيها الشفعة تبعاً
للعرصه بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ، وتستحق الشفعة به على انه

١ جاء في القهستاني عن المحيط : لو اشترى نخلة بأرضها ففيها الشفعة تبعاً للارض
بخلاف ما اذا اشترى ليقعها حيث لا شفعة فيها لانها نقلية كما في البناء والزرع ، وهذا
القول يوافق قول ابن الكمال بان البناء والشجر اذا ييما قصداً بدون الارض لكن
مع حق القرار ففيهما الشفعة (راجع الفقرة ٣٦ المقدمة ودر المنتقى في شرح المتقى
ص ٤٨٠ جزء ٢

محاوره^١ وذلك اذا لم يكن طريقه غير طريق السفلى ، وان كان طريقهما واحداً يستحق بالطريق الشفعة على انه خليط في الحقوق» .

وقد جاء في درر الحكماء في شرح غرر الاحكام للعلامة منبلا خسرو^٢ نقلا عن الكافي « ان العلوي يستحق بالشفعة وتستحق به الشفعة في السفلى وان لم يكن طريق العلوي في السفلى لانه التحقق بالعقار بما له من حق القرار»

وجاء في الهداية^٣ : « العلوي يستحق بالشفعة ، وتستحق به الشفعة في السفلى اذا لم يكن طريق العلوي فيه لانه بما له من حق القرار التحقق بالعقار^٤ » .

وفسر الامام اكمل الدين الباهوتي^٥ هذا القول « ان استحقاق الشفعة للعلوي بسبب الجوار لا بسبب الشراكة ، وليس لنفي الشفعة اذا كان له طريق في السفلى بل اذا كان له ذلك كان استحقاقها بالشراكة في الطريق لا بالجوار فيكون مقدماً على الجار » .

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

١ يعني للسفلى

٢ جزء ٢٠ ص ٢٠٨

٣ جزء ٢ ص ٣١٣

٤ العلوي مجرد بناء ، فكان ينبغي قياساً ان لا يكون فيه شفعة الا انه (التحق بالعقار : (ابن الكمال في حاشية الهداية)

٥ جزء ٧ ، نتائج الافكار ص ٤٣٥

ثلاثة ابيات بعضها فوق بعض ، وباب كل الى السكة فيبيع الاوسط تثبت
 الاعلى والاسفل ، وانما بيع الاسفل او الاعلى فالأوسط اولي .

قال الزيلعي : حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به
 الشفعة كالعقار ، فهو يرجع قول محمد المار ذكره ^١ .

فما تقدم يُعلم ان السفلى اذا كان لشخص ، والعلو لشخص آخر يعتبر كل
 منهما بحسب الشريعة جاراً ملاصقاً (١٠١١ من المجلة) هذا اذا كان يمر كل
 منهما منفصلاً عن الآخر ، اما اذا كان مرهما واحداً ، بان كان طريق العلو
 في السفلى اعتبر كل منهما شريكاً للآخر في حق المرور

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

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

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

١ ابن عابدين جزء ٥ ص ١٨٩ - ١٩٠ وبدائع الصنائع جزء ٥ ص ١٠

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

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

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

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

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

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

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

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

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

١ نفس المرجع ص ١٠٩

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

جزء ٢

٣ شرح الهداية جز ٢ ص ٣١٣ ، خلافاً لابن ابي ليلى فلا يرى الشفعة للصغير ، والمفتي به ما تقدم اعلاه .

بلغ عند ابي حنيفة وإبي يوسف وهذا يتفق مع احكام المادة ٢٤٨ من قانون الملكية الآتية . فالشفعة اصبحت لها آجال معينة اذا انتهت بطل حق الشفعة وهذه الاجال هي مدد سقوط حق وليست مدد مرور زمن كما سيأتي تفصيله بمجمله .

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

١ — الشريك في الملك المشترك

٢ — الشريك في الحقوق العينية العقارية

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

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

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

١ - الشركاء في الملك المشترك

٢ - الشركاء في الحقوق العينية العقارية

٢ - الشريك في الملك المشترك : هو الشخص الذي له حصة شائعة في
العقار المبيع لاجني ، لان نص المادة المتقدمة^١ صريح في حصر طلب الشفعة
بالحصة التي اشتراها شخص آخر بالرضى في الملك المشترك ، او في الحقوق
العينية المشتركة . وقد تأيد نص المادة ٢٣٨ من قانون الملكية بالمادة ٨٣٨
من قانون الموجبات ، فهذه المادة ذكرت صراحة ان احد الشركاء يتذرع
بحق الشفعة وفاقاً للقوانين المختصة بها ، اذا باع الشريك الثاني ، حصته
الشائعة من آخر^٢ ، وها نحن نبين وجهة نظرنا باسهاب ، مستعرضين اقوال

١ راجع نص المادة ٢٣٨ من قانون الملكية

٢ تقدم معنا في شرح المادة السابقة ان حق الاسترداد بفرانسة لا يقبل الا على
من اشترى الحصة الشائعة من الاجانب ، اما اذا كان المشتري احد الشركاء الاصليين ،
فلا محل لحق الاسترداد ، لانعدام الضرر ، وراجع ايضاً حكم محكمة بداية بيروت
المختلطة في ٣ حزيران سنة ١٩٣٧

الفقهاء . بوضع الضرر الذي قصد الشارع رفعه بالشفعة .

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

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

ولم يجيزوا^١ للجار الاخذ بالشفعة بسبب الجوار حتى بالغ بعضهم فقال :
ذا قضى قاض للجار بالشفعة فلا ينفذ قضاؤه (تبصرة ابن فرحون)

الثاني مذهب المحققين من العلماء ، وهو الذي سار عليه واضع قانون
الملكية ، وهو ان الشفعة تثبت للشريك في نفس العقار وكذا للشريك في
حقوقه كحق الطريق والشرب ولا تثبت للجار من حيث هو جار^٢

الثالث مذهب ابي حنيفة الذي اخذت به المجلة بالمواد ١٠٠٨ و ١٠٠٩
و ١٠١٠ وهو يقضي بشبوت الشفعة لمن ذكرها وكذا الجار بسبب جواره
وان لم يكن له شركة لا في نفس العقار ولا في حقوقه وعللوا ذلك بدفع
الضرر بسبب سوء المعاشرة والمعاملة^٣

فما تقدم يعلم ان حكمة الاخذ بالشفعة ، اما دفع ضرر القسمة على م
ذهب اليه المذهب الاول والثاني . واما دفع ضرر المشتري عن الشفعة على م^١

١ الأئمة الثلاثة المتقدمون

٢ اعلام الموقعين جزء ٢ ص ١٩٩

٣ التبيين

ذهب اليه ابو حنيفة واصحابه ، وكل من الفريقين استنبط علته استنباطاً ، فهي علة ظنية عرفت بالاجتهاد ولما كانت هذه العلة غير منضبطة بالنسبة لما تتناوله من الجزئيات ناطوا بالحكم بعلة اخرى وهي الشركة على رأي الاولين والشركة والجوار على رأي الآخرين من اجل ذلك اجاز الفقهاء الاخذ بالشفعة للشفيع سواء كان المشتري رجلاً صالحاً او فاسقاً وسواء اكان اجنبياً ام كان احد الشفعاء طرداً للعلة وعلى هذا جاءت فتاواهم واحكامهم^١

لكن في المسألة نظراً اذا كان المشتري احد الشفعاء لان حكمة شرعية الشفعة هي دفع ضرر الدخيل^٢ لذلك يجب ان يكون المشتري اجنبياً اي ليس احد الشفعاء^٣ لان المشتري اذا كان شريكاً للشفيع من قبل ، وقد اشترى الحصة المباعة ، فهو بالشراء لم تتغير حالته وانما اتسع ملكه وليست زيادة ملك احد الشفعاء على الآخر بغيره ما كان ثابتاً لهم من حقوق الشركة في العقار من قبل اذ لم يطرأ طارئ جديد ، ولم يدخل بينهم دخيل يراذ اتقاء ضرره .

٣ - الشركة في الشفعة : الشركة في الشفعة على نوعين : شركة في نفس العقار المبيع ، وشركة في حقوقه^٤

فالشركة في نفس العقار المبيع ان يكون للشفيع حصة شائعة فيه قليلة كانت او كثيرة ، فان كانت له حصة مفروزة عن العقار فلا يكون شريكاً فيه^٥

١ الفتاوى الخيرية ، وتنقيح الحامدية :

٢ الزيلعي جزء ٥

٣ راجع التفصيل الذي اوردها بالفقرة ٣١ من شرح المادة السابقة

٤ المادة ٩٧ ، من مرشد الحيران ، لقدرى باشا

٥ المادة ٩٨ منه فقرة اولى

والمشارك في ارض حائط الدار يعتبر مشاركاً في نفس العقار^١ والشركة في حقوق العقار المبيع هي عبارة عن الشركة في حق الشرب الخاص او الطريق الخاص سواء اكان الطريق خاصاً بدار واحدة او بجملة دور مفتوحة ابوابها في زقاق غير نافذ .

فسبب وجوب الشفعة بحسب احكام المادة ٢٣٩ من قانون الملكية هو الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك^٢ وان شئت قلت الشركة^٣ فالشريك يكون في نفس المبيع والخليط يكون في حقوق المبيع . سمي خليطاً لاختلاط^٤ بينهما فيما يتأتى به الانتفاع مع تميز الملك^٥

والحاصل ان الشفعة بحسب احكام القانون على مرتبتين ، يقدم بالمرتبة الاولى الشريك في نفس المبيع ثم الشريك في حقوق المبيع بعده^٦ واما شفعة الجوار فقد افهاها القانون ، ولم تعد قائمة .

وتثبت الشفعة للشريك اذا كانت الدار مشتركة ، فباع احد الشريكين نصيبه قبل القسمة ، اما اذا باع بعدها فلم يبق للشريك حق لا في المدخل ولا في نفس الدار فحينئذ لا شفعة^٧

ويقدم الشريك في نفس المبيع لان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى

١ المادة ٩٨ فقرة ثانية

٢ بدائع الصنائع ص ٤ جز ٥

٣ نفس الموضع

٤ المبسوط جز ١٤ ص ٩٢

٥ نفس المرجع و ص ١٣٢ فالشريك في الارض احق بالشفعة من الشريك في الشرب كما ان الشريك في نفس المنزل احق بالشفعة من الشريك في الطريق ، والشرب من حقوق المبيع كالطريق ، والشركة في الشرب بمنزلة الشركة في الطريق

٦ العناية ص ٤٠٢

لانه في كل جزء ، وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في موافق الملك ،
والترجيح يتحقق بقوة السبب ، فان سلم الشريك في نفس المبيع فللمتأخر ان
ياخذ بالشفعة لان السبب قد تقور في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم
ثم ان الشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين
من الدار مثل ان يكون في دار كبيرة بيوت ، وفي بيت منها شركة ،
فالشفعة للشريك^١

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

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

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

فلو كان اثنان متصرفين ، او مالكين لعقار شائع سواء اكانت حصة
كل منهما النصف ، ام كانت حصة احدهما الربع والآخر الثلاثة ارباع ،
كان كل منهما شريكاً الآخر في نفس المبيع .

ويستفاد من تعبير الفقرة الاولى من المادة ٢٣٩ من قانون الملكية

١ الهداية جزء ٧ ص ١١٣ ، تكملة الفتح

٢ نفس المرجع ، ثم انه قد تستعمل لفظة الخاليط بمعنى الشريك فانتبه (مجمع
لأهر ص ٢٧٢)

« الشريك في الملك المشترك » ان الشركاء في نفس المبيع اذا قسموا المبيع ، ولم تبقى بينهم شركة لا في نفس العقار ولا في حقوقه لا تثبت الشفعة لهم بعد
 ٢ - في بعض المبيع : كما لو كانت دار لزيد وكان في تلك الدار حجرة نصفها لزيد شائعاً ، والنصف الآخر الشائع بتلك الحجرة لعمر ، او لو كانت الدار لعمر ، وكان لزيد نصف حائط شائعاً بشراكة عمرو^١

٥ - اهمال قانون الملكية تعريف الشيوع : اهمل قانون الملكية تعريف الشيوع ، وسد هذا النقص قانون الموجبات الذي عرف الشيوع بالمادة ٨٢٤ فقرات « عندما يكون شيء او حق ما ، ملكاً شائعاً ، ومشتراكاً بين عدة اشخاص ينشأ عن ذلك كيان قانوني يسمى شركة ملك ، او شبه شركة وهي تكون اختيارية (اي وليدة الاتفاق والعقود) او اضطرارية (وهي وليدة الوراثة او الوصية)^٢ .

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

١ الكفاية في فصل الشفعة والهداية ص ٣٠٢

٢ راجع شرح المادة ٢٠ من كتاب قانون الملكية العملي ص ٦٨ للمؤلف .

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

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

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

١ المادة ١٠٠٨ من المجلة وشرحها لملي حيدر افندي

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

ص ٤٧٢ ، والدرر جزء ٢ ص ٢٠٨

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

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

١ البحر الرائق جزء ٨ ص ١٤٤

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

٣ الفتاوى الهندية جزء ٥ ص ٦٦

٤ القراح : قطعة لا شجر فيها

٥ وعليه عامة المشايخ ، البحر جزء ٨ ص ١٤٤ .

٦ نفس المرجع ، وهو اشبه الاقاول بالفق

٧ مجمع الانهر جزء ٢ ، ص ٤٧٢

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

وعلى ذلك فاذا وجد شرب نهر مشترك بين قوم تسقى اراضيهم منه
وبيعت ارض منها ، فلكل اهل الشرب الشفعة اي من ذلك النهر الخاص^١
وعرفت المادة ٩٥٥ ، من المجلة الشرب الخاص بانه حق الشرب في الماء
الجاري المختص باشخاص معدودين ، واما اخذ الماء من الانهر التي تنتفع بها
العامه فليس من قبيل الشرب الخاص وللشريك في حق الشرب الشفعة ، ولو
كانت ارض النهر لغيره ، او كان الماء منقطعاً وقت البيع ، هذا قول محمد
المفتي به ، وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا شفعة له^٢

اذا تزع من النهر الكبير نهر آخر فيه ارضون او بساتين وكروم ،
فبيع ارض او بستان مع شربه من هذا النهر النازع ، فاهل هذا النهر احق
بالشفعة من اهل النهر الكبير ، الا ترى انهم محتصون بشرب النهر النازع
فكانوا أولى ، كما في السكة المتشعبة من سكة غير نافذة .
ولو بيعت ارض على النهر الكبير كان اهله واهل النهر النازع في
الشفعة سواء لاستوائهم في الشرب^٣

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

١ ابن عابدين جزء ٥ ص ١٩٢

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

٣ البدائع جزء ٥ ص ٩

٤ المادة ١٠٠٨ من المجلة

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

في ابن عابدين ان واضع الجذع على الحائط والشريك في خشبة عليه جار .
وقال الشارح ولو في نفس الجدار فشريك^١ ونقل ذلك عن الملتقى ثم
استدرك قائلًا لكن قال المصنف ولو كان بعض الجيران شريكاً في الجدار
لا يتقدم على غيره من الجيران لان الشركة في البناء المجرد ، دون الارض
لا يستحق بها الشفعة ، وجاء في الحاشية وفق الشارح في الدر المنتقى بجمل
ما في الملتقى على ما اذا كان البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركاً^٢
وبالرجوع الى عبارة الملتقى^٣ نرى فيها ان الشريك في نفس الجدار يعد
شريكاً يقدم على الخليط . وانما استدرك الشارح فقال وفي التبيين وغيره
واذا كان بعض الجيران شريكاً في الجدار لا يقدم على غيره من الجيران
لان الشركة في البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ، ولو كان
البناء والمكان الذي عليه البناء مشتركاً بينهما كان هو اولى من غيره من
الجيران اه . وزاد قائلًا فيلزم التوفيق بينه وبين ما في المتن بان مراد
المصنف بالبناء المكان الذي عليه البناء لا البناء المجرد ، تدبر .
فيعلم مما تقدم ان الشريك في الحائط بدون الارض يعتبر بمثابة الجار
ولا شفعة له .

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

١ اي ولو كان شريكاً في نفس الجدار فهو شريك في المبيع اي في بعضه .

٢ حاشية ابن عابدين جزء ٥ ص ١٩٣

٣ مجمع الانهر جزء ٢ ص ٤٧٣

شفعة له ، لان احكامنا لا تجري فيها ^١

١١ - هل تجري الشفعة في البناية المؤلفة من طبقات ؟ ذكرنا في كتاب شرح قانون الملكية العملي ^٢ ان لكل من المالكين في الطبقات جميع حقوق الملكية في الطبقة التي يملكها وقد سار الاجتهاد اليوم على اعتبار ان كل طابق يعتبر ملكاً مستقلاً ولا تعتبر الدار بمجموعها في حالة الشيوع بل يكون لكل من مالكي الطبقات جميع حقوق الملكية في الطابق الخاص به فله ان يبيع طابقه او يهبه او يؤجره او يرهنه ^٣ وان يجري التغييرات التي يراها ضرورية على شريطة ان لا تضر بمالكي الطبقات الاخرين ، واما الاشياء المشتركة مثل الفسحات ، والابار ، والابواب العمومية ، والمصاعد (ج مصعد) ، والمماشى فتعتبر شيوعاً بينهم وتعالج بمعالجة حق الملكية المشتركة لا بمعالجة حق الارتفاق لانه على ما يظهر من الاجتهادات الحديثة ان هذه قد نبذت الاراء التي كانت تقرر حق الارتفاق بين الشركاء ^٤ واعتبرت ان للشركاء حقوقاً متساوية في كل الشيء وفي كل جزء منه .

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

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

٢ ص ٧٣ جزء اول

٣ بلانيول وبيكار ص ٣٢٠ ، وقاموس دالوز ١٢٨

٤ اوبري ورو فقرة ٢٢١ ص ٥٨٩ جزء ٢

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

يؤيد ما تقدم ما ورد بالمادة ١٠١١ من المجلة فقد قالت إذا كان السفل لشخص والعلو لاخر يعتبر كل منهما جاراً ملاصقاً بهذا إذا كان يمر كل منهما منفصلاً عن الآخر ، اما إذا كان مرهما واحداً بأن كان طريق العلو بالسفل اعتبر كل منهما شريكاً لاخر في حق المرور^١ . ومع ذلك راجع رأينا الخاص فقرة ٤١ ص ٥٨ من هذا الكتاب

١٢ - الشريك في العقار المربوط بالاجارتين : إذا كان هناك عقار موقوف مربوط بالاجارتين يستعمله اكثر من واحد ، ويتمتعون به باهم من الحق المقرر بمقتضى عقد الاجارتين الذي يجيز لصاحبه استعمال العقار ويتمتع به كالمالك الحقيقي واراد احدهم التنازل عن حقه للغير يجوز للشريك في هذا الحق العيني طلب الشفعة لان البناء في الارض الموقوفة عقار ، وحق القرار عليه بصفة دائمة من الحقوق العينية المتعلقة بالاموال الثابتة وحق الاجارتين لا يسقط بتلف كامل الابنية او الاغراس بل يبقى على الرقبة^٢ وبذلك اصبح حق الاجارتين حقاً دائماً ينتقل بالارث وصاحبه يستعمله ويتمتع به كالمالك الحقيقي

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

١ الفتاوى الهندية جزء ٥ ص ١٦٧ ايضاً ومن المعلوم ان الشارع انى شفعة الحجار

٢ انظر المادة ١٩٢ من قانون الملكية

في جملة الابدنية والاغراس عند التنازل عنها^١

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

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

وقال محمد رحمه الله تعالى « اهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق اذا كان ملكهم لوجود الخلطة وهي الشركة في الطريق »^٣ وقال ان الشفعة انما تجب اما بالشركة في الملك او الحقوق او نجوار الملك^٤
وجاء في المبسوط^٥ الشريك في الارض احق بالشفعة من الشريك في الشرب كما ان الشريك في نفس المنزل احق بالشفعة من الشريك في الطريق لقول علي وابن عباس رضي الله عنهما لا شفعة الا لشريك لم يقاسم يعني عند

١ انظر المادة ١٩٩ من قانون الملكية

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

٣ البدائع جز ٥ ، ص ٨

٤ وقد ابطال قانون الملكية شفعة الجوار

٥ جز ١٢ ص ١٣٢

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

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

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

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

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

١ العناية نقلاً عن الفتح جزء ٧ ص ٢٠٧

٢ الفتاوى الهندية ص ١٧٠ جزء ٥

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

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

١ شرح القانون المدني لدالوز فقرة ٧ وكتابنا الجزء الاول ص ٢٣٧

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

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

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

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

١ بلانيول ويكار ص ٧٦٠ ، وكتابنا نفس الصفحة

٢ جزء ٢ ص ٣٦٢ من شرح قانون الملكية ، للمؤلف

٣ البدائع جزء ٥ ، ص ١٢ ، والربع لغة هو الدار بعينها ، والحائط البستان ، وأصله ما أحاط به (تكملة فتح القدير ، وشرح العناية على الهداية جزء ٧ ص ٢٤٣٥)

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

ثم جاء ما يؤيد هذا المعنى تحت فصل ما لا شفعة فيه من السلع^٢ . وفي بداية المجتهد لابن رشد لا شفعة في السفن بمقتضى مذهب مالك ، ولعله قد رويت عنه روايتان^٣ يؤيد ذلك مما ورد في المبسوط للسرخسي^٤ من انه استدل بظاهر الحديث الشريف القائل « ان الجار احق بشفعته ما كان » بجواز الشفعة في بعض المنقولات كالسفن ونحوها ، وهو قول اصحاب الظواهر ، فقد فسروا لفظ ما كان بما يحتمل القسمة او لا يحتمل القسمة وادخلوا بذلك المنقولات ، ورد عليهم بالحديث الشريف الذي ذكرناه اعلاه بان الشفعة محصورة بالربع والحائط ، وهذا يعني العقار دون المنقول (فتأمل)

٢١ - اصحاب حق الشفعة بالقانون المصري الحالي : بمقتضى المادة الاولى من المرسوم الصادر في ٢٣ مارس سنة ١٩٠١ يشترط حق الشفعة لمن يأتي :

١ - للشريك الذي له حصة شائعة في العقار المبيع

٢ - للجار المالك في الاحوال الاتية :

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

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

١ جزء ١٦ ص ١٠٨

٢ نفس المرجع ص ١٢٩

٣ جزء ٢ ص ٢١٣

٤ جزء ١٦

الارتفاق لارض الجار على الارض المشفوعة
 اذا كانت ارض الجار ملاصقة للارض المشفوعة من جهتين وتساوي من
 الثمن نصف ثمن الارض المشفوعة على الاقل^١
 وقبل هذا المرسوم كانت تسري على الشفعة احكام المادة ٦٨ و ٦٩
 من القانون المدني الاهلي^٢، اللتين تنطبقان على المادتين ٩٣ و ٩٤ من القانون
 المدني المختلط .

