

الشفعة كسبب لتملك العقار في نظام المعاملات المدنية السعودي

Pre-emption as a reason for owning the property In the Saudi Civil Transactions Law

الدكتور

أحمد عبد الحميد أمين سليمان

أستاذ القانون المدني المشارك بكلية الشرق العربي للحقوق - كليات الشرق العربي للدراسات العليا بالرياض

أستاذ القانون المدني م كليه الحقوق جامعه الزقازيق

المستشار القانوني للصندوق الاجتماعي لجامعي الزقازيق وبنها الأسبق

aaSuleiman@arabeast.edu.sa

تاريخ النشر: 2024/11/01

تاريخ القبول: 2024 / 10 / 21

تاريخ الاستلام: 2024/09/21

ملخص:

يعتبر حق الشفعة من الحقوق الشرعية التي كفلها الإسلام للشريك إذا باع شريكه نصيبه على شخص أجنبي، فيدفع عند الضرر بأخذه نصيب شريكه من المشتري الأجنبي بالثمن الذي قام عليه، وهي تبين مدى حرص الإسلام على بقاء العلاقات المالية بين الشركاء بعيدة عن الخلافات والمنازعات التي تؤدي إلى الإضرار بهم جميعاً. حيث جاءت الشريعة الإسلامية بإثبات الشفعة للشريك لدفع الضرر اللاحق بالقسمة؛ لأن الشريك الحادث قد يطالب بالقسمة وتعتبر الشفعة تطبيقاً واقعياً لقاعدة "الضرر يزال"، و"الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، وقاعدة "إذا تعارضت مفسدتان، روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما"، و"الضرر يدفع بقدر الإمكان".

وقد توصلت من هذا البحث إلى عدد من النتائج أهمها: - الشفعة تُجمَع على جوازها في الأصل، وما نُقِلَ خلافاً لذلك فهو قول شاذ مخالف لنصوص السنة الثابتة والإجماع المنعقد قبله، والذي نُقِلَ فيه الإجماع هو الشفعة في الأرض المشاعة، التي لم تقسم، وهي تقبل القسمة إذا حصل البيع دون علم الشريك.

ما عدا ذلك فحصل فيه خلاف بين الفقهاء، ومنه استحقاق الجار للشفعة في عقار جاره، واستحقاق الشفعة للجار الشريك في ملك مرافق العقار وهو العقار المقسوم الذي بقي فيه اشتراك في مرافقه ويسمى المقاسم، واستحقاق الشفعة للشريك في الملك ماعدا الأرض، واستحقاق الشريك للشفعة في الملك المشترك المشاع الذي لا يمكن قسمته.

اتفق العلماء على ثبوت حق الشفعة لكل واحد من الشفعاء عند تعددهم واتحادهم في سبب استحقاق الشفعة، ولهم أن يطالبوا بها جميعاً كما أن لكل واحد منهم أن يطالب بجميع المشفوع فيه فإذا أعطي قسم المشفوع فيه بين المطالبين بالشفعة دون من عفا منهم، أجمع العلماء على أن ليس لأحد الشفعاء أن يطالب بنصيبه فقط من المشفوع فيه ويترك الباقي لأن في ذلك إضراراً بالمشتري بتبعض الصفقة عليه .

كلمات مفتاحية: الشفعة – العقار – الجار – الشريك

Abstract:

The right of pre-emption is considered one of the legal rights guaranteed by Islam to a partner if his partner sells his share to a foreign person. In the event of damage, he pays for it by taking his partner's share from the foreign buyer at the price he paid. It shows the extent of Islam's keenness to keep the financial relations between the partners far from disagreements and disputes that lead to Harm them all. Where Islamic law came to prove pre-emption for the partner to prevent the damage caused by the division; Because the accidental partner may demand division, and pre-emption is considered a realistic application of the rule "the harm is eliminated," and "the greater harm is removed by the lesser harm," and the rule "if two evils conflict, the greater of them shall be taken into account by committing the lesser of them," and "the harm shall be repaid as much as possible."

From this research, I reached a number of results, the most important of which are:

- Pre-emption is unanimously agreed that it is permissible in origin, and what is reported contrary to that is an anomalous statement that contradicts the established texts of the Sunnah and the consensus held before it, and what was reported by consensus is pre-emption in the common land, which has not been divided, and it is divisible if the sale occurs without the knowledge of the partner.

Other than that, a disagreement arose between jurists, including the neighbor's entitlement to pre-emption in his neighbour's property, the right of pre-emption to the neighbor who is a partner in the ownership of the property's facilities, which is the divided property in which there remains a share in its facilities and it is called the shares, the entitlement of pre-emption to the partner in the property except the land, and the partner's entitlement to pre-emption in Common property that cannot be divided. Scholars have agreed that the right of pre-emption is established for each one of the pre-emptors when they are multiple and united in the reason for entitlement to pre-emption, and they may claim it all, just as each one of them may claim all of the pre-emption. If the pre-emptor is given, the person claiming pre-emption is divided among those claiming pre-emption, not those who pardoned them.

Scholars are unanimously agreed that a pre-emptor should not demand only his share of the pre-emptor and leave the rest, because that would harm the buyer by making the deal worse for him.

Keywords: pre-emption The property Neighbor Partner

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه. وصلى اللهم وسلم على من أرسلته للبشرية هادياً وبشيراً ونذيراً؛ وعلى كل من سار على طريقهم واتبع سنتهم وانتهج نهجهم؛ واثمر بأمرك وأنتهي بنهيك إلى يوم القيامة.

أما بعد

أن إصدار الأنظمة في المملكة العربية السعودية شهد ولا يزال يشهد تحدياً واستحداثاً يعكس تطوراً ملموساً أسهم ويُسهم في ترسيخ مبدأ العدالة وصيانة الحقوق واستقرارها، وفق أفضل الممارسات الدولية المعمول بها في العمل التشريعي مراعيًا المبادئ القانونية واستقلال القضاء، لما نصت عليه أحكام المادة السادسة والأربعين من النظام الأساسي للحكم: (القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاء في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية) (1)

ويأتي الاهتمام من المملكة العربية السعودية بتطوير الأنظمة لمواكبة متطلبات الحياة المعاصرة مع المحافظة على أحكام الشريعة الإسلامية والأخذ بالمبادئ القانونية والمستجدات في المجال القانوني، وبما يراعي التزامات المملكة في المواثيق والاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها، وبما يحقق مستهدفات ورؤية المملكة ٢٠٣٠ التي جاءت لتصنع حاضراً ومستقبلاً مشرقاً.

وقد مرت الأنظمة في المملكة بمراحل حتى وصلت إلى ما وصلت إليه الآن: -²

(¹) عاصم بن محمد المدخلي مقال بعنوان (المنجزات النوعية للتشريع السعودي في اليوم العالمي للقانون) منشور على <https://www.alwatan.com.sa/article/1113246> بتاريخ 2022 /9/ 10 ويقول (إن اهتمام الدولة باستحداث وتعديل الأنظمة وإعداد التشريعات المستجدة، له امتداده التاريخي، إذ يأتي هذا التطور التشريعي ضمن مسيرة حافلة بالتأسيس والبناء النظامي، انطلقت منذ عهد المؤسس المغفور له الملك عبد العزيز -طيب الله ثراه- لإعداد تشريعات تواكب المستجدات في مختلف المجالات إلى هذا العهد الزاهر لمولاي خادم الحرمين الشريفين الملك سلمان بن عبدالعزيز آل سعود، وسمو سيدي ولي عهده الأمين الأمير محمد بن سلمان بن عبدالعزيز آل سعود -حفظهما الله ورعاهما-، فقد شهدت المنظومة التشريعية في هذا العهد الزاهر نقلة نوعية محط إشادة وتقدير، الأمر الذي يؤكد اهتمام وعناية القيادة الرشيدة ودعمهم الدائم لعملية تطوير المنظومة التشريعية في المملكة؛ بما يسهم في رفع جودة الحياة وتعزيز أداء مختلف القطاعات في الدولة بالنظر، فضلاً عن دورها الأساسي كقواعد تُحدّد حقوق الأفراد وواجباتهم، وترتيب الجزاء المناسب في حال مخالفة تلك القواعد والمتأمل في الشأن التشريعي في المملكة يدرك تطوراً وشمولية في الأطر التنظيمية لعدة مجالات منها على سبيل المثال لا الحصر الجوانب: الحقوقية والأمنية والاقتصادية والاجتماعية والتأمينية، والأكاديمية، والتجارية، والصناعية، والطاقة وحماية البيئة فضلاً عن التشريعات القضائية الأربعة التي أعلن عنها سمو ولي العهد -حفظه الله- وما لها من أهمية بالغة في تطوير منظومة العمل القضائي في المملكة وإحداث نقلة نوعية في المجال العدلي، من خلال التشريعات القضائية الأربعة الآتية: الأحوال الشخصية، والمعاملات المدنية، والعقوبات التعزيرية، والإثبات.)

(²) راجع بحثنا الموسوم ب (خصوصية طرق الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية وفقاً للنظام السعودي) ، بحث منشور في مؤتمر كلية الحقوق الثالث والمقام في كليات الشرق العربي بالمملكة العربية السعودية خلال المدة من 19-20 شوال من عام 1444 هـ الموافق من 9-10/5/2023 م، ص 2 وما بعدها

المرحلة الأولى: عندما نشأت الدولة السعودية الثالثة كانت الجزيرة العربية تتنازعها طرق متباينة في الحكم، حيث كانت ديار نجد تحكم بالمذهب الحنبلي إلا قليلاً من بعض أصحاب المذاهب الذين كانوا يقضون بمذاهبهم وكان لفقهاء المذهب الحنبلي يد السبق في تولي المناصب القضائية خصوصاً في بلدان نجد وكان في البداية أعراف للخصومات والفصل فيها.

المرحلة الثانية: في هذه المرحلة جعل الملك عبد العزيز المذاهب الأربعة هي المصدر، وجعل الشريعة هي القانون العام وقال إن هذه البلاد تعمل بما ورد في كتاب الله وسنة نبيه في الأمور الأصلية، أما في الأمور الفرعية فاختلاف الأئمة فيها رحمة.

المرحلة الثالثة: كان التوجه في هذه المرحلة على وضع مجلة للأحكام الشرعية يتولاها لجنة من خيرة علماء المسلمين، وتكون أحكامها من كتب المذاهب الأربعة من غير تقيد بمذهب معين، ولكن هذه الرغبة لم تتم.

المرحلة الرابعة: تميزت هذه المرحلة بصدر عدد كبير من الأنظمة ذات أحكام موضوعية تنوعت لتملأ الفراغ النظامي في المملكة كنظام المرافعات ونظام المحاكم التجارية ونظام مكافحة التزوير، وصدر قرار هيئة المراقبة القضائية برقم (3) وتاريخ 1347/1/7 هـ متضمناً أن يكون القضاء في جميع المحاكم وفق المقضي به من مذهب الإمام أحمد بن حنبل - رحمه الله - وينظر في المذاهب الأخرى بما تقتضيه المصلحة.

ولما كانت المملكة العربية السعودية، دينها الإسلام، ودستورها كتاب الله عز وجل وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم ويؤسست الحكم فيها سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله في عصورها الثلاثة ابتداء من الملك عبد العزيز رحمه الله (1) إلى ما شاء الله وهما الحاكمان لجميع أنظمة الدولة. (2) فكان ذلك سبباً في أضفاء طابع خاص على أنظمتها القانونية (3)

وقد صدر نظام المعاملات المدنية السعودي بالمرسوم الملكي رقم (م/191) وتاريخ 1444/11/29 هـ والذي يشكل نقلة نوعية كبرى في التعاملات المدنية داخل المملكة العربية السعودية. 4

(1) وكان تصريحه في جريدة أم القرى بتاريخ 2 محرم سنة 1344 هـ (أن الشريعة الإسلامية هي القانون العام، والأئمة الأربعة هم القدوة)

(5) مادة 1 و 7 من نظام الحكم الاساسى بالمملكة العربية السعودية الصادر بالامر الملكي رقم 90/أ بتاريخ 1412 / 8 / 27 هـ

(3) الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/43) وتاريخ 1443/5/26 هـ. وبقرار مجلس الوزراء ذو الرقم (283) والتاريخ 1443/5/24 هـ، والمنشور في الجريدة الرسمية أم القرى بتاريخ 1443/4/6 هـ - وطبقاً للمادة 129 من هذا النظام فإنه يدخل حيز النفاذ بعد مضي 180 يوم من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية والذي كان بتاريخ 1443-6-4 هـ الموافق 2022-1-7 م، ومن ثم أصبح هذا النظام نافذا اعتباراً من تاريخ 1443-12-7 الموافق 2022-7 م

(4) نظام المعاملات المدنية السعودي هو " مجموعة من القواعد والأحكام العامة التي تهدف إلى تنظيم أحكام العقود والمعاملات المالية بين الأفراد" و أبرز أهداف نظام المعاملات المدنية تتمثل في تعزيز استقرار التعاملات، وتقليل أسباب إبطال العقود أو فسخها وتوسيع الحرية التعاقدية، فالأصل في

حيث يعد النظام حاكماً على جميع المعاملات المدنية، ما لم يوجد نظام خاص ينظم معاملات خاصة مثل: الأحكام المتعلقة بعقد العمل بين العامل ورب العمل ينظمها نظام العمل، فإن لم يوجد حكم خاص لواقعة في نظام العمل؛ فيرجع في الوصول إلى حكم هذه الواقعة إلى نظام المعاملات المدنية.

ويهدف نظام المعاملات المدنية السعودي إلى حماية الملكية، ويحدد القيود الواردة عليها، والحقوق المتفرعة عنها بما يحفظ حقوق الشركاء والمتجاورين والورثة وغيرهم،¹ وإن من كمال الشريعة وسعتها أنها عنيت بكل ما فيه مصلحة للناس في أمور دينهم ودنياهم، ومن ذلك أن شُعت أحكاماً وضوابط لحل النزاع والشقاق، ووضعت له وسائل وطرائق تخصه²

والمتتبع لمنهج الإسلام في أحكامه وتشريعاته يدرك بجلاء حرصه على بقاء العلاقات المالية بين الشركاء نقية من المنازعات والخصومات إذ أن الاختلاط مظنة لذلك قال تعالى ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَا هُمْ﴾³.

وحيث أن حق الملكية يمنح سلطة مباشرة لشخص على شيء معين حق عيني تحوله سلطة الاستئثار باستعماله واستغلاله والتصرف فيه بشتى أنواع التصرف بصفة دائمة، وهو كغيره من الحقوق العينية الأصلية الأخرى يكتسب بأسباب مختلفة، كاستيلاء إنسان على مال لا يملكه أحد، وقد يكتسب انتقالاً من مالك إلى آخر وهذا الانتقال يكون إما بسبب الوفاة كالميراث والوصية أو بين الأحياء إما بالتراضي كالعقد أو جبراً على إرادة المالك كالشفعة التي هي موضوع بحثنا باعتبارها

العقود والشروط الصحة والجواز، وهذا ينسجم مع التطور المتسارع الذي تشهده المملكة والذي يتطلب مرونة في إنشاء العقود وحماية الملكية الفردية، فحماية الملكية يسهم في زيادة النشاط الاقتصادي، وجاء في نظام المعاملات المدنية عدد من المضامين، منها تنظيم أحكام العقود والتعاملات المالية في الحياة اليومية العامة، مثل تنظيم عقود البيع والإيجار والمشاركات والمقاولات وغيرها ووضع أحكام للتعويض عن الضرر في حال وجود فعل من شخص سبب ضرراً بالغير مثل الإضرار بالملكات أو الإضرار بالنفس، وبيان القواعد التي تحدد مقدار التعويض الذي يستحقه المتضرر ووضع القواعد والأحكام التي تضمن للدائنين استيفاء حقوقهم من المدينين وتوازن بين مصالح الدائنين ومصالح المدينين وتنظيم أحكام الملكية، وبيان القيود التي ترد على الملكية، مثل تقييد حق الجار بألا يستعمل حقه استعمالاً يضر بجاره، ومن أبرز ملامح نظام المعاملات المدنية، أنه يشكل نقلة نوعية كبرى في التعاملات المدنية، ويعتبر المرجع لكافة المعاملات المدنية والتجارية التي تغطيها الأنظمة الحالية، ويأتي استكمالاً لمنظومة التشريعات التي أعلن عنها سمو ولي العهد وصدر منها نظام الأحوال الشخصية، ونظام الإثبات، وترجمة عملية للجهود التي يقودها ويشرف عليها ولي العهد في استحداث وإصلاح الأنظمة التي تحفظ الحقوق، وترسخ مبادئ العدالة والشفافية، وتحقق التنمية الشاملة. ويعزز نظام المعاملات المدنية استقرار الأحكام القضائية، ويرفع من نسبة التنبؤ بالأحكام. أنظر:

<https://www.okaz.com.sa/news/local/2136101> بتاريخ 2023/6/15

¹ (كما يتناول نظام تنظيم أحكام العقود المدنية، والأحكام المتعلقة ببطلاً وفسخها، وأحكام الفعل الضار وقواعد التعويض عنه. ويراعي النظام المعاملات والتغيرات الكبيرة التي حدثت في التعاملات المدنية وفي قطاع الأعمال، ويضع نصوصاً نظامية تضبط العلاقة بين المتعاقدين، وتستوعب كافة العقود والتعاملات. انظر بحثاً الموسوم ب (التقادم المسقط) المنشور - مجلة القانون والعلوم البيئية الصادرة عن جامعة زيان عاشور بالجلفة - العدد الثالث مجلد 2 ديسمبر 2023 - الجزائر - ص 4 وما بعدها