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

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

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

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

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

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

ج - للجار في الاحوال الاتية :

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

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

٣ - اذا كانت ارض الجار ملاصقة للارض المشفوعة من جهتين وتساوي من الشمن نصف ثمن الارض المشفوعة على الاقل^١

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

١ - للشريك في نفس العقار المشترك

٢ - للوارث في العقارات المتروكة ارثاً عن المورث

٣ - للشريك في العقار القابل للقسمة ، والمعد للسكنى

٤ - لصاحب حق السطحية تجاه صاحب الرقبة

٥ - لصاحب الرقبة ضد صاحب الحق بالسطحية او الحكر

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

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

١ - للشريك على الشيوع في العقار المشترك

٢ - لصاحب الحق العيني العقاري

٢٥ - الشفعة بالقانون الجزائري : يُستعمل حق الاسترداد الوراثي المنصوص عليه بالمادة ٨٤١ من القانون المدني الفرنسي للأراضي المعتبرة فرنسية وبالنسبة للأوروبيين وأما الأهالي فتسري عليهم أحكام المادة ١٧ من قانون ١٦ شباط سنة ١٨٩٧^١

وفي الأراضي غير المعتبرة فرنسية ، تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية ، إلا أنه لا يجوز استعمال حق الشفعة ضد الأوربي . وبذلك يبقى حق الشفعة محصوراً بين الأهالي المسلمين

٢٦ - أصحاب حق الشفعة بالقانون الإسباني : لمالك العقارات المجاورة الحق في طلبها بالشفعة إذا كان البيع مختصاً بعقار زراعي لا تريد مساحته على هكتار واحد .

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

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

١ تقرر هذه المادة للشريك في الملك ، إذا طلب قسمة العقار الزراعي قسمة عينية ، الحق في أن يختص بجزء من العقار توازي حقه فيه إذا كان قابلاً للقسمة وكان يملك نصفه على الأقل ، وإذا كان العقار غير قابل للقسمة فإنه يجزى بين قبول المبيع أو أخذ قيمته من النقد تعادل حصته في الملك

٢ المادة ١٥٢٣ من قانون ٢٤ تموز سنة ١٨٨٩ عن مجموعة القوانين الأجنبية بالفرنسية

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

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

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

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

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

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

يحل المشتري محل البائع (المادة ١٥١١) وله نظير بقانون الموجبات اللبناني
 ١ مجموعة القوانين الاجنبية ، بالفرنسية ، راولده لاكراسه ري ص ١٠٢ و ٢٣١

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

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

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

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

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

وقد وضع القانون السويسري حق الشفعة تحت فصل قيود حق الملكية

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

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

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

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

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

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

١ كورتى شرح المادة ٦٨٢ فقرة ٢

٢ الاسباب الموجبة للقانون (السويسري) ص ٧٦ - ف ١٠ به لاند - بوهه ص ٣١٥

٣ فقرة ١٢٧٦

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

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

ويشترط تسجيل الاتفاق بالسجل العقاري ليسري على الغير فاذا لم يسجل يرجع الشفيع على البائع بدعوى شخصية بالتضمينات . ولا يجوز له استعمال حق الشفعة ضد المشتري لانه اجنبي عن العقد غير المسجل . اما لو سجل الاتفاق وعلم به الغير ثم اشترى فانه يستعمل حق الشفعة بالمدة المتفق عليها ضد المشتري ، واذا كانت المدة تزيد على الشهر ، فلا يسقط حقه باستعمال الشفعة بانتضاءها اذ العبرة للاتفاق

اما حق الشفعة القانوني فيراد به في سويسرا ازالة الشيوع واضراره ، ويستعمل وان لم يقيد الشفيع حقه بالسجل العقاري وفي حق الشفعة القانوني ، يجبر الشفيع على تأدية ثمن الصفقة الى المشتري ويستعمل حقه هذا بطرف شهر والا استهدف حقه للسقوط^١

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

١ - الاسباب الموجبة للقانون السويسري ص ٧٥ وروسه ل فقرة ١٢٨٠

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

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

ثالثاً - ان يكون جاراً ملاصقاً .

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

٣١ - الغاء شفعة الجوار : النفي قانون الملكية بالمادة ٢٣٩ و ٢٧٠

المعدلة منه شفعة الجوار ، تبعاً لمذهب الامام مالك والشافعي رضي الله عنهما . وحجتهم الحديث الشريف المروي عن جابر « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة » اي فلا شفعة بين الشركاء بعد القسمة وعليه فلا استحقاق في الشفعة للجار

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

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

وذهب اهل البصرة الى استحقاق الجار المشارك في احدى الحقوق الشفعة وعدم استحقاق الجار الملاصق من اخلف لها وحجتهم على الاول الحديث الشريف المتقدم « جار الدار احق بالدار والارض ١٠٠ اذا كان طريقهما واحداً » وعلى الثاني حديث جابر « فاذا صرفت الطرق فلا شفعة » ومعنى ذلك عدم استحقاقها بالجوار بعد ان يكون لكل جار طريق خاص لجهة غير جهة الاخر ، والشرب والمسيل مثال الطريق ثبوتاً ونقياً اجماعاً ، وبهذا المذهب اخذ شيخ الاسلام ابن تيمية^٣

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

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

١ رواه اصحاب السنن الاربعة

٢ ملخصاً من الهداية ، وبهاية المجتهد

٣ ملخصاً من اعلام الموقعين

٤ الموطأ جزء ٢ ص ١٤٨

شفعة عنده الا للشريك في الملك ، لا للشريك في حقوق المبيع ولا للجار^١
ورأى مالك ان كل ما لا ينقسم ، كالبئر والحمام والطريق ، لا شفعة
فيه^٢ واختلاصة : الشفعة عند الامام مالك تكون في ثلاثة انواع :

١ - في العقار من الدور والحوانيت والبساتين

٢ - فيما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، كالبئر ومحال
النخل ما دام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه . وهو ان يكون
الاصل الذي هو الارض مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم

٣ - فيما يتعلق بالارض كالمثار وفيها عنه خلاف^٣

واختلف عنه في الشفعة في الحمام ، والرحى ، واما ما عدا هذا من العروض
والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في
عرصة الدار (المدونة الكبرى جزء ١٤ ص ١٠٨ ، وبداية المجتهد جزء ٢
ص ٢١٣)

٣٣ - من له الشفعة بمذهب الامام الشافعي ؟ قال الشافعي رضي الله
عنه بان الشفعة تكون للشريك في الملك ، ولا شفعة عنده للجار ولا للشريك
في حقوق المبيع كالعرصة والطريق والبئر ولا في المثار بمعنى ان لا شفعة
عنده فيما لا يحتل القسمة

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

١ بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢١٢

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

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

جزء ١٥)

في الملك فقط ، ولا شفعة عنده لـ الجار ولا للشريك في حقوق المبيع كالبنر والحمام والطريق والعرصة

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

ولم يجز من جهة اخرى الشفعة في الملحقات الطبيعية للملك كالبنر ، والعين ، الا اذا بقي العقار الاصلي مشتركاً ولم يجز شفعة الجوار ولا الشفعة في حقوق المبيع واجاز ايضاً لصاحب الارض استعمال حق الشفعة ، اذا باع المعير نصيبه على العقار العائد اليه والذي بنى فيه باذنه (راجع المواد ٥٠٨ و ٥١٠ و ٥١١) اخذاً من مذهب الامام مالك ، وعنده يقدم مالك الارض على الشريك في البناء^١

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

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

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

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

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

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

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

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

٢ شرح الهداية ، المرجع السابق

٣ شرح العناية على الهداية ، ١٣٥ ، جزء ٧

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

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

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

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

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

وقال ابن القاسم احد الائمة المالكية ، اما ان يأخذ الكل او يدع^١ .
واما اذا باع رجلان شقصاً من رجل فاراد الشفيع ان يشفع على احدهما
دون الثاني فليس له ذلك^٢

واذا كان الشافعون اكثر من واحد ، فاراد بعضهم ان يشفع ، وسلم له
الباقى في البيوع والحمور على ان المشتري ان يقول للشريك اما ان تشفع في
الجميع او تترك ، وانه ليس له ان يشفع بحسب نصيبه الا ان يوافقه المشتري
على ذلك اذ ليس له ان يبعث الشفعة على المشتري ان لم يرض بتبعضها^٣

٨ - لا شفعة لغير الشريك في الرقبة عند ابي يوسف : عن ابي يوسف
مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به
وقد رد على هذا القول بانه لا يمكن قياس اصحاب حق الشفعة على
الميراث في قضايا الحجب ، لان الميراث ، ملك اضطراري لا يسقط بالاسقاط
بخلاف حال الشفعة ، ولذلك لا يمكن التسليم ان مع وجود الشريك في الرقبة
لا شفعة لغيره ، سلم او استوفى ، بل للشريك في الرقبة مع وجود غيره
حق التقدم فقط^٤ لان كل واحد من اصحاب حق الشفعة ، سبب صالح

١ نفس المرجع ص ٢١٦

٢ تبعاً لمذهب الامام ابي حنيفة خلافاً للشافعي . نفس المرجع

٣ نفس المرجع . وقال اصعب من اصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة
رفقاً للمشتري لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط . (ص ٢١٦)

٤ حاشية سعدي شلي على شرح العناية وعلى الهداية جز ٨٠ ص ٢١٣

الاستحقاق الا انه يرجع البعض على البعض ، فاذا سلم الشريك التحقت
شركته بالعدم وجعلت كانها لم تكن فيراعى الترتيب في الباقي ، ولا يقال
ان الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره وان غيره لا يملك المطالبة فاذا سلم
الشريك سقط الحق اصلاً كما هي رواية ابي يوسف رحمه الله تعالى لما تقدم
٩ خلاصة وافية لشرح هذه المادة : ان السبب في طلب الشفعة هو

اصل الشركة لا قدرها ، فاذا كان للدار شريك واحد ، اخذ كل الدار
بالشفعة كثرت شركته او قل ، وعلى هذا تقسم الشفعة بين الشركاء . عند
اتحاد السبب وهو الشركة على عدد الرؤوس لا على قدر الشركة ، فلو كانت
الدار بين ثلاثة اشخاص لآخذهم نصفها ، وللآخر ثلثها وللآخر سدسها ،
فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقيين نصفين على عدد
الرؤوس ، لان السبب في موضع الشركة اصل الشركة ، وقد استويا فيه
فيمتويان في الاستحقاق .

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

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

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

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

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

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

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

وعلى ما روي عن ابي يوسف : اذا سلم الشريك سقطت الشفعة اصلاً ، ولم يأخذ به قانون الملكية كما هو صريح نص المادة ٢٤٠ هذه ،
١٠ - مطابقة حكم هذه المادة لاحكام المجلة : من المعلوم ان احكام المجلة كانت سارية قبل وضع قانون الملكية ، والمادة ١٠١٣ من

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

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

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

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

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

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

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

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

١٣ - استحقاق الشفعة في القانون المراكشي في حالة تعدد الشفعاء :
نصت المادة ٢٦ من ظهير ٢ حزيران سنة ١٩١٥ ان حق الشفعة اذا حصل على
عقار واحد ، فان كل الشركاء في الملك يستعملونه معاً بنسبة ما يملكونه وفي
حالة تنازل بعضهم يستعمل الباقون الشفعة بنسبة حصصهم .
وورد في المادة ٢٧ منه نفس الحكم بالنسبة لممارسة حق الشفعة بين
الشركاء في نفس الحق العيني العقاري .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

فيستفاد مما تقدم ان الشريك في الحق العيني ، يجب عليه ان يطالب بحقه بالشفعة ، في الملل القانونية ، والا سقط حقه ، فلا يجب عليه ان ينتظر رد الدعوى عن الشريك في الملك المشترك ، بعد ان يكون قد انقضى على الدعوى سنوات .
 وبذلك تتفق اقوال الفقهاء مع ما ورد بالنقرة السابقة .

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

١	الافضلية في حالة تراحم الشركاء	في الملك ؟
٢	هل تجري هذه المادة على الشركاء	هل يقدم حق الشرب على حق الطريق
٣	في حقوق الارتفاق	ما العمل لو تساوت فئتان بالضرر

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

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

ولا عبء الوجهة الشخصية للشفيع ، ولا للفوائد الشخصية التي يمكن
 ان يجنيها لو نال الشفعة ، فالعقارات جميعها تعتبر سواء من هذه الجهة
 فاذا اجتمع صنفان من الخلطاء ، فيقدم الأخص على الأعم مثلاً لو بيعت
 إحدى الرياض التي لها حق شرب في الخرق الذي أحدث من النهر الصغير مع
 شربها يقدم ويرجع الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق . وأما لو بيعت إحدى
 الرياض التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها ، فالشفعة تعم من له حق
 شرب في النهر ، ومن له حق شرب في خرقة

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

١ المادة ١٠١٢ من المجلة . والخرق هو الجدول المنشعب من النهر الصغير لسقي
 الاراضي التي لها حق الشرب ، فحق السقي من هذا الجدول منحصر في اصحاب
 الاراضي التي تسقى منه دون باقي من يستقي من النهر ، البدائع ص ٨ جزء ٥ .
 ٢ قال البعض فناء الدار مملوك لصاحب الدار ، والاصح انه حق وليس بمملوك
 له لأن ملكه في الدار ، والدار ما ادير عليه الخائط والفناء اسم لصحن وراء ذلك

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

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

٣ - هل يقدم حق الشرب على حق الطريق للاخذ بالشفعة ؟ ان المادة ١٠١٦ من المجلة قررت ان حق الشرب مقدم على حق الطريق .

وانه لو بيعت روضة خليطها احد في حق الشرب الخاص وآخر في حق الطريق الخاص ، يقدم ويرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق . ولعلوا ذلك بان الضرر يدخل من جهة الاشتراك في الشرب اكثر منه في الاشتراك بالطريق ، وهذا قول الاكثر وقال الاقل من الفقهاء الذين لم تأخذ المجلة بقولهم ان حق الطريق مقدم على حق الشرب ، لانه اشد لصوقاً بما يوصل اليه من الشرب بما يسقيه .

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

يكون معداً لايقاف الدواب وكسر الخطب وغير ذلك فان كان ذلك في سكة غير نافذة فهو حق اصحاب السكة بمنزلة الطريق الخاصة لهم او ملك مشترك بينهم (المبسوط ١٤ ص ٩٧)

١ - مرآة المجلة جز ٢ ص ٢٦٣ للمرحوم سعيد مراد الغزي .

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

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

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

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

صك المشفوع منه عادياً : | التسجيل لطلب الشفعة .
 حجة اصحاب الرأي الاول . | الترجيح
 حجة الرأي الثاني بضرورة ٣٢ | المواضع وهل تسري على الشفع .

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

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

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

١ البدائع جزء ٥ ص ١٤

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

٣ هذا قول ابي حنيفة ، ومحمد واحدى الروایتين عن ابي يوسف وروي عنه رواية اخرى ان هذا ليس بشرط والقول قول الشفع ولا يحتاج الى اقامة البينة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى

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

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

٤ - يجب بقاء ملكية الشفيع حتى الاخذ بالشفعة : يجب ان يبقى الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع به ، حتى يتملك المشفوع قضاء او رضاء^١ وهو يصبح مالكا نهائياً بالقضاء او بالرضاء كما صرحت المادة ٢٥٢ من هذا القرار ، ولا عبرة لزوال ملكيته بعدئذ

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

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

١ شرح المادة ١٠١٨ لباذ

٢ لان بقاء ملك الشفيع بعد الحكم ليس بشرط . زيلعي جزء ٥ ص ٢٥٥

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

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

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

لم تتفق الاراء للجواب على هذا السؤال . ولما يرى البعض ان المشتري حق استعمال الشفعة . لان القانون اعتمد البيع في حالة عدم تحقق الشرط نافذاً من تاريخ الشراء فاذا استعمل البائع حق خياره وطالب باسترداد العقار ياخذ وحده ، ويبقى العقار الذي اخذه المشتري بحق الشفعة له ، لان المشتري حينما استعمل حقه بالشفعة كان معتبراً بنظر القانون مالكا ، وقد قلنا بالفقرة الرابعة ، من شرح هذه المادة ، ان العبارة الاخذ بالشفعة ان يكون الشفيع مالكا وقت طلبها ولا عبء لزوال ملكيته بعدئذ كما تقرر هذا بهيات الكتب الفقهية .

١ شرح المادة ١٠١٨ من المجلة الباز

٢ المادة ٤٧٦ من قانون الموجبات

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

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

لا يخفى ان الشرط الموضوع لمصلحة البائع - باسترداد عقاره بعد ادائه الثمن هو من الشروط المسماة بالشروط التعليقية ^١ Conditions suspensives .

وبمقتضاه اذا تحقق الشرط فانه يترتب على ذلك تأييد العقد وان لم يتحقق فلا يتم العقد اصلاً .

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

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

ملكاً باتاً المطالبة بالشفعة . فالمالك تحت شرط الانهاء او التعليق لا يعتبر مالكا ملكاً تاماً لانه وان اعتبر مالكا من تاريخ العقد الا انه عند تحقق الشرط يزول ملكه ، ويعتبر كأنه غير مالك ، ولذلك لا يجوز للمشتري استعمال حق الشفعة ، وبالتالي لا يجوز ايضاً للبائع الأخذ بالشفعة لانه لا يكون مالكا وقت بيع العقار المشتري . وهذا الرأي يتفق مع اقوال الفقهاء كما سترى .

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

١ ص ١٣ جز ٥٠

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

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

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

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

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

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

١ بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢١٤ ولذلك يبتدىء حق الشفع بالشفعة ، وقت إسقاط البائع خياره ، فيطالب الشفع بالشفعة حينئذ : (الادلة الاصلية الاصولية جزء ٢ ص ٢٦٩ للمرحوم سعيد مراد الغزي)

٢ انظر المادة ١٠٢٦ و ٣٢٠ من المجلة

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

المتقدمة ان الشفيغ اذا اراد استعمال حق الشفعة ، يجب عليه ان ينتظر حتى يسقط البائع خياره ، فيطالب الشفيغ بالشفعة حينئذ وقد جاء بالمادة ١١٦ من مرشد الخيران الى معرفة احوال الانسان ما يؤيد ذلك فقد نصت على ان لا شفعة فيما بيع بشرط الخيار للبائع الا اذا اسقط البائع خياره حتى لزم البيع فتجب فيه الشفعة للشفيغ ان طلبها عند البيع بشروطها

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

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

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

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

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

داره^١ . فاذا لم تكن يده على الملك قد استمرت المدة التي بوجوبها يكتسب حق التسجيل باسمه فلا يجوز له قبل ذلك ان يطالب بالشفعة

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

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

ويعملون ذلك بان مجرد زوال الملك غير كاف في ثبوت حق الشفعة ، ولا بد من انقطاع جميع حقوق المالك الاول عن البيع كما هي الحالة بالبيع بشرط اختيار للبائع^٣ .

١ جزء ٥٠ ص ١٤ ، وهذا قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف ، وروي عنه رواية اخرى ان هذا ليس بشرط والقول قول الشافعي ولا يحتاج الى اقامة البينة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله تعالى . ووجه هذه الرواية ان الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت ، وما ثبت يبقى الى ان يوجد الزيل ، ولان اليد دليل الملك ، فكان الملك ثابتاً للشفيع ظاهراً ، ويرد على هذا ان استصحاب الحال لا يصلح للازام على الغير ، وابو يوسف رحمه الله نفسه لم يجعل القضاء باليد ، قضاء بالملك على الاطلاق حيث لم يوجب به الشفعة

٢ راجع المادة ١٠٢٦ من المجلة

٣ الادلة الاصلية الاصولية جزء ٢ ص ٢٦٩

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ويؤيد اصحاب الرأي حجبتهم هذه بان الهلاك بالبيع البسيط يكون على المشتري اذا كان قد استلم المبيع وان للتسجيل اثرأ رجعياً في نقل الملكية، فيعتبر المشتري مالكا من تاريخ العقد ، وليس من تاريخ التسجيل^١

الا ان هناك رأياً ثانياً ، يقول بالعكس ، ويقرر ان الشارع اوجب التسجيل لانشاء الحقوق العينية العقارية او انتقالها او زوالها ونص على ان العقد غير المسجل ليس له من الاثر سوى الالتزام الشخصي بين البائع والمشتري .

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

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

١ راجع الفقرات ٦ وما يليها من هذا الكتاب

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

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

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

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

١ راجع زيادة بالتفصيل بهذا الموضوع الجزء الثاني من كتابنا شرح قانون الملكية العقارية والفقرة ٣٠ الآية

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

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

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

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

١ الشرط الذي يقتضيه العقد او يلائمه يوكد موجب جائر معتبر ، فيصح اقتران العقد به ، والشرط الذي لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا يما يوكد موجب ولا جرى به العرف وكان به نفع لاحد الماقيدين او لآدمي غيرهما فهو فاسد ، والشرط الذي لا نفع فيه لاحد الماقيدين او لآدمي غيرهما فهو لغو غير معتبر ، والعقد الذي يكون مقروناً به صحيح

٢ حاشية ابن عابدين جزء ٥ ص ٣٠٨

ورافعة لاثاره القانونية ، لان البيع تم باليجاب وقبول وتوافرت اركانها وشروطه

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

يكون في الواقع كذلك لان الشفعة لا تكون الا في المالك فاذا لم يأت
الاجنبي بصفة مالك فلا شفعة ولذلك فان الايجار مهما طال مدته لا يعطيه
الحق في الشفعة . والمشتري غير المسجل ليس مانكاً وليس له حق عيني على
العين بل له مجرد حقوق شخصية قبل البائع والشفعة هي حلول الشفيع محل
المشتري في الملكية لا في مجرد حقوق شخصية .

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

شأنها انشاء حق ملكية او حق عيني آخر .
ثم ان هنالك دليلاً آخر يرجح الرأي الثاني هو ان المادة ٢٤٨ من قانون الملكية قد منحت الشفيع مدة سنة للمطالبة بالشفعة ابتداء من تاريخ تسجيل عقد البيع للمشتري . فهي بهذه الصورة اعتبرت ان التسجيل هو اساس المطالبة بالشفعة لا مجرد العقد البسيط العادي الصرف
وإخلاصة : ان الشفعة لا تترتب الا على البيع الصحيح ، وهذا لا يتم الا بالتسجيل الذي هو ركن من اركان العقد ، ونص المادتين ٣٩٣ و ٣٩٤ من قانون الموجبات صريح في ذلك

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

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

ولا يمكن التنازل عنه الى شخص آخر مستقلاً عن الحق الاصيلي الذي لا يكون حق الشفعة بالنسبة اليه الا حقاً تابعاً .

١	هل ينتقل حق الشفعة بالارث ؟	٤	ميراث الشفعة عند الشافعي ومالك
٢	هل ان موت المشتري يؤثر على	٥	ميراثها عند الامام احمد
	حق الشفع ؟ تصرفات المشتري	٦	بقاء الشفعة رغم وفاة البائع
	قبل طلب الشفعة .	٧	عدم جواز التنازل من حق الشفعة
٣	عدم جواز بيع حق الشفعة استقلاً		مستقلاً لا بالبيع ولا بالهبة

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

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

١ جز ١٢ ص ١١٦

٢ عند الاحناف

٣ أي الاحناف

بالشفعة للشفيع .

وقد اخذت المادة هذه بما كان منصوصاً عليه بالمادة ١٠٣٨ من المجلة -
فقد قانت ان الشفيع لو مات قبل ان يكون مالكا للمشفوع بتسليمه
بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم لا ينتقل حق الشفعة الى ورثته ،
ونص المادة ١٠٣٨ من المجلة اوضح من نص الفقرة الاولى من المادة ٢٤٣
من قانون الملكية لانها استثنت من عدم جواز انتقال حق الشفعة بالارث
حالتين : الاولى ان يكون الشفيع قد استلم المشفوع رضا من المشتري والثانية ان
يكون قد حكم للشفيع بحق الشفعة قبل وفاته ففي هاتين الحالتين ينتقل
حق الشفعة الى الورثة لان فكرة تنازل الشفيع عن حق شفيعته تنفي
بالتسليم ، وبحكم القاضي وعلى ذلك فان الشفعة تبطل بموت الشفيع قبل
تلكه العقار المشفوع بالقضاء او الرضاء سواء كان موته قبل الطلب او بعده ،
ولا ينتقل حقه فيه الى ورثته^١

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

١ جاء في البدائع جزء ٥ ص ٢٢ : اذا مات الشفيع بعد الطلبين (اي طلب
المواثبة والتقرير والشهاد) قبل الاخذ بالشفعة فتبطل شفيعته وهذا عندنا
٢ ان عدم تأثير موت المشتري على حق الشفيع ، وقع عليه الاجماع ووجهه ما
ورد بالمتن بمباراة المبسوط

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

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

٤ - جواز ميراث حق الشفعة عند الشافعي ومالك : ذكرنا ان نص المادة لا يجيز ميراث الشفعة، وقلنا ان هذا المعروف بذهب الامام ابي حنيفة، اما مالك والشافعي رحمهما الله تعالى فقد ذهب كل منهما الى انها موروثه^٣

١ المبسوط جز ١٢ ص ١١٣

٢ الادلة الاصلية الاصولية جز ٢ ص ٢٢٩

٣ بداية المجتهد جز ٢ ص ٢١٨

قياساً على الاموال ، ويلزم منه انهما يعتبران الوارث مع المورث في حكم شخص واحد بالنسبة للمشتري الجديد^١

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

٦ - بقاء حق الشفعة رغم وفاة البائع : ذكرنا بالفقرة الثانية المتقدمة ان موت المشتري لا يؤثر على حق الشفيع ، ونذكر هنا ان موت البائع لا يؤثر ايضاً على حقه^٢

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

المادة ٢٤٤ - لا يستعمل حق الشفعة الاتجاه من اكتسب عقاراً ببذل او على سبيل الهبة بشرط ، وفي هذه الحالة الاخيرة يكون حق الشفعة معرضاً لاسباب الالغاء او الفسخ او الابطال نفسها الجارية على الهبة

١ الادلة الاصلية الاصولية ص ٢٧٩

٢ الفتاوى الهندية جزء ٥ ص ١٩٨ ، نقلاً عن قاضيخان

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

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

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

على التبرع ليس بمشروع فامتنع الاخذ اصلاً

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

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

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

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

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

١ المبسوط جز ١٤ ص ١٢٠ ، بتصرف

٢ الهداية جز ٢ ص ٣١٣

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

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

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

١ راجع زيادة في التفصيل فقرة ١٠ الآتية ، وما ورد في المتن عن الهداية
 ومأخذاً من البسوط جزء ١٢ ص ١٧٢ وما تقدم في الشريعة اما حكم القانون
 فسيرد في الفقرة الماشرة الآتية فراجعها

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

٣ وعنه رواية ثنية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض او بغير عوض كالهبة
 لغير الثواب والصدقة

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

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

واما المنتقل بغير عوض كالهبة للشواب فلا شفعة فيها عند ابي حنيفة ، ولا الشافعي بخلاف مالك وابن ابي ليلى

واما القانون فلا يرى الشفعة في الهبة بغير عوض

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

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

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

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

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

٧ - لا يمنع تصرف المشتري من طلب الشفعة : لو تصرف المشتري في العين المشتراة قبل اخذ الشفيع فجعلها مبعداً ووقفه ، فلا شفيع ان ينقض تصرف المشتري ويأخذ العين بالشفعة^١

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

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

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

لأنه يدخل في ملك المالك الجديد من غير توقف على شيء . وقد أسهبنا في ما تقدم بما لا يخرج عن هذا الموضوع

٩ - لا تجري الشفعة في تقسيم العقار : لا تجري الشفعة في تقسيم العقار مثلاً لو اقتسمت دار مشتركة بين المتشاركين فلا شفعة للشفيع فيها^١ وتعليل ذلك قانوناً أن القسمة مقررة للملكية لا منشأة لها ، فكل واحد من الشركاء لا يستفيد بالقسمة ملكاً جديداً يحصل له بطريق المعاوضة وإذا يجتمع له أجزاء ملكه المتفرقة في محل معين من أطراف الملك المشترك تكثيراً للفوائد المقصودة من الملك واتقاء عما يحدث بين الشركاء الشائعين من المنازعات^٢

١٠ - هل في الصلح شفعة ؟ : ذكرنا بالفقرة الثانية أن الشريعة تجيز الشفعة بالقيود التي أوردناها تحت الفقرة المذكورة ، والآن نقرر أن نص المادة التي نقوم بشرحها لا يوجب الشفعة إلا بالبيع لقاء بدل ، وأما الصلح فلا شفعة فيه قانوناً لأن عقد الصلح هو عقد خاص غير عقد البيع والشفعة لا تجوز إلا في البيع ، ولأنه من وجهة أخرى ليس ناقلاً للملكية بل مقررأ لها ، والمبلغ المدفوع صلحاً لا يمثل قيمة العقار

١١ - تقديم العقار وفاء لدين : لا شفعة في العقار الذي يقدمه المدين لدائنه وفاء لدينه لأنه عقد خاص suis jeneris وهذا يتفق أيضاً مع حكم الشريعة العرفية^٣

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

١ المجلة مادة ١٠٢٧

٢ الأدلة الأصلية الاصولية ، جز ٢ ص ٢٧٠ للمرحوم سعيد مراد الغزي

٣ الزيلعي جز ٥ ص ٢٦٠

عقار بعقار الا اذا كان هناك فرق وكان جسيماً ، اذ في هذه الحالة يعد الفرق الجسيم بمثابة ثمن العقار والا لا تصح الشفعة .

ويجوز ان يقال ان الشفعة انما جازت في البيع فقط والمقايضة العقارية لا تعتبر بمثابة البيع

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

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

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

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

١ اي عقود الايراد المرتبة لدى الحياة *rente viagère*

٢ المادة ١٠١٨ من المجلة

٣ جز ٢ ص ٢٦٥

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

واذا اخذنا بالمذهب المالكي نرى انه ينص على ان العقار المشترك بين الوقف ومالك آخر ، اذا باعه هذا الى الغير يجوز الواقف ان يطلب الشفعة من المشتري لمصلحة المستحق . (سيدي خليل ، ترجمة Perran جز ٤ ص ٤٢٠)^١

١٥ - تجوز الشفعة في الوقف اذا بيع بمسوغ شرعي : اذا بيع الوقف بمسوغ شرعي ، كأن شرط الواقف استبداله فان الشفعة تثبت فيه .
 وكذلك اذا اجاز القانون استبداله ، اما اذا كان لا يجوز بيع الوقف بان كان مسجداً فلا يؤخذ بالشفعة لعدم صحة البيع^٢

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

١ المادة ٥١١ فقرة اولى من المشروع الجزائري للحقوق الاسلامية ، والمادة ٣٤٣ من القانون المدني الاسلامي للمذهب المالكي ، وضع ماسيونا
 ٢ مرشد الحيران ، الشرح ص ٩٦

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

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

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

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

جديد

١ راجع المادة ١٠١٢ من المجلة

٢ راجع فقرة ٣٦ الآتية

١٩ - لا تكون الشفعة الا بالبيع : بمقتضى احكام المادة ٦٥٩ من القانون المدني التوركي ، لا يستعمل حق الشفعة الا اذا كان هناك عقد بيع . اما الهبة فلا تكون سبباً لطلب حق الشفعة ، وكذلك في حالة قسمة العقار فان الشفعة غير جائزة^١ وكذلك لا شفعة في الاراضي الموقوفة لان الوقف لا يعتبر مالاً كائناً ، والمستحقون فيه بحسب القانون الحديث بحكم المستأجرين ، ولذلك فان الاحكام السارية سابقاً بعدم جواز شفعة الوقف لا تزال قائمة^٢

٢٠ - لا يكتسب حق الشفعة الا بعقد البيع : ان الشفعة المتولدة عن الماولة في القانون السويسري لا تستعمل الا ضد من اكتسب العقار ببذل ، ولا تكتسب بعقد الهبة ولا بعقد القسمة ، هذا ما يلاحظ صراحة من الاسباب الموجبة للقانون المدني السويسري بالصفحة ٧٥^٣

٢١ - يجب ان يكون العقد بيعاً في القانون الالماني : نصت المادة ٥٠٤ من القانون المدني الالماني ان استعمال حق الشفعة انما يكون في عقود البيع ، اما عقود المفاضلة وعقود الهبة فلا تحول حق الشفعة بتاتاً^٤

٢٢ - لا يستعمل حق الشفعة الا في حالة البيع ايضاً : اوجب القانون الاسباني بالمادة ١٥٢٣ ان يكون العقد بيعاً لاستعمال حق الشفعة

٢٣ - الشفعة تجري بالعقارات المسجلة بالمباة : نصت المادة ٢٥ من ظهير ٢ حزيران سنة ١٩١٥ ان الشفعة انما تتم في العقارات المملوكة بالمباة للغير

٢٤ - لا تجري الشفعة الا بعقد البيع وبالهبة بشرط : بحسب

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

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

٣ راجع ايضاً روسه ل رقم ١٢٧٦

٤ راجع ايضاً المادة ١٠٩٧ في حق الشفعة التعاقدية

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

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

ولا تجوز الشفعة بسبب الميراث ولا الوصية ولا بسبب القسمة .
وقررت المادة الرابعة من قانون الشفعة ان لا شفعة للوقف ولم تنص المادة
على جواز اخذ الشفعة من الوقف
ويجيز فتحجي زغلول باشا الاخذ بالشفعة من الوقف لسكوت النص

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

على وفق ذلك الشرط

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

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

ولمسألة التعويض في الهبة تفصيل واسع في المطولات وقد اشتمل هذا البيان على الاساس الذي يرجع اليه جميع فروع المسألة المتعلقة بالهبة بشرط ، فلو أقبض احدهما دون الآخر جاز لغير المقبض الناء هبته نفسه ، والمقبض عندئذ الرجوع بما أقبض برضا القابض او القضاء عليه

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

المادة ٢٤٥ — حق الشفعة لا يتجزأ ، فلا يمكن والحالة

هذه استعماله على قسم دون سواء من حصّة مشتركة او من ارض متنازل عنها .

١	حق الشفعة لا يتجزأ .	واذا تعدد المشفوع عليه
٢	ما الحكم اذا تعدد الشفعا ؟	ما الحكم لو كان الشفيع شفعاً بأحد العقارين المباعين
	واذا تعدد البائع ؟	
	واذا تعدد المشتري	

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

١ المبسوط جزء ١٦ ص ١٠٦ وراجع المادة ١٠٦١ من المجلة

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

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

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

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

(بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢١٦ ووافقه على ذلك الامام احمد رحمه الله تعالى . المغني ص ٥٣ . جزء ٥)

١ المبسوط جزء ١٤ ص ١٠٤ وهذا هو رأي احمد والشافعي ومالك رحمهم الله تعالى (المغني جزء ٥ ص ٥٣)

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

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

على حدة لما في ذلك من الاهمية .

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

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

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

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

والفقرة الثانية : مأخوذة عن ابن حزم احداة المذهب المالكي إما مالك فيرى العكس كما ورد بالفقرات السابقة

والفقرة الثالثة : مقتبسة من سيدي خليل وابن القاسم

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

المادة ٢٤٦ - إذا كلف وكيل بيع عقار له عليه حق

الشفعة فيسقط هذا الوكيل من حقه هذا

١	هل يسقط حق الشفع بالشفعة إذا	٦	هل تسقط الشفعة قبل البيع ؟
	باع الدار بالوكالة ؟	٧	هل يجوز بيع حق الشفعة شرعاً ؟
٢	ما الحكم لو اشتراها بالوكالة ؟	٨	القانون الجزائري والتنازل
٣	هل تسقط الشفعة إذا ضمن الشفع الثمن للمشتري ؟	٩	المجلة والتنازل
	وإذا ضمن الاستحقاق	١٠	هل يجوز التنازل عن الشفعة بعد طلبها ؟
٥	التنازل الصريح		

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

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

للبيع فليس له حق الشفعة في العقار الذي باعه بوكالته .

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

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

٤ - ضمان الشفيع استحقاق العقار : اذا اشترى المشتري الدار على ان يضمن الشفيع الاستحقاق عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع لا شفعة للشفيع ، لانه لما ضمن الاستحقاق فقد صار راضياً بالعقد وحكمه ، وهو المالك المشتري فلم تجب الشفعة^٣

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

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

١ نفس المرجع ص ١٥

٢ ص ١٦

٣ مجمع الانهر وشرح المادة ١٠٠ من المجلة لسليم باز ص ٦٣ طبعة الثالثة

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

٦ - لا تسقط الشفعة الا بعد البيع : ان التسليم يجب ان يحصل بعد البيع ، اما التسليم قبل البيع فلا يسقط الشفعة ، لان ثبوت الشفعة يكون بعد وجود البيع والشفعة قبل البيع معدومة فالتسليم ليس بصحيح^١ .

٧ - بطلان بيع حق الشفعة : لو باع الشفيع حق شفعة للمشتري بكذا درهم واخذ المشتري تسقط الشفعة بلا بدل لان بيع الشفعة باطل ، ولان حق الشفعة لا يحتمل التملك فيقع الاسقاط مجازاً^٢ . واما في القانون فقد منعت المادة ٢٤٣ التنازل عن حق الشفعة مستقلاً .

٨ - التنازل عن حق الشفعة بالقانون الجزائري : ورد بالمادة ٥٠٩ من مشروع قانون الجزائر ، ان حق الشفعة انما يعود لكل شريك ، سنده اسبق تاريخاً اسند المشتري للحصة المشاعة ، والذي لم يتنازل عنه لا صراحة ولا ضمناً^٣

١ سيدي خليل وابن حزم

٢ ملتقى الاجر ، وعال في مجمع الانهر ذلك بان البيع تملك مال بمال ، وحق الشفيع لا يحتمل التملك ، فكان عبارة عن الاسقاط مجازاً ، فسقط الشفعة ولا يلزم المال . وجاء في الانقروي نقلاً عن النهاية : ان الشفعة تبطل ولا يجب المال اذا صالح على ان يترك شفعتي بمال يأخذه من المشتري . وقال في التنوير لو اخذ المال فعليه رده . وقال مالك : ان صالحه عنها بعوض يصح ، لانه عوض عن ازالة ملك ، فيجاز اخذ العوض عنه (راجع المبسوط جز ١ ص ١١٨)

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

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

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

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

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

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

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

١	واجبات المشتري	مهلة المسافة محصورة بالمادة ٢٤٧ فقط
	قيود المادة ٢٤٧	الوكيل بالادارة
	واجبات الشفع	استئناف احد الشفعاء لا يستفيد منه الآخرون
٢	محتويات بيان المشتري للشفيع	دائن الشفع وهل يجوز له المطالبة بالشفعة ؟
٣	عدم صحة بيان المشتري	طلب الشفعة بالشريعة الفراء
٤	الشفيع الذي حضر العقد ومدة مطالبته بالشفعة. والذي لم يحضر	طلب الشفعة في القانون التوركي
٥	قيود المادة ٢٤٨ من قانون الملكية	طلب الشفعة بالقانون السويسري
٦	مدة رفع الدعوى من الشفع	٩
	اقامة الدعوى بمحكمة غير صالحة	١٠
	ابطال استدعاء الدعوى	١١
	مهل الشفعة ليست مدد مرور زمن	١٢
	ايقاف دعوى الشفعة	١٣
	من يرفع دعوى الشفعة ؟	١٤
	نصب القاضي وصياً لآخذ الشفعة	

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

ومن صراحة هذه المادة يتبين :

- ١ - ان المشتري وحده هو المكلف دون البائع بإبلاغ الشفعاء بمشترائه لانه بعد التسجيل ، اصبح مالكا للعقار المباع
- ٢ - ان ابلاغ الشفيع ، لا يكون الا بالكتابة ، ولا يجوز اتمامه بواسطة شهود وانما القانون لم يعين طريقة خاصة للتبليغ الكتابي . ولا يجوز اتمامه بكتاب مضمون ، ضد سند ايصال على ان يحفظ المشتري صورته ، ليكون حجة على الشفيع عند انكاره . وانما يجب اتمامه بعرفة كاتب العدل على الاصول المتبعة في قانونه . كما انه لا يجوز اجراء التبليغ بطريقة التلغراف
- ٣ - على الشفيع ان يطالب بالشفعة قضاء بمهلة ثلاثة ايام ، التي تلي التبليغ ، ومعنى ذلك ان يوم التبليغ لا يدخل بحساب المهلة . اما اليوم الاخير فيحسب

- ٤ - تضاف الى المدة مهلة المسافة القانونية الواردة باصول المحاكمات
- ٥ - ان مدة الثلاثة ايام ليست مدة مرور زمن بل مدة سقوط *Déchéance* وهي تسري على القاصرين والمحجور عليهم^١
- ٦ - اذا لم يطالب الشفيع بالاخذ بالشفعة بالمهلة المعينة بالمادة ٢٤٧ يعتبر متنازلا ضمناً عن حقه بالشفعة

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

- ٨ - اذا وقع آخر يوم عطلة رسمية ، امتدت الى اليوم التالي
- ٢ - محتويات بيان المشتري للشفيع : يجب ان يحتوي البيان الذي

١ راجع الملحق الذي يحتوي على اجتهادات المحاكم

يرسله المشتري للشفيع بتمام التسجيل لمصلحته على الامور الآتية :

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

٢ - الثمن ، وشروط البيع ، واسم ولقب وصنعة ومحل اقامة كل من البائع والمشتري ، ايتمكن الشفيع من الادعاء عليهما بلا تأخير والتمن الواجب ذكره في البيان ، هو الثمن الحقيقي ، المثبت بالعقد . فاذا كان الثمن المذكور غير الثمن الحقيقي ، فلا شفيع ان يطعن فيه ويثبت بجميع الطرق القانونية قدره الحقيقي . ولكن يجب على الشفيع ان يقيم الدعوى في مهلة الثلاثة ايام من ثاني يوم التبليغ^١

٣ - عدم صحة بيان المشتري : اذا كانت البيانات الواردة بالعقد تخالف ما ذكر بالاخطار كان التبليغ لاغياً ، ولا يترتب عليه سريان مهلة الثلاثة ايام المسقطه لحق الشفيع للاسباب الآتية :

١ - من المسلم به شرعاً ان الشفيع لو سلم الشفعة لبعض الوجوه ثم تبين خلافها تبقى الشفعة على حالتها لان التسليم لم يكن على الوجه الذي يستحق فيه الشفيع يعني لا يكون الشفيع قد سلم الشفعة التي يستحقها

٢ - لو سلم الشفيع الشفعة بناء على اخباره ، ان المشتري فلان وثبت ان المشتري شخص آخر مع المشتري المذكور تكون الشفعة للشفيع في حصة ذلك الآخر ، لان تسليم الشفعة في حق هذا غير موجود^٢

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

١ راجع الفقرة الآتية بند ٥

٢ ابو السعود ، ومجمع الاخر

الشفعة ثم ظهر انه اشتراها لغيره فلا تبطل الشفعة وعليه الفتوى^١
 ٤ - لو سلم الشفيع الشفعة بناء على اخباره ان ما بيع هو نصف العقار
 فقط ثم بعد ذلك فهم انه قد بيع كل العقار فتثبت الشفعة للشفيع في كل
 المبيع ولا يعكس

٥ - ولو اخبر الشفيع ان الدار بيعت بالف فسلم ، ثم تبين انها بيعت
 بنجماية ، فله الشفعة ، لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند
 قلته^٢

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

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

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

١ الانقروي

٢ بدائع الصنائع جز ٥ ص ١٩

المادة ٢٤٨ من قانون الملكية ما يلي :

١ - لا حق للشفيع ببيع المسافة خلافاً للمادة ٢٤٧ بالنظر لقصر المهلة المعنية بالمادة الاخيرة ولعدم النص في الثانية عليها صراحة

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

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

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

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

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

ويجب ان تلاحظ الامور الاتية :

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

ان الدعوى قاطعة لمرور الزمن ولو رفعت امام محكمة غير صالحة لرؤيتها^١

٢ - اذا قضي بابطال الاستحضار ، لعدم حضور المدعي سقطت الشفعة ،

اذا مرت المهل المنصوص عليها بالمادتين ٢٤٧ و ٢٤٨ من قانون الملكية

٣ - المشتري ان يطلب رد الدعوى بمجرد مرور مدة الشهرين او السنة

على التسجيل ، لان القانون فرض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بمضي المدد المذكورة

٤ - ان سقوط الحق يكون بالنسبة للشفعاء كافة ، حتى الغائب ،

وفاقد الاهلية لان المدة هي مدة سقوط Déchéance اي مدة اجراءات وليست

مدة مرور زمن ، وان اخطأت المادة ٢٤٨ بالنص الفرنسي فاستعملت افضة

Prescription بدلا من Déchéance التي استعملت على صواب في المادة

٢٤٧ التي سبقتها

٥ - ان سريان المدة المنصوص عليها بالمادتين ٢٤٧ و ٢٤٨ يقف اذا

كانت هناك موانع قانونية كحصول خلاف جدي على الملكية بين المشتري

والغير الذي يدعي استحقال العقار . بمعنى ان موضوع الشفعة اذا كان متنازعا

فيه فان استعمال حق الشفعة يبقى معلقا اثناء رؤية الدعوى

٦ - ترفع الدعوى باسم الشفيع او وكيله المأذون له باقامة دعوى

الشفعة وبالنسبة للقاصر من قبل وليه أو وصيه بالمهل القانونية والا سقط

حقه ولا ينتظر أو ان يبلغ القاصر ، واذا سلم ولي الصغير او وصيه شفعة

١ ان القضاء في فرانسة قد اختلف في هذه المسألة ففرق البعض بين مدد مرور

الزمن وبين مدد الاسقاط ، فجعل الاولى تابعة للايقاف والقطع واستثنى الثانية . راجع

شرح القانون المدني لدالوز ، مادة ٢٢٤٦ فقرة ١٢ - ١٥ . وراجع الملحق

٢ جاء في المادة ١٠٣٥ من المجلة يطلب حق شفعة المحجورين وليهم وان يطلب

الولي حق شفعة الصغير لا تبقى له صلاحية طلب حق الشفعة بعد البلوغ

- الصغير كان التسليم صحيحاً حتى لا يبقى له بعد البلوغ حق في طلب الشفعة^١
- ٧ - لولي الصبي او وصيه ان يأخذ له بالشفعة بشرط ان لا يكون فيها غبن فاحش فان لم يكن للصبي ولي ولا وصي ينصب له القاضي قياً لياخذ له الشفعة ولا يجوز للقاصر ان يقيم دعوى الشفعة الا بواسطة وصيه ، واذا كان الوصي هو البائع ، يعين قاضي الاحوال الشخصية وصياً آخر يطلبها له
- ٨ - لا حق للشفيع بميعاد المسافة حسب احكام المادة ٢٤٨ خلافاً للشفيع الذي اعلنه المشتري ، فان له الحق بمهلة المسافة لقصر المهلة المحددة بالمادة ٢٤٧ ، ولورود النص عن المسافة بهذه المادة بخلاف المادة ٢٤٨ .
- ٩ - يجوز للوكيل بالادارة ان يشفع في العقار باسم موكله لان القانون حرم على الوكيل في الادارة البيع ولم يجرمه الشراء^٢
- ١٠ - ترفع الدعوى امام المحكمة الصلحية او الابتدائية تبعاً للقيمة الواردة بالعقد^٣

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

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

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

٢ باندكت فقرة ٤٨٧ و ٥١٦ جزء ٣٧

٣ فان كان الثمن من اختصاص المحكمة الابتدائية رفعت الدعوى اليها ، ولو تبين بعدئذ صورية العقد ، وان الدعوى داخلية بصلاحية حاكم الصلح اذ في هذه الحالة تحكم المحكمة الابتدائية بعدم الصلاحية اذا ادلى امامها بهذا الدفع

إذا أبى هذا الأخير المطالبة بالشفعة .