² عبد الرحمن بن محمد بن عبدالعزيز المريح، أحكام الشفعة في الوحدات العقارية" دراسة فقهية معاصرة"، بحث منشور بمجلة قضاء الصادرة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عدد 28 سنة 2022، ص 62

³ (سورة ص الآية 24)

سبباً من أسباب كسب الملكية تتميز عن غيرها من الأسباب الأخرى التي حددتها القوانين الوضعية بأنها حق تملك جبري بحكم القانون لما فيها من انتزاع ملك الغير عن غير رضاه من أجل دفع ضرر الشركة أو الجوار، فقد يشتري المبيع شخصاً غير سوي فيسيء إلى بقية شركائه وإلى جيرانه فيمكن لباقي الشركاء أو للجار أن يأخذ المبيع بالشفعة لدفع هذا الضرر، كما يمكن بالشفعة الحيلولة دون تجزئة العقار إلى أجزاء صغيرة، أو قسمتها وإستحداث مرافق جديدة مع ما يترتب على ذلك من نفقات وتكاليف جديدة، كما يمكن بالشفعة جمع ما تفرق من حق الملكية، مثل ضم حق الانتفاع إلى الرقبة أو العكس وهو ما أقرته الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً للشفعة طبقاً لما ورد من أحاديث ثابتة في السنة النبوية الشريفة وإجماع الفقهاء على مشروعيتها وثبوتها،¹ حيث تعتبر الشفعة من الأحكام التي انفردت بها الشريعة الإسلامية، ولم يعرفها القانون الروماني، ولذلك استمدت غالب القوانين أحكام الشفعة من الفقه الإسلامي؛ لأنهم وجدوا فيها حلاً نافعاً للنوازل والحوادث التي اعترضتهم.²

مشكلة البحث :

إذا كانت مختلف أسباب كسب الملكية صالحة لكسب الحقوق العينية الأصلية الواردة على المنقول والعقار على حد سواء، فهل الشفعة تخضع لهذا الأصل، أم أنها تصلح لبعضها دون الآخر؟ والشفعة ليست سبباً مستقلاً لكسب الملكية، بل تقتزن بشرط قيام تصرف ناقل للملكية قبل المالك، وعليه ففي أي نوع من التصرفات يمكن ممارسة الشفعة فيها؟ ومن المستفيد منها؟

أهداف البحث:

- بيان حقيقة الشفعة وأساسها القانوني وأسبابها
- عقد مقارنة بين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية السعودي في أحكام الشفعة
- معرفة أثر الشفعة على الحقوق وموقف الشريعة الإسلامية من

تساؤلات البحث:

ما هو المقصود بالشفعة ؟

وما رأي الفقه الإسلامي في الشفعة كسبب لكسب ملكية العقار ؟

¹ بن عمار عبد الحليم، الشفعة وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، بحث منشور على موقع https://www.bibliodroit.com/2020/04/blog-post_232.html -ص1، تاريخ الدخول 2024/9/7

² ماهر بن عبد الغني بن محمود الحربي، أحكام الثمن في الشفعة في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية صادرة عن كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر فرع دمهور، عدد 63، أكتوبر 1443 هـ، ص 1354

ما أنواع التصرفات الوارد عليها الشفعة ؟ ومن المستفيد منها؟

هل ترد الشفعة على العقار والمنقول على حداً؟ أم ترد على العقار فقط؟

أهمية البحث :

ما زالت الشفعة تمثل قيدا خطيرا على حرية التصرف وحرية التعاقد، بموجبها يجد المشتري نفسه مرغما على التخلي عن عقار كان قد اشتراه، ويحل البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص لم يرغب في التعاقد معه ابتداء، ثم يكون ملزوما بذلك بحكم القانون إذا توافرت شروط وأحوال معينة.

والشفعة وفقا لذلك أقرتها الشريعة الإسلامية الغراء لحكمة سامية واستمد القانون بالمجمل أحكامه بهذا الخصوص منها.

وتنبع أهمية هذه الدراسة من كون الشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية وثبتت على خلاف الأصل في حرية التعاقد والتملك التي تقضي بها القواعد العامة ما لم يخالف النظام العام والآداب بالإضافة لذلك فإن حق الملكية مصون لا يحق لأحد أن يتعدى عليه أو التدخل في انعقاد البيوع سوى من كان صاحب صفة ومصلحة فيها.

منهج البحث:

تم تناول الموضوع بانتهاج المنهج التحليلي والاستنتاجي، وذلك باستعراض النصوص القانونية وتطبيقاتها القضائية على مستوى المحاكم والمجالس وكذا على مستوى قضاء النقض، واستخلاص المسائل وتأصيلها بالجانب الفقهي لتحديد مرجعياتها في الشريعة الإسلامية وكل من الفقه والتشريع المقارن، والمنهج المقارن في عقد المقارنة بين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية السعودي

خطة البحث:

المبحث الأول : ماهية الشفعة

المطلب الأول: تعريف الشفعة و مشروعيتها

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة وخصائصها

المطلب الثالث : سبب الأخذ بالشفعة

المطلب الرابع: موانع الشفعة

المبحث الثاني: شروط تملك العقار بالشفعة

المطلب الأول: شروط التصرف المثبت للأخذ بالشفعة

المطلب الثاني: شروط الشفيع

المطلب الثالث: شروط المشفوع منه

المطلب الرابع: شروط البائع

المطلب الخامس: شروط المشفوع فيه (محل الشفعة)

المبحث الثالث: دعوى الشفعة ومسقطتها

المطلب الأول: أخذ الشفعة بالتراضي

المطلب الثاني: إجراءات دعوى الشفعة

المطلب الثالث: مسقطات الحق في الشفعة

المبحث الرابع: آثار الشفعة

المطلب الأول: أثر الشفعة فيما بين الأطراف

المطلب الثاني: أثر الشفعة في مواجهة الغير

المطلب الثالث: تسجيل الإتيافاق أو الحكم النهائي بثبوت الشفعة

المطلب الرابع: الشفعة عند تراحم الشفعاء وتوالي البيوع

المبحث الأول: ماهية الشفعة

تقديم وتقسيم :-

إذا كان المشرع اتخذ من حالة وضع الشخص يده على المنقول المباح أو المتروك سبباً لكسب ملكيته (بالاستيلاء)؛ ومن واقعة اندماج شيئين غير مملوكين لشخص واحد سبباً لكسب مالك الأصل ملكية الشيء الملتصق (بالالتصاق)؛ ومن توافق الإرادتين على إحداث أثر يرتبه القانون سبباً لكسب المتصرف إليه ملكية الشيء المتصرف فيه؛ فلقد اتخذ —أيضاً— من حالة الشيوع سبباً لكسب الشريك (الشفيع) ملكية الحصة الشائعة في عقار، والتي باعها شريكه لأجنبي. ولذلك أدرجت الشفعة ضمن أسباب كسب الملكية.

ونقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول: تعريف الشفعة ومشروعيتها

المطلب الثاني: الطبيعة النظامية للشفعة وخصائصها

المطلب الثالث : سبب الأخذ بالشفعة

المطلب الرابع: موانع الشفعة

المطلب الأول: تعريف الشفعة ومشروعيتها

تقسيم:

نتناول في هذا المطلب تعريف الشفعة عن فقهاء المسلمين والفقه القانون وتعريفها في نظام المعاملات المدنية السعودي والقانون المدني المصري وذلك في (الفرع الأول)، ثم نبحت أدلة مشروعيتها في (الفرع الثاني)

الفرع الأول

تعريف الشفعة

عُرفت الشفعة في اللغة بعدة معان منها:

مادة هذه الكلمة: الشين والفاء والعين، وتدل على الضم والزيادة؛ يقال شفعت الشيء إذا ضمته إلى غيره، (1) ومنه الشفع في الصلاة: وهو ضم ركعة إلى أخرى، فالأخذ بالشفعة يترتب عليه ضم الشيء المشفوع فيه إلى الشيء المشفوع به، والأخذ بها -أيضاً- يؤدي إلى الزيادة لأن الشفيع يزيد المبيع في ملكه؛ فالشفيع يشفع بحقه فيضم إليه مال غيره لزيادة ماله (2)؛ وسمي هذا الباب بالشفعة في كتب الفقه لما في الشفعة من ضم العقار المشتري إلى عقار الشفيع، ومن ذلك أيضاً شفاعة الرسول صلى الله عليه وسلم للمذنبين، فإنه يضمهم بها إلى الطاهرين فيدركون الفوز بالجنة³

وأما تعريف الشفعة اصطلاحاً:

فقد اختلف العلماء رحمهم الله في تعريفها تبعاً لاختلافهم في أسبابها وأحكامها وخاصة بين الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة وبين الحنفية (4).

وتناولها الفقهاء بالتعريف على الوجه التالي:

(10) انظر: لسان العرب 150/7 القاموس المحيط (947) مادة (شفع).

(2) قيل الشفعة من الشفاعة لأن الرجل في الجاهلية كان إذا أراد بيع داره أتاها شريكه فشفع إليه فيما باع فشفعة أي جعله أولى من غيره. وانظر استعمالات أخرى للفظ شفعة ومشتقاتها في مادة شفع في القاموس المحيط ج 3، ص 45-46 والمصباح المنير، ج 1، ص 144 ومختار الصحاح ص 462.

³ نحل بنت إبراهيم بن صالح، دراسة باب الشفعة من المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة

القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامية بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام 1391 هـ إلى عام 1437 هـ: دراسة فقهية تقويمية مقارنة بمذهب الحنابلة، بحث منشور بمجلة القضاء الصادرة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد 13، سنة 2019، ص 212

¹³ الجمهور يقصرون الشفعة على الشركة في العقار المشاع، أما الحنفية فيضيفون إلى ذلك الخلطة في إحدى مرافق الملك والجوار.

أولاً: عند الأحناف: عرف فقهاء الأحناف الشفعة بأنها: «حق تملك العقار جبراً عن المشتري بما قام عليه لدفع ضرر الجوار».¹

ثانياً: وعرفها المالكية فقالوا: «الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة».

ثالثاً: أما الشافعية فعرفوها «بأنها حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض».²

رابعاً: وعرفها الحنابلة بأنها «استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكة المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه بعوض مالي بثمنه الذي استقر عليه العقد» . (3)

وهذه التعاريف تدور حول معنى واحد وهو انتزاع الحصة المبيعة من المشتري، وإنما الاختلاف في الصياغة، وزيادة بعض المحترزات، أو نقصها، كزيادة الشافعية لفظة دفع الضرر، وزيادة الحنابلة قيد بما استقر عليه العقد، ما عدا تعريف مذهب الحنفية فلم يذكر فيه لفظة الشريك؛ لأنه لا يخص الشفعة به بل يعديه إلى غيره.⁴

العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي :

مما تقدم يتضح أن الشفعة في معناها الاصطلاحي مستعملة فيما دلت عليه لغة، من جهة أن الشفعة فيها زيادة ، فالشفيع يضم المشفوع فيه إلى ما كان عنده فيزداد به ملكه ، ويصبح ملكه شفيعاً بعد أن كان منفرداً.⁵

المختار من تعاريف الشفعة:

المختار هو ما عرفها به الأحناف؛ لأن هذا التعريف يشمل الخليط في نفس المبيع، والخليط في حق المبيع، والجار الملاصق، ويتبين هذا من شرح تعريفهم للشفعة تفصيلاً:

فكلمة «حق» تطلق في اللغة على معان، منها: الثبوت، والثابت، والمراد به هنا: الثبوت بالشرع، أو الوصف الثابت شرعاً لمن قام به مال أو منفعة أو تصرف.

وهي جنس يشمل كل حق: كحق التملك في العقار وغيره بالبيع، وحق الانتفاع بالإجارة، والعارية وغيرهما، وحق

¹ وسام صالح فرج سعد الفاخرى، أحاديث شفعة الجار ومسالك الفقهاء في الاستدلال به، بحث منشور بمجلة الجمعية الفقهية السعودية الصادرة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، العدد 55 ، سنة 2021، ص822

² راجع في هذه التعريفات نihal بنت إبراهيم بن صالح، المرجع السابق، ص213

15- د/ جودة عبد الغني بسيوني علي- الشفعة في الفقه الإسلامي - بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية والقانونية الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر فرع دمهور - سنة 2021- ص2وص3

⁴ عبدالرحمن بن محمد بن عبدالعزيز الرميح ، مرجع سابق ، ص71

⁵ نihal بنت إبراهيم بن صالح، المرجع السابق، ص214

التصرف بالولاية والوصاية وغيرهما.

وخرج عنه ما ليس بحق: كالغصب والسرقة، وكل ما منه أكل لأموال الناس بالباطل.

أما كلمة «تملك» فالمقصود به ثبوت الملك، وإضافة الحق إليه من إضافة المصدر إلى فاعله، أو السبب إلى مسببه، وهذه الإضافة قيد أول خرج به حق غير التملك كحق الانتفاع، وحق التصرف فليس بشفعة.

وأما كلمة «العقار» فالمراد به الأرض وما عليها من بناء، وشجر، وتمر، فهو يشمل: كل ما له أصل وقرار من دار، أو ضيعة، أو مصنع، أو مخزن وما في حكمها دون المنقول، فحق التملك في المنقول من ثياب، ودنانير، ودراهم وما شاكلها، ليس فيه شفعة، وقولهم «جبرا عن المشتري» أي: دون رضاه، ورغمًا عنه، وقولهم «بما قام عليه» أي: بمثل ما دفع المشتري إن كان الثمن مثليًا، وإلا فقيمته إن كان من ذوات القيمة، وقولهم «لدفع ضرر الجوار»: اللام فيه للتعليل، والمعنى: ثبوت الملك؛ لأجل دفع ضرر الجوار، وهذا القيد يفيد أن الشفعة: إنما هي حق التملك لهذه العلة، وهو ما أثبتته الشرع الإسلامي.¹

ومن الجدير بالملاحظة: أن التعبير بالجوار، وإن أفاد ثبوت الشفعة للجار بالمنطوق، فقد أفاد ثبوتها للخليط في نفس المبيع، وللخليط في حق المبيع بمفهوم الموافقة، أي إن ثبتت الشفعة للجار الملاصق فتثبت للشريك سواء في المبيع أو في حق المبيع من باب أولى.²

ويرى جانب من الفقه المصري أنه يمكن تعريف الشفعة بأنها " حق الشريك، الذي باشر الإجراءات القانونية، في الحلول محل المشتري في البيع الذي أجراه شريكه في حصته الشائعة في عقار (3)".

ويطلق على هذا السبب من أسباب كسب الملكية "الشفعة"، وعلى طالبها "الشفيع"، وحصته التي يستند إليها في طلبه "المشفوع بها"، والحصّة العقارية المراد أخذها بالشفعة "المشفوع فيها"، ويسمى مشتري الحصّة الشائعة "المشفوع منه"، وقد عرفها القانون المدني المصري في المادة ٩٣٥ بأنها (الشفعة رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في المواد التالية).

وعرفها نظام المعاملات المدنية السعودي في المادة الثامنة والخمسون بعد الستمائة بأنها (الشفعة حق الشريك في أن يتملك العقار المبيع بالثمن الذي بيع به وبنفقاته.)

¹ ماهر بن عبد الغني بن محمود الحربي ، مرجع سابق ، ص 1365

² د/ جودة عبد الغني بسيوني ، المرجع السابق ، ص 4

(3) د/ جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية الكتاب الاول حق الملكية ، دار النهضة العربية 1973، ص 350، ف 109.

الفرع الثاني: مشروعية الشفعة

اختلف الفقهاء في حكم الشفعة على قولين:

القول الأول: لجمهور الفقهاء من السلف والخلف فقالوا إن حكم الشفعة الإباحة بمعنى: أنها حق اختياري للشفيع المطالبة بهذا الحق فور علمه بالبيع، كما له أن يتركه، وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بالسنة والإجماع.¹

السنة:

- 1- ما رواه البخاري وأحمد من حديث جابر -رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم- قضى بالشفعة في كل مال لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة.²
 - 2- وما رواه مسلم وأبو داود والنسائي من حديث جابر «أن النبي صلى الله عليه وسلم، قضى بالشفعة بين الشركاء في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به»³ وفي رواية أخرى "من كان له شريك في ربة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ وأن كره ترك"⁴.
 - 3- وعن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم "قضى بالشفعة بين الشركاء في الأرضيين والدور"⁵
 - 4- وعن جابر قال النبي صلى الله عليه وسلم "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقيهما واحد"⁶
 - 5- وعن الشريد بن سويد قال قلت يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شريك ولا قسم ولا جوار، فقال "الجار أحق بسبقه ما كان"⁷
 - 6- وعن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال "جار الدار أحق بالدار من غيره"⁸
- الإجماع:

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما يبيع من دار، أو حائط أي: بستان¹، قال

¹ د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 7

² حمود بن سليمان الاحم، الشفعة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء بالرياض، عام 1392هـ، ص 7

³ صحيح مسلم بشرح النووي: ج 1، ص 45. الشوكاني: ج 5، ص 331.