١٣ - حساب المهل : ان الاجل المحسوب بالايام ينتهي بانتهاء آخر يوم من مدة الاجل^١ وإذا كان محسوباً بالاشهر او بالاسبوع او بالاعوام فيكون الاستحقاق في اليوم المقابل بتسميته او بترتيبه من الشهر او العام لليوم الذي ابرم فيه العقد^٢

٧ - في بيان طلب الشفعة بالشرعية التراء : يلزم في الشفعة ثلاث طلبات شرعاً وهي طلب الموائبة ، وطلب التقرير والاشهاد ، وطلب الخصومة^٣ . فطلب الموائبة ، هو قول الشفيع في المجلس الذي سمع فيه العقد ، انا شفيع المبيع واطلبه بالشفعة^٤

وطلب التقرير هو ان يقول في حضور رجلين او رجل وامرأتين عند المبيع ان فلاناً قد اشترى هذا العقار ، او عند المشتري ، انت قد اشتريت العقار او عند البائع ان كان العقار لا يزال في يده انت بعت عقارك وانا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت شفيعته والآن ايضاً اطلبها ، اشهدا ، وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكن طلب التقرير والاشهاد بهذا الوجه ، وكُل آخر ، وان لم يجد وكيلاً ارسل مكتوباً^٥ واما طلب الخصومة فهو ان يدعي في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والاشهاد^٦ فان آخر الشفيع

١ المادة ١٥٣ من قانون الموجبات

٢ المادة ١٥٤ من قانون الموجبات

٣ ١٠٢٨ من المجلة

٤ المادة ١٥٣٩ من المجلة ، ودليل هذا الطلب الحديث الشريف « للشفعة لمن

واثبها » ومعناه طليها على وجه السرعة

٥ المادة ١٠٣٠ مجلة

٦ المادة ١٠٣١ مجلة

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

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

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

وقال الامام الشافعي اذا لم يتقدم للخصومة في شفيعته فور طلب الموائبة فلا شفيعه له^٤. واما الامام مالك فقد عدّ حق الشفعة كسائر الحقوق غير محتاج لتقريره لموائبة واشهاد، ولا يسقط بالتراخي في طلبه، وروي عنه ضرورة الخصومة ضمن سنة، وهو الاشهر، وقيل اكثر من سنة، ويظهر ان ما كفا حين لم يوجب طلب الموائبة والاشهاد لم يبلغه حديث الموائبة وهو الشفعة لمن واثبها او لم يصح عنده.

ويقول المرحوم الاستاذ سعيد مراد الغري: ان قول الحنفية باليجاب الاشهاد عند المبيع او المشتري او البائع لم يتضح له وجهة من اصول الادلة^٥ والمجلة اختارت قول الامام محمد بن الحسن وزفر بضرورة المطالبة بالشفعة ضمن شهر لان الامام ابي حنيفة قال ان الشفعة لا تسقط بتأخير طلب الخصومة ما لم يصدر من الشفيع كلام يدل على الاعراض كما في باقي الحقوق

١ المادة ١٠٣٢ من المجلة

٢ المادة ١٠٣٣ من المجلة

٣ المادة ١٠٣٤ من المجلة

٤ جزء ٢ ص ٢٧٣

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

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

٨ - طلب الشفعة بالقانون التوركي : ان حق الشفعة المنبثق عن الاتفاق يطلب بالمدة الواردة بالعقد ، المسجل بسجل الطابو الرسمي .
واذا باع المالك المشفوع ، فيجبر على اعلام الشفيع ، وهذا يجب عليه ان يطلب بالشفعة بظرف شهر من تاريخ اطلاعه على البيع والا فله مدة عشر سنوات من تاريخ التسجيل^٢

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

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

١ راجع بداية المجتهد جزء ٢ ص ٢١٧ ايضاً

٢ المادة ٦٥٨ من القانون المدني التوركي

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

طبعة ١٩٢٦

٤ روه ل ١٢٨٠ وتقرير الاسباب الموجبة ص ٧٥

عشر سنوات على التسجيل بالسجل العقاري

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

وهذه المادة اخذت عن المذهب المالكي .

ونصت المادة ٥١٨ من المشروع ان المشتري اذا لم يخطر الشفيع ، فلهذا حق طلب الشفعة بمهلة شهرين اذا كان حاضراً العقد ، والا بمرور سنة ، فاذا مرت هذه المدة سقط الشفيع من حقه الا اذا اثبت عدم معرفته بالبيع او انه اوقع بالخطأ فيما يتعلق بالشروط التي حصل فيها البيع . او اذا لم يدفع بدفع بان هناك مانعاً من اعلان رغبته قبله القاضي .

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

وهذه المادة شبيهة بالمادة ٢٤٧ من قانون الملكية المتقدمة .

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

وهذه المادة تقابل المادة ٢٤٨ من قانون الملكية

١٢ مهلة طلب الشفعة بالقانون الاسباني : نصت المادة ١٥٢٤

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

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

١٣ - المهلة بالقانون الالماني : بحسب احكام المادة ٥١٠ من القانون المدني الالماني الصادر في ١٨ آب سنة ١٨٩٦ والمعمول به اعتباراً من اول ك ٢ سنة ١٩٠٠ يجب على الشفيع ان يستعمل حق الشفعة بمهلة شهرين من تاريخ ابلاغه البيع واذا لم يبلغ فان حق الشفعة لا يسقط بمضي وقت محدود بل يستمر حتى يسقط لاسباب اخرى كوت الشفيع او انقضاء الوقت المتفق عليه لاستعماله

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

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

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

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

اما لو تبادل شخصان عقاراً بعوضة ، فلفشفيع العقار ان يعطي قيمة العوضة ، ولفشفيع العوضة ان يعطي قيمة العقار

والقيمة المعتبرة هي القيمة وقت الشراء لا وقت الاخذ بالشفعة
فاذا زادت قيمة العقار ، عن ثمن الشراء ، وكانت ليست من فعل
المشتري ، ليس للمشتري ان يطلب الزيادة
واذا نقصت قيمة العقار عن ثمن الشراء ليس للشفيع ان ينقص الثمن
فالشفيع يحل محل المشتري ، ويحجر على دفع ثمن الشراء الحقيقي مع توابعه

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

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

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

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

٣ - حق المجلس حتى استيفاء الثمن : للمشتري ان يجلس الدار حتى

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

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

وقال محمد رحمه الله : لو ضرب القاضي للشفيع أجلاً فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا ، فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفيعته . ولو قسنا ما تقدم على الاصول القانونية قلنا ان للمشتري حق حبس المقار الى ان يدفع الشفيع اليه الثمن ، قياساً على البائع ، فاذا تأخر الشفيع عن دفع الثمن بعد القضاء له بالشفعة جاز للمشتري ان يقيم الدعوى بلاحقة الشفيع بحجز املاكه لتحصيل الثمن .

ولذلك نرى ان ينص في الحكم الذي يصدر لمصلحة الشفيع على مدة لدفع الثمن ، والا اصبحت حقه باطلاً .

كما ان هناك تدبيراً آخر هو ان تحدد المحكمة ، ميعاداً للشفيع بايداع الثمن قبل لفظ الحكم بالشفعة ، حتى اذا لم يفعل ، ابطلت شفيعته

١ بدائع الصنائع جزء ٥ ص ٢٤ - ٢ نفس المكان مع ايجاز وتصرف

تقديراً من الوقوع في المشاكل أثناء تنفيذ حكم الشفعة . والشفيع يلزم بالشن من دون فوائد لعدم النص على ذلك ، ولأن الفائدة تدفع عادة عوضاً عن التأخير ، ولا شيء منه هنا ، فالشفيع يطالب بحق لقاء أداء الشمن الذي دفعه المشتري مع المصاريف والتوابع فقط .

٤ - تحسين العقار : أوجبت المادة ٢٢٩ على الشفيع ان يدفع علاوة على الشمن مقدار تحسين العقار في أثناء وجوده بين يدي المشتري وهي عبارة عن النفقات التي صرفها لتحسين العقار وهي لا تشمل بتاتاً المصاريف العادية التي توجبها حالة الاستغلال ، كما لا تشمل فائدة الشمن طالما ان الشفيع قد استولى على منفعة العقار فتقع المقاصة بينهما .

ولا تعتبر من تحسينات العقار الزيادة الطارئة على قيمته بغير فعل المشتري وإنما لأسباب اقتصادية عارضة ، فلا وجه للحكم بقيمتها للشفيع لأنها لا تعد من قبيل التحسين الذي أوجبت المادة دفعه للمشتري .

٥ - ما هو الشمن الواجب ادائه ؟ : يجب على الشفيع ان يدفع الشمن الحقيقي الوارد بالعقد ، وإنما يجوز للشفيع ان يثبت بالبينة ان الشمن الوارد بالعقد يزيد على الشمن الحقيقي بقصد منعه من استعمال حقه في الاخذ بالشفعة . وستأتي التفصيلات بشرح المادة ٢٥١ الآتية .

٦ - ملحقات الشمن : يجب على الشفيع ان يدفع الى المشتري عدا الشمن الحقيقي الوارد بالعقد ملحقات الشمن ، وهي المصاريف الرسمية المترتبة على العقد ورسوم التسجيل التي يكون قد دفعها وكل المصاريف التي اضطر المشتري لدفعها للحصول على مشتراه .

اما المصاريف الضرورية او النافعة التي اجراها المشتري فهو ملزم بها ايضاً لانه لا يجوز ان يغتني الانسان على حساب غيره

٧ - هل يستفيد الشفيع من هذا؟ لا يجوز للشفيع ان يطلب تنقيص الثمن بدعوى ان العين قد نقصت قيمتها، وذلك لان الشفيع محل المشتري، وعليه ان يقوم بدفع ثمن العقار وتوابعه . وان حط البائع بعض ثمن المبيع في حق المشتري يلزم حطه في حق الشفيع ايضاً ، والا برآء من بعض الثمن وهبته للمشتري حكمه حكم الحط

اما لو حط الثمن كله فلا يستفيد منه الشفيع لانه يصبح بيعاً بلا ثمن واذا زيد على ثمن المبيع من المشتري فلا تكون هذه الزيادة ذات تأثير على الشفيع لان حق الشفيع قد تعلّق بالثمن الاول ، وليس للمشتري ان يبطل حق الشفيع بزيادة الثمن .

٨ - البناء والغراس في العقار المشفوع : لو زاد المشتري على البناء المشفوع شيئاً من ماله ، كصبغه بالالوان ، وتبييضه ، وشفيعه مخير ان شاء تركه ، وان شاء تملكه باعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة . وان كان المشتري قد احدث على العقار المشفوع بناء او غرس فيه اشجاراً ، فالشفيع بالخيار ان شاء تركه وان شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه ، وقيمة الابنية والاشجار قائمة ، وليس له ان يجبر المشتري على قلع الابنية او الاشجار لان المشتري لما كان محقاً في البناء فلا يجوز ان يجبر على قلعه كما انه لا يجوز ان يجبر على اعطائه للشفيع بقيمته مستحقاً للقلع ، وكذلك لا يجبر المشتري على قلع الابنية والاشجار لانه لما كان المشتري قد بنى فيه او غرس الشجر على انه ملكه فهو محق في بنائه وغرسه ، واجباره على القلع يترتب على الشيء الذي بدون حق كالعصب^٢

١ المادة ١٠٤٤ من المجلة

٢ فتح المعين

وتزيد قائلين : ان أئمة المذهب الحنفي اتفقوا على ان بن بنى او غرس
 بالاستناد لعدد فاسد لا يكلف القلع . وكذلك الباني او الغارس في مبيع ضبط
 منه بالاستحقاق لعدم وجود التعدي في صورتين ، ففي الصورة الاولى يتقرو
 الملك للمشتري وفي الثانية يلزم المستحق اعطاء قيمة البناء والغراس قائماً .
 قال ابو يوسف رحمه الله : ومثل ذلك المشتري اذا بنى او غرس في العقار
 المشفوع فيه قبل ان يؤخذ منه بالشفعة ، فالشفيع يلزمه عدا عن دفع الثمن
 اعطاء قيمة البناء والغراس قائماً اذا اراد الاخذ بالشفعة لعدم التعدي . وهو
 مختار المجلة كما رأيت .

وقال محمد بن الحسن : ليست هذه المسألة من فروع القاعدة المذكورة
 وليس المشتري مأذوناً في مثل ذلك لان علة الشفعة وسببها متقدمان على
 ملكه الذي هو على شرف الزوال فهو غاصب حكماً ومتعد فيكلف القلع
 والهدم ولو اراد الشفيع ان يتملك ذلك عليه لضرر القلع بالارض يعطيه
 قيمته مستحق القلع وسار على هذا الراي ابو حنيفة رحمه الله تعالى والمأخوذ
 به في المجلة اقوى دليلاً لان الشفعة ليست من صرائح الاملاك وهي على شرف
 السقوط باسباب شتى . وهو يتفق مع ما ذهب اليه الامام مالك والشافعي
 رحمهما الله تعالى

واذا كان المشتري زرع في الارض المشفوعة فيبقى الزرع الى وقت
 الحصاد ويدفع المشتري اجرة الارض فقط من تاريخ الحكم بالشفعة الى
 حين رفع الزرع .

واذا خرب بناء المشفوع او قلعت اشجاره وضاعت بدون فعل المشتري
 فالشفيع يكلف لدفع تمام الثمن ما لم تكن الانقاض . وجودة وباقية حيث
 تبقى للمشتري ويتزل عن بدل الشفعة مقدار ثمنها .

اما لو تلف قسم من المبيع فيسقط ما يصيبه من البدل كالارض المشفوعة اذا استولى البحر على قسم منها .

وكذا اذا هدم المشتري الدار ، فللشفيع اختيار ان شاء ترك الشفعة ، وان شاء اخذ الارض بشتمها ، وكذا الحكم في هدم الاجني

٩ - واجبات المشتري بالقانون التوركي : يقول مصطفى بك رشيد^١ شارح القانون المدني التوركي ان الشفيع مجبر على اداء الثمن الذي دفعه المشتري للبائع مع رسم الفراغ واجرة السمسرة^٢

١٠ - القانون السويسري وثن المشفوع : يجبر الشفيع في الشفعة القانونية ان يؤدي ثمن الصفقة الى المشتري مع النفقات التي انفقها هذا الاخير على تحسين العقار ورسم التسجيل واجرة السمسرة^٣

١١ - الثمن والقانون المراكشي : نصت المادة ٢٥ من ظهير ٢ حزيران سنة ١٩١٥ على ان الشفيع يحل محل المشتري لقاء دفع ثمن الصفقة ومقدار التحسين ومصاريف التسجيل

١٢ - نص القانون الاسباني في واجبات الشفيع : نصت المادة ١٥١٨ من القانون الاسباني التي يسري مفعولها على حق الشفعة القانوني ان المشتري يجب ان يدفع اليه ثمن المبيع ومصاريف العقد والمصاريف الاخرى المشروعة المترتبة على البيع والمصاريف الضرورية والنافعة التي انفقت على المباع

١٣ - اتفاق النص بين القانون الالماني ومذهب الامام مالك : ان حق

١ شرح المادة ٦٥٩ ص ٩٠

٢ شرح المادة ٦٥٨ ص ٨٩

٣ روسل : ١٢٨٠

الشفعة عند الامام مالك رحمه الله تعالى لا يجوز استعماله الا على شرط ان يعرض على المشتري تعويضاً تلماً بان يدفع اليه الثمن عيناً او ما يعادل قيمة الثمن الذي اداه سواء اكانت التأدية حصلت بطريقة المقاصة مع البائع او المبادلة . واذا قدم المشتري لقاء الثمن رهناً او كفالة فعلى الشفيع ان يقدم رهناً او كفالة ايضاً . واذا دفع المشتري نفقات العقد فعلى الشفيع ان يقدمها للمشتري . وهل يجب ان يفهم من النفقات المصاريف المتوجبة او النفقات غير المشروعة ايضاً ؟ يظهر ان الاجتهاد ليس على معنى واحد في المذهب المالكي بهذا الشأن .

وقد ورد بالمادة ٥٠٨ من القانون المالي : ان الغير اذا اشترى المشفوع مع اشياء اخرى مقابل ثمن اجمالي وجب على الشفيع ان يدفع جزءاً نسبياً من الثمن الاجمالي وورد بالمادة ٥٠٩ ان المشتري اذا منح اجلاً للقيام بدفع الثمن فالشفيع يستفيد من هذا الاجل اذا اقدم كفالة

المادة ٢٥٠ : اذا افرغ العقار لشخص ثالث بقيدته في

السجل العقاري فلا يعود من الممكن استعمال حق الشفعة .

١ - غموض نص هذه المادة : ادى نص هذه المادة الى تفسيرات مختلفة بسبب الغموض الظاهر فيه

فقال محكمة التمييز السورية بقرارها الصادر في ١٩ حزيران سنة ١٣٣٧

رقم ٥٨ - ٥٥ ان ما جاء بالمادة هذه من التصريح بان فراغ العقار لشخص ثالث بقيدته في السجل العقاري يوجب عدم امكان استعمال حق الشفعة هو مصروف الى عدم استعمال هذا الحق تجاه الشريك الاول الذي قد يكون قد خرج عن الخصومة بخروج العقار من حوزته ولكنه لا يمنع استعماله ضد

المشتري الثاني .

ولا يخفى ان هذا التفسير يراد منه إيجاد مخرج لهذه المادة التي اتت
مبهمة غير واضحة

وقال عثمان بك سلطان^١ ان المادة ٢٥٠ قد نصت على ان العقار اذا افروغ
لشخص ثالث بقيده في السجل العقاري فلا يعود من الممكن استعمال
حق الشفعة .

والذي يبدو لاول وهلة من ظاهر هذه المادة ان المشتري اذا افروغ
العقار المشفوع لشخص آخر بقيده في السجل العقاري يبطل حق شفعة الشفيع
في العقار المذكور غير ان الشفيع لما كان له حق اخذ العقار المشفوع اذا
طلب اخذه بشفعته خلال المدة القانونية ، وكانت تصرفات المشتري بالعقار
المشفوع لا تمتد نافذة بحق الشفيع ما لم تنقض تلك المدة او يحصل ما يبطل
شفعته شرعاً ، فالذي يمكن استخراجه من هذه المادة هو ان المقصود بلفظ
« العقار » الوارد فيها العقار المشفوع به لا العقار المشفوع

وعليه يمكننا القول بانه اذا افروغ صاحب العقار المشفوع به عقاره الى
شخص ما يبيعه اياه او بالتنازل له عنه بلا بدل ، فلا يعود من الممكن
للفارغ ان يستعمل حق شفعته على العقار المشفوع من مشتريه لزوال سبب
الاستحقاق بخروج العقار المشفوع به عن ملكه .

وهذا مقتضى الحكم الشرعي الوارد بالمادة ١٠٣٩ من المجلة القائل :
« اذا بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع وقبل تملكه المشفوع يسقط
حق شفعته »

وفي الطحطاوي نقلاً عن المنح انه لا فرق بين ان يكون الشفيع عالماً وقت بيع عقاره بشراء العقار او لم يكن عالماً^١ .

وفي رد المحتار ان المراد بالبيع هنا البيع البات ، اما لو باع الشفيع عقاره المشفوع به بيع وفاء لا تسقط شفيعته لعدم زوال ملكه .

وهذا ما اراده المشتري في المادة ٢٥٠ من نظام الملكية العقارية بقوله بقيده في السجل العقاري باعتبار ان المبيع الذي يسجل على اسم الشاري في السجل العقاري يصبح ملكاً له خلافاً للبيع وفاء الذي هو بحكم الموهون ويسجل في السجل العقاري على هذا الوجه

وبطلان حق الشفعة بسبب خروج العقار المشفوع به عن ملك الشفيع مقيد بانعقاد البيع والتسجيل قبل صدور الحكم من المحكمة بثبوت حق الشفعة لصالح الشفيع

اما اذا باع الشفيع العقار المشفوع به بعد صدور الحكم له باخذ العقار المشفوع ولو قبل اداء ثمنه فلا يعد بيعه مبطلاً لحق شفيعته بل يبقى له هذا الحق وينتقل عنه الى ورثته (المادة ١٠٣١ من المحلة)

وعليه اذا اخرج المشتري المبيع عن ملكه قبل ان يأخذه الشفيع بشفعته او يسقط حقه منها بسبب شرعي لا يكون ذلك مبطلاً لحق شفيعته اهـ .