⁴ (صحيح مسلم بشرح النووي ج 11 ص 45)

⁵ (مسند أحمد بن حنبل ج 5 ص 327 ونيل الأوطار للشوكاني، ج 5 ص 217)

⁶ (نيل الأوطار للشوكاني، ص 219)

⁷ (سنن أبو داود 787/3 وسنن الترمذي 641/3 و 642 ونيل الأوطار للشوكاني ص 217 وهو حديث صححه الترمذي وتكلم البعض في إسناده. أحكام الأحكام لابن النقاش، تحقيق رفعت فوزي عبد المطلب ص 478)

⁸ (المغني لابن قدامة ج 5 ص 213، وابن المنذر من كبار العلماء المحدثين عن الإمام مالك المتوفى سنة 236 هـ).

شيخ الإسلام ابن تيمية: وما وجد من التصرفات لأجل الاحتيال على إسقاط الشفعة؛ فهو باطل، ولا تغير حقائق العقود بتغير العبارة "انتهى. وموضوع الشفعة هو الأرض التي لم تجر قسمتها، ويتبعها ما فيها من غراس وبناء، فإن جرت قسمة الأرض، لكن بقي مرافق مشتركة بين الحيران؛ كالطريق والماء ونحو ذلك؛ فالشفعة باقية في أصح قولي العلماء؛ لمفهوم قوله صلى الله عليه وسلم " فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق؛ فلا شفعة"؛ إذ مفهومه أنه إذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق أن الشفعة باقية.

قال ابن القيم: وهو أصح الأقوال في شفعة الجوار، ومذهب أهل البصرة، وأحد الوجهين في مذهب أحمد، واختيار الشيخ "انتهى.

وقال الشيخ تقي الدين: تثبت شفعة الجوار مع الشركة في حق من حقوق الملك من طريق وماء ونحو ذلك، نص عليه أحمد، واختاره ابن عقيل وأبو محمد وغيرهم، وقال الحارثي: " هذا الذي يتعين المصير إليه، وفيه جمع بين الأحاديث، وذلك أن الجوار لا يكون مقتضياً للشفعة إلا مع اتحاد الطريق ونحوه. لأن شرعية الشفعة لدفع الضرر، والضرر إنما يحصل في الأغلب مع المخالطة في الشيء المملوك أو في طريق ونحوه " انتهى.

والشفعة إنما تثبت بالمطالبة بها فور علمه بالبيع، فإن لم يطلبها²

ولم يعلم خلافاً في ثبوت الشفعة إلا لأبي بكر الأصم فإنه قال: لا تثبت الشفعة؛ لأن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك³، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه بالشفعة لم يشتروا لشريك فيتقاعس عن الشراء فيحصل الضرر على المالك.⁴

فعلى هذا يكون أبو بكر الأصم قد خالف الإجماع⁵؛ لأنه وجد بعد إجماع أهل العلم على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم.. الذي حكاه ابن المنذر، ولا عبرة بقول من خالف الإجماع، أو نقول: لعل حكاية الإجماع هذه لم يعلم بها أبو بكر الأصم.

ويلاحظ أن الشفعة قد تكون مستحبة، وليست مباحة كما هو الأصل، وذلك إذا ترتب على تركها معصية وقد تكون

¹ حمود بن سليمان اللاحم، المرجع السابق، ص 8- ومن المعروف أن ابن المنذر الذي حكى الإجماع هو: إبراهيم بن المنذر بن عبد الله، أحد كبار العلماء المحدثين - بضم الميم وتشديد الدال وكسرهما - عن مالك، وابن عيينة وقد توفي سنة 236هـ.

² أنظر د صالح الفوزان، الملخص الفقهي، منشور على <https://shamela.ws/book/11811/560> - الجزء الثاني، ص 118

³ وهو: محمد بن الأصم المتوفى سنة 323هـ

⁴ <https://www.alukah.net/sharia/0/73520/%D8%A7%D9%84%D8%B4%> :

⁵ حمود بن سليمان اللاحم، المرجع السابق، ص 8

⁵ محمد بن زيد بن محمد الرقيب، أحكام الشفعة في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، سنة 1408هـ، ص 26

واجبة إذا تعين الأخذ بها طريقاً لدفع ما يريد المشتري من الفساد، كما لو اشترى مسكناً لإداراته للقمار أو للدعارة.¹

القول الثاني: عدم الإباحة بمعنى:

أن الشفعة ليس حقاً للشفيع وليس له حق المطالبة بها، وذهب إلى هذا جابر بن زيد من التابعين، وأبو بكر الأصم وأدلة أصحاب القول الثاني هي: (1) الكتاب:

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ (2). فقد نهي سبحانه وتعالى عن أخذ أموال الناس بالباطل، أي: بما لم تبحه الشريعة الإسلامية، من نحو: السرقة، والخيانة، والنصب، والقمار، وعقود الربا ثم استثنى التجارة عن تراض، والاستثناء منقطع، ومعناه: ولكن اقصدوا كون تجارة عن تراض منكم، وقوله "عن تراض": صفة لتجارة، أي: تجارة صادرة عن تراض، وخص التجارة بالذكر؛ لأن أسباب الرزق أكثرها متعلق بها، فلو كانت الشفعة التي لا تراضي فيها مشروعة لكانت أحق بالاستثناء، ولأنها يتوهم دخولها أكثر؛ لعدم التراضي فيها، فعدم استثنائها دليل على عدم مشروعيتها، وعدم إباحتها.

ورد على هذا القول: بأن الشفعة لم يتوهم فيها باطل؛ لأن الأخذ فيها بمثل الثمن أو القيمة التي استقر عليها البيع، أي: بما قامت على المشتري، بخلاف التجارة، فإن الإنسان قد يشتري بعشرة ويبيع بمائة، فيتوهم أن هذا داخل في الباطل، فاستثناء الله جل في علاه، رفقا ولطفا بعباده.

(2) السنة: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه» (3) فإن قول الرسول - صلى الله عليه وسلم -: «لا يحل مال امرئ مسلم..» نهي عن الأخذ والانتفاع بأي مال مملوكا للغير دون رضاه، أو بغير طيب نفسه، ومن ذلك: العقار الذي يبيعه الشريك أو الجار لأجنبي، فلا يحل لشريكه أو لجاره الملاصق أن يأخذه من الأجنبي بغير رضاه.

ورد على هذا الاستدلال:

بأن المنهي عنه هو أخذ المال الذي حصل عليه صاحبه باستعمال حقه الذي رسمه الشارع، كالبيع، والهبة، والإجارة، والإرث وغير ذلك، أما المال الذي حصل عليه الشخص بإساءة استعمال الحق وإلحاق الضرر بالغير بتملكه إياه، فأخذه

¹ انظر مؤلفنا دعوى الشفعة كسبب لكسب ملكية العقار وفقاً لأحكام محكمة النقض المصرية، الناشر المكتب العربي للمعارف دار البحوث القانونية، الطبعة الأولى 2021م، ص 36

(2) سورة النساء الآية 29.

(3) الكشاف للزمخشري: ج 1، ص 522.

الشفيع منه بالطريق الذي رسمه الشرع الإسلامي أيضًا ليس منهياً عنه، فأخذ الشريك أو الجار المشفوع فيه بما قام على المشتري لدفع الضرر عن نفسه - الواقع أو الذي كان سيقع بسبب الجوار أو الشركة - يباح له شرعاً.

ولقد قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» بمعنى: أنه لا ضرر في الأخذ بالشفعة على المشتري؛ لأنه سيأخذ ما دفعه ثمناً للعقار، وكل ما في الأمر أن الصفقة أخذت منه، فحاله بعد أخذ العين المشتراة بالشفعة هو حاله قبل أخذها منه.

ولو سلمنا الأخذ بالشفعة يلحق بالمشتري ضرراً فإن الضرر الذي سيلحق بالشفيع إن لم ييح له أخذ المشفوع فيه أعظم، بسبب التضيق عليه والظهور على عوراته، والاطلاع على عثراته، ومما لا شك فيه أن رفع أعظم الضررين واجب شرعاً.

ولهذا جاءت الأحاديث لإباحة الأخذ بالشفعة للشريك في نفس المبيع أو في حق المبيع، أو للجار الملاصق إذا طلبها المستحق لها فور العلم بالمبيع، فكانت هذه الأحاديث مخصصة للعموم الذي ورد في قول الرسول - صلى الله عليه وسلم -: «لا يحل امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه».¹

والقول الراجح والذي أميل إليه:

هو ما ذهب إليه الجمهور بإباحة الأخذ بالشفعة لقوة أدلته، وملائمته لروح الشرع الإسلامي في سعيه لتحقيق العدل والإنصاف برفع الأضرار التي قد تصيب الشفيع إذا لم ييح له الأخذ بالشفعة، وعدم إلحاق أي ضرر بالمشتري حيث إن حاله بعد الأخذ بالشفعة هو حاله قبل الأخذ بها؛ لأن ما دفعه ثمناً سيعود إليه ثانية دون ما ضرر يذكر.

-الحكمة من الشفعة:

أن تقرير الأحكام الخاصة بالشفعة كان لحكمة تتمثل في دفع الضرر عن علاقات الشركاء في المال الشائع، فقد يشتري الغير الحصة الشائعة في العقار ومن المحتمل أن يتسبب في تعكير صفو هذه العلاقات، فأجيز لأي منهم طلب أخذ المبيع بالشفعة لدفع هذا الضرر؛ كما يمكن بالشفعة الحيلولة دون تجزئة العقارات إلى قطع صغيرة أو قسمتها واستحداث مرافق جديدة مع ما يترتب على ذلك من نفقات أو تكاليف جديدة (2)

وفي ضوء ذلك يتضح أن الشفعة - في الأصل - شرعت لدفع الضرر المحتمل عن الشركاء؛ ولا سيما أن البائع لن يلحقه ضرر من الشفعة لأنه سيحصل من الشفيع على ما كان سيعطيه له المشتري "بطلان الزعم بأن الشفعة قد تضعف من فرصة البائع قد لا يجد من يشتري منه لأن من يقدم على الشراء يخشى الشفعة، والشريك أو الجار قد يتمتع عن الشراء لاطمئنانه إلى عدم إقدام غيره على الشراء، لأن المشاهد عملاً إقدام الناس على التعامل رغم جواز الشفعة"؛ وأن المشتري - كذلك -

¹ د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 9 و ص 10

(2) د/عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، بدون تاريخ للنشر، ص 190

لن يصيبه ضرر لأنه سيسترد الثمن الذي دفعه للبائع، وإن حاق ضرر به بسبب فوات الصفقة عليه، فإن ضرر الشركاء يكون أشد من ضرره حيث إن هذا البيع يؤدي إلى التضيق عليهم أو إيدائهم، ورفع أعظم الضررين واجب، وإذا كان ضرر المشتري محققاً بفوات الصفقة وكان ضرر الشركاء محتملاً وقوعه، إلا أن الضرر الأخير هو الغالب والأشد فيرفع قبل وقوعه، فربما يتعذر رفعه بعد ذلك، ولا يتصور أن نطلب منهم إثبات تحقق الضرر قبل وقوعه، وإذا طلبنا منهم ذلك بعد وقوعه أوقعناه في الضرر بالفعل¹

بيد أنه يوجد إجماع بين فقهاء الشريعة الإسلامية على جواز الشفعة للشريك واختلفوا حول جواز الشفعة للجار، فلم يجز المالكية والشافعية والحنابلة للجار الشفعة وأجازها الأحناف له، وتوسط رأي لبعض الفقهاء فلم يجز الشفعة للجار إلا إذا كان مع الجوار شركة في حقوق الارتفاق، كما لو كان طريق الجارين واحداً أو كان الشرب أو المسيل واحداً، وذلك على أساس ما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم من أن "الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها - وإن كان غائباً - إذا كان طريقيهما واحداً"² وما روى عنه صلى الله عليه وسلم من أن "الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"

وهذا الرأي الوسط هو الأولى بالقبول لأن الشفعة أجزت لدفع ضرر الشفيع، وبالتالي ينبغي ألا تجوز للجار إلا لدفع ضرر له، ولا ضرر يصيب الجار إلا إذا كانت هناك شركة في المرافق، أما مجرد تحسين ملك الجار بتوسيعه أو ضم الأراضي المتداخلة فيه فهي مزايا تحققها الشفعة للجار ولا ضرر يصيبه من فواتها.⁽³⁾

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للشفعة وخصائصها

تقسيم:

نتناول في هذا المطلب الخلاف القانوني حول طبيعة الشفعة وذلك في (الفرع الأول) ونبين خصائصها المميزة في (الفرع الثاني)

الفرع الأول

الخلاف حول الطبيعة القانونية للشفعة

أن دراسة الشفعة يتطلب تحديد طبيعتها في ضوء المبادئ القانونية الراسخة.

¹ حمود بن سليمان الاحم، مرجع سابق، ص 17

² د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 9 وص 10

⁽³⁾ انظر مؤلفنا دعوى الشفعة، مرجع سابق، ص 33

ففي ضوء التعريفات السابقة يتبين أن الشفعة لا تندرج تحت تصنيف الحقوق المالية إلى شخصية وعينية وذهنية، وإن كانت تعد أحد أسباب كسب الحقوق العينية ، إلا أنها تعتبر حق تجيز كسب حق الملكية ⁽¹⁾، واكتساب هذا الحق لا يكون إلا عند بيع حق عيني على الحصة العقارية المباعة المشفوع فيها؛ أما المنقول أو المجموع من المال (المنقول والعقار) ففيه "الاسترداد" وليس الشفعة،

جرى نقاش حول هل الشفعة تعد من قبيل الحق العيني أو الحق الشخصي؟ أم تعد حقاً ذا طبيعة مختلطة منهما؛ وفي الحقيقة أنه لا محل لمثل ذلك لأن الشفعة ليست بحق وإنما هي سبب لكسب حق⁽²⁾

كما أثير جدلاً حول هل الشفعة -باعتبارها سبباً لكسب الملكية- تعتبر واقعة مركبة من وجود شيوع وبيع حصة عقارية وإعلان الشفيع عن إرادته؟

وهي بذلك مرحلة وسطي بين حق التملك وحق الملك، لأن صاحبها وجد له سبب يقتضى المطالبة بالتمليك ؟

أم هي تعد بمثابة أحد الأسباب الإرادية لكسب الملكية؟ لأنها لا تتم إلا بإعلان الشفيع إرادته للأخذ بالشفعة

وفي الواقع أن هذا الجدل، وإن كان له أهمية من الناحية النظرية لتأصيل الأحكام المتعلقة بالشفعة، إلا أنه لا جدوى منه من الناحية العملية.

و أستقر الفقه القانوني علي أن الشفعة من الأعمال القانونية المركبة التي تجمع بين حالة مادية {واقعة مادية} وبين تعبير يصدر عن إرادة الشفيع {تصرف قانوني} يطلب فيه الأخذ بالشفعة. ففي ظل هذه الوضعية افترق الفكر القانوني حول مسألتين هما:

- هل المرتكز الرئيس للشفعة هو التصرف القانوني (إبداء الرغبة)؟

أم الحالة المادية (الشيوع)؟ فقائل بالغلبة للأخيرة على الأول، وبناء على هذا الرأي فإن الشفعة تندرج ضمن الوقائع المادية ⁽³⁾؛ وقائل بغلبة الأول على الأخيرة، ولذلك فهي تدخل في مجال التصرفات القانونية ⁽⁴⁾.

- هل الشفعة تعد من قبيل الحقوق؟ أم بمثابة رخصة؟

(1) إبراهيم بحماني، دعوي الشفعة ، بحث منشور بمجلة الملحق القضائي صادرة عن المعهد العالي للقضاء بالمغرب ، عدد 11، سنة 1983، ص 104
انظر في هذا الجدل وأدلته مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 6، ص 350 وما بعدها، ود/ محمود محمد حسن ،المرجع السابق، ص 76-70.

(2) د/عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء التاسع ، منشأة المعارف، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة نشر ، ص 447، ف 162.

(3) د/عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق ، ص 451

(4) د/جميل الشرقاوي، مرجع سابق ، ص 353

أخذ المنظم السعودي باعتبار الشفعة حق وفقاً للمذهب المالكي والرملي من الشافعية، وهو نهج مجلة الأحكام العدلية في المواد من 951 إلى 953، بينما اتجه المشرع المصري إلى اعتبار الشفعة رخصة وليست حق¹

يوجد شبه إجماع في الفكر القانوني (تشريع، وقضاء، وفقه) على أن الشفعة تندرج تحت مصنف الرخص وليس الحقوق².

حيث يوجد فارق بين الرخصة والحق؛ فالأولى تعني إباحة أو قدرة على كسب حق، أي بمباشرة الوسائل التي قرررها القانون للحصول على هذا الحق (فهو في نظر الشرعيين خيار ومشينة)، أما الثاني فيعني التسليم لشخص بسلطات معينة يتكون منها مضمون هذا الحق في ظل حماية قانونية.

ورأى آخر يرى أن الشفعة ليس حقاً شخصياً ولا عينياً وإنما حق من نوع خاص، حق من حقوق الخيار أو الإمكان القانوني³

د/السنهوري - رحمه الله تعالى - يفضل وصف قدرة الشفيع على الأخذ بالشفعة على أنه "حق في التملك" على أساس أنها منزلة وسطى بين مجرد الرخصة في التملك وبين الحق في الملك، فمثلاً أن شخصاً له رخصة تملك الشيء بالعقد أو بغيره فإن كسب ملكيته بأيهما أصبح له حق الملكية، أما حق الشفيع بالنسبة للعقار فهو أقوى من الرخصة ولذلك أطلق عليه "حق في التملك" فموقف الشفيع يشبه إلى حد ما موقف من وجه إليه إيجاب بتصرف ناقل للملكية قبل قبوله له⁽⁴⁾.

الفرع الثاني

الخصائص المميزة للشفعة

تختص الشفعة بخصائص تميزها عن غيرها من أسباب كسب الملكية، لأنها شرعت من أجل دفع الضرر عن الشركاء على الشيوع. فمن هذه الخصائص ما هو يتصل بالحق في الأخذ بالشفعة، وما يتعلق بالشخص صاحب هذا الحق، وما هو خاص بالحل التي ترد عليه.

1- إتصال الشفعة بشخص الشفيع :

ولما كانت الشفعة، كما قدمنا، تتأسس على رقابة الشفيع من ضرر يحتمل وقوعه من شريك أو جار، فيرجع إليه وحده تقدير منطقة وقوعه، ويكون أخذه بالشفعة أو عدم أخذه بها متروك لحين تقديره، لذلك تعتبر الشفعة متصلة بشخص الشفيع أو لها في عبارة أخرى صفة شخصية بحتة، رتب عليها في المادة 2/1007 من المشروع وأن الحق في

¹ راجع نص المادة 935 من القانون المدني المصري

² د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة "دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقه الإسلامي"، بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، مجلد 12 عدد 2، سنة 1988، ص 14

³ د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 16

⁽⁴⁾ د/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 449.

الشفعة لا ينتقل بالتحويل ولا بالميراث لأنها في الحقيقة " هي خيار ورخصة لا يجوز انتقالها إلى الغير من الدائنين أو الورثة " ولا يؤثر حذف هذه الفقرة في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ التي رأت " ترك حكمها لاجتهاد القضاء " ¹.

ويترتب على الصفة الشخصية للشفعة، من ناحية ألا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا الشفعة نيابة عنه بالدعوى غير المباشرة، ومن ناحية أخرى لا يجوز للشفيع أن ينقل حقه في الشفعة غيره بطريق الحوالة، و لا يجوز لدائني الشفيع أن يستعملوا بالدعوى غير المباشرة حقه في الشفعة نيابة عنه، ولو أدى إهمالها إلى ضياع صفقة رابحة لأن الشفعة كما قدمنا، ليست حقا، وإنما هي مجرد رخصة، ونطاق الدعوى غير المباشرة مقصورة على الحقوق دون الرخص، فيجوز للدائن أن يستعمل حقا لمدينه، ولا يجوز له أن يباشر رخصة عنه كما أن الشفعة متصلة بشخص الشفيع، ولا يجوز للدائن أن يستعمل بالدعوى غير المباشرة الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة ².

ولا يجوز للشفيع أن يحول حقه في الشفعة إلى غيره لأن الشفعة متصلة بشخصه ومن ثم تتنافى طبيعتها مع جواز الحوالة، شأن جميع الحقوق المتصلة بشخص الدائن، كما أن الشفعة تتبع العقار المشفوع به لأن سببها يكمن فيه، إذ نجد حكماتها في رفع مظلة الضرر عن صاحبه، ولا يمكن من ثم أن تنفصل عنه. أما انتقال الحق في الشفعة بوفاء الشفيع إلى ورثته فقد ثار حوله خلاف في الفقه بين قائلين بانتقاله إلى الورثة، ومناد بعدم انتقاله إليهم

ومن قال بانتقال الشفعة للورثة يقرر بانتقال الخيار لهم باعتبارهم أصبحوا ملاك للمال المشفوع به ومن ثم يمكنهم استعماله طالما مدته لم تنقضى ³

نتائج اتصال الحق في الشفعة بشخص الشفيع:

يترتب على هذه الخاصية النتائج الآتية:

أ-عدم خضوع الشفعة لأحكام الدعوى غير المباشرة:

أي لا يجوز لدائني الشخص (الشريك)، الذي خوله القانون الحق في طلب الشفعة، أن يستعملوا هذا الحق، الذي تقاعس الشريك المدين عن طلبه عن طريق الدعوى غير المباشرة؛ لأن هذه الدعوى تتوقف كلما كان الأمر يتصل بشخص المدين ⁴.

¹ د/ وفاء حلمي ابوجميل، الحقوق العينية الأصلية، بدون ناشر، طبعة 2003، ص 28

² د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 88

³ راجع في هذا الاتجاه كلا من د/ عبدالمعزم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة 1978، فقرة 327، ص 498- د/ محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة 1978، فقرة 210- د/ محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، القاهرة 1972، فقرة 102

⁴ منصور فؤاد عبد الرحمن، الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية بفلسطين، 2008م ص 15

ب- عدم خضوع الشفعة لأحكام حوالة الحق:

فلا يجوز أن ينتقل طلب الأخذ بالشفعة إلى الغير عن طريق حوالة الحق؛ لأنها أقرب للرخصة من الحق حتى يتم حوالة، فضلاً عن كون طبيعتها تأتي ذلك لكونها متصلة بشخص الشفيع؛ بالإضافة إلى أن الشفعة تتبع الحصة العقارية المشفوع بها فلا تنفصل عنها، فلا يجوز حوالتها بصفة مستقلة عن هذه الحصة⁽¹⁾.

ج- جواز النزول عن طلب الأخذ بالشفعة:

متى كانت الشفعة حق للشفيع تكسبه حقاً عينياً على الحصة العقارية المشفوع فيها، فيجوز له النزول عن طلبها صراحة أو ضمناً² وذلك وفقاً لنص المادة السادسة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي

(تسقط الشفعة في الحالات الآتية:

أ- إذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحةً أو ضمناً ولو كان ذلك قبل البيع

ب- إذا لم يقم الشفيع بإعلام البائع والمشتري برغبته في الأخذ بالشفعة خلال (عشرة) أيام من تاريخ الأعدار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري بطلب إبداء رغبته، على أن يتضمن هذه الأعدار البيانات الكافية عن المشتري والمبيع والثمن وشروط العقد.

ج - إذا لم يرفع الشفيع دعوى الشفعة خلال (ثلاثين) يوماً من تاريخ الإعلام الذي وجهه إلى البائع والمشتري.)

ويكون النزول صراحة متى أعلن عقب إنذاره بالبيع بعدم رغبته في ذلك، ويكون ضمناً إذا صدر عن الشريك عمل أو تصرف يفيد حتماً نزوله عن حق في الأخذ بالشفعة⁽³⁾، كأن يتعامل مع الأجنبي مشتري حصة شريكه على أنه مالك، فيطالبه بالقسمة أو يبرم معه عقد إيجار عليها. أن النزول عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة كما يثبت للشريك قبل ثبوته، يثبت له -كذلك- بعد ثبوته، أي قبل بيع شريكه حصته لأجنبي وبعده على حد سواء، وإن كان القانون لم يصرح بذلك كما فعل القانون المدني المصري⁽⁴⁾ وبناء على ذلك فإنه يجوز للشركاء على الشيوع الاتفاق فيما بينهم على نزول كل منهم في مواجهة الآخر عن طلب ذلك إذا باع أحدهم حصته لأجنبي عنهم؛ ويجوز -أيضاً- للأجنبي الراغب في شراء حصة

(1) د/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 597، ف 163

² إبراهيم بحماني، دعوى الشفعة، مرجع سابق، ص 131

(3) قضت محكمة النقض المصرية بأن النزول الضمني عن الحق في طلب الأخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل أو تصرف من الشفيع يفيد حتماً نزوله عنه (نقض مدني في 28 مارس سنة 1985، مجموعة أحكام النقض السنة 36، رقم 111، ص 531؛ ونقض مدني في 29 مايو سنة 1980، مجموعة أحكام النقض السنة 31، رقم 299، ص 1605).

(4) القانون المدني المصري ورد فيه نص صريح على جواز النزول عن الشفعة قبل وبعد ثبوت الحق فيها انظر في ذلك نص المادة (948) "يسقط الحق في الشفعة في الأحوال الآتية: أ- إذا نزل الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع".

شائعة من أحد الشركاء أن يحصل من الباقين على نزولهم عن الحق في طلب الشفعة. والسبب في ذلك أنه وإن كان للشفعة الحكمة التي تبررها، إلا أنها -في الواقع- تحد من حرية التعاقد، وإطلاق هذه الحرية أمر يقتضيه الأصل.

2- لا شفعة إلا في بيع عقار:

تنص المادة الثامنة والخمسون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أن (الشفعة حق الشريك في أن يتملك العقار المبيع بالثمن الذي بيع به وبنفقاته) وكذلك المادة الخامسة والستون بعد الستمئة (لا شفعة في الحالات الآتية: أ- إذا كان انتقال الملك بغير البيع).

حيث يشترط في التصرف أن يكون بيعاً¹، وأن يكون محله حق عيني على حصة شائعة في عقار.

وبناء على ذلك فإنه لا تجوز الشفعة إلا إذا كان محل التصرف عقاراً²، فلا تجوز إذا كان هذا المحل منقولاً أو مجموع أموال منقولة وعقارية؛ ولا يجوز المطالبة بالشفعة إلا إذا كان هذا التصرف بيعاً، أما إذا كان مقايضة أو هبة أو حصة في شركة فلا شفعة فيه.³

3- الشفعة لا تقبل التجزئة:

تنص المادة الرابعة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (لا تقبل الشفعة التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبراً على المشتري، إلا إذا تعدد المشترون واتحد البائع؛ فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي). فيجب ألا يترتب على الأخذ بالشفعة تفريق الصفقة على المشتري، لأن التبعض يضر به؛ فالشفيع إما أن يأخذ كل محل عقد البيع وإما أن يتركه كله، فليس له أن يطلب أخذ الشفعة في البعض دون البعض⁽⁴⁾

4- قابلية الحق في الشفعة للتوارث:

تنص المادة الثالثة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (إذا ثبتت الشفعة وفقاً للمادة) الحادية والستون بعد الستمئة (من هذا النظام؛ فلا تسقط بموت البائع أو المشتري أو الشفيع)

أن الحق في الأخذ بالشفعة لا يسقط بموت الشفيع بل ينتقل إلى ورثته (الخلف العام) ؛ وبذلك يكون المنظم السعودي قد حسم مسألة خلافية قد افتقرت حولها الأفهام في الفقه القانوني (الإسلامي والوضعي) على حدٍ سواء⁽⁵⁾، فقائل بالجواز⁽¹⁾

¹ إبراهيم بحمان، دعوي الشفعة، مرجع سابق، ص 107

² إبراهيم بحمان، دعوي الشفعة، مرجع سابق، ص 118

³ منصور فؤاد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 16

⁴ إبراهيم بحمان، دعوي الشفعة، مرجع سابق، ص 120

⁽⁵⁾ لمزيد من البيان حول الآراء المختلفة في شأن توارث الحق في طلب الشفعة (انظر د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 607-623، ف 163 {رابعاً}).

وقائل بعدمه (2)

ذهب الشافعية والمالكية إلى انتقال رخصة طلب الشفعة بموت الشفيع إلى ورثته وذهب الحنابلة إلى التفرقة بين أمرين: الأول- طلب الشفيع الشفعة قبل موته ينقله إلى الورثة. الثاني- عدم طلبه ذلك قبل موته لا ينتقل الحق في طلبها إلى الورثة

ذهب الأحناف إلى سقوط الشفعة بموت الشفيع ولا ينتقل إلى ورثته - ومن ذلك يمكن القول :

أ- إنه يوجد شبه إجماع في الفكر القانوني (الإسلامي والوطني) على أن للخلف العام حق الخلافة - حال حياة - السلف؛ ولذلك خوله إمكانية الحجر عليه (لعتة أو جنون أو سفه أو غفلة) وحق الاعتراض - بعد المات - على التصرفات التي أجراها خلال مرض الموت . وطالما أن الأمر على هذا النحو فلا توجد غضاضة في انتقال طلب الأخذ بالشفعة إلى الورثة بالميراث.

ب- إن حق (رخصة) الشفعة، وإن كان ذا صلة بشخص الشفيع، إلا أنه لا يعد من الحقوق اللصيقة بالشخصية بشكل مطلق، حيث إن يوجد فيه جانب مالي، يتمثل في كسب حق عيني، يتحقق بطلب الأخذ بالشفعة. ومن ثم فإنها تنتقل إلى الخلف العام، فضلاً عن أن الحق في الشفعة ليس أكثر اتصالاً بشخص الشفيع من اتصال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي بشخص المضرور، الذي أجاز المشرع انتقاله للغير مقصوراً في حالتي اتفاق المضرور عليه أو المطالبة به قضائياً (3)، ولا يعد الوارث من الغير فيما لمورثه من حقوق، إلا إذا كانت تنطوي على إضرار به، ولذلك ينتقل إليه الحق في طلب الشفعة.

ج- إن شرط ملكية الشفيع للعقار المشفوع به في وقت البيع لا يتعارض مع انتقال طلب الأخذ بالشفعة إلى الورثة؛ لأن الشفعة في منطقة وسطى بين الرخصة والحق، فهي ليست رخصة محضة ولا حقاً كاملاً، ولذلك أطلق عليها د/ السنهوري مصطلح "حق في التملك" ومن ثم فإن تحقق ملكية السلف للعقار المشفوع به في وقت البيع، وانتقاله بالميراث ينتقل معه الحق في طلب الأخذ بالشفعة إلى الورثة؛ طبقاً لقاعدة "الفرع يتبع الأصل"، وبديهيًا أن الورثة ليس لهم أكثر ما كان لمورثهم، حيث إنهم يلتزمون بالمواعيد والإجراءات القانونية لإبداء الرغبة في الشفعة.

المطلب الثالث: سبب الأخذ بالشفعة

تقديم وتقسيم:

(1) لمزيد من التفصيل انظر فضيلة الشيخ/ أحمد بك إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، طبعة المطبعة الفنية بالقاهرة، 1355هـ/ 1936م ص 69

(2) لمزيد من البيان حول هذه المسألة انظر فضيلة الشيخ/ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مرجع سابق، ص 129

(3) تنص الفقرة الأولى للمادة (222) مدني مصري على أنه "1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء".

السبب في الشفعة: اتصال ملك الشفيع بملك المشتري عند البيع، بشرط أن يكون المبيع عقاراً في عقد معاوضة مالية.¹

ولم يختلف فقهاء المسلمين في أن الشركة في العقار القابل للقسمة -قسمة الإيجاب- سبب لثبوت الشفعة وإنما اختلفوا في الشركة في العقار الذي لا يقبل القسمة وفي الشركة في مرافق الملك الخاصة كالشرب والطريق وفي الشفعة بالجوار²

إذن فاستحقاق الشفعة لا يمكن أن يتحقق إلا بتوافر شرطين هما:

1- اتصال عقار الشفيع بالعقار المبيع عند البيع.

2- انتقال ملك الجار، أو حصة الشريك بمعاوضة مالية كالبيع مثلاً.

وهذا ما ذهب إليه شيخ الإسلام من الحنفية؛³ لأن حق الشفعة يوجد بوجود هذين الشرطين، ويرتفع بارتفاع أحدهما، ولكل منهما دخل في ثبوت حق الشفعة، فلو وجد أحدهما دون الآخر لا يوجد حق الشفعة، ولا يكون للشريك أو للجار الملاصق الحق في طلب المبيع، فكان مجموعها سبباً مركباً منهما، ولأن القول بسببية أحدهما دون الآخر مع أن لكل منهما دخلاً في ثبوت الشفعة لمستحقها تحكم، وقد أجمع الفقهاء المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك على الشيوع واختلفوا في ثبوت الشفعة بالجوار، وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول الشفعة للشريك على الشيوع

الفرع الثاني الشفعة بالجوار

الفرع الأول: الشفعة للشريك على الشيوع

¹ أورد المشرع المصري خمسة أسباب للشفعة هي: ملكية الرقبة والشفيع وحق الانتفاع وحق الحكر والجوار المقترن بملك. تنص المادة (936) مدني مصري على أنه "يثبت الحق في الشفعة: (أ) المالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه. (ب) للشريك في الشيوع إذا بيع شيء من العقار الشائع إلى أجنبي. (ج) لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملابس لهذا الحق أو بعضها. (د) لمالك الرقبة في الحكر إذا بيع حق الحكر، وللمستحكر إذا بيعت الرقبة (هـ) للجار المالك في الأحوال الآتية: 1- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أم في القرى. 2- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار، أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة. 3- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل".

² حمود بن سليمان اللاحم، مرجع سابق، ص 9

³ د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 5

أجمع الفقهاء المسلمون على ثبوت الشفعة للشريك على الشيوع وذلك استناداً الى ما يلي: (*)

1- لما رواه جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم "قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة"¹

2- وعن جابر "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة (الدار أو المنزل) أو حائط (بستان)، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وأن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به"

2- وروى مسلم عن جابر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من كان له شريك في ربعة أو نخل، فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن رضي أخذ وأن كره ترك"²

كما أجمع الفقهاء المسلمون على جواز الشفعة في كل ما ينقسم، واختلفوا في جوازها فيما لا ينقسم كالدار الصغيرة والبئر والحمام والطريق.