ان هذا التعليل في محله القانوني وبذلك يُصرف نص المادة الى مفهوم صريح صحيح ، ونحن نؤيد هذا التفسير والايضاح لهذه المادة . وقد قدمنا

١ راجع ايضاً « الجوهرية »

في شرح المواد السابقة ، تأييداً لما ذهب اليه الاستاذ سلطان انه يشترط بقاء المشفوع به في ملك الشفيع الى وقت القضاء او التسليم بالرضاء ، فاذا خرج المشفوع به من ملكه قبل ذلك بطلت شفيعته ولو وقف الشفيع المشفوع قبل ان يملك المشفوع على الوجه المشروح وسجله او جعله مسجداً او مقبرة بطلت شفيعته^١

المادة ٢٥١ — اذا وقع اختلاف على قيمة ثمن العقارين

المشتري وصاحب حق الشفعة ، فيعين القاضي الثمن الحقيقي

- | | | | |
|---|---|---|--|
| ١ | واجبات الشفع بآداء الثمن الحقيقي | ٤ | ما حكم ما لو زيد على ثمن المبيع ؟ |
| ٢ | ما هو الثمن الواجب اداؤه للمشتري بالشرعية ؟ | ٥ | ضم المشتري على ثمن المبيع |
| ٣ | هل يأخذ الشفع بما يجب بالعقد ؟ | ٦ | الخلاص على الثمن بمذهب مالك في القانون التوركي |

١ - واجبات الشفع بآداء الثمن الحقيقي : يجب على الشفع ان يؤدي الثمن الحقيقي الى المشتري ، وانما يجوز للشفع ان يشهد بالطرق القانونية كافة ان الثمن الوارد بالعقد يزيد على الثمن الحقيقي بقصد منعه من استعمال حق الشفعة . وللمحكمة ان تقضي على الشفع بدفع الثمن الذي يشهد من شهادة الشهود وتقارير الخبراء ، واوراق المواضع ، فالشفيع يعتبر هنا من طبقة الغير ولا تسري عليه الاتفاقات الصورية التي عملت للاضرار به

٢ - البديل الذي يجب ان يعطيه الشفع للمشتري بالشرعية : اذا اشترى المشتري المشفوع ببديل من المثليات ، فعلى الشفع ان يعطي

المشتري مثل ذلك البذل .

اما لو اخذه ببذل من القيميات فيعطي الشفيع قيمة ذلك البذل للمشتري .
مثلاً لو اشترى المشتري عقاراً بماية ديناراً او بخمسة ريال او ستمائة كيلة حنطة ،
فعلى الشفيع ان يعطي مائة ديناراً او خمسية ريال او ستمائة كيلة حنطة
للمشتري ويأخذ المشفوع ، اما لو اشترى المشتري العقار في مقابل فرسين
فللشفيع ان يعطي المشتري قيمتها وقت الشراء ، ويضبط العقار .

وجاء في فتح المعين : اذا كان بدل العقار من القيميات فالقيمة المعتبرة في
البذل هي القيمة وقت الشراء ، ولا تعتبر قيمته وقت الاخذ بالشفعة
وجاء في الدرر : اذا تبادل شخصتان عقاراً بعرض فاشفيع العقار ان
يعطي قيمة العرض ، وشفيع العرض ان يعطي قيمة العقار وقت الشراء ،
ويأخذ كل منهما مشفوعه

٣ - يأخذ الشفيع بما يجب بالعقد : يأخذ الشفيع بما يجب بالعقد وليس
بما يعطي بدلاله . فلو اشترى المشتري بدراهم او دنانير واعطى عرضاً لبائعه
بدلاً عنه فيأخذ الشفيع بدراهم ودنانير وليس بقيمة العرض^١

٤ - الزيادة على ثمن المبيع : اذا زيد على ثمن المبيع من المشتري فلا
تكون هذه الزيادة ذات تأثير على الشفيع ، لان حق الشفيع قد تعلق بالثمن
الاول وليس للمشتري ان يبطل حق الشفيع بزيادته الثمن^١

٥ - هل يلزم الشفيع بهذا ؟ : اذا ضم المشتري على ثمن المبيع وكان الفأ
فابلقه الى الف ومائتين فيأخذه الشفيع بالف ولا يلزمه اعطاء المائتين
الزائدتين دفعاً للضرر . وانما لا تظهر الزيادة بحق الشفيع لانه استحق اخذ

الشفعة بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك المشتري ابطال حقه السابق له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير تجديدهما العقد لما يلحق بذلك من الضرر ويلتحق به في حق نفسه لان له ولاية على نفسه دون الشفيع^١

٦ - الاختلاف على الثمن بمذهب مالك : في حالة الاختلاف على الثمن بين المشتري والشفيع ، وفقدان دليل الاثبات على مقداره ، يؤخذ بقول المشتري بيمينه اذا احتمل الظاهر قوله . كما لو اثبت تأدية الثمن غالياً لوجود العقار في صقع ممتاز ، والاخذ بقول الشفيع . واذا كانت اقوال الفريقين لا تحتل التصديق فيوجه اليمين الى كل من المشتري والشفيع ، ويجدد ثمن متوسط^٢

وتجب بالمذهب المالكي تأدية الثمن الحقيقي للمشتري^٣ مع نفقات العقد والمصاريف (راجع الملحق) .

٧ - الثمن والقانون التوركي : اوجب القانون التوركي على الشفيع ان يرد الى المشتري الثمن المسمى بالعقد والمدفوع حقيقة^٤

المادة ٢٥٢ : يعتبر ان حق الشفعة قد تم وان حق التسجيل قد اكتسب لصاحب حق الشفعة ، اما باستلامه الشيء برضى المشتري ، واما بدفع الثمن وتوابع الثمن المعين للمشتري

١ (المخطاوي

٢ النووي ج ٢ ص ١٢٧

٣ ابن قاسم الغزي ص ٣٧٥

٤ مصطفى رشيد بك ص ٩٠ جز ٢

وفقاً لأحكام المادة ٢٤٩ اعلاه ، او بحكم صادر لصالح صاحب حق الشفعة

١ متى يكون الشفيع مالكا ٢ متى يصبح الشفيع مالكا هنا ؟
للمشفوع ؟

١ - حكم الشفعة : هذه المادة تبحث عن حكم الشفعة ، وهي تقابل المادة ١٠٣٦ من المجلة التي قالت : يكون الشفيع مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم ويتفرع عن هذه المادة مسائل :

١ - لو توفي الشفيع بعد طلب الشفعة ، وقبل التسليم من المشتري او حكم الحاكم بطلت الشفعة ولا تورث (المادة ٢٤٣ من هذا القانون)
٢ - لو باع الشفيع المشفوع به قبل التراضي والحكم بطلت الشفعة (مادة ٢٥٠ من هذا القانون)

٣ - لو بيعت عرصة قبل التراضي والحكم فلا تثبت الشفعة للشفيع بسبب ذلك العقار

٤ - لو استهلك المشتري الثمار الحادثة في المشفوع وهو في يد المشتري قبل التراضي والحكم فلا يازم المشتري ضمان ، وليس للشفيع تنزيل حصة من الثمن^١

٥ - يدخل المشفوع في ملك الشفيع بمجرد حكم الحاكم ولو لم يقضيه الشفيع^٢

١ (الطحاوي

٢ الدرر

- ٦ - لا يستطيع الشفيع ترك المشفوع بعد حكم الحاكم
 ٧ - اذا توفي الشفيع بعد لحوق الحكم لا تبطل الشفعة ، ويرث ورثة الشفيع المشفوع

٨ - لو بيعت عرصة قبل حكم الحاكم اثناء دعوى الشفعة وقبل التسليم برضى المشتري ثم حكم الحاكم بالشفعة بعد ذلك ، او سلم برضى المشتري فلا يكون الشفيع شفعياً لهذه العرصة لان الشفيع با انه لم يملك المشفوع فلا يكون شفعياً لعقار آخر بسببه^١ الا انه للمشتري ان يكون شفعياً للعقار الثاني لان المشفوع به باق في ملك المشتري قبل التسليم والحكم^٢

٩ - لو اخرج الشفيع المشفوع به من ملكه ، بعد اقامة الدعوى قبل حكم الحاكم او تسليم المشتري بالرضى بطلت الشفعة^٣
 ١٠ - لو وقف الشفيع المشفوع قبل ان يملك المشفوع وسجله او جعله مسجداً او مقبرة بطلت شفعته^٤

١١ - لو أجر المشتري المشفوع لآخر واخذ اجرته قبل ان يملكه الشفيع كانت هذه الاجرة طيبة للمشتري^٥

١٢ - لو باع المشتري المشفوع قبل ان يملكه الشفيع من آخر جاز ، ويكون الشفيع في هذه الصورة مخيراً ان شاء اخذه بالشفعة بالبيع الاول او البيع الثاني

١ الهداية

٢ علي حيدر افندي شرح المادة ١٠٢٠

٣ الهندية في الباب الثالث من الشفعة

٤ فتح المعين

٥ نفس المرجع

- ١٣ - المشتري ان يهدم العقار المشفوع قبل ان يملك الشفيع المشفوع
- ١٤ - لو زاد المشتري على البناء المشفوع شيئاً من ماله كصنعة ، فشفيعه مخير ان شاء تركه وان شاء تملكه باعطاء ثمن البناء ، وقيمة الزيادة ، وان كان المشتري قد احدث على العقار المشفوع بناء او غرس فيه اشجاراً فالشفيع بالخيار ان شاء تركه وان شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه وقيمة الابنية والاشجار ، وليس له ان يجبر المشتري على قلع الابنية او الاشجار لان المشتري لما كان محقاً في البناء فلا يجوز ان يجبر على قلعه كما انه لا يجوز ان يجبر على اعطائه للشفيع بقيمة مستحقاً للقلع وكذلك لا يجبر المشتري على قلع الابنية والاشجار لانه لما كان المشتري قد بنى فيه او غرس الشجر على انه ملكه فهو محق في بنائه وغرسه ، مع ان اجباره على القلع حكم يترتب على الشيء الذي بدون حق كالغصب
- ١٥ - لو ظهر للعروة المشتراة شفيع بعد ان زرع فيها المشتري زرعاً فبقى في يد المشتري الى ادراك الزرع ، وعليه فلا يلزم المشتري اعطاء اجرة مدة مضت قبل الحكم لوجودها في ملكه ، اما بعد لحوق الحكم بالشفعة فيعطى المشتري للشفيع اجر مثل الارض
- ١٦ - اذا انهدمت او احترقت او خربت الدار المشفوعة بغير فعل المشتري فاذا الشفيع اخذ العروة بكل الثمن ، وان شاء ترك شفيعته . (وهذا يوافق حكم القانون السوري)
- ١٧ - اذا كان التلف جزئياً سقطت حصته من الثمن على شرط ان لا يكون في الاوصاف كما مر بالفقرة السابقة ومثال هذا التلف ان يغمر البحر جزءاً من الارض فيأخذ الشفيع الباقي من العروة سالماً بحصته من

الشنن لان الغائب في هذه المسألة بعض الاصل ، اما في المسألة المتقدمة فالغائب وصف (مجمع الانهر)

١٨ - اذا هدم المشتري الدار المشفوعة ، فالشفيع مخير ان شاء اخذ عرصه الدار نجصتها من الشنن وان شاء تركها

٢ - عرض الشفيع للشنن : ورد بالمادة ٢٥٢ هذه ان الشفيع يعتبر ان حق شفيعته قد تم بدفع الشنن وتوابعه للمشتري وفقاً لاحكام المادة ٢٤٩ من قانون الملكية وهذا الحكم لم يرد بالمادة ١٠٣٦ من المجلة وهو يفيد ان الشفيع بمجرد عرضه الشنن عرضاً فعلياً بايداعه في خزانة الحكومة يصبح مالكا من تاريخ هذا العرض ولا يضطر للانتظار الى تاريخ صدور الحكم النهائي ، وبذلك يستفيد الشفيع من المطالبة ببيع العقار من تاريخ الايداع حتى التسليم الفعلي ، اما اجراءات العرض والايداع فقد تكفلت ببيانها احكام المادة ٨٥٠ - ٨٥٥ من الاصول المدنية .

المادة ٢٥٣ - يعتبر صاحب حق الشفعة انه اشترى من المشتري ، ويعتبر انه وصل اليه حقه من هذا الاخير ويكون للشفعة تجاه المشتري وتجاه صاحب الشفعة مفعول البيع نفسه .
١ - حكم الشفعة كالبيع : الشفعة في كل الاحكام كالبيع^١ وهذه المادة تقابل المادة ١٠٣٧ من المجلة . وصرحت هذه المادة ان الشفعة هي بمنزلة الاشتراء من المشتري ، ولم تأخذ بما ورد على لسان الفقهاء بانها بمنزلة الاشتراء من البائع قبل القبض ومن المشتري بعد القبض^٢

١ الدر المنتقى

٢ الطحطاوي

٢- ما يترتب على هذا القول ؟ : يترتب على هذا المبدأ ان الاحكام التي تثبت بالشراء ابتداءً للبائع او للمشتري كالرجوع بالثمن عند الاستحقاق ، وحبس المبيع لاستيفاء الثمن تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة ايضاً للشفيع والمشتري . الا انه اذا اشترط المشتري على البائع تأجيل الثمن لا يثبت في حق الشفيع

٣- ايداع الثمن وقت طلب الشفعة : لا يشترط ان يحضر الشفيع الثمن وقت الدعوى ، فتسمع دعوى الشفيع ولو لم يكن في يده ثمن المشفوع لان لزوم الثمن على الشفيع بعد الحكم (الطحطاوي) . الا ان للحاكم ان يأمر بايداع الثمن قبل الحكم فاذا لم يحضر الشفيع الثمن فلا يحكم الحاكم بالشفعة لانه يحتمل ان يكون الشفيع مفلساً ويهلك الثمن على المشتري^١

٤- حبس العقار المشفوع حتى اداء الثمن : يجب على الشفيع بعد الحكم اداء الثمن . وللمشتري حبس العقار المشفوع الى ان يؤديه لان الشفيع والمشتري لما كانا بمنزلة البائع والمشتري فتجري احكام البيع عليهما . ولا تبطل بعد الحكم شفعة الشفيع بمجرد تأخير تأدية الثمن لان الشفعة قد تأكدت قضاء^٢ .

٢٥٤- اذا وقع البيع جبراً فلا يستعمل حق الشفعة

١- لا شفعة فيما بيع جبراً : اذا حصل البيع الجبري بمعرفة دائرة الاجراء فلا يستعمل حق الشفعة لان في استطاعة الشفيع ان يشترك بالمرابحة حتى تتقرر عليه الاحالة .

واذا بيع العقار المشترك ، غير قابل للتسمة فلا يستعمل حق الشفعة

١ راجع مجمع الانهر ، ورواية الامام احمد بضرورة إحضار الثمن قبل الحكم

٢ نفس المرجع والهداية والهندية في الباب الخامس

بالخصص المباعة لليلة المتقدمة

٢ - القانون السويسري والشفعة في البيع الجبهي : مشى الاجتهاد في سويسرا على ان العقار المباع بالمزايدة ، بعد معاملة الحجز العقاري ، لا يؤخذ بالشفعة . لان القانون اوجب الشفعة فيما يباع رضاً للغير^١ واذا فرض ان العقار بنتيجة المزايدة جرى اتفاق بين المشتري وصاحب العقار على بيعه له رضاً فهل يجوز للشفيع اخذه بالشفعة ؟ اجابت محكمة الاتحاد السويسري (مجموعة الاحكام جز ٤٤ ص ٣٨٥ ، وروسل هامش ١ للمقودة ١٢٧٧) بالايجاب . وقد كان المؤلف روسل بالطبعة الاولى من كتابه الموجبات (شرح المادة ٢٢٥) قد رأى العكس لان الشفيع علم بالمزايدة ولكنه ابى يشترك بها الا انه بالطبعة الثانية رجع عن رأيه هذا وسار مع اجتهاد المحاكم السويسرية على جواز طلب الشفعة ، لان البيع حصل رضاً .

٣ - نص القانون التوركي : يرى شراح القانون التوركي أن الشفعة لا تجري بالبيع الجبهي لان القانون اوجبها في ما يبيع رضا . (شرح المادة ٦٥٨ لمصطفى بك رشيد جز ٢ ص ٨٨) .

١ محكمة الاتحاد في ١١ ايلول سنة ١٩١٨ وروسل فقرة ١٢٧٦ وكذلك ١٢٧٧

ملحق

مرتب حسب ورود المواد بقانون الملكية يحتوي على الاجتهادات القضائية
الصادرة عن المحاكم اللبنانية والسورية بتوضوع الشفعة مع تعليقات مفيدة .

١ استعمال الشفعة ضد الشريك في الملك :

ان لفظة الشخص الثالث الواردة بالمادة ٢٣٨ من قانون الملكية لا تعني
الشريك في الملك بل الشخص الاجنبي ولذلك فان حق الشفعة لا يستعمل
ضد الشريك بالملك .^١

(محكمة بداية بيروت المختلطة في ٣٠ حزيران سنة ١٩٣٧)

٢ حق الارتفاق وطلب الشفعة :

ادعى الشفع ' الشفعة بسبب ان له حقاً عينياً على العقار المباع وهو حق
الركوب عليه والاشتراك في جداره الغربي فقررت محكمة التمييز السورية
ان وجود حق الارتفاق على العقار المشفوع به ثابت بالقيد الرسمي ، وحق

١ راجع التحقيق العلمي الوارد بالفقرة الثانية من شرح المادة ٢٣٩ من هذا
الكتاب والتفصيل الوارد بالفقرة ٣١ من شرح المادة ٢٣٨ . وقد قلنا ان الفقهاء
قد اجازوا الاخذ بالشفعة للشفع سواء كان المشتري اجنبياً ام كان احد الشفعاء
وان افو لهم مبنية على الاجتهاد وغير مستنبطة من السنة ولذلك لا ينفع القول بعدم
جواز الاخذ بالشفعة اذا كان المشتري احد الشفعاء بالنظر لما اوردها بالفقرة ٢
من شرح المادة ٢٣٩ ص ٦٤ فراجع . وراجع حاشية الشلبي على شرح الكتر
للزبيعي جز ٥ ص ٣٤٠ .

الارتفاق من الحقوق العينية، يقتضى الفقرة السادسة من المادة ١٠ من القرار رقم ٣٣٣٩ وحق الشفعة حول الشريك في الحقوق العينية المقارية بمقتضى المادة ٢٣٩ فقرة ٢ من نفس القرار وصدقت بالنتيجة الحكم الذي قضى بالشفعة للمدعي (تميز سوري رقم ١٩ تاريخ ٤ آذار سنة ١٩٤٢) .

٣ صاحب العلو وطلب الشفعة :

اذا كان الطابق العلوي من البناء ملك آخر بعد احدها الاخر جاعل ملاًصقاً كما في المادة ١٠١١ من المجلة والاشتراك بالبناء كان سبباً للشفعة وأ حيث الجوار لا من حيث الاشتراك كما جاء بشرح المادة المذكورة لعلي حيدر افندي ص ١٠٣ وقانون الملكية منع حق الشفعة عن الجار الملاصق ولذلك

١ ان هذا القرار سكت عن مسألتين هامتين (الاولى) ان حق الشفعة هل يجوز طلبه بمجرد ان يكون للشفع حق التملك ام يجب ان يكون شريكاً في الطريق الموصل للمنزل (والثانية) قضية الاشتراك بالجدار وحدها دون الارض القائم عليها وهل يجوز الاخذ بالشفعة وقد فصلنا هاتين المسألتين بالفقرة ٤٦١ من شرح المادة ٢٣٨ فيما يتعلق بالمسألة الاولى وبالفقرة ٩ من شرح المادة ٢٣٩ فيما يتعلق بالمسألة الثانية . وقلنا ان العلو حسب اقوال الفقهاء يستحق بالشفعة ويستحق به الحقل على انه مجاوره وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل . وان كان طريقهما واحداً يستحق بالطريق الشفعة على انه خليط في الحقوق وهو الطريق لان حق التملك يبقى على الدوام وهو غير منقول فستستحق به الشفعة كالمعار (شرح الكثر الزيلعي جز ٥ ص ٢٥٣ وحاشية الشلبي عليه ص ٢٥٢) وابدينا رأياً خاصاً بالموضوع ايضاً يتفق مع ما اورده صاحب المفتي بالجزء الخامس من ان حق العلو وحده يعطي حق الشفعة .