فقد أجاز رأي في الفقه الإسلامي الشفعة للشريك في كل ما ينقسم، وذلك على أساس أن الشفعة شرعت لرفع الضرر اللاحق بالشريك فتجوز فيما ينقسم وما لا ينقسم، ولأنه روى عن جابر قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم، ولأن الضرر فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر فيما ينقسم وعند أصحاب هذا الرأي تثبت الشفعة لكل شريك، سواء كان البيع لشريك أم لأجنبي، فإن كان البيع لشريك اشترك معه بقية الشركاء عدا البائع على عدد الرؤوس عند الحنفية وعلى مقدار الأنصبة عند غيرهم، وإن كان البيع لأجنبي أخذ المبيع منه وأعطى للشريك الشفيع.³

ومنع رأي آخر في الفقه الإسلامي الشفعة فيما لا ينقسم

واستدلوا على ذلك بأن الشفعة تثبت للضرر الناتج عن القسمة باعتبار أن القسمة ستجعل للشريك شيئاً مفرزاً قد تزيد مئونه عليه، أما ما لا ينقسم فلا يتمثل فيه هذا الضرر، غير أنه يرد على هذا الرأي بأن الضرر فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر فيما ينقسم لأن ما ينقسم ينتهي ضرره غالباً بالقسمة أو ينتج عن قسمته ضرر يسير، بينما ما لا ينقسم يستمر الشيوع فيه، ووجود الأجنبي المشتري فيه قد يسبب الكثير من المنازعات.⁴

وقد اختلف الفقهاء فيمن يثبت له حق الشفعة على قولين:

الأول: للأحناف: وأثبتوا حق الشفعة على الوجه التالي:

1- الخليط في نفس المبيع: وهو الشريك الذي لم يقاسم.⁵

(*) أبو حنيفة، البدائع، ج 5، ص 2686- رأي مالك في رواية، حاشية الدسوقي ج 3 ص 476؛ والشافعي - المجموع شرح المهذب ج 14 ص 132 ، وأيده فضيلة الشيخ/ على الخفيف، في بحثه "الشفعة" مجلة القانون والاقتصاد، س 22، عدد 3، 4، ص 452

¹ صحيح البخاري ج 3 ص 87

² صحيح مسلم بشرح النووي، ج 11، ص 45

³ حمود بن سليمان اللاحم، مرجع سابق، ص 15

⁴ د وفاء حلمي ابوجميل، مرجع سابق، ص 301 وما بعدها

⁵ حمود بن سليمان اللاحم، مرجع سابق، ص 16

2- للخليط في حق المبيع: وهو الشريك في الشرب والطريق الخاصين كنهر لا تجري فيه السفن، والطريق غير النافذة.

3- ثم للجار الملاصق. وأدلتهم على ما ذهبوا إليه السنة والمعقول:

السنة:

1- قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: «الشفعة لشريك لم يقاسم» .

2- وعن عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر قال: قال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «جار الدار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبًا، إذا كان طريقهما واحدًا» رواه الخمسة إلا النسائي.

3- وعن الشريد بن سويد قال: قلت: يا رسول الله أرض ليس فيها شرك ولا قسم إلا الجوار، فقال صلى الله عليه وسلم: «الجار أحق بسقيه ما كان» رواه أحمد والنسائي وجه الدلالة: إن هذه الأحاديث الثلاثة دليل واضح على ثبوت الشفعة للخليط في نفس المبيع بالحديث الأول، وللخليط في حق المبيع بالحديث الثاني، ثم للجار الملاصق بالحديث الثالث.

أما المعقول: فلما كان ملك الشفيع متصلًا بملك المشتري الدخيل اتصال قرار، والاتصال على هذه الصفة سبب للمضار، وقد تحقق الاتصال في الخليط بنوعيه والجار الملاصق، فشرعت الشفعة لقطع ضرر الدخيل ورفع يده عن العقار وثبوت الملك لهؤلاء خلفاء عنه.

القول الثاني: لا تثبت الشفعة لغير الشريك في الرقبة: وهو الخليط في نفس المبيع، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد. واستدلوا على هذا بقول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: «الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه أحمد والبخاري، وفي لفظ: إنما جعل النبي -صلى الله عليه وسلم- الشفعة، الحديث. وجه الدلالة: إن اللام في الشفعة للجنس، فتحصر الشفعة فيما لم يقسم، ولا شك أن حق كل من الشريك في حق المبيع والجار مقسوم فلا شفعة لها.¹

ويرد على الأئمة الثلاثة بما يأتي:

1- إن الحديث الذي استدلوا به من باب تخصيص الشيء بالذكر وهو لا يدل على نفي ما عداه.

2- أو نقول: إن المراد بهذا الحديث أن الشفعة لا تجب للجار بقسمة الشركاء؛ لأن الشريك أحق منه، وحقه يتأخر عن حقهم، وهذا ما تلتزمه، وبذلك يتم التوفيق بين الأدلة.² وتتفق مع رأى الأحناف ولأن العمل به يحقق المقصود من الشريعة، وهو رفع الضرر ما أمكن، وخصوصًا عن الجار الذي أوصى الله ورسوله على رعايته

¹ ماهر بن عبد الغني بن محمود الحربي، مرجع سابق، ص 1371

² د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 14 و ص 16

الفرع الثاني

الشفعة بالجوار

من أسباب استحقاق الشفعة عند الحنفية الجوار إذا كان ملاصقاً .

وهو مبدأ صادر عن مجلس القضاء الأعلى السعودي بميثته الدائمة¹

ويقصد بالجوار الملاصق : المتصل بالمبيع سواء كان التلاصق بظهر العقار المشفوع فيه أو بجانبه عن يمينه أو يساره أو فوقه أو تحته (العلو والسفل) وإذا كان الجار الملاصق مشتركاً في جواره مع الأرض المباعة في حق من حقوق الارتفاق فهو مقدم على من ليس كذلك لأن سبب الخلطة مقدم على سبب الجوار².

فالشفعة لا تثبت للجار إذا كانت الشراكة في الجدار فقط وإنما تثبت إذا كان بين الجارين شيء من الحقوق المشتركة كالاشتراك في الطريق أو الماء ونحو ذلك .

وجميع الجيران الملاصقين للأرض المباعة لهم حق الشفعة على السواء فيما بينهم ، لا فرق بين جار يجاور العقار من ثلاث جهات أو من جهة واحدة ، أو بطول كثير أو قليل ، فإذا بيعت دار ولها جاران أحدهما ملاصق من ثلاث جهات والآخر ملاصق من جهة واحدة وطلبا الشفعة فهي بينهم نصفان .

ف نجد أن الحنفية يجعلون الجار الملاصق بمرتبة واحدة لا فرق بين جار وآخر ، فكلهم مستحقون للشفعة ويقسم بينهم المشفوع فيه عند تزامهم حسب عددهم³.

والمقصود بثبوت الشفعة للجار وهو الذي له شركة في حقوق المبيع كمن له حصة في حقوق الملك كالشرب، والمسيل ، والطريق الخاص بالملك ، أو الجار الملاصق وهو ليس له شركة في ذات المبيع، ولا حقوقه، وإنما هو جار ملاصق للمبيع

وقد اختلف فقهاء المسلمين في ثبوت الشفعة للجار:

القول الأول: أنها تثبت للجار إذا كان شريكاً في حقوق الملك ، من طريق، أو مسيل، أو شرب أو نحو ذلك ، وإلا

¹ برقم 6/4/10 وتاريخ 1404/1/23 هـ

² وسام صالح فرج سعد الفاخرى ، مرجع سابق ، ص 824

³ عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، تعدد الشفعاء صوره وأحكامه في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة الدراسات الإسلامية الصادرة عن جامعة الملك سعود بالرياض ، المجلد 17، العدد 1 سنة 1425 هـ ، ص 12، وسام صالح فرج سعد الفاخرى، أحاديث شفعة الجار ومسالك الفقهاء في الاستدلال به، المرجع السابق ، ص 824

فلا ، ووجه عند الشافعية ورواية عن الحنابلة¹

استدل المجيزون لشفعة الجار بأدلة أبرزها ما يلي:

1- حديث عمرو بن الشريد قال: وقفت على سعد بن أبي وقاص فجاء المسور بن مخزومة فوضع يده على إحدى منكبيّ إذ جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال (يا سعد ابتع مني بيتي في دارك) فقال سعد (والله ما أبتاعهما)، فقال المسور (والله لتبتاعنهما) فقال سعد (والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة)، قال أبو رافع (لقد أعطيت بها خمس مائة دينار ولولا أنني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول ((الجار أحق بسقبة)) ما أعطيتها بأربعة آلاف وأنا أُعطي بها خمس مائة دينار فأعطاه إياه.

2- حديث سمرة بن جندب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ((جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض)) والمراد أحقية الشفعة

3- حديث علي بن أبي طالب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال (قضى

رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة للجوار)

4- أن ثبوت حق الشفعة إنما هو بسبب حصول الضرر المحتمل من الشركة، ودفع أذى الشريك الدخيل، وهذا الضرر والأذى موجود كذلك في الجوار، فكما يُرفع الضرر والأذى في الشركة بالشفعة، فيرفع بالشفعة في الجوار كذلك² القول الثاني : أنها لا تثبت للجار مطلقاً، وهو قول المالكية، والشافعية في الصحيح عندهم ، والمذهب عن الحنابلة³

استدل المانعون لشفعة الجار بأدلة أبرزها ما يلي:

1- حديث جابر رضي الله عنه في خبره عن قضاء النبي صلى الله عليه وسلم :بالشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وهو يدل على

أن حق الشفعة خاص بالشريك لقوله ((لم يقسم)) فيفهم منه أن المقسوم لاشفعة فيه، وأن ما عدا الشريك ومنه الجار فليس له حق الشفعة لأنه مثل المقسوم

¹ حمود بن سليمان اللاحم، الشفعة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص12

² عبدالرحمن بن محمد بن عبدالعزيز الرميح ، مرجع سابق ، ص82 وما بعدها

³ راجع في ادلة كل اتجاه د/ خالد بن عبد الله بن محمد اللحيان ، الشفعة بالجوار ، بحث منشور بمجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل السعودية ، العدد

12 ، شوال 1422هـ ، ص 104

2- حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((إذا

قسمت الأرض وحدت فلا شفعة))، والنص يفيد بأن حق الشفعة يسقط بمجرد وقوع الحدود، وأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه

3 أن أصول الشريعة تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه، وأن من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص، وقد تعارضت الآثار في هذا الباب، فوجب أن يرجح ما شهدت له الأصول ومعنى ذلك أن الأصل أن ما ملكه الإنسان لا ينزع منه إلا برضاه، وما عدا الرضا فلا بد من دليل صحيح صريح يدل على جواز نزع منه، فالشفعة نزع للملك بدون رضا المالك، وليس فيه دليل صحيح صريح ي

دل للشفعة هنا، فيرجع للأصل وهو منع الشفعة وبقاء الملك في يد صاحبه.

4- أن الشريك يتضرر بدخول شريك عليه ويضطره للمقاسمة، وقد يُنقص قيمة عقاره، أو يحوجه لإحداث مرافق جديدة، وهذا بخلاف الجار فعقاره مقسوم، فلا يتضرر بطلب القسمة

5- أن القول بالشفعة للجار، فيه مساواة بين الشريك والجار، وبينهما فرق فالشريك له حقوق لا توجد في الجوار، فالشريك محالط وله حق القسمة، وحق المنع من التصرف بما يضر، بخلاف الجار فهو متميز، وليس له مثل حقوقه

6- أن القول بالشفعة للجار فيه ضرر على المشتري، فهو محتاج لهذا العقار، ويتضرر بنزعه منه، ولا يزال الضرر بضرر مثله، ولا يوجد دار إلا ولها جار، فيصبح كل شراء معرض للنزع¹

ومن خلال استعراض النصوص المنظمة للشفعة بنظام المعاملات المدنية يمكننا أن نقرر أخذ المنظم السعودي بالقول الثالث وهو عدم ثبوت الشفعة للجار مطلق حيث أن كل النصوص تتحدث عن الشريك على الشيوع

المطلب الرابع: موانع الشفعة

¹ عبدالرحمن بن محمد بن عبدالعزيز الرميح ، مرجع سابق ، ص88 وما بعدها

الأصل أنه متى كان التصرف، الذي أجراه الشريك في حصته لأحبي بيعاً، فإنه يجوز فيه الأخذ بالشفعة متى توفرت شروطها. إلا أن المنظم السعودي¹ استثنى بعض البيوع من هذا الأصل بمقتضى نص المادة الخامسة والستون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية بقوله (لا شفعة في الحالات الآتية:

أ - إذا كان انتقال الملك بغير البيع.

ب - إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين.

ج - إذا بيع العقار في المزاد وفقاً للنصوص النظامية.)

وهي تعد بمثابة موانع للشفعة وليست مسقطاً للحق فيها:

ووفقاً للفقرة أ من المادة السابقة قصر المنظم الشفعة على حالة البيع فقط دون أى سبب نظامى أخلا لا انتقال الملك كالميراث أو الوصية أو هبة فلا شفعة في عقار ملك بطريق الهبة، إلا إذا كان هبة بعوض مشروط؛ لأنه بيع انتهاء².

ولا شفعة في عقار بيع بخيار الشرط للبائع؛ لأن خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه، والشفعة لا تصلح إلا إذا تملك المشتري المبيع المشفوع فيه، لذا إذا كان الخيار للمشتري ففي العقار هذا الشفعة؛ لأن خيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع وهو يوجب الشفعة.

وإذا اشترى العقار شراءً فاسداً فلا شفعة فيه، حتى وإن قبضه المشتري لاحتمال الفسخ من أحدهما، فلم يتقرر نقل العقار، وأيضاً فإن حق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد، وفي إثبات حق الشفعة تقرير للفساد وهو لا يجوز شرعاً.

ولا شفعة في عقار قسم بين الشركاء، فليس للجار أن يطلب الشفعة؛ لأن الواقع في العقار إفراز لا مبادلة، وما شرعت للشفعة إلا في المبادلة المطلقة³

كما لا تجوز الشفعة في بيع الحصة الشائعة إذا كان البيع بين الأصول والفروع (قربة المباشرة) وهى التي يكون أحدهم أصلاً للآخر أو فرعاً له، الآباء وإن علوا والأبناء وإن نزلوا (ويعامل أصل أحد الزوجين أو فرعه كأصل الزوج الآخر أو فرعه)، أو بين الزوجين كبيع الزوج لزوجته أو المطلق طلاقاً رجعيّاً لمطلقه (لأنه طلاق في حكم الزواج)⁴

وذلك لأن البيع في هذه الحالات يغلب فيه مراعاة شخص بإيثاره بالبيع بثمن أو شروط لا يرضى البائع أن يتم البيع بها لغيره؛ ولهذا الاعتبار لا تجوز المفاضلة بين الشفيع وبين المشتري، الذي لا تتوفر فيه شروط الشفيع، حتى ولو كان الشفيع

¹ أنظر نص الفقرة الأولى {أ-ج} للمادة (939) مدني مصري حيث تنص على أنه: "1- لا يجوز الأخذ بالشفعة (أ) إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها القانون.

(ب) إذا وقع البيع بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، أو بين الأصهار الغاية الدرجة الثانية. (ج) إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة. 2 - ولا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة".

² د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص36

³ د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص37

⁴ إبراهيم بحمان، دعوي الشفعة، مرجع سابق، ص108

أقرب للبائع من هذا المشتري⁽¹⁾.

وقد أجاز جمهور الفقهاء المسلمين الشفعة في البيع الذي يتم بين الأقارب أيا كانت درجة القرابة، وذلك على أساس أن الشفعة تجب لدفع الضرر عن الشريك أو الجار، فلا محل لتفضيل المشتري القريب عليه.

ورأي البعض أن يأخذ الشفيع بقيمة العقار لا بالثمن الذي يبيع به لاحتقال المحابة فيه، على أن يكون الفرق بينهما من حق البائع إذا لم تكن هناك محابة ومن حق المشتري إذا كانت هناك محابة، ورد على ذلك بأن الشفيع يمتلك بمثل ما يمتلك به المشتري، والمشتري يمتلك بالثمن لا بالقيمة، ومنع البعض الشفعة فيه إذا باعه الوالد لولده، وزاد البعض الآخر عدم جواز الشفعة كذلك في بيع الولد لوالده، وفي بيع أحد الزوجين للآخر لاحتمال تأثير ذلك في ثمن البيع وتبادل المنافع بين هؤلاء الأقارب.⁽²⁾

كما لا تجوز الشفعة إذا بيع العقار في المزاد³ وفقاً للنصوص النظامية بالشروط التالية :

1- أن يتم البيع بالمزاد العلني:

سواء كان بيعاً جبرياً أم اختيارياً، وسواء كان بيعاً قضائياً أم بيعاً إدارياً، وذلك كما هو الحال إذا بيع عقار المدين أمام القضاء بالمزاد العلني جبراً أو بناء على طلب المدين لعدم وفائه بديونه، أو بيع حصة المفلس الشائعة وعديم الأهلية والغائب أمام القضاء بالمزاد العلني، وتثبت الشفعة في البيوع التي لا تتم بالمزاد، كما لو تمت بالممارسة، كما تثبت في البيوع التي تتم بالمزاد غير العلني كما لو تمت في مظاريف⁽⁴⁾.

2- أن يتم البيع وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون:

أي وفقاً لإجراءات قانون المرافعات الشرعية أو غير ذلك من القوانين التي تنظم البيع بالمزاد العلني؛ فتثبت الشفعة في بيع تم بالمزاد العلني دون إتباع الإجراءات التي رسمها القانون، سواء تم هذا البيع من الأفراد أم من جهة إدارية أو قضائية، والحكمة من منع الشفعة في البيوع التي تتم بالمزاد العلني وفقاً للإجراءات القانونية، أنه لا ضرر على الشركاء منه لأن بإمكانهم دخول المزاد، ولو أجزيت الشفعة في هذه البيوع لأحجم الكثيرون عن دخول المزايدة فيها فلا يصل الثمن إلى أكبر قدر ممكن، بخلاف ما إذا منعت الشفعة فيها ودخلها الشفيع مزايداً فيصل الثمن فيها إلى أكبر قدر ممكن⁽⁵⁾.