١٠ فيما يتعلق بالشركة بالجدار فقد نوهنا بان الشريك في خشبة على الحائط ووضع الجذوع على الحائط جار ولا يكون شريكاً لان الشركة المعتبرة هي الشركة في المقار ونوضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكاً في الدار وكذا بالشركة في الجذوع لكنه جار ملاصق فيستحق الشفعة على انه جار ملاصق وكذا اذا كان شريكاً في الجدار بدون الارض فلا يستحق بها الشفعة (الزيلعي جز ٥ ص ٢٦١)

لا شفعة لصاحب العلو

(استئناف لبثاني رقم ١٧١ في ١٧ نيسان سنة ٩٤٥ وراجع تحقيق هذا البحث بالفقرة ٤١ ص ٥٦ وقرار محكمة التمييز السورية المتقدم الذي اخذ بوجهة نظرنا معتبراً حق التلمي من الحقوق العقارية . اما الفقهاء فلا يرون حق العلو بالنسبة للسفل الا حق مجاورة اذا لم تكن الطريق الموصلة اليهما مشتركة بينهما فهذه الحالة فقط يعتبران خليطين (شريكين في الحقوق) . اما صاحب المغني فيرى ان حق العلو وحده في الظاهر ينيل حق الشفعة لانه حق دائم . ج ٥)

٤ صاحب حق المرور وطلب الشفعة :

ان الاحكام القديمة الواردة في المجلة منحت حق الشفعة للمشارك في نفس المبيع وللخليط فللجار (مادة ١٠٠٩ من المجلة) .
والمجلة عرفت الخليط بانه المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق (٩٥٤ مجلة)

وصاحب الطريق لا يعد خليطاً في حق المبيع الا اذا كان شريكاً في الزقاق والارض الواقع عليها هذا الطريق وصاحب حق المرور هذا كصاحب حق المسيل يمكنه ان يكون شفعياً في المذهب الحنفي بصفته جاراً ليس الآ ،
والمادة ٢٣٩ من قانون الملكية عينت ترتيب درجة الافضلية في استعمال حق الشفعة فأعطته اولاً للشريك في الملك ثم للشريك في الحقوق العينية العقارية ويستنتج من ذلك انه يشترط اصحاب حق الشفعة في الفئة الثانية من الشفعاء ان يكون شريكاً وان تكون الشركة في حق عيني عقاري .
وحق المرور من الحقوق العينية العقارية (مادة ١٠ من قانون الملكية)
ولكن صاحب هذا الحق لا يعد شريكاً في الحق العيني العقاري مع مالك العقار

المشروع ولا يعارض هذا التفسير وجود المادة ٢٤١ من قانون الملكية التي عينت ترتيب الشفعة عند وجود تراحم بين فئات عديدة منهم لان الحقوق العينية العقارية متعددة ومتنوعة فيفرض وجود التراحم بين الشركاء فيها . وعلى ذلك ليس لصاحب حق المرور حق الشفعة^١

(استئناف لبنان رقم ١٣٢ في ١٢ تموز سنة ١٩٤٤ ، وحلب البدائية رقم ٩٤ في ٣١ آذار سنة ١٩٤٣ ، واستئناف لبنان في ٢١ شباط سنة ١٩٤٥)

٥ الشريك في حق الشرب وحقه بالشفعة :

ان من اسباب وجوب الشفعة الشراكة ، وهذه الشراكة على نوعين ، الشراكة في ملك المبيع والشراكة في حقوقه كالشرب والطريق وليس المسيل كالشرب لان صاحب المسيل مختص بمسيل الماء لا شركة للآخرين فيه وعلى هذا الاساس لا يعتبر حق المرور وحق المسيل المبجوث عنهما بقرار محكمة الاستئناف المؤرخ في ١٢ تموز سنة ١٩٤٤ رقم ١٣٢ كالشراكة في الشرب لان صاحب حق المرور وحق المسيل لا يمكنه ان يكون شقيقاً بالمذهب الخنفي الا بوصفه جاراً ولكن الشريك في الشرب يمكنه ان يكون شقيقاً بالشراكة والخطاة لان الخطاة هي الشراكة في حقوق الملك وعلى ذلك :

١ راجع الفقرة ١٤ من شرح المادة ٢٣٩ من هذا الكتاب والجزء الخامس من شرح الكتر للزبلي ص ٢٣٩ فقد قال : تجب الشفعة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصاً . وانظر قرار محكمة بداية دمشق رقم ١٢٠ تاريخ ٢٧ مايس سنة ١٩٤٣ وقرارها رقم ١٣٤ تاريخ ١٩ حزيران سنة ١٩٤٤ فقد اجازا لصاحب حق المرور الشفعة وان لم يكن شريكاً في الطريق

ان الشراكة في الشرب تعتبر من اسباب التملك بالشفعة^١

(استئناف لبنان ١٧ ايار سنة ١٩٤٥)

٦ التنازل عن الشفعة مقدماً :

ان حق الشفعة لا يسقط بتنازل الشفيع عنه قبل البيع او برفضه شراء لان حق الشفعة لا ينشأ الا وقت البيع ولا يجوز ابطال حق لم ينشأ بعد .
وعلى ذلك : فان الشفعة تبطل بالاسقاط بعد البيع فقط لا قبله . لان اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط (المادة ٢٤٣ من قانون الملكية)^٢

(قرار محكمة الاستئناف العقارية رقم ١٠٥ تاريخ ١٧ حزيران ١٩٤٤)

٧ هبة العقار اثناء جواز طلب الشفعة :

ان هبة العقار قبل انقضاء المدة المحددة بالمادة ٢٤٨ من قانون الملكية المطالبة بحق الشفعة لا يمكن ان يقضي عليه بل يخول المدعي المطالبة بالغاء

١ راجع البدائع جزء ٥٠ ص ١٠ و ١٠٢ والمجلة المادة ١٠٠٩ و ٩٥٦ والمادة ٢٣٩ من قانون الملكية وراجع الفقرة ٨ من شرح المادة ٢٣٩ من هذا الكتاب ص ٧٠ وشرح الكثر للزيلي جزء ٥ ص ٢٤٠ قال : والشرب الخاص عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان يكون نهراً صغيراً لا تجري فيه السفن وان كان كبيراً بحيث تجري فيه السفن فليس بخاص وقد قيل اذا كان اهل النهر لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير لكن اختلفوا في حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدر ما لا يحصى بخساية وبعضهم باربعمين وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص ان يكون نهراً يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام وقيل هو منقوض الى رأي المجتهدين في كل عصر ان رأوهم كثيراً كانوا كثيراً وان رأوهم قليلاً كانوا قليلاً وهو اشبه الاقاول
٢ لو اسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح لكونه اسقاطاً قبل وجود سببه وهو البيع (الزيلي جزء ٥ ص ٢٤٢)

المهبة لانه لو تصرف المشتري بالعين المشتراة قبل اخذ الشفيع فللشفيع ان ينقض تصرف المشتري وياخذ العين بالشفعة^١

(محكمة بداية حلب ٧ آب سنة ١٩٤٤)

٨ التوكيل بالشفعة :

١ - ادلى المستأنف عليه بعدم اهلية الوكيل لاقامة دعوى الشفعة لان وكالته مستمدة من وكيل المدعية ولا تتضمن الوكالة الثانية طلب الشفعة فقررت محكمة الاستئناف العقارية رد هذا الدفع للاسباب الآتية :

ان الوكالة المعطاة للوكيل من وكيل المدعية تحتوي على التوكيل بمادة شفعة وبما ان وكالة الوكيل الاول عامة تحتوي على البيع والشراء والمصالحة وغيرها من الامور التي يجوز التوكيل بها شرعاً ، وبما ان هذه الوكالة تشمل ضمناً حق طلب الشفعة لان الشفعة سواء في القانون القديم او الجديد كالشراء ابتداء « المادة ١٠٣٧ من المجلد ٢٥٣ من قانون الملكية » ، وبما انه تبين من الوكالة المعطاة من المدعية والمصدقة رسمياً انها اجازت عمل الوكيلين المذكورين وصادقت على طلبها الشفعة وفوضتها باقامة الدعوى بذلك ، وبما ان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة خصوصاً وان هذه الاجازة وردت قبل مضي السنة على عقد الشراء اي ضمن المدة القانونية لطلب الشفعة

(محكمة الاستئناف اللبنانية رقم ١٣٢ تاريخ ١٠ تموز سنة ١٩٤٤)

٢ - لا يمكن استنتاج تفويض البيع او الشراء من الفاظ التعميم الواردة في سند الوكالة بل يجب ان يكون التفويض منصوصاً عليه بصورة صريحة

١ : تنقض تصرفات المشتري وياخذ الشفيع الحصة المباعة بالشفعة كما ينقض سائر صرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضي بعد موته او باعها وصيه كان له نقضه (زيلعي جزء ٥ ص ٢٥٨)

والوكالة المهرزة لا تجيز للوكيل الشراء اختياراً أو شفعة فطلب الشفعة يكون مقدماً من غير ذي صلاحية

(محكمة الاستئناف رقم ٢٠٩ تاريخ ٦ آذار سنة ١٩٤١)

٩ ضرورة تسجيل الحق للمطالبة بالشفعة :

١- لما كانت صحائف العقارات المشفوعة والمشفوع بها لا تحوي أي حق عيني منشئ لاحدهما على الآخر وكان الاشتراك في حق الشرب والمرور ليس من حقوق الارتفاق الطبيعية ولا القانونية المعفاة من التسجيل بنص المادة ٥٨ من قرار الملكية والتي بحثت عنها المواد ٥٩ - ٨٣ منه فطلب الشفعة يكون غير مستند الى حق ومستوجب الرد

(بداية حلب رقم ٩٤ تاريخ ٣١ آذار سنة ١٩٤٣)

٢- عدم جواز استعمال الشفعة من الشريك في الحائظ المشترك الذي لم يسجل حقه في السجل العقاري .

بمقتضى المادة ١١ من القرار رقم ١٨٨ تعتبر جميع الحقوق غير المبثثة في سجل الملكية غير موجودة تجاه الأشخاص الذين يجهلون وجودها ، وقد استمر الاجتهاد على اعتبار القيود المذكورة في سجل الملكية هي وحدها

١ الوكيل بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم الى الموكل لان الخصومة فيها من حقوق العقد وهي الى العاقد اصيلاً كان او وكيلاً ولا يشترط لاقضاء حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه لانه اقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل (زيلعي جزء ص ٢٤٦ وحاشية الشلبي) .

ثم ان الوكيل بالشراء اذا سلم الشفعة فتسليمه لها صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع والاخذ بالشفعة يعتبر شراء والوكيل بالشراء له ان لا يشتري . والوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولو اقر الوكيل بطلب الشفعة على موكله بانه سلم الشفعة جاز اقراره عليه في مجلس القاضي (زيلعي جزء ص ٢٦٤)

تؤمن علانية الحقوق المترتبة على العقار دون سائر الملفات المتصلة له. والشارع ذاته صرح بضرورة تقييد الحق في سجل الملكية كما يتضح من بيان الاسباب الموجبة لتعديل القرار ١٨٨ اذ جاء فيها ان قيود سجل الملكية هي التي تثبت انشاء وانتقال والغاء الحق العيني وهي التي تؤلف في نظر الاشخاص الثالثين الاثبات على ان ذلك الحق يملكه صاحبه المعلن عنه بموجب القيود وهي التي تؤمن علنية الحق بصورة مطلقة بمعنى ان كل ما لم يكن مقيداً من الحقوق لا مفعول له ضد الغير. وما يؤيد هذا التفسير اولا ان الشارع قد اجاز في حالة اغفال قيد ما في السجل العقاري تصحيح الخطأ ولكن دون ان يكون لهذا التصحيح مفعول رجعي (المادة الاولى من القرار رقم ١٨٨ والمواد ٢٩ و ٣٠ و ٣١ و ٣٢ و ٣٣ من القرار رقم ١٨٩) وثانياً انه بالرغم من تحديد السجل العقاري الوارد في المادة الاولى الآتفة الذكر فان الشارع قد استعمل تعبير السجل العقاري بمعنى سجل الملكية وذلك في جملة مواضع منها المادتان ٩ و ٣٨ من القرار رقم ١٨٨ ولذلك لا يمكن القول بان حق الشفيع بطالب الشفعة ناشئ عن اشتراكه في ملكية حائط مشترك وان يستند في ملكية هذا الحائط الى محضر التحديد وخريطة المساحة باعتبار انهما يؤلفان جزءاً من سجل الملكية كما يستفاد من نص المادتين الاولى والثالثة عشرة من القرار رقم ١٨٨ واذا فرض ان الاشتراك بملكية حائط مع آخر يؤلف حق ارتفاق فهذا حق لم يفرضه قانون حتى يقال عنه بانه من حقوق الارتفاق القانونية بل بالعكس لا يمكن انشاؤه الا بموجب عقد كما هو صريح في المادة ٧١ من القرار رقم ٣٣٣٩ ، والموجبات التي تفرضها المادتان ٧٠ و ٧١ من القرار رقم ٣٣٣٩ على اصحاب الحائط المشترك مثل عدم اقامة البناء عليه بدون اذن الشريك ووجوب دفع نصف المصاريف من الشريك الاخر اذا رفع

هذا الحائط باذن هي وحدها من حقوق الارتفاق القانونية والاشتراك بالحائط ليس ايضاً من حقوق الارتفاق المتولدة عن وضعية الاماكن الطبيعية المنصوص عليها في المادة ٥٩ من القرار رقم ٣٣٣٩ وهو كسائر الحقوق العينية خاضع للتسجيل في السجل العقاري وخلو التسجيل من ذكر حق الشريك في الحائط المشترك يجعله غير موجود تجاه المشتري^١

(محكمة الاستئناف العقارية رقم ١٣٠ ، تاريخ ٢٢ ايار سنة ١٩٤٢)

١٠ - رضا الشريك بمجاورة احد المشتريين لا يفيد رضاه بغيره :

ان رضا الشريك بمجاورة احد المشتريين لحصة شريكه لا يوجب افتراض وجود رضائه بمشتر آخر لاختلاف الخلطاء اخلاقاً ومعاملة^٢

(محكمة التمييز السورية رقم ٥٤ تاريخ ١٩ حزيران سنة ١٩٣٧)

١ ان ماقرره هذا القرار من ان العبرة في العينية والاشهار لسجل الملكية دون سواه مويد بقرارات حجة صادرة عن محكمة التمييز اللبنانية منها قرار رقم ٦٧ تاريخ ١٧ حزيران سنة ١٩٣٥ وقرار عدد ٢٥ تاريخ ٣١ ك ٢ سنة ١٩٣٧ ومحكمة الاستئناف اللبنانية منها قرار صادر في ١٦ ك ٢ سنة ١٩٣٩ عدد ٢٣

والذي هو محل النظر في هذا القرار عدم اعتباره الحائط المشترك من حقوق الارتفاق القانونية خلافاً لنص المادة ٥٨ من قانون الملكية التي اعتبرت الحائط المشترك من حقوق الارتفاق القانونية الغير خاضعة للتسجيل ، ذات المنفعة الخصوصية . وخلافاً لما اقره دالوز تحت شرح المادة ٦٤٩ من القانون المدني الفرنسي بالفقرة ٣ ص ١١٠٦ فقد اعتبر الحائط المشترك نوعاً من حقوق الارتفاق القانونية ، ذات المنفعة الخصوصية وبذلك اخذت محكمة الاستئناف بطريقة اعادة المحاكمة لهذا القرار .

٢ وان قيل له ان المشتري فلان فلسم فبان انه غيره فله الشفعة لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يمتنع بخافة شره فالقسيم في حق البعض لا يكون تسليماً في حق غيره (الزيلعي جزء ٥ ص ٢٦٠)

١١ سريان مرور الزمن الوارد بالمادة ٢٤٨ من قانون الملكية على القاصرين :

ان مرور الزمن الوارد بالمادة ٢٤٨ من القرار رقم ٣٣٣٩ بشأن استعمال حق الشفعة مطلق يشمل القاصرين وغيرهم . واما احكام المادة ٢٦٤ من نفس القرار فهي مختصة بمرور الزمن على اساس حق الملكية .
(تمييز لبنان في ١١ ايلول سنة ١٩٤٣)

١٢ مهلة سقوط الحق بطلب الشفعة :

ان مهلة الثلاثة ايام المعينة في المادة ٢٤٧ من القرار رقم ٣٣٣٩ هي مهلة مراجعة معينة تحت طائلة سقوط الحق
(محكمة بيروت المختلطة في ٨ آذار سنة ١٩٤٤)

١ قررت محكمة بداية بيروت المختلطة بقرار حديث صدر في ٨ آذار سنة ١٩٤٤ ان المل المعينة بالمادة ٢٤٨ من نفس القرار هي مهلة مرور زمن وهذه المهلة الاخيرة تتوقف لمصلحة القاصر ولو كان ممثلاً بوصي متى وجد تعارض بين مصلحة القاصر ووصيه وبذلك خالفت القرار المتقدم الصادر عن محكمة التمييز وقد صدر بعده من محكمة بداية بيروت في ١٨ نيسان سنة ١٩٤٥ قرار رقم ٨٠ يوافق قرار محكمة التمييز اللبنانية . ان اطلاق النص يؤيد اجتهاد محكمة التمييز اللبنانية وهو الذي اخذنا به في هذا الكتاب . واما في الشريعة فقد جاء في شرح الكفر (جزء ٥ ص ٢٦٣) وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله تعالى ، وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يجوز وهو على شفعته اذا بلغ الصغير او بلغ الخبز الموكل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء . ولو باع الاب او الوصي ملك نفسه ليس له ان ياخذ بالشفعة للصغير لان من باع ليس له الشفعة وللصغير ان يطلب الشفعة اذا بلغ وكذا اذا كان في الشراء غيب كان للصغير ان يطلب الشفعة اذا بلغ لان كل واحد منهما ليس له ان ياخذ للصغير فلا تبطل شفعة الصغير بسكوته اهـ . بتصرف .

١٣ اضافة مهلة المسافة لطالب الشفعة :

ان مهلة الثلاثة ايام الكاملة المنصوص عليها بالمادة ٢٤٧ من القرار رقم ٣٣٣٩ لاستعمال حق الشفعة يجب اطالتها باضافة مهلة المسافة الواردة بالمادة ٣٢٠ من الاصول المدنية .

(محكمة الاستئناف المختلطة رقم ٤٣ تاريخ ١٠ مايس سنة ١٩٣٨) .

١٤ حضور امين السجل العقاري بدعاوي الشفعة :

ان حضور امين السجل العقاري بدعاوي الشفعة ليس بشرط .

(محكمة التمييز اللبنانية عدد ٨٣ تاريخ ٢٤ ت ١ سنة ١٩٣٥)

١٥ صلاحية حاكم الصلح برؤية دعاوي الشفعة :

ان حاكم الصلح صالح لرؤية دعاوي الشفعة اذا كانت قيمة العقار داخلة باختصاصه .

(محكمة التمييز اللبنانية عدد ٨٣ تاريخ ٢٤ ت ١ سنة ١٩٣٥)

١٦ تسجيل دعوى الشفعة :

١ - ان المقصود من تسجيل الدعاوي العقارية والحقوق العينية والحجوزات انما هو اعلانها للغير فلا يمكن ان يقال ان تسجيلها مشروط تحت طائلة الابطال بين المتداعين .

(استئناف لبنان عدد ٧٧ تاريخ ٢٤ ايار سنة ١٩٣٤ . وعكسه تميز

لبنان عدد ٧ تاريخ ٢٧ شباط سنة ١٩٣٢)

٢ - ان المادة ٤٧ من القرار رقم ١٨٨ تنص على وجوب قيد الدعوى

المقامة على عقارات اذا كانت قد حصلت على هذه العقارات المساحة وتسجلت بالسجل العقاري اما اذا كانت المساحة لم تجر فلا يتوجب قيد الدعوى .
(استئناف لبنان رقم ٣٥٦ تاريخ ٣٠ ت ٢ سنة ١٩٣٨) .

١٧ علم الشفيع بالبيع بصورة غير رسمية :

ان مجرد علم الشفيع بوقوع البيع لا يكفي لجعل المدة القانونية مبتدأة ما لم يكن هذا العلم متصلاً به على طريقة التبليغ الاصولي او ان يكون الشريك طالب الشفعة قد حضر بذاته مجلس العقد المعقود بين شريكه والمشتري وحينئذ لا يكون ذلك او هذا واقعاً يتجتم ان تعتبر المدة القانونية هي ما نصت عليه الفقرة الاخيرة من المادة ٢٤٨ من القرار رقم ٣٣٣٩ .
(تمييز سوري تاريخ ٣ نيسان سنة ١٩٤١ واستئناف لبنان ١٧ حزيران سنة ١٩٤٤ و ٢٠ ك ١ سنة ١٩٤٤)

١٨ تبليغ الشفيع اصولاً :

١ - يجب التحري عن صحة التبليغ الواقع للشفيع فاذا كان غير منطبق على القانون كان على المحكمة ان تلاحظ هذه الوجهة وتنظر بالدعوى على اصولها .^١

١ عقد الاستاذ المحاسني ، نقيب المحامين بدمشق ، مقالاً بمجلة النقابة (الجزء الاول - حتى الثالث سنة ٣ ص ٦) قال فيه بوجوب ابلاغ الشفيع من قبل دائرة السجل العقاري .

ونحن لا نرى رأيه لان المادة ٢٤٧ و ٢٤٨ من قانون الملكية اوجبت على المشتري ان يجري التبليغ لا الدائرة الرسمية . وان كان التبليغ بواسطة الدائرة الرسمية أكثر ضماناً من سواه الا انه لا يمكن الاخذ بهذا الرأي لعدم النص عليه .

(تميز سوري ٣ نيسان سنة ١٩٤١)

٢ - لا يكفي التبليغ بكتاب مضمون بل يجب ان يكون بواسطة
مأمور رسمي والا كان للشفيع تقديم الطلب بملة السنة حسب المادة ٢٤٨ .
(بداية بيروت المدنية ١٨ نيسان سنة ١٩٤٥ رقم ٨٠)

١٩ - اقامة الدعوى امام مرجع غير صالح :

ان اقامة الدعوى امام مرجع غير صالح من شأنها ان تقطع مرور الزمن،
ثم يعود فيسري منذ انبرام الحكم القاضي بعدم الصلاحية .
واذا اعطى المشتري علماً للشفيع بتسجيل مشتراه يجب عليه بعد ان
ردت دعواه الاولى لعدم الصلاحية ان يقيم دعواه لدى المحكمة الصالحة
بخلال ثلاثة ايام على الاكثر بعد انبرام الحكم القاضي بعدم الصلاحية لان
الشارع بالمادة ٢٤٧ اوجب اقامة دعوى الشفعة ضمن ثلاثة ايام تبديء من
تاريخ التبليغ بحصول التسجيل ، وليس من شأنها ان تعطي المدعي بحق الشفعة
مدة جديدة تريد عن المدة التي كانت له اساساً لاقامة الدعوى فيما لو اقامها
امام مرجع صالح

٢٠ - الهبة بعد قيد دعوى الشفعة بالسجل العقاري :

لما كان عقد الهبة الذي جرى قد وقع بعد قيد الدعوى في السجل العقاري
واطلع عليه الماقدان فلم يعد لهما ان يتذرعا بفعل قيد الهبة لا سيما وان

كما فعل القانون السوري بالمادة ٩٢٧ من القانون المدني فقد اوجب على دائرة
التسجيل ان تعلم الشفيع بالبيع وكذلك فعل القانون المدني التوركي .
وفي كل الاحوال فان الاجماع واقم على ضرورة التبليغ الخطي دون سواه
١ راجع حكم محكمة بداية بيروت المتلخطة المورخ في ٨ آذار سنة ١٩٤٤
المشار اليه بالفقرة ١٢ .

الدعوى قد اقيمت على المشتري لما كان القيد مسجلاً باسمه فقط فيكون هو الخصم الحقيقي فيها .^{١٠}

(محكمة التمييز السورية رقم ١٩ تاريخ ٤ آذار سنة ١٩٤٢)

٢١ الثمن في الشفعة اذا كان ذهباً :

١ - لاجل تطبيق احكام المادة ٢٤٩ من القرار رقم ٣٣٣٩ التي اوجبت التعويض كاملاً على المشتري من قبل الشفيع فاذا كان الثمن المدفوع منه بالعملة الذهبية فان التعويض على المشتري لا يكون باداء نفس العملة الذهبية بل بدفع عملة قانونية حسب سعر القطع لان الموجب هنا قانوني وليس اتفاقياً .
(استئناف مختلط في ١٨ آذار سنة ١٩٤٢) .

٢ - اذا ادعى المدعي بالشفعة ان الثمن دفع بالنقد اللبناني ، وادعى

١ حق الشفيع اقوى من حق المشتري ولهذا تنقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة (زيلي جز ٥٠ ص ٢٥٠) ولا تبطل الشفعة بموت المشتري لان المستحق باق . ولم يتغير سبب حقه وانما حصل الانتقال الى الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقه كما اذا انتقل الى غيره بسبب آخر فينبضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه (نفس المرجع ص ٢٥٨) قال الاتقاني فاذا باع القاضي أو الوصي في دين المشتري فللشفيع ان يبطل البيع لان هذا التصرف تضمن ابطال حق الغير فيفسخ وكذلك لو اوصى المشتري فيه بوصية كان للشفيع نقضها واخذها (حاشية الشاي على الزيلي ص ٢٥٨)

قال الاتقاني تقيلاً عن شرح الطحاوي ولو جعل المشتري الارض المشفوعة مسجداً او مقبرة تدفن فيها الموتى او رباطاً ثم جاء الشفيع كان له اخذها وابطال كل ما صنع المشتري فيها (حاشية الشاي ص ٢٥٠)

وكذلك لو وهبها المشتري وسلمها او رهنها كان للشفيع ان يبطل كل ذلك ويأخذها بالشفعة الاولى (الشاي ص ٢٤٨)

المدعى عليه دفعه بالتقد الذهبي وقالت المحكمة في احدى حشيات حكمها ان المتوجب دفعه من الشفيع هو الثمن الحقيقي للعقارات وفقاً لما جاء في المادة ٢٥١ من القرار رقم ٣٣٣٩ واستندت الى تقرير الخبير الذي قدر الثمن بالنقد الذهبي وفقاً لسعره التجاري بالليارات اللبنانية وقضت بان الثمن المتوجب دفعه هو ائف وثلاثمائة ليرة عثمانية ذهباً فتكون باستنادها الى تقرير الخبير والحكم بالثمن بالليارات العثمانية الذهبية قد قصدت سعرها التجاري بالليارات اللبنانية اذ ان هذا السعر هو الموازي للثمن الحقيقي للعقارات . والقرار ١٨ الصادر في ٣١ ك ٢ سنة ١٩٤٠ الذي منع التعامل بالذهب لا يحول دون تنفيذ حكم قضائي قضى بالليارات الذهبية واكتسب قوة القضية المحكمة وصدر بعد صدور القرار المذكور لان المحكوم به هو ثمن مبيع اخذ بالشفعة وليس بدین ليصار الى تحديد الليرة الذهبية حسب قانون ايفاء الديون . وطالما ان الحكم قضى بليارات عثمانية ذهبية وكان يجب دفعها اما عيناً أو حسب سعرها التجاري بتاريخ الدفع فلا يمكن تحديد سعرها وفقاً لقرارات الحكومة ونشرة المفوضية العليا بدون ان يتعارض ذلك مع قوة الشيء المحكوم به الامر غير الجائر قانوناً بطلب تفسير حكم والذي محله مراجعة الطرق القانونية الاخرى .

وبالتالي يتوجب رد طلب التفسير لان لا غرض في الحكم وهو يقضي بدفع ليرات عثمانية ذهباً او بدلها ليرات لبنانية حسب سعر الليرة العثمانية الذهبي التجاري حين الدفع .

(استئناف لبنان في ٢٢ ك ٢ سنة ١٩٤٢ عدد ١٧)

٢٢ تعيين الثمن الحقيقي عند الاختلاف عليه :

١ اذا اختلف الشفيع مع المشتري على الثمن الحقيقي المدفوع من هذا

الآخر فإنه يُعين بطريقة الخبراء

- (محكمة التمييز اللبنانية عدد ٨٣ تاريخ ٢٤ ت ١ سنة ١٩٣٥)
- ٢ - ان القانون لم يقيد المحكمة في معرض تعيين الثمن الحقيقي بقيد معين
- (محكمة التمييز السورية رقم ١٧ - ١٨ تاريخ ١٠ ايار سنة ١٩٤٠)
- ٣ - ان ثمن العقار المشفوع به هو الذي تعينه المحكمة حين وقوع الاختلاف عليه وفقاً للمادة ٢٥١ من قانون الملكية وليس من مبالغ لاعتبار بدل الرهن هو الثمن الحقيقي
- (محكمة التمييز السورية رقم ١٩ تاريخ ٤ آذار سنة ١٩٤٢)
- ٤ - ان نص المادة ٢٥١ من قانون الملكية جاء مطلقاً ولم يفرق من الحالة التي يدعي فيها الشفيع بان ثمن العقار هو اقل من الثمن المعين في الصك وبين الحالة التي يدعي فيها الشاري انه دفع مبلغاً يزيد عن المبلغ المعين في الصك ويجوز للمحكمة توصلًا لتعيين الثمن الحقيقي الالتجاء الى جميع طرق الاثبات ومن جملتها تحمين العقار المنازع عليه
- (استئناف عقاري رقم ٢٦١ تاريخ ٢٤ ك ١ سنة ١٩٤١)
- ٥ - ان المادة ٢٥١ من القرار رقم ٣٣٣٩ قد تركت للقاضي تعيين الثمن الحقيقي عند الاختلاف عليه بين المشتري وصاحب حق الشفعة .
- (استئناف رقم ٧٤ تاريخ ٦ شباط سنة ١٩٤١ ورقم ٢٠٩ تاريخ ٦ اذار سنة ١٩٤١) .^١

١ في الشريعة ان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول للمشتري ، وان برهنا فللشفيع . وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تعالى البينة بينة المشتري لآخرها تثبت الزيادة وان ادعى المشتري ثمنًا وادعى بائعه باقل منه ولم يقبض (الثمن اخذها الشفيع بما «الشفعة ١٣»

٢٣ - المقصد من كلمة القاضي الواردة بالمادة ٢٥١ من

قانون الملكية

في حالة وقوع الاختلاف على مقدار الثمن بين الطرفين يجب على القاضي ان يعينه بالاستناد الى المادة ٢٥١ من قرار الملكية والقاضي المقصود هنا هو المولج الحكم بالقضية .

(محكمة التمييز السورية عدد ١٧ - ١٨ تاريخ ١٠ ايار سنة ١٩٤٠)

٢٤ - هل يجب إداء الثمن مقدماً ؟

١ - من مقتضى المادة ٢٤٩ من القرار رقم ٣٣٣٩ ان يكون الشفيع ملازماً بعرض التعويض ودفع بدل الشراء ومقدار تحسين العقار وبقيّة النفقات مقدماً . وان فهم النصوص على غير هذه الصورة يجعل الحكم بمقتضى الفقرة الثالثة من المادة ٢٥٢ في صالح الشفيع دون ان يتقيد بصالح المشفوع منه ، وهو امر يتنافى وما قصده واضع القانون من تقديم إداء الثمن قبل التزام المشفوع منه بفراغ المشفوع به وليس في الامر ما يوجب تأخير إداء الثمن حين اكتساب الحكم الدرجة القطعية لان وجوب دفع الثمن محتم بمقتضى القانون لا بمقتضى الحكم .

(تمييز سوري بالاكثرية عدد ١٧ - ١٨ تاريخ ١٠ ايار سنة ١٩٤٠)

قال البائع ولو كان ما ادعاه البائع أكثر مما ادعاه المشتري تخالفاً وإجماعاً نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر وان قبض اخذها بما قال المشتري

وحط البعض يظهر في حق الشفيع لا حط الكل والزيادة ولا فرق في ذلك بين ان يكون الخط قبل اخذه بالشفعة او بعده (زيلبي جز ٥٠ ص ٢٤٧ و ٢٤٨)

قال الاسييجاني : لو باعها المشتري من آخر بثمن أكثر كان للشفيع ان ياخذها من الاول من المشتري الآخر (الشامي ص ٢٤٨)

١ - ان المادة ٢٥٢ لا توجب على الشفيع قبل تقديم دعوى الشفعة ان يعرض المبلغ عرضاً فعلياً على الشاري وان يودع بعد ذلك المبلغ المعروض تحت طائلة اسقاط حق الشفعة

(استئناف عقاري رقم ٢٦١ تاريخ ٢٤ ك ١ سنة ١٩٤١)

٣ - ان ما ورد بالمادة ٢٤٩ من قانون الملكية من ان حق الشفعة لا يمكن استعماله الا بعد عرض بدل الثمن ومقدار التحسين على المشتري محله فيما اذا تم الامر رضا بين الطرفين اما في حالة عدم التراضي فلا يلزم المدعي بتعجيل الثمن الا بعد تعيينه وفقاً لحكم المادة ٢٥١ والحكم به ، يؤيد ذلك ايضاً ما جاء بالفقرة الاخيرة من المادة ٢٥٢ من القانون المذكور (محكمة التمييز السورية رقم ٨ تاريخ ١٤ ك ٢ سنة ١٩٣٧)^١

٢٥ - هل يؤدي ثمن العقار المشفوع ام قيمته ؟

١ - ان النص الفرنسي للمادة ٢٥١ من قانون الملكية يوجب ترجمة

١ قال الزيلعي في شرح الكتر جزء ٥ ص ٢٤٥ : ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل بعد القضاء ويجوز له اقامة الدعوى وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى له القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل . وعن محمد رحمه الله ان القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله احترازاً عن توي الثمن . وجه الظاهر ان الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطالب بادائه والاحضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضاء ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشتري ان يمس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانهما ترلا منزلة البائع والمشتري . ولو آخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل بالاجماع لتأكيدا بالقضاء بخلاف ما اذا اخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد رحمه الله حيث تبطل لعدم التأكيد .

«قيمة الثمن» الواردة بالأصل العربي «بمقدار الثمن» ولا يسوغ للمحكمة ان تلزم الشفيع باداء قيمة العقار الى مشتريه متى كان القانون ملزماً اياه بدفع الثمن الواقع الشراء به

(محكمة التمييز السورية بالاكثرية عدد ٦٢ تاريخ ٢٢ ت ١ سنة ١٣٩)

٢ - يجب على الشفيع اداء بدل الشراء لقيمة المبيع الى المشتري
(استئناف عقاري رقم ٥١ و ٥٢ تاريخ ١٥ نيسان سنة ١٩٤٤)^١

٢٦ - العبرة للثمن وقت العقد

العبرة للثمن بتاريخ العقد ولا عبرة للثمن الحاضر الوارد بقرار محكمة الاستئناف الصادر في ٢٤ ك ١ سنة ١٩٤١ لانها رجعت عنه . راجع قرارها الصادرين في ١٥ نيسان سنة ١٩٤٤ رقم ٥٢ و ٥١ و تاريخ ٢٧ ايار سنة ١٩٤٤ رقم ٩١

(استئناف لبنان ٧ ك ١ سنة ١٩٤٤ رقم ١٧٢)

٢٧ - التحسين في العقار

١ - ان التحسين المتوجب على الشفيع اداؤه للمشتري بموجب المادة

١ وان اشترى داراً بعرض او عقار اخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثلياً لان الشفيع يتملكها بمثل ما تملكها المشتري به (زياعي جزء ٥ ص ٢٤٩)
ويعتبر قيمة ذلك الشيء وقت الشراء لا وقت الاخذ (حاشية الشلي ص ٢٤٩)

٣٤٩ من القرار رقم ٣٣٣٩ لا يشمل الا التحسين الناتج عن فعل المشتري وليس التحسين المبني على الظروف الاقتصادية

(محكمة الاستئناف المختلطة رقم ٢٤ تاريخ ١٧ اذار سنة ١٩٤٣ ،

واستئناف وطني رقم ١٧٢ تاريخ ٢٠ ٢ سنة ١٩٤٣ ورقم ٥١ و ٥٢ في ١٥

نيسان سنة ١٩٤٤ و ٧ ك ١ سنة ١٩٤٤ رقم ١٧٢^١

٢ - يجوز المشتري مطالبة الشفيع بالتحسين الذي اجراه من ماله الخاص وبالإضافة الناشئة عن الحالة الاقتصادية والخارجة عن عمل المشتري و ارادته لان الشارع لم يشأ ان يجعل الشفعة واسطة كسب يلجأ اليها الشريك في حالة ارتفاع قيمة العقار المشفوع قبل انقضاء المهلة الممنوحة له لاستعمال حقه بالشفعة ورائده كسب الفرق الحاصل في قيمة العقار بسبب الحالة الاقتصادية بين تاريخ الشراء وتاريخ طلب الشفعة وحرمان الشاري من هذا الكسب المشروع^٢

١ اذا بقى المشتري او غرس في الارض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعاً وان شاء كلف المشتري قلعهما فيأخذ الارض فارغة وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار ان شاء اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك . وبه قال مالك والشافعي رحمهما الله لانه ليس بمعتد في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل باحكام العدوان . ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير فينقض ولان حق الشفيع اقوى من حق المشتري ولهذا تنقض جميع تصرفات المشتري (زيلعي ص ٢٥٠ جزء ٥٠) وقد اخذ القانون بوجه ابي يوسف ومالك والشافعي

٢ ينتقد على هذا الرأي المخالف للقرارات السابقة ان المشتري يستطيع ابلاغ الشفيع حصول التسجيل على اسمه فيجبره على استعمال الشفعة بمهلة ثلاثة ايام^٣ ولذلك فان الاجتهاد استقر على ترك هذا الرأي والعمل بالقرار الذي تقدمه في المحاكم الوطنية والاجنبية في لبنان

٣ - ان التحسينات التي يطالب بها استناداً لاحكام المادة ٢٤٩ يقصد بها التحسينات المادية التي يكون احداثها المشتري والتي تؤول الى زيادة العقار من حيث التأجير والانتاج

(استئناف عدد ٢٠٩ تاريخ ٦ آذار سنة ٩٤١)

وتقدر الزيادة بزمان وقوعها

(تمييز سوري رقم ١٧ - ٢٧ تاريخ ٢٤ نيسان سنة ٩٣٩)

٢٨ - المقصد من عدم امكان استعمال حق الشفعة اذا

افرج العقار لشخص ثالث

١ - ان ما جاء بالمادة ٢٥٠ من القرار رقم ٣٣٣٩ من التصريح بان

فراغ العقار لشخص ثالث بقيده في السجل العقاري يوجب عدم امكان

استعمال حق الشفعة هو مصروف الى عدم استعمال هذا الحق تجاه الشريك

الاول الذي قد يكون خرج عن الخصومة بخروج العقار من حوزته ولكنه

لا يمنع استعماله ضد المشتري الثاني

(تمييز سوري عدد ٥٨ - ٥٥)

٢ - يجب ان يفهم معنى المادة ٢٥٠ من القرار رقم ٣٣٣٩ بان الشفيع

لا يمكنه ان يستعمل حق الشفعة الا ضد المشتري الاخير مع ملاحظة دفع

الثلث الذي اداه هذا الاخير

(قرار اعدادي لمحكمة الاستئناف المختلطة في ٣ ك ١ سنة ٩٤١

عدد ٣٢)

٣ - الخصم في دعوى فسخ التسجيل العقاري هو من كان العقار مسجلاً

على اسمه

(تمييز سوري في ٢٧ ت ١ سنة ٩٣٨ »

٤ - يمكن ان يعطى المادة ٢٥٠ تفسيران اولهما ان حق الشريك بالشفعة يسقط ان هو افرغ حصته في العقار المشترك الى شخص آخر وهذا التفسير ينطبق على المادة ١٠٣٩ من المجلة القائل : لو بيع المشفوع به بعد طلي الشفعة وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفعته لان حقه بطالب الشفعة ناشئ عن كونه شريكاً في الملك وهو يزول بزوال حقه بملكية الحصة الشائعة^١ وثانيهما : ان حق مطالبة المشتري الاول بتمليك الشريك الحصة المشفوعة يسقط بمجرد بيع هذا المشتري حقه من شخص ثالث وعندئذ تقام الدعوى على المشتري الثاني من الشفعين^٢

« استئناف لبنان عدد ٢٦١ تاريخ ٢٤ ك ١ سنة ١٩٤١ »

٢٩ - كيفية طلب الشفعة اذا كان العقار مقسوماً الى اقسام مختلفة

اذا كان العقار مؤلفاً من وحدة عقارية من حيث المساحة ولكنه بالحققة مقسوماً الى اقسام مختلفة مستقلة قانوناً عن بعضها بسبب اختلاف المالكين

١ تبطل الشفعة ببيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة اي تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين ان يكون عالماً وقت بيع داره بشراء المشفوعة او لم يكن عالماً لانه لا يختلف في الحالين فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين ان يعلم بيها او لم يعلم . (زيلعي جزء ٥ ص ٢٥٨)

٢ ولو اشتراها الشفع من المشتري بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء من المشتري اعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة . ولئن هو بعده من الشفعاء او مثله ان ياخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وان شاء بالعقد الثاني . (زيلعي نفس الموضع) ولا شفعة لمن باع او بيع له اي بالوكالة ومن اشترى او اشترى له كان له الشفعة .

فلا يجوز طلب الشفعة الا لمن كان شريكاً في نفس القسم المباع
(استئناف لبنان ٢ ت ١ سنة ٩٤١ رقم ١٦٣ و ١٧ نيسان سنة ٩٤٥
رقم ١٧١)

٣٠ — عدم ذكر الشفيع ثمن الشراء وقت طلب الشفعة

ان القانون لم يوجب بفصل الشفعة على الشفيع ان يعين ثمن الشراء تحت
طائلة الابطال وسقوط الحق لا يحكم به الا بنص وعند عدم النص لا يجبر
القاضي على رد الدعوى

(استئناف لبنان رقم ١ تاريخ ٤ ك ٢ سنة ٩٤٤)

٣١ — حق الشفعة وهل ينتقل بوفاة الشفيع ؟

ان حق الشفعة لا ينتقل عند الوفاة من صاحبه الى ورثته عملاً بنص

المادة ٢٤٣ من قانون الملكية

وقد صرحت احكام المجلة بان الشفيع لا يصير مالكا للمشفوع الا
بتسليمه بالتراضي او بحكم الحاكم بمقتضى المادة ١٠٣٦ من المجلة والمادة ١٠٣٨
من المجلة قد نصت على ان الشفيع اذا مات بعد طلب الموأبة والتقير وقبل
ان يكون مالكا : للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم
الحاكم لا ينتقل حق الشفعة الى ورثته والاحكام الشرعية تقصد عن حكم
الحاكم الاحكام المبهمة لانها جعلت لحكم الحاكم مفعولا وهو صيرورة الشفيع
مالكا للمشفوع ولا يتم ذلك الا في حالة انهزام الحكم^١

(استئناف لبنان قرار رقم ٢٨٢ في ٣ تموز سنة ٩٤٥)

١ وتبطل الشفعة بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب او قبله ولا تورث عنه ولا
تبطل بموت المشتري . وقال (الشافعي) : لا تبطل بموت الشفيع ايضاً لان هذا حق معتبر

٣٢ - القيم وهل يجوز له طلب الشفعة ؟

ان محكمة البداية نجبل ابنان اعتبت بحكمها الصادر في ١٨ شباط سنة ١٩٤٢ ان الشرأء بطريق الشفعة هو من اعمال التصرف التي لا تدخل ضمن صلاحية القيم .

ففسخت محكمة الاستئناف الحكم البدائي واعتبت ان للقيم حق اقامة دعوى الشفعة اذا وجدت المحكمة ان للغائب مصلحة في اقامتها وعللت حكمها باياتي :

حيث ان وظيفة القيم تقوم شرعاً بالحفاظة على اموال الغائب وحقوقه وحيث ان القيم لا يملك الخصومة الا باذن القاضي .
وحيث ان حق الشفعة ليس هو من الحقوق الشخصية المحضة كما ذهب

في الشرع كالفقاص وحق الرد بالبيع . (الزيلعي جز ٥ ص ٢٥٨) وفي حاشية الشلبي : والخلاف فيما اذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فاذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته بالاتفاق

قال الامام الاسيبجاني في شرح الطحاوي صورته ان داراً بيعت ولها شفيع وطلب الشفعة فاثبتها بالطلبين ثم مات قبل الاخذ بالقضاء او بتسليم المشتري اليه فاراد ورثته اخذها فليس لهم ذلك ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء او بتسليم المشتري اليه ثم مات تكون ميراثاً لورثته ٥١ . اتقاني (ص ٢٥٧ - ٢٥٨ جز ٥٠)

وقال الامام مالك : ان حق الشفعة يورث فيجمل الوارث محل مورثه لانه حق متعلق بالمال وقد ثبت لصاحبه بسبب ما يملك من عقار فاذا انتقل ذلك العقار الى الوارث انتقل اليه بحقوقه .

وذهب احمد الى انه يورث اذا ما تقرر بالمطالبة لتأكده وتحققه حينئذ اما قبل المطالبة به فلا يورث ، وعليه اذا توفي الشفيع قبل ان يطلب الاخذ بالشفعة لم يمكن لوارثه حق الاخذ بها عند ابي حنيفة واحمد ، واذا توفي بعد المطالبة كان لوارثه حق الاخذ بها عند احمد ويشبه للوارث هذا الحق في جميع الاحوال عند مالك والشافعي .

اليه المحكمة البدائية وانما هو من الحقوق العينية التي لا تتوقف ممارستها على اعتبارات شخصية فحسب وانما تتوقف على وجود مصلحة مادية للاشبيع في اقامتها .

وحيث ان ما ذهبت اليه محكمة البداية من عدم امكان القيم اقامة دعوى الشفعة عن الغائب بصورة مطلقة يضر بمصلحة الغائب ونحقوقه ويلحق ضرراً بامواله التي شرعت القيمومة لاجل المحافظة عليها .

وحيث ان المحافظة على اموال الغائب لا تقتصر على حفظها مادياً من الخراب والاندثار وانما تقوم ايضاً على حفظ الحقوق الاتفاقية والقانونية انتي تعود للغائب والتي يمكن ان تسقط بعدم ممارستها في مدة معينة .

وحيث انه يعود للمحكمة في هذه الاحوال ان تثبت ما اذا كانت دعوى ممارسة هذا الحق تعود بالنفع على حقوق الغائب ومصلحه اجازت للقيم حق اقامتها .

وحيث ان هذه المحكمة بالنظر لارتفاع اسعار العقارات ترى ان للغائب مصلحة في اقامة هذه الدعوى ولا ترى محلاً للرجوع عن الاجازة المعطاة للقيم في اقامة هذه الدعوى .

الا ان الغرفة المدنية الاولى بقرارها الصادر في ١٣ تموز سنة ١٩٤٤ تحت رقم ٤٤ على اثر طلب اعادة المحاكمة ابطلت القرار الاستئنافي لعدم كفاية التعليل لأن محكمة الاستئناف لم تفرق بين الحالات التي يملك القيم حق الخصومة بها وهي اعمال الصيانة باذن خاص والعقود التي وجبت بعقده وبين بقية الحالات التي لا يملك القيم حق الخصومة بها كما انها لم توضح اذا كانت دعوى الشفعة هي من اعمال الصيانة والحفظ التي يملك القيم حق الخصومة بها باذن القاضي ام لا وقررت بالنتيجة ان القيم ليس له حق طلب الشفعة لانها

لا تعتبر بحج ذاتها عملاً من اعمال الحفظ بالنسبة للنائب فلا يملك اقامتها الا
 الشفيع او الوكيل الخاص ولا يملك القيم الخصومة بها ولا باذن القاضي لان
 القيم لا يعتبر خصماً عن النائب ولا نائباً عنه وانما هو وكيل بالحفظ حتى اذا
 اقتضت اعمال الصيانة اقامة دعوى فلا بد حينئذ من اذن خاص فان لم يكن
 هناك من اذن فلا يملك القيم الدعوى الا بالعقود التي وجبت بعقده .