(1) د/عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 707، ف 175

(2) الشيخ/علي الخفيف، الشفعة، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد س22، ع3-4، ص461.

(3) إبراهيم بحمان، دعوي الشفعة، مرجع سابق، 108

(4) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 705، ف 174؛ ونقض مدني مصري في 11/27/ 1947 مجموعة عمر، ص 490، رقم 235.

(5) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع (510)، ص 706، ف 174.

ولم يستثنى جمهور الفقهاء المسلمين البيع بالمزاد من البيوع التي لا تجوز الشفعة فيها باعتبار أن الضرر قد يلحق بالشفيع فيها، خصوصاً وأنه لم تكن هناك إجراءات لها كتلك التي تنص عليها القوانين الآن والتي تكفل علانيته وعلم الشفيع بها. وذهب رأي إلى منع الشفعة في بيع المزاد إذا أعلن عن المزايدة وأعرض الشفيع عنها، لأن إعراضه بمثابة إذن منه بالبيع يسقط الشفعة⁽¹⁾ واتجاه القانون قريب من هذا الرأي الأخير.

المبحث الثاني: شروط تملك العقار بالشفعة

تقديم وتقسيم:

أن الشفعة تقتضي توافر شروط معينة حتى يثبت للشفيع الحق في طلب أخذ الحصة التي باعها شريكه لأجنبي.

أن الشفعة تثير مسألة العلاقات الثلاثية (الشفيع - المشتري - البائع)؛ حيث إنها تتطلب وجود شركاء على الشيوع، أحدهم باع حصته لمشتري أجنبي عنهم. فيجب في ضوء هذه الوضعية أن نحدد الشروط الواجب توفرها في كل من (الشفيع والمشتري والبائع) وذلك من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: شروط التصرف المثبت للأخذ بالشفعة

المطلب الثاني: شروط الشفيع

المطلب الثالث: شروط المشفوع منه

المطلب الرابع: شروط البائع

المطلب الخامس: شروط المشفوع فيه (محل الشفعة)

المطلب الأول: شروط التصرف المثبت للأخذ بالشفعة

لا يكفي، لثبوت الحق في طلب الأخذ بالشفعة، أن يتوفر في الشريك شروط الشفيع؛ بل يلزم -فوق ذلك- أن تتوفر

(1) على الخفيف، مرجع سابق، ص 462.

شروط أخرى في التصرف من حيث النوع والمحل الذي يرد عليه.

أولاً - أن يكون التصرف بيعاً:

وفقاً لنص المادة الثامنة والخمسون بعد الستمائة (الشفعة حق الشريك في أن يتملك العقار المبيع بالثمن الذي يبيع به وينفقاته). والمادة الخامسة والستون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي (لا شفعة في الحالات الآتية:

أ - إذا كان انتقال الملك بغير البيع).

أن الشفعة لا تجوز إلا إذا كان التصرف القانوني بيعاً وأن يكون محل البيع حصة شائعة في عقار؛ سواء كان هذا العقار أرضاً، أم بناء على أرض، أم بناء مستقلاً عن الأرض كيبيع شقة في عمارة دون الأرض.¹

وبناء على ذلك فإن الأخذ بالشفعة مقصور على حالة التصرف في الحصة الشائعة "بالبيع" فكل بيع لهذه الحصة توفرت شروط انعقاده، يمكن أن ترد فيه الشفعة (2) أي كانت التسمية التي يخلعها المتعاقدان على التصرف، كما لو ستره في صورة هبة؛ فعندئذ يجوز للشفيع، باعتباره غيراً، إثبات العقد الحقيقي بكافة طرق الإثبات، والعبرة في بيان الحق العيني المطلوب أخذه بالشفعة بما ورد عنه في عقد البيع الذي كان سبباً في طلب الشفعة ويعتبر البيع واقعة مادية بالنسبة للشفيع، فله إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيئة القرائن وليس بما يتم تسليمه للمشتري على الطبيعة، حتى لو كان التصرف الصوري الذي يخفي البيع ثابتاً بالكتابة، لأن التحايل على الشفعة واقعة مادية مخالفة للقانون يجوز إثباتها بكافة الطرق ويثبت الحق في الشفعة لكل عقد على حدة متى تم بيع العقارات المشفوع فيها بموجب عقود مستقلة. (3)

ولا تجوز الشفعة في بيع باطل بطلاناً مطلقاً لأنه غير موجود وعند الحكم بطلانه يزول بأثر رجعي فكأنه لم يكن هناك بيع.

غير أن الشفعة تجوز في بيع قابل للأبطال، لأنه بيع موجود ومنتج لآثاره حتى يقضي بإبطاله، فإذا قضى بإبطاله زال حق الشفيع في الشفعة.

وتجوز الشفعة في بيع غير نافذ في حق المالك، كيبيع من كان وكيلًا بالبيع عن المالك وعزل عن الوكالة، فإذا أقر الموكل البيع كان للشفيع الحق في الشفعة؛ أما إذا لم يقره المالك (الموكل) زال الحق في الشفعة واعتبرت كأن لم تكن.

بيد أن الشفعة تعد كأن لم تكن، على الرغم من صحة عقد البيع، إذا ما تم فسخه بحكم قضائي، لأن للفسخ أثراً رجعياً يجعل البيع كأن لم يكن، فلا يكون هناك محل للشفعة (4).

¹ إبراهيم مجاني، دعوي الشفعة، مرجع سابق، ص 107

(2) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، تعدد الشفعاء صوره وأحكامه في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة الدراسات الإسلامية الصادرة عن جامعة الملك سعود بالرياض، المجلد 17، العدد 1 سنة 1425 هـ، ص 12

(3) نقض مدني مصري 1987/12/24 طعن 177، س 54 ق..،

نقض مدني مصري 1957/5/21 طعن 2038، س 53 ق..

(4) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 507 هامش 1.

وتجوز الشفعة في بيع مقترن بشرط فاسخ، لأنه بيع موجود ولا يزول إلا إذا تحقق الشرط الفاسخ، فإن تحقق هذا الشرط زال البيع وزالت بالتبعية ملكية الشفيع.

وأما البيع المعلق على شرط واقف، وإن كان لا يوجد إلا في الوقت الذي يتحقق فيه هذا الشرط ومن ثم لا تجوز فيه الشفعة؛ إلا أن المشرع قرر سقوط حق الشريك في الشفعة إذا لم يعلن عن رغبته في الشفعة خلال المدة المحددة، ومن ثم فإنه يجوز طلب الشفعة -قبل تحقق الشرط الواقف- متى تم إخطار الشريك بواقعة البيع، ويتوقف حلول الشفيع محل المشتري من عدمه على تحققه أو تخلفه⁽¹⁾. لأن القول بغير ذلك قد يؤدي إلى إسقاط حق الشريك في الشفعة، ولا سيما إذا كان تعليق البيع على شرط واقف مقصوداً منه حرمان الشريك من طلب الشفعة فيه.

وتجوز الشفعة في البيع بالعربون، إن كان العربون يتمثل في خيار العدول عن البيع لكلا الطرفين، إلا أن البيع موجود رغم اقترانه بهذا الخيار.

وإذا تقابل المتبايعان قبل طلب الشفعة، زال البيع بالتقابل بأثر رجعي فلا محل لطلب الشفعة⁽²⁾، وإذا تقابل المتبايعان بعد إعلان الرغبة في الشفعة ظلت الشفعة قائمة، لأن التقابل يعد بمثابة تفاسخ بتراضي المتبايعين، ولا يملك المتبايعان إسقاط الشفعة بتراضييهما⁽³⁾. وهذا الأمر يختلف عن الفسخ القضائي للبيع الذي يترتب عليه سقوط الحق في الشفعة.

وتجوز الشفعة في البيع الابتدائي لأنه بيع تام بات ولو لم يسجل⁽⁴⁾، وتسرى مواعيد الشفعة من تاريخ إخطار الشفيع بالبيع، سواء اقترن البيع الابتدائي بعربون أم لم يقترن⁽⁵⁾. فإذا لم يخطر الشفيع بالبيع الابتدائي، جاز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي في مواعيده، لأن البيع النهائي يحل محل البيع الابتدائي، على أن إخطار الشفيع بالبيع الابتدائي دون إبداء الرغبة في الشفعة حتى فوات ميعادها يسقطها، ما لم يكن هناك ثمة اختلاف في شروط البيع النهائي عن البيع الابتدائي⁽⁶⁾. وقد حكم بأن الشفيع إذا فاته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي أو اسقط حقه في الأخذ بالشفعة فيه، جاز له الأخذ بها في البيع النهائي وفي مواعيد هذا البيع الأخير وبشروطه، وذلك إذا اختلفت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي

(1) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 662، ف 170

(2) نقض مدني مصري في 1954/3/25 مجموعة الأحكام س 5، ص 661.

(3) نقض مدني مصري في 1987/11/22 طعن 1360، س 54. وتحقق التفاسخ من مسائل الواقع، ويخضع لتقدير محكمة الموضوع، نقض 12/22/1982 طعن 964، س 49 ق.

(4) تجوز الشفعة في البيع الابتدائي ولو لم يكن ثابت التاريخ قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، نقض مدني مصري في 1988/2/2 طعن 1423، س 54 ق. وسواء كان بيعاً واحداً أم بيعاً متتالية. نقض مدني مصري في 1986/1/13 طعن 236، س 53.

(5) نقض مدني مصري في 1947/4/3 مجموعة عمر، ج 5، ص 395، رقم 182.

(6) نقض مدني مصري في 1984/1/11 طعن 1029، س 49 ق.

ويجيز القضاء وبعض الفقه القانوني الشفعة في البيع الصوري كعقد بيع يستر هبة، إذا كان الشفيع حسن النية، وذلك على أساس أن الشفيع يعتبر من الغير، وللغير - إذا كان حسن النية - أن يتمسك بالعقد الصوري وهو البيع (كما له أن يتمسك بالعقد الحقيقي)، ولطرفي العقد إثبات سوء نية الشفيع بكافة طرق الإثبات، وذلك بإثبات علم الشفيع بالعقد الحقيقي.

فقضى "بأن الشفيع بحكم كونه صاحب حق في أخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع بسبب الشفعة وبالتالي يحق له أن يتمسك بالعقد الظاهر ولا يحتج عليه بالعقد المستتر، إلا أن شرط ذلك أن يكون حسن النية، أي أن لا يكون عالماً بصورية العقد الظاهر وقت إظهار رغبته في الأخذ بالشفعة"⁽¹⁾

ونرجح رأياً آخر يذهب إلى عدم جواز الشفعة في البيع الصوري، على أساس أن العبرة بحقيقة التصرف فإذا كان هبة مستورة في صورة عقد بيع فلا تجوز الشفعة؛ ولأن الشفيع لا يعتبر من الغير على أساس أن الغير في الصورية هو من كان دائماً لأحد طرفي العقد أو خلفاً خاصاً لأحدهما، والشفيع ليس دائماً لأحدهما ولم يكتسب ملكية العقار المشفوع فيه بالتعاقد مع المشتري ولا مع البائع حتى يكون خلفاً خاصاً لأحدهما.

ولا تجوز الشفعة في المقايضة، لأن الشفيع ليس لديه الشيء المقايض به بدلاً من العقار المقايض عليه حتى يحل محل صاحب هذا الشيء في تملك هذا العقار، بخلاف البيع فالثمن فيه من النقود، ويمكن للشفيع دفعه للمشتري فيحل محله في العقار المبيع⁽²⁾.

ولا ترد الشفعة في حصة شائعة في عقار قدمت حصة في شركة، لأن ذلك قد يخل بأغراض الشركة لكن اندماج شركة في أخرى عن طريق بيع الشركة الأولى أموالها وبها عقار أو أكثر للشركة الأخرى، يجيز أخذ العقار بالشفعة، فإذا كان الاندماج عن طريق بيع الشركة أسهمها للأخرى فلا شفعة لأن الأسهم منقولات ولا شفعة في المنقول⁽³⁾.

ولا شفعة في هبة الحصة الشائعة لأن الهبة تقوم على اعتبارات شخصية، كما لا تجوز الشفعة في عقد اختلطت فيه الهبة بالبيع إلا إذا أن يكون تحايلاً على أحكام الشفعة.

ولا تجوز الشفعة في حصة شائعة في عقار قدمت في عقد صلح لأنه كاشف عن الملك لا ناقل له، كما أنها تخل

(1) محكمة النقض المصرية قضت، انظر في ذلك نقض مدني في 13/12/1979 مجموعة أحكام النقض، السنة 30، العدد 3، رقم 387 صفحة 261؛ ونقض مدني في 29/5/1983 مجموعة أحكام النقض، السنة 34، رقم 260، ص 1322؛ وانظر - أيضاً - د/إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، بدون دار أو سنة نشر، ص 88 - 89

(2) وكانت المادة 70 / 96 مدني مصري قديم ملغي تجيز الشفعة في المقايضة، ثم قصرها قانون الشفعة على البيع، وبهذا أيضاً أخذ القانون المدني الحالي.

(3) د/عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 497، هامش 4.

بالمقصود من الصلح (1).

ولا تجوز الشفعة في حصة عقارية أعطيت للدائن وفاء في مقابل دين على الشريك، لأن الوفاء بمقابل فيه معنى استيفاء الدين، وفي تحويل الحق في الشفعة يؤدي إلى حرمان الدائن من عقار قد لا يرتضى بغيره بديلاً عن دينه (2).

ولا شفعة عند اكتساب الملكية بأي سبب آخر غير عقد البيع كالميراث أو الوصية فليس للشريك أن يطلب الشفعة في حصة تملكها الغير بمثل هذه السبب، وإذا مات أحد الشريكين على الشيوع فلا يجوز للحي منهما أن يطلب الشفعة فيما آل إلى الخلف العام لشريكه المتوفى من العقار الشائع (3).

عبء إثبات واقعة البيع:

يقع على عاتق الشفيع إقامة الدليل على وقوع البيع بين شريكه في العقار الشائع وبين شخص أجنبي عن الشركاء؛ وأن هذا البيع قد تم بعد أن توفرت فيه كافة شروط الأخذ بالشفعة. وللشفيع إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات لأن البيع -يعد بالنسبة إليه- واقعة مادية حيث إنه ليس طرفاً فيه (4).

موقف الفقه الإسلامي في التصرف المجيز للشفعة:

يوجد في الفقه الإسلامي عدة آراء في التصرف الذي يجيز الشفعة:

فذهب رأي إلى أن الشفعة لا تجوز إلا في البيع أو ما في حكمه، على أساس أن الأخذ بالشفعة يكون بمثل ما تملك به المشفوع منه. ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان التصرف بيعاً (5) أو في حكم البيع.

وذهب رأي آخر إلى أن الشفعة تثبت في كل تصرف ينقل الملك بعوض كالبيع والصلح (6) والمهر وأرش الجنايات، كما لو تصالح على دار أو تزوج على دار (كمهر) أو جعلها بدل خلع أو أرش جنايات، يدفع الشفيع قيمة المشفوع فيه إذا لم يكن هناك ثمن له.

وذهب رأي ثالث إلى ثبوت الشفعة في كل تصرف ينقل الملك معاوضة كالبيع أو تبرعاً كالهبة والصدقة.

ويؤخذ مما سبق أن من المجمع عليه في الفقه الإسلامي أن الشفعة تجوز في بيع العقار ولا تجوز عند انتقال الملك

(1) نقض مدي مصري في 1947/11/27 مجموعة عمر -5- ص 489، رقم 234.

(2) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 498؛ وهذا هو أيضاً حكم الفقه الإسلامي، تبين الحقائق للزليعي ج 5، ص 260.

(3) د/عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 669، ف 170

(4) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 670، ف 170.

(5) إذا تم البيع بشرط الخيار، فذهب رأي إلى عدم ثبوت الشفعة فيه حتى ينقضي الخيار واتجه رأي آخر إلى أن منع الشفعة حتى ينقضي الخيار يكون إذا ثبت الخيار للبائع والمشتري معاً أو للبائع وحده، بخلاف ما إذا كان المشتري فتحوز الشفعة معه. انظر المادة (1026) من مجلة الأحكام العدلية

(6) الصلح تصرف ناقل للملك عند جمهور الفقه الإسلامي، على خلاف القانون.

بالميراث، واختلف الفقهاء فيما عدا ذلك.

ثانياً- أن يكون المبيع حصة شائعة في عقار:

يلزم أن يكون المبيع حصة شائعة في عقار قد تصرف الشريك فيها لأجنبي عن الشركاء؛ لأن لا شفعة إذا كان البيع يرد على حصة مفرزة في عقار شائع لأنه غير نافذ في مواجهة الشركاء إلا إذا أجازوه؛ ولا تسري أحكام الشفعة متى كان المبيع منقولاً، سواء كان منقولاً بطبيعته كالسيارة والسفينة، أم كان عقاراً بالتخصيص بيع مستقلاً عن العقار المخصص لخدمته كأثاث فندق مملوك لمالك فندق، أم كان منقولاً بحسب المال، كبيع بناء للهدم، فالمنقول تسري في شأنه أحكام حق الاسترداد وليست أحكام الشفعة.