تفسير

بعض المصطلحات الفقهية بموضوع الشفعة

١ - الارتفاق : الارتفاق في اللغة الاتسكاء على وفق اليد او الانتفاع ، يقال ارتفعت بالشيء اذا انتفعت به (كذا في الصحاح) ، وعرفه قدري باشا بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لمن لا يملك العقار الاول

٢ - الحق الشخصي بالشريعة : يراد بالحق الشخصي بالشريعة ما استحقه الشخص لذاته اي لانه فلان او لصفة شخصية قامت به كفقره وطلبه للعلم وكونه ابن فلان الخ ... وذلك كحق الموصى له والمستحق في الوقف والمستأجر

٣ - الحق العيني بالشريعة : يراد شرعاً بالحق العيني ما تقرر على عقار فإلزمه دون نظر الى مالكه والى شخص المنتفع به وذاته ويشمل حق الشرب وحق الشفة وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور وحق التعلي وحق الجوار . فان حق المرور من ارض معينة للوصول الى ارض اخرى ، او حق سقي ارض معينة من مجرى ماء معين ، او حق صرف ارض في مصرف من المصارف حقوق مقررة في محالها من ارض او مجرى ماء او مصرف سواء أكانت مملوكة ام غير مملوكة وسواء

أكان مالكا فلاناً ام انتقلت الى ملك شخص آخر فهي تابعة لمالها تنتقل معها بانتقالها من يد الى يد ومن مالك الى مالك وهي كذلك مقررة الارض المنتفعة للوصول اليها او لسقيها او لصرفها ايأ كان مالكا . وقد سمي قدرى باشا صاحب مرشد الخيران هذه الحقوق العينية او بعضها بحقوق الارتفاق .

٤ - حق الشرب وحق الشفة : الشرب لغة النصيب من الماء ومنه الآية الكريمة « لها شرب ولكم شرب يوم معلوم » ويطلق ايضاً على زمن الشرب ، ويستعمله الفقهاء في المعنيين فتارة يريدون به النصيب المستحق من الماء وتارة يريدون به نوبة الانتفاع بالماء سقياً للشجر او الزرع وحق الشفة هو حق الشرب سمي بذلك لان الشرب عادة يكون في الانسان وكثير من الحيوان بالشفة ويراد به حاجة الانسان الى الماء لشربه وانتفاعه المنزلي وشرب حيوانه

٥ - حق المجرى : يراد به حق اجراء الماء المستحق شرباً في ارض الى ارض اخرى لسقي الشجر او الزرع ويكون هذا الحق عادة متقدراً على مجرى في الارض الاولى وقد يكون ملكاً لصاحبها وذلك كثير ، وقد يكون ملكاً لصاحب الشرب وهو قليل وقد يكون مشتركاً بين منتفعين كثيرين وعلى اية حال فليس للمالك الارض ان يمنع مرور الماء من هذا المجرى ولا ان ينقله من مكانه الا برضى اصحاب الحق فيه

ويستتبع حق المجرى حق مرور المنتفع على حافتيه

لاصلاحه وازالة ما يعوق سير الماء فيه وليس لصاحب الارض منعه

٦ - حق المسيل : هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة او غير الصالح باسالته في مجرى سطحي او في انابيب اعدت لذلك حتى يصل الى مقره من مصرف عام او مستودع ، سواء أكان مصدر هذا الماء ارضاً زراعية ام منزلاً للسكنى ام مصنعاً وسواء أكان هذا الماء من امطار ام فاضلاً من السقي ام متخلفاً عن استعمال ، وقد يكون المسيل في ملك خاص كأن يثبت لانسان حق امرار فضلات منزله من مجرى في دار جاره ، وقد يكون في مرفق عام اذا كان هذا المجرى في طريق عام ، وقد يكون المسيل مملوكاً لصاحب الحق وقد يكون مملوكاً لصاحب الارض او الدار المار فيها

٧ - حق المرور : هو حق مرور الانسان الى ملكه من طريق عام او من طريق خاص في ملك غيره سواء أكان مملوكاً له ام مملوكاً لصاحب الارض المار فيها

٨ - حق التعلّي : هو ان يكون لانسان حق في ان يعلو بناؤه بناء غيره ، ويتحقق ذلك في دار لها سفلى وعلو فيبيع صاحبها علوها لآخر ، او يبيع ارضها وسفلها لشخص وعلوها لشخص آخر فيكون السفلى للمالك والعلو للمالك الآخر ويكون للعلو حق القرار والبقاء على ذلك السفلى

و كذلك يتحقق في دار مكونة من طبقات فيبيعها المالك لاشخاص لكل شخص طبقة ، فيكون للاعلى حق التعلّي والقرار

على من يليه ، ولمن يليه حق التعلي والقرار على من يليه
وهكذا

وحق التعلي نوع من حق القرار كما هو ضرب من الجوار ،
فان حق القرار كما يكون باجارة ارض لينبي عليها على
ان يكون للباقي حق القرار والبقاء . ا دام يدفع اجرها
يكون كذلك من بيع علو لا آخر فيكون بناء العلو له حق
القرار على السفل

فحق القرار اما ان يكون حق قرار وبقاء على ارض وام
ان يكون حق قرار وبقاء على بناء .

وهذا الحق لا يثبت عند الحنفية الا ضمن بيع علو قائم
بناؤه فلا يباع استقلالاً لان بيعه استقلالاً غير صحيح عندهم .
وذهب المالكية والحنابلة الى انه يثبت ببيعه استقلالاً كما
يثبت في ضمن بيع بناء العلو

وهو حق دائم لا يستقط بانهدام كل من العلو او السفل
ولا يهدمهما فاذا انهدم العلو كان لصاحبه ولوارثه من بعده
تجديده وليس لصاحب السفل ان يطالب باعادته على القول
الصحيح لانه لا منفعة له من ذلك . وقد اتفق الفقهاء جميعاً
على ان جميع الحقوق المتقدمة تقبل التوارث سواء اكانت
تابعة للعقار المنتفع بها ام منفردة عنه وكذلك اتفقوا على صحة
الوصية بها فاذا اوصى صاحب الشرب لصديق له بان تسقى
ارضه من شربه جاز ذلك وكان للموصى له سقي ارضه

وينتهي حقه بوفاته لانها وصية بمنافع وهي تنتهي
بموت المنتفع^١

٩ - حق الطريق الخاص وحق الشرب الخاص وحق المسيل الخاص: وتسمى
هذه الحقوق مجتمعة بحق العقار الخاص ويريد الحنفية به حق
الطريق الخاص وحق الشرب الخاص وحق المسيل الخاص .
والطريق الخاص عندهم هو الطريق غير النافذ ويريدون به
ان يكون لاهله الحق في منع غيرهم من ان يستطوقه ولو كان
طريقاً يصل بين طريقين .

والشرب الخاص هو الشرب من مجرى لا تقرر فيه صغار
السفن ، وقيل ما يتفرق ماؤه بين الشركاء فيه بحيث ينتهي
عند انتهائه . وقيل ما يحصى شركاؤه والاصح ان اعتبار
الشرب خاصاً او عاماً مفوض الى راي القاضي والمسيل الخاص
ما يحصى الشركاء فيه وقيل ذلك مفوض الى راي القاضي
وتثبت الشفعة بالاشتراك في طريق خاص او بالاشتراك في
شرب خاص وهذا محل اتفاق بين الحنفية واختلفوا في ثبوتها
بسبب الاشتراك في مسيل خاص فقليل تثبت به وقيل لا
شفعة بالشركة فيه

واذا كان لارض حقان حق في طريق خاص وحق في
شرب خاص فبيعت فطلب اخذها بالشفعة كل من الشركاء
في الطريق والشركاء في الشرب كان الشركاء في الشرب
أولى من الشركاء في الطريق كما ان الشريك في الطريق

أولى من الشريك في المسيل .

ومرجع ذلك الى اختلاف الشركاء في قوة الاتصال وتوقع الضرر بسببه فأقواهم اتصالاً الشريك في الشرب لان حياة الارض ووفرة غلتها بوفرة ماؤها ثم يليه بعد ذلك الشريك في الطريق فالتراحم فيه والخلاف عليه اقل منهما في الشرب ودونهما في ذلك المسيل اذ لا يعنى الانسان كثيراً بان يكون له مسيل خاص .

١٠ - العقار والمنقول : العقار في الشرع هو ما لا يمكن نقله وتحويله عن مكانه ولا يشمل غير الاراضي سواء اكانت زراعية او معدة للبناء او لاي انتفاع آخر . والمنقول ما يمكن نقله وتحويله عن مكانه ، سواء ابقى مع ذلك التحويل على هيئته وصورته ام تغيرت به هيئته وصورته ، فيشمل جميع انواع الحيوان والعروض والذهب والفضة والمكيلات والموزونات وجميع انواع المال ما عدا الاراضي . فالشجر والبناء من المنقول لاما كان نقلهما وان ترتب على ذلك تغير في صورتها اذ يصح البناء انقاضاً والشجر اخشاباً او احطاباً ، وقد خالف في ذلك مالك فجعلهما من العقار لانه يشترط في المنقول ان يقبل التحول مع بقاء هيئته وما لا يقبل ذلك عقار

وفائدة هذا التقسيم تظهر خاصة في الشفعة ، لانها لا تثبت في البيع الا اذا كان عقاراً ولا تثبت في منقول الا اذا كان تابعاً للعقار وبيع معه سواء اكان متصلاً به اتصال قرار كالبناء والشجر والنخل والزرع ام كان متصلاً بما هو متصل

به كالشجر على الشجر ، ام كان غير متصل به ولكنه من لوازمه كآلات الحراثة والسقي ونحوها للاراضي الزراعية اما اذا بيع شي . من ذلك استقلاً دون ان يباع مع العقار فلا يثبت فيه حق الشفعة . وعلى ذلك اذا بيعت ضيقة بما عليها من حظائر ومخازن وما فيها من اشجار وآلات زراعية فان حق الشفعة يثبت في جميع ذلك من عقار ومنقول^١

١١ - المثلي والقيمي : المثلي نسبة الى المثل ويطلق في الشريعة على الاموال التي تقدر عادة بالوزن او بالكيل او بالعد فما يقدر بالوزن ، جميع الموزونات من المعادن كالذهب والفضة والنحاس والقصدير وغيرها ومن المصنوعات كالصابون والاسمدة وكثير من انواع الحلوى ، ومن الاثمار كالمشمش والبلح والتفاح وغيرها . وما يقدر بالكيل جميع المكيلات من الحبوب كالحب والارز والشعير والذرة وغيرها ومن السوائل الزيت بأنواعها وكثير من المشروبات وغيرها وكثيراً ما يستعمل الوزن في تقدير المكيلات كما شاع ذلك الآن في الزيت وبعض الحبوب وعندئذ تعتبر كذلك من الموزونات للعرف . وما يقدر بالعد جميع العدديات المتقاربة الآحاد التي لا يوجد بينها تفاوت يعتمد به الناس ويرتبون عليه اختلاف القيم كالبيض

^١ ذهب بعض السلف كعطاء وجابر الى ان الشفعة تثبت في كل مبيع مشترك عقاراً كان او منقولاً والى هذا ذهب اهل الظاهر فقالوا بشبوتها في كل جزء يبيع مشاعاً في ارض او شجر او ثوب او سيف او آنية او طعام مستبدلين بذلك بالحديث الشريف « الشريك شفع ، والشفعة في كل شي »

والبرتقال والليمون .

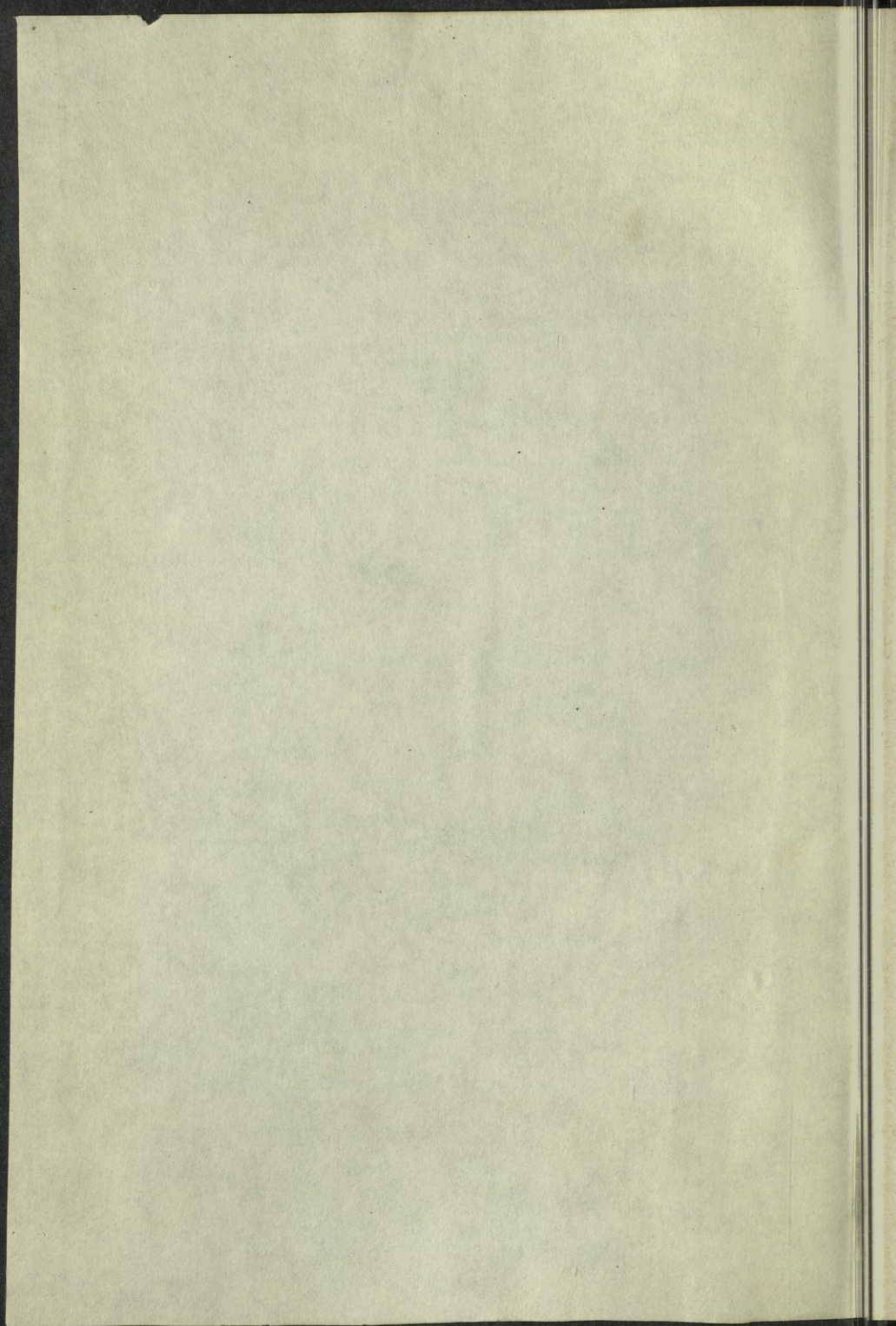
فاساس اعتبار المال مثلياً التماثل بين اجزائه وآحاده
ووجوده كذلك في الاسواق فالارز اذا كان موجوداً في
الاسواق كان مثلياً واذا لم يكن موجوداً عد من القيمي حتى
يوجد في السوق ولا تأثير لوجوده عند الناس .

والقيمي نسبة الى القيمة ويطلق على ما لا يقدر من الاوال
بالكيل او الوزن او العد ، وعلى العددي المتفاوت الاحاد
الى درجة تتغير معها القيمة ويشمل الاراضي والدور والحيوان
بجميع انواعه والاشجار والثياب والاعجار الكريمة . ومنه
ما يقدر عادة بالقياس كالاقدشة تقدر بالمترو واليارد والذراع
وذلك لاختلافها في النسيج والحيوط اختلافاً تتفاوت به قيمها
وهذا عند الفقهاء ايام كانت صناعة الغزل والنسيج عندهم
بالايدي . اما الآن وقد اصبح كل ذلك بالآلات ميكانيكية
لا تنتج الا تماثلاً في جميع الصفات فالواجب عدّها من المثلثات
وكذلك كل ما اوجدته الصناعة الحاضرة من المصنوعات
المتماثلة في المادة والصنعة والقدر والصفة كالنقود الذهبية
والفضية والنحاسية والبرتزية واواني الطعام والشراب والملاعق
والشوك والسكاكين والورق والكتب المطبوعة وغير ذلك
من التماثلات الموجودة في الاسواق لان المناط هو التماثل وعدم
الاختلاف في القيمة مع الوجود في الاسواق .

وتظهر فائدة هذا التقسيم بالشفعة ان المشتري اذا اشترى
داراً بعرض او عقار اخذها الشفيع بقيسته وبثله لو مثلياً .

فهرس الكتاب

صفحة	
٣	المقدمة
٥	المادة ٢٣٨
٦١	المادة ٢٣٩
٨٩	المادة ٢٤٠
٩٩	المادة ٢٤١
١٠٢	المادة ٢٤٢
١٢٢	المادة ٢٤٣
١٢٦	المادة ٢٤٤
١٤٠	المادة ٢٤٥
١٤٣	المادة ٢٤٦
١٤٦	المادة ٢٤٧
١٤٧	المادة ٢٤٨
١٥٩	المادة ٢٤٩
١٦٦	المادة ٢٥٠
١٦٩	المادة ٢٥١
١٧١	المادة ٢٥٢
١٧٥	المادة ٢٥٣
١٧٦	المادة ٢٥٤
١٧٨	ملحق يحتوي على الاجتهادات القضائية الصادرة عن المحاكم اللبنانية والسورية بموضوع الشفعة مع تعليقات قانونية تفسير بعض المصطلحات الفقهية بموضوع الشفعة
٢٠٤	



تذکرہ

۱	۱۰۰	۱۰۰
۲	۱۰۰	۱۰۰
۳	۱۰۰	۱۰۰
۴	۱۰۰	۱۰۰
۵	۱۰۰	۱۰۰
۶	۱۰۰	۱۰۰
۷	۱۰۰	۱۰۰
۸	۱۰۰	۱۰۰
۹	۱۰۰	۱۰۰
۱۰	۱۰۰	۱۰۰
۱۱	۱۰۰	۱۰۰
۱۲	۱۰۰	۱۰۰
۱۳	۱۰۰	۱۰۰
۱۴	۱۰۰	۱۰۰
۱۵	۱۰۰	۱۰۰
۱۶	۱۰۰	۱۰۰
۱۷	۱۰۰	۱۰۰
۱۸	۱۰۰	۱۰۰
۱۹	۱۰۰	۱۰۰
۲۰	۱۰۰	۱۰۰
۲۱	۱۰۰	۱۰۰
۲۲	۱۰۰	۱۰۰
۲۳	۱۰۰	۱۰۰
۲۴	۱۰۰	۱۰۰
۲۵	۱۰۰	۱۰۰
۲۶	۱۰۰	۱۰۰
۲۷	۱۰۰	۱۰۰
۲۸	۱۰۰	۱۰۰
۲۹	۱۰۰	۱۰۰
۳۰	۱۰۰	۱۰۰
۳۱	۱۰۰	۱۰۰
۳۲	۱۰۰	۱۰۰
۳۳	۱۰۰	۱۰۰
۳۴	۱۰۰	۱۰۰
۳۵	۱۰۰	۱۰۰
۳۶	۱۰۰	۱۰۰
۳۷	۱۰۰	۱۰۰
۳۸	۱۰۰	۱۰۰
۳۹	۱۰۰	۱۰۰
۴۰	۱۰۰	۱۰۰
۴۱	۱۰۰	۱۰۰
۴۲	۱۰۰	۱۰۰
۴۳	۱۰۰	۱۰۰
۴۴	۱۰۰	۱۰۰
۴۵	۱۰۰	۱۰۰
۴۶	۱۰۰	۱۰۰
۴۷	۱۰۰	۱۰۰
۴۸	۱۰۰	۱۰۰
۴۹	۱۰۰	۱۰۰
۵۰	۱۰۰	۱۰۰
۵۱	۱۰۰	۱۰۰
۵۲	۱۰۰	۱۰۰
۵۳	۱۰۰	۱۰۰
۵۴	۱۰۰	۱۰۰
۵۵	۱۰۰	۱۰۰
۵۶	۱۰۰	۱۰۰
۵۷	۱۰۰	۱۰۰
۵۸	۱۰۰	۱۰۰
۵۹	۱۰۰	۱۰۰
۶۰	۱۰۰	۱۰۰
۶۱	۱۰۰	۱۰۰
۶۲	۱۰۰	۱۰۰
۶۳	۱۰۰	۱۰۰
۶۴	۱۰۰	۱۰۰
۶۵	۱۰۰	۱۰۰
۶۶	۱۰۰	۱۰۰
۶۷	۱۰۰	۱۰۰
۶۸	۱۰۰	۱۰۰
۶۹	۱۰۰	۱۰۰
۷۰	۱۰۰	۱۰۰
۷۱	۱۰۰	۱۰۰
۷۲	۱۰۰	۱۰۰
۷۳	۱۰۰	۱۰۰
۷۴	۱۰۰	۱۰۰
۷۵	۱۰۰	۱۰۰
۷۶	۱۰۰	۱۰۰
۷۷	۱۰۰	۱۰۰
۷۸	۱۰۰	۱۰۰
۷۹	۱۰۰	۱۰۰
۸۰	۱۰۰	۱۰۰
۸۱	۱۰۰	۱۰۰
۸۲	۱۰۰	۱۰۰
۸۳	۱۰۰	۱۰۰
۸۴	۱۰۰	۱۰۰
۸۵	۱۰۰	۱۰۰
۸۶	۱۰۰	۱۰۰
۸۷	۱۰۰	۱۰۰
۸۸	۱۰۰	۱۰۰
۸۹	۱۰۰	۱۰۰
۹۰	۱۰۰	۱۰۰
۹۱	۱۰۰	۱۰۰
۹۲	۱۰۰	۱۰۰
۹۳	۱۰۰	۱۰۰
۹۴	۱۰۰	۱۰۰
۹۵	۱۰۰	۱۰۰
۹۶	۱۰۰	۱۰۰
۹۷	۱۰۰	۱۰۰
۹۸	۱۰۰	۱۰۰
۹۹	۱۰۰	۱۰۰
۱۰۰	۱۰۰	۱۰۰

349.569:Y15sA:c.1

يكن، زهدى

الشفعة

AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT LIBRARIES



01022369

American University of Beirut



349.569

Y15 SA

General Library



349.567

Y15 A