بيد أنه إذا كان محل عقد البيع يرد على حصة شائعة في عقار ومنقول، وكانت في شكل صفقة واحدة، فلا شفعة فيه؛ لأن هذه الصفقة تعد مجموعاً من المال الذي قرر المشرع فيها حق الاسترداد وليس الحق في طلب الشفعة.

ثالثاً- أن يكون البيع ممارسة:

تنص المادة الخامسة والستون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي (لا شفعة في الحالات الآتية: ج- إذا بيع العقار في المزاد وفقاً للنصوص النظامية) يلزم، فوق كون التصرف بيعاً، أن يكون البيع قد تم بطريق الممارسة؛ أي أن يكون قد تم مباشرة بين الشريك البائع لخصته والغير المشتري لها، دون اتخاذ إجراءات البيع بالمزاد العلني. أما إذا تم البيع، وفق هذه الإجراءات، فلا شفعة في بيع هذه الحصة الشائعة لأن الشريك طالب الشفعة كان في إمكانه دخول المزاد؛ وحتى لا يحجم البعض عن دخول مثل هذه البيوع خشية من أخذ المبيع بالشفعة.

رابعاً- أن يتم البيع قبل تمام القسمة النهائية:

يشترط أن يكون وقت إبرام عقد بيع الحصة الشائعة، المشفوع فيها، سابق على وقوع القسمة النهائية؛ لأنه لا شفعة بعد زوال السبب فيها وهو حالة الشيوع فإذا انتهت هذه الحالة فلا وجه لذلك.¹

المطلب الثاني: شروط الشفيع

¹ ماهر بن عبدالغني بن محمود الحربي، مرجع سابق، ص 1360

الشفيع: وهو من يباح له الأخذ بالشفعة¹، و يشترط، في شخص طالب الشفعة الشروط الآتية:

الشرط الأول- أن يتوفر في الشريك (الشفيع) أهلية التصرف:

وإن كانت الشفعة تقوم على توفر عنصرين هما: **واقعة مادية** تتمثل في قيام السبب القانوني للمطالبة بها. و**إبداء الرغبة** في الأخذ بها في بيع العقار المبيع والتي تتمثل في التعبير عن الإرادة، إلا أن العنصر الأخير هو الأظهر. ولما كانت الشفعة تؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته بالنسبة للحصة الشائعة المبيعة، على نحو يجعل الأخذ بالشفعة كالشراء، أي من أعمال التصرف، فإنه يشترط توفر أهلية التصرف في الشفيع.²

وبناء على ذلك فإنه إذا لم تتوفر أهلية التصرف للشخص في الميعاد المحدد لإبداء الرغبة في الشفعة؛ فلا يجوز له مباشرة ذلك إلا عن طريق النيابة القانونية، حيث يجوز لنائبه القانوني سواء أكان وصياً أم كان قيمياً، إبداء هذه الرغبة عنه بعد استئذان مجلس الولاية على المال في ذلك وفقاً لأحكام قانون الولاية على المال؛ كما يجوز للوكيل، وكالة خاصة، حلول إرادته محل الموكل في إبداء الرغبة في طلب الأخذ بالشفعة؛ ولا يجوز للوكيل وكالة عامة عن الشفيع أن يأخذ بالشفعة نيابة عنه لأن الوكالة العامة لا تسمح للوكيل إلا بمباشرة أعمال الإدارة حيث تنص المادة الثانية عشرة من نظام المعاملات المدنية على أنه (1- كامل الأهلية هو كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يُحجر عليه -2سن الرشد هي تمام (ثماني عشرة) سنة هجرية).

كما يثبت للممثل القانوني للشخص الاعتباري الأخذ بالشفعة لصالح من يمثله.³

الشرط الثاني- ألا يكون الشريك محظوراً عليه الشفعة في الحصة المبيعة:

يحظر على الشريك الأخذ بالشفعة؛ بطريق القياس على الأحكام التي تحظر على بعض الأشخاص شراء الحق المتنازع فيه إلى الشفعة.

فكل شخص يحظر عليه النظام شراء الحق العيني المتنازع فيه، لا يجوز له أن يأخذه بالشفعة؛ لأن الشفيع محل محل المشتري في حقوقه والتزاماته؛ فإذا كان ممنوعاً من شرائه فلا يكون شفيعاً فيه، وذلك كالقضاة وأعوأهم الممنوعين من شراء الحقوق المتنازع عليها الداخلة في دائرة اختصاصهم، ولو كان باسم مستعار حيث تنص المادة الثامنة والخمسون بعد الثلاثمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (1- لا يجوز للقاضي، ولا لعضو النيابة العامة ومن في حكمه، ولا لموظف المحكمة، أن يشتري لنفسه باسمه أو باسم غيره الحق المتنازع فيه أو بعضه، ويكون العقد باطلاً. 2- لا يجوز للمحامي أن يشتري لنفسه باسمه أو باسم غيره الحق المتنازع فيه أو بعضه متى كان وكيلاً فيه، ويكون العقد باطلاً. 3- يعدُّ الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع)

فيمتنع عليهم أخذها بالشفعة على الرأي الراجح (4). كذلك الخبراء المعهود إليهم بيع الحق العيني أو تقدير ثمنه أو مباشرة الخبرة في شأنه، فلا يجوز لهؤلاء شراء هذا الحق ولو باسم مستعار فيمتنع عليه كذلك أخذه بالشفعة.

¹ د/ جودة عبد الغني بسيوي، المرجع السابق، ص 6

² نihal بنت إبراهيم بن صالح، مرجع سابق، ص 218

³ راجع نص المادة 18 من نظام المعاملات المدنية السعودي

(4) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 592

الشرط الثالث - قيام سبب الشفعة من وقت البيع حتى تمام الشفعة:

يلزم، لوصف الشخص بالشفيع، أن يتوفر له سبب الشفعة (الشيوع)؛ بمعنى أن الشخص إذا شفع بسبب حالة الشيوع القائمة بينه وبين شريكه البائع لحصته¹، فيجب أن يظل هذا السبب قائماً من وقت بيع الحصة المشفوع فيها إلى وقت تمام الأخذ بالشفعة (قضاءً أو اتفاقاً). أما بعد هذا الوقت فلا يهم بقاء هذا السبب وزواله، حتى ولو كان هذا الزوال بأثر رجعي لفسخ أو إبطال⁽²⁾.

وتثبت الشفعة، التي توفر سببها من وقت البيع حتى تمام الأخذ بالشفعة، للشخص الاعتباري كما تثبت للشخص الطبيعي؛ فثبوت الشخصية القانونية للشخص الاعتباري تخوله الأخذ بالشفعة، حتى ولو كان البائع الدولة فيثبت ذلك لإحدى الوحدات أو الشركات التابعة لها، متى كان لها الشخصية المستقلة عنها، لأنها تعتبر -في هذه الحالة- من الغير بالنسبة لهذا الشخص⁽³⁾.

ويقع على الشفيع عبء إثبات توفر السبب، الذي يستند إليه في طلب الشفعة، من وقت بيع العقار المشفوع فيه وحتى تمام الأخذ بالشفعة⁽⁴⁾.

الشرط الرابع - شرط ملكية الشريك (الشفيع) للحصة المشفوع بها وقت بيع الحصة المشفوع فيها:⁵

تنص المادة الثانية والستون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي علي أنه (ليس للشفيع حق الشفعة إلا إذا كان مالكاً لنصيبه في العقار وقت شراء المشتري نصيب البائع).

فيجب أن يكون الشخص، الذي يستند في طلب الأخذ بالشفعة بسبب الشيوع، مالكاً للحصة الشائعة المشفوع بها في وقت بيع الحصة المشفوع فيها وأن يستمر له ذلك دون انقطاع حتى تمام الأخذ بالشفعة، فأن الشفيع غير متملك، أو كان ملكه مقارناً لملك المشتري، فحينئذ لا يلتفت إلى طلبه للشفعة⁶

ومن ثم فلا شفعة للشريك في الحالات التالية:: الأولى - إذا كان تاريخ اكتساب الملكية لاحقاً لوقت بيع العقار المشفوع فيه. الثانية - إذا كان تاريخ زوال الملكية سابقاً لتمام الأخذ بالشفعة لانتهاء الحكمة من الشفعة. الثالثة - إذا كان تاريخ انقضاء حالة الشيوع سابقاً لوقت البيع أو لتاريخ تمام الأخذ بالشفعة.

وتتحقق هذه الحالات في الصور التالية:

¹ ابراهيم مجاني، دعوي الشفعة، مرجع سابق، ص 111

⁽²⁾ د/ جميل الشرفاوي، مرجع سابق، ص 366.

⁽³⁾ نقض مدني مصري في 15 يناير 1987، في الطعينين 2243 و 2365، س 52 ق.

⁽⁴⁾ نقض مدني مصري في 8 فبراير 1957، مجموعة الأحكام، س 8، ص 143.

⁵ مبدأ صادر عن الهيئة القضائية العليا، برقم 6 وتاريخ 11393/1/15هـ

وصادر أيضاً عن مجلس القضاء الأعلى السعودي بمهيئته الدائمة برقم 71 وتاريخ 1396/3/6هـ

⁶ نihal بنت إبراهيم بن صالح، دراسة باب الشفعة، مرجع سابق، ص 220

أ- إذا كان الشريك لم يسجل سند ملكية حصته الشائعة المشفوع بها قبل وقت بيع شريكه ل حصته المشفوع فيها؛ لأن الملكية لا تنتقل إلا بتسجيل هذا السند، سواء أكان عقداً أم كان حكماً بصحة ونفاذ العقد

ب- إذا كانت مدة مرور الزمن المكسب (التقادم) للحصة المشفوع بها، لم تكتمل لواضع اليد عليها، إلا بعد بيع الحصة المباعة المشفوع فيها؛ لأن كسب الملكية بمرور الزمن (التقادم) لا يتحقق إلا باستمرار وضع اليد على العقار المدة التي حددها القانون، فطالما أن هذه المدة لم تكتمل فلا يعد واضع اليد مالكا لهذا العقار.¹

ج- إذا كانت ملكية الحصة الشائعة المشفوع بها معلقة على شرط واقف لم يتحقق أو شرط فاسخ تحقق قبل تمام الأخذ بالشفعة؛ لأن شرط بقاء سبب الشفعة من تاريخ عقد بيع العقار المشفوع فيه حتى تمام الأخذ بالشفعة من الشروط الجوهرية. فعدم توفر هذا الشرط يمنع الأخذ بالشفعة.

د- إذا تصرف الشفيع في حصته الشائعة إلى آخر قام بتسجيل سنده قبل تمام الأخذ بالشفعة.

هـ- وقوع القسمة للعقار الشائع قبل تمام أخذ الشريك الحصة الشائعة المباعة بالشفعة.²

المطلب الثالث: شروط المشفوع منه

المشفوع منه: وهو المشتري الذي انتقل إليه العقار المبيع أو البائع إذا كان لم يقبض الثمن بعد.

- يشترط في مشتري الحصة الشائعة المشفوع فيها ما يلي:

أولاً - أن يكون المشتري شخصاً أجنبياً:

يجب، لكي يكون للشريك الحق في طلب الأخذ بالشفعة، أن يكون مشتري الحصة شخصاً ليس من الشركاء على الشيوع - في وقت إبرام عقد البيع - لأنه لو كان المشتري شريكاً لامتنع معه التشفع في هذا البيع.³

ثانياً - ألا يكون المشتري من ذا قرى للبائع:

يلزم، لطلب الأخذ بالشفعة، ألا يكون مشتري الحصة الشائعة من ذوي القرى للبائع (زوجه أو أصله أو فرعه أو قريبه للدرجة الثانية)؛ فلو كان من ذوي قرباه فلا يجوز طلب ذلك، حتى لو كان المشتري أجنبياً عن الشركاء؛ لأن المشرع جعل صلة القرابة أولى بالرعاية من غيرها من المصالح.

حيث تنص المادة الخامسة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (لا شفعة في

¹ ابراهيم بحماني، دعوى الشفعة، مرجع سابق، ص 112

² انظر مؤلفنا دعوى الشفعة كسب لكسب ملكية العقار وفقاً لأحكام محكمة النقض المصرية، مرجع السابق، ص 78

³ ابراهيم بحماني، دعوى الشفعة، مرجع سابق، ص 113

الحالات الآتية: ب - إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين. (

المطلب الرابع: شروط البائع

- يشترط في بائع الحصة الشائعة المشفوع فيها ما يلي:

أولاً - أن يكون البائع شريكاً على الشيوع:

يجب، لطلب الأخذ بالشفعة، أن يكون بائع الحصة الشائعة المشفوع فيها شريكاً على الشيوع؛ فلو كان ليس كذلك، فلا تجوز الشفعة، فمثلاً لو كان المبيع حصة شائعة في عقار، لكن البائع ليس شريكاً بل كان شخصاً من الغير، فإن هذه الحالة تخضع لأحكام بيع ملك الغير، ومثل هذا البيع لا يكون نافذاً في حق المالك الحقيقي (الشريك).

فإذا أجاز الشريك بيع الغير لحصته فإن هذه الإجازة تجعل البيع نافذاً في حقه وبصبح في حكم البائع ومن ثم فإنه يجوز طلب الشفعة فيها.

ثانياً - ألا يكون الشريك البائع عديم التمييز:

يشترط، في البائع فوق كونه شريكاً على الشيوع، أن لا يكون عديم التمييز لصغر أو لعاهة عقلية (جنون أو عته) لأن البيع في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ومن ثم لا يجوز طلب الشفعة لأن العقد معدوم ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلانه وعندئذ فلا تنتقل الحصة الشائعة من البائع إلى المشتري.¹

¹ ابراهيم بحماني ، مرجع سابق ، ص 116

المطلب الخامس: شروط المشفوع فيه (محل الشفعة)

قصر المنظم السعودي محل الشفعة على العقار فقط وفقاً لنص المادة الثامنة والخمسون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي بقولها (الشفعة حق الشريك في أن يتملك العقار المبيع بالثمن الذي يبيع به وبنفقاته).

عند الأحناف:

محل الشفعة -عند الأحناف- هو العقار إذا ملك بعوض هو مال، وإن كان لا يقسم كالحمام، والرحى، والطريق. فمحل الشفعة عندهم هو العقار مطلقاً سواء أكان مفزاً، أو كان جزءاً شائعاً كثلث وسدس، وسواء أكان يقبل القسمة أم كان لا يقبلها.

وتثبت الشفعة في المنقول: إذا كان تابعاً للعقار، ويبيع معه في صفقة واحدة سواء أكان متصلاً بالعقار اتصال قرار واستقرار كالأشجار، والبناء، أم كان متصلاً بما هو متصل به كالثمر على الأشجار، أم كان غير متصل به، ولكنه من لوازمه، كآلات الحرث والسقي ونحوها للأرض الزراعية.

أما إذا بيع شيء من ذلك استقلالاً دون العقار، فلا تثبت في هذا المنقول الشفعة ولا يصلح أن يكون محل لها.¹

وبناء على ما تقدم لنا أن محل الشفعة عند الأحناف هي:

1- العقار: وهو الأرض خاصة سواء كانت مما يقبل القسمة أم كانت مما لا يقبلها كطريق ضيق، أو نهر صغير.

2- البناء والشجر: إذا كانا تابعين للعقار، ويبيع معه.

3- الزروع والثمار: إذا بيعت مع أصولها ومع الأرض.

4- كل منقول تابع للعقار ويبيع معه، وكان من لوازمه.

الأدلة: استدل الأحناف على ثبوت الشفعة في الأرض مطلقاً والبناء والشجر التابعين لها بالأدلة التالية:

السنة:

1- روى مسلم والنسائي عن جابر -رضي الله عنه- أن النبي -صلى الله عليه وسلم-: «قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة، أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق

¹ راجع في حجج الفقهاء د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 26

به» رواه مسلم والنسائي وأبو داود(1).

2- كما روى مسلم عن جابر أيضاً أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «الشفعة في كل شرك أو ربع، أو حائط».

وجه الدلالة من الحديثين:

المراد بالربع أو الربعة: [الدار]، والمراد بالحائط: [البستان]، وقوله «في كل شركة لم تقسم»: يدل على قبوله القسمة. إذن فالحديث الأول نص على ثبوت الشفعة في الأرض والدار والبستان وهما المعبر عنهما بالبناء والشجر.

وقوله في الحديث الثاني: في كل شرك عام يتناول ما يقبل القسمة وما لا يقبلها، فيكون الشفعة ثابتة فيما لا يقبل القسمة وما يقبلها أيضاً؛ لدخولهما في عموم الحديث.

أما المعقول:

سبق أن علمنا أن مشروعية الشفعة لرفع ضرر الدخيل وسببها اتصال الأملاك، وهذا ينتظم ما يقبل القسمة وما لا يقبلها؛ لأن الضرر يدوم بدوام ما فيه شركة أو جوار، والأرض والبناء والشجر من شأنها دوام الملكية، فيدوم الضرر فيها، لهذا شرعت الشفعة من أجل رفع الضرر.

ومن الجدير بالملاحظة أن ثبوت الشفعة في الأرض التي تقبل القسمة بلا فساد وثبوتها في البناء والشجر إذا كانا تابعين للأرض المقامين عليها وبيعا في صفقة واحدة، هو رأي بقية المذاهب الإسلامية، والأدلة التي استندوا إليها تدعيماً لرأيهم هي نفس الأدلة التي اعتمد عليها الأحناف بل زادوا عليها دليلاً من إجماع أهل العلم.

ذكر ابن قدامة الحنبلي في كتابه «المغني» قول ابن المنذر: "أجمع أهل العلم على ثبوت الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض، أو دار، أو حائط"(2).

(1) الشوكاني: ج 5، ص 331.

(2) د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 28.

المبحث الثالث: دعوى الشفعة ومسقطتها

تقديم وتقسيم:

تنص المادة الثامنة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي علي أنه(ترفع دعوى الشفعة على البائع أو المشتري، وللمحكمة أن تمهل الشفيع (خمسة عشر) يوماً لإيداع الثمن أو جزء منه وفق تقدير المحكمة لدى الجهة التي يحددها وزير العدل، وإلا سقط حقه في الشفعة.) كما تنص المادة السادسة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي علي أنه(تسقط الشفعة في الحالات الآتية:

أ - إذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحةً أو ضمناً ولو كان ذلك قبل البيع.

ب - إذا لم يقم الشفيع بإعلام البائع والمشتري برغبته في الأخذ بالشفعة خلال(عشرة) أيام من تاريخ الأعدار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري بطلب إبداء

رغبته، على أن يتضمن هذه الأعدار البيانات الكافية عن المشتري والمبيع والثمن وشروط العقد.

ج - إذا لم يرفع الشفيع دعوى الشفعة خلال (ثلاثين) يوماً من تاريخ الإعلام الذي

وجهه إلى البائع والمشتري.)

فلا يكفي توفر شروط الشفعة للأخذ بها، بل لا بد من مراعاة إجراءات ومواعيد معينة نوضحها في المطالب التالية ولكن نسبها بحالة أخذ الشفعة بالتراضي باعتباره الأصل في المعاملات المدنية ، فنقسم هذا المبحث إلى المطالب التالية :

المطلب الأول:أخذ الشفعة بالتراضي

المطلب الثاني :إجراءات دعوى الشفعة

الفرع الأول: أعدار الشفيع

الفرع الثاني :إعلام الرغبة في الشفعة

الفرع الثالث: علم الغير بإعلام الرغبة في الشفعة

الفرع الرابع: رفع دعوى الشفعة وإيداع الثمن

المطلب الثالث: مسقطات الحق في الشفعة

المطلب الأول: أخذ الشفعة بالتراضي

يجب على أي من الشريك البائع والمشتري الأجنبي أن يوجه إعداراً لباقي الشركاء بوقوع البيع على حصة شائعة في عقار؛ ويكون متضمناً للبيانات التالية:

أ- اسم كل من البائع والمشتري ولقبه وموطنه.

ب- بيان المبيع بياناً نافياً للجهالة.

ج- بيان الثمن المسمى في العقد وشروطه.¹

ووصول هذا الإعدار إلى من وجه إليه يعد قرينة قاطعة على العلم بما جاء فيه.

فإذا ما أبدى أحد الشركاء رغبته في الأخذ بالشفعة خلال عشرة أيام من توجيه الأعدار السابق إليه وأعلن ذلك للمشتري، فإن الأمر لا يخرج عن حالتين:

الأولى: تسليم المشتري (المشفوع منه) بحق الشفيع:

إذا سلم المشتري للشفيع بحقه، كانت ذلك بمثابة شفعة بالتراضي. ورضاء المشتري وتصرفه يجب أن تتوفر فيه الشروط العامة للتصرفات القانونية من حيث صدوره من لديه أهلية التصرف وسليماً من عيوب الإرادة.

الثانية: عدم تسليم المشتري (المشفوع منه) بحق الشفيع:

أما إذا لم يسلم المشتري للشريك الشفيع بحقه في الشفعة أصبح للأخير الحق في مباشرة الدعوى القضائية للمطالبة بهذا الحق.

وليس بالضرورة أنه عندما تتوفر الشروط وتتخذ الإجراءات تنتقل الحصة المشفوع فيها من المشتري إلى الشفيع؛ بل توجد مسقطات تعوق دون هذا الانتقال.

يشترط الفقه الإسلامي لتمام الشفعة اتخاذ الإجراءات الآتية:

(أ) أن يبادر الشفيع بإظهار رغبته في الشفعة عند علمه ببيع العقار المشفوع فيه، حتى لا يعتبر تأخيره في ذلك إعراضاً عن طلب الشفعة يسقط حقه فيها، ويسمى إظهار الرغبة هذا بطلب الموائبة.

ويعتبر الشفيع معرضاً عن طلب الشفعة مسقطاً حقه فيها إذا تأخر في طلب الموائبة بمجرد علمه بالبيع عند بعض الفقهاء أو عند فض المجلس الذي علم فيه بذلك عند البعض الآخر، أو بعد ثلاثة أيام من علمه في رأي ثالث، أو بعد شهر أو أشهر أو خمسة أعوام في آراء أخرى.

(ب) أن يشهد الشفيع على طلبه الشفعة ويطلب تقرير ذلك، وذلك لإثبات طلبه الموائبة عند الإنكار، وللشفيع أن يشهد البائع على طلبه الشفعة أن كان العقار المبيع لا زال في يد البائع، أو يشهد المشتري أن كان العقار المبيع قد انتقل إلى يده، أو يشهد من كان حاضراً عند البيع.

ويجب أن يتم الإشهاد وطلب التقرير في أول فرصة يتمكن فيها من التوجه إلى البائع أو المشتري أو العقار، فان تأخر في ذلك بغير عذر سقط حقه في الشفعة.

¹ راجع الفقرة ب من المادة السادسة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي

(ج) أن يطلب الشفيع من القاضي الحكم له بالشفعة، وهو ما يسمى بطلب الخصومة والتملك، وقد اشترط بعض الفقهاء أن يتم هذا الطلب خلال شهر بعد طلب التقرير والإشهاد سالف الذكر، حتى لا يتضرر المشتري من التأخير، واشترط البعض الآخر أن يتم في أول مجلس قضاء يمكن للشفيع أن يتقدم إليه.

ولا يلزم الشفيع في الفقه الإسلامي تقديم ثمن المبيع عند طلب الخصومة أمام القضاء، لأن الثمن لا يستحق ألا بالتملك، والملك لا يثبت إلا بالقضاء أو الرضاء.¹ لكن إذا لم يحضر الشفيع الثمن في مدى ثلاثة أيام بعد القضاء له أو في الأجل الذي يحدده القاضي إذا حدد أجلاً له، كان للمشتري الفسخ بنفسه أو بواسطة القاضي وكان له أيضاً أن يحبس العقار المشفوع فيه تحت يده حتى يستوفي حقه من الثمن والمصروفات، ويعتبر هذا الحق ممتاز يستوفيه من العقار المشفوع فيه بالتقدم على دائني الشفيع.

ويرى بعض الفقهاء ألا يحكم القاضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن، لأن القضاء بها قبل إحضار الثمن يتضمن الإضرار بالمشتري لاحتمال إفلاس الشفيع.

المطلب الثاني : إجراءات دعوى الشفعة

تقسيم:

إذا لم يسلم المشتري للشفيع بالشفعة، فعندئذ يجوز للشفيع أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بثبوت الشفعة له، وقد وضعت لدعوى الشفعة إجراءات صارمة ومواعيد قصيرة، لمنع بقاء المشتري مهتداً بطلب الشفعة مدة طويلة وتوفيراً لاستقرار المعاملات من ناحية ومنع الشفيع من اتخاذ الشفعة أداة للمساومة أو المضاربة وحثه على السير فيها بطريقة جديدة، توفيراً للنزاهة في المعاملات القانونية من ناحية أخرى ، ونقسم هذا المطلب الى الفروع التالية:-

الفرع الأول: أعذار الشفيع

الفرع الثاني :إعلام الرغبة في الشفعة

الفرع الثالث: علم الغير بإعلام الرغبة في الشفعة

الفرع الرابع: رفع دعوى الشفعة وإيداع الثمن

الفرع الأول

¹ د/ جودة عبد الغني بسيوني ، المرجع السابق ، ص38

أعذار الشفيع

تنص المادة السادسة والستون بعدالستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (تسقط الشفعة في الحالات الآتية:

ب -إذا لم يقم الشفيع بإعلام البائع والمشتري برغبته في الأخذ بالشفعة خلال

(عشرة) أيام من تاريخ الأعذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري بطلب إبداء رغبته، على أن يتضمن هذه الأعذار البيانات الكافية عن المشتري والمبيع

والثمن وشروط العقد.)

تبدء اجراءات الشفعة في النظام السعودي بإعذار يوجه من البائع أو المشتري إلى الشفيع بطلب إبداء رغبته في أخذ العقار بالشفعة ،والملزم باجراء هذا الاعذار البائع أو المشتري فأيهما يكفي ، وقد تطلب المنظم السعودي الموضوع الكامل في هذا الإعذار لتطلبة البيانات التالية :

1- تفصيلات العقار المبيع

2- تفصيلات عقد البيع

3- بيانات المشتري

4- بيانات البائع

ويترتب على مخالفة ذلك بطلان هذا الأعذار ومن ثم يستمر حق الشفيع في اعلان رغبته في الاخذ بالشفعة دون القيد الزمني الذي اقره المنظم وهو اعلان رغبته في الأخذ بالشفعة خلال عشرة أيام من أعذار البائع أو المشتري له

الفرع الثاني

إعلام الرغبة في الشفعة

يجب على الشفيع الراغب في الأخذ بالشفعة، والذي توفرت له شروط الشفعة وامتنعت فيه موانعها، أن يقوم بإعلان هذه الرغبة خلال عشرة أيام من تاريخ إعذار البائع أو المشتري له بإبداء رغبته في أخذ العقار بالشفعة وفقاً للاجراءات المستقرة في العمل القضائي السعودي.¹

وقد أقر مجلس القضاء الاعلى بهيئته الدائمة مبدأ يقضى بأنه تقبل شهادة دلال العقار بعلم الشريك بحصول البيع فيما

¹ نihal بنت إبراهيم بن صالح، دراسة باب الشفعة، مرجع سابق، ص 235

ويوجه إعلان الرغبة في الشفعة إلى كل من البائع والمشتري، سواء كان الشريك البائع قد انتقلت إليه ملكية حصته الشائعة في عقار بالتسجيل أم لم تكن قد انتقلت إليه بعد ؛ وسواء أكان المشتري الأجنبي قد سجل عقد شرائه لهذه الحصة أم لم يكن قد سجله؛ وهذا بخلاف الشفيع الذي يجب أن يكون شريكاً على الشيوع ومالكا للحصة الشائعة المشفوع بها في وقت البيع، أي أن يكون حقه على هذه الحصة مسجلاً² ، فقد حكم بأن القانون لا يوجب في توجيه الرغبة في الشفعة والدعوى بها إلا أن يكون إلى البائع والمشتري، دون نظر إلى انتقال الملكية إلى البائع بالتسجيل أو عدم انتقالها إليه، ولا يغير من هذا أن يكون المالك الأصلي قد حرر العقد النهائي بالبيع إلى المشتري مباشرة لتيسير التسجيل متى كان عقد البيع المشفوع فيه قائماً لم يدع احد بفسخه⁽³⁾ وإقامة الشريك الراغب في الشفعة دعوى الصورية في شأن الثمن المسمى في عقد البيع، فإن ذلك لا يعفيه من واجب إعلان رغبته في الأخذ في الشفعة في الميعاد القانوني⁽⁴⁾؛ حيث إن عدم الإعلان عن الرغبة خلال هذا الميعاد، يسقط حقه في الشفعة. لأن المدة المحددة لهذا الإعلان مدة سقوط لا تخضع لأحكام الوقف والانقطاع، بعكس مدة مرور الزمن التي يسري في شأنها مثل هذه الأحكام.

ويحتج بالإعلان عن الرغبة في الشفعة، خلال الميعاد المحدد، فيما بين طرفيه المعلن (الشفيع) والمعلن له (البائع والمشتري)؛ حيث إنه تترتب عليه آثاره من تاريخه. ويحدد بموجبه متى يكون المشتري حسن نية ومتى يكون غير ذلك، فيكون حسن النية في الأعمال التي قام بها في شأن الحصة المشفوع فيها متى كانت سابقة على هذا التاريخ؛ ويصبح سيئ النية إذا كانت هذه الأعمال لاحقة عليه. أما الغير فلا يحتج عليه بهذا الإعلان إلا من تاريخ التأشير به على صحيفة العقار في سجلات التسجيل العقاري.

أن إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة يجب أن يكون رسمياً وإلا كان باطلاً ولا يكون هذا الإعلان حجة على الغير إلا إذا سجل فمتى أُنذر الشفيع بوقوع البيع على النحو السابق بيانه فإنه يجب عليه إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يبدى رغبته في ذلك وأن يعلن هذه الرغبة إلى كل من المشتري والبائع . ويجب أن يكون هذا الإعلان عن الرغبة في الشفعة رسمياً وإلا كان باطلاً والرسمية تقتضى إتمامه على يد محضر فلا يغنى عن الرسمية أن يتم هذا الإعلان بكتاب مسجل ولو كان مصحوباً بعلم الوصول، ويجب أن يوجه هذا الإعلان إلى كل من البائع والمشتري فإذا اكتفى الشفيع بتوجيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى البائع فقط أو المشتري فقط سقط حقه في المطالبة بالشفعة فالبائع والمشتري هما الخصوم في دعوى الشفعة .

¹ المبدأ برقم 210 وتاريخ 1398/7/12هـ

² أنظر مؤلفنا دعوى الشفعة كسبب لكسب ملكية العقار وفقاً لأحكام محكمة النقض المصرية ، مرجع سابق ، ص 90

⁽³⁾ نقض مدني مصري في 15/6/1950 طعن 10، س 19 ق.

⁽⁴⁾ نقض مدني مصري في 7/11/1963 طعن 284، س 28 ق.

الفرع الثالث: علم الغير بإعلام الرغبة في الشفعة

يعلن الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري فيكون حجة على من أعلن به من يوم وصول هذا الإعلان إليه؛ لأنه يعد من قبيل التعبير عن الإرادة الذي ينتج أثره بوصوله إلى من وجه إليه، والوصول قرينة على العلم، ما لم يثبت عكس ذلك.¹

أما بالنسبة للغير، الذي قد ينشأ له حق على الحصة الشائعة المشفوع فيها، فلا يحتج عليه بإعلان الرغبة في الشفعة إلا بعد توفير لديه العلم به، سواء أكان بإخطار الغير بإعلان الرغبة في الشفعة أم كان بالتأشير بهذا الإعلان في صحيفة العقار في السجل العقاري.²

غير أنه إذا لم يوفر الشفيع للغير العلم بإعلان الرغبة في الشفعة، وتصرف المشتري في الحصة الشائعة المشفوع فيها، كان للغير (المتصرف إليه) أن يحتج بحقه في مواجهة الشفيع؛ وبالتالي إذا باع المشتري هذه الحصة إلى مشتري آخر قام بتسجيل عقده قبل التأشير بإعلان الرغبة في الشفعة، تعين على الشفيع أن يعلن رغبته في الشفعة مرة أخرى إلى المشتري الثاني ويتم الأخذ بالشفعة بشروط البيع الثاني وليس الأول (3).

حيث تنص المادة الستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (إذا اشترى شخص ما تصح الشفعة فيه ثم باعه لآخر قبل إعلام الشفيع برغبته الأخذ بالشفعة وفقاً للفقرتين (ب) و(ج) من المادة (السادسة والستون بعد الستمئة) من هذا النظام، فليس للشفيع أخذه إلا بالثمن الذي بيع به على المشتري الثاني ونفقاته).

وإذا قام المشتري برهن المبيع لشخص آخر، قام بقيد الرهن قبل التأشير بإعلان الرغبة في الشفعة، انتقلت الحصة المباعة إلى الشفيع محملة بهذا الرهن؛ أي أنه يحتج بهذا الرهن في مواجهة الشفيع.

وإذا وهب المشتري هذه الحصة لآخر، أو قدمها حصة في شركة، أو باعها لأحد أقاربه إلى الدرجة الثانية، أو لأحد الشركاء على الشيوع وسجل المتصرف إليه الجديد العقد، وتم ذلك كله قبل تسجيل إعلام الرغبة في الشفعة لم يكن للشفيع الحق في المطالبة بالشفعة لأن الغير سيحتج عليه بحقه ويدفع طلب الشفيع بأن الشفعة لا تثبت لطالبتها إلا إذا كان المتصرف بيعاً وكان المشتري ليس بشريك على الشيوع أو ليس أحد أقارب البائع إلى الدرجة الثانية... إلخ.

¹ نihal بنت إبراهيم بن صالح، دراسة باب الشفعة، مرجع سابق، ص 244

² أنظر مؤلفنا دعوى الشفعة كسبب لكسب ملكية العقار وفقاً لأحكام محكمة النقض المصرية، مرجع سابق، ص 95

(3) يذهب رأي إلى أنه لا يلزم إن يسجل المشتري الثاني عقده حتى يحتج به على الشفيع، لأن الشفعة تجوز في البيع غير المسجل ويشترط د/جميل الشرفاوي أن يسجل المشتري الثاني عقده وإلا أدى الرأي السابق إلى الإضرار بالشفيع، مرجع سابق، ص 387

الفرع الرابع

رفع دعوى الشفعة وإيداع الثمن

تنص المادة الثامنة والستون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي (ترفع دعوى الشفعة على البائع أو المشتري، وللمحكمة أن تمهل الشفيع (خمسة عشر) يوماً لإيداع الثمن أو جزء منه وفق تقدير المحكمة لدى الجهة التي يحددها وزير العدل، وإلا سقط حقه في الشفعة).

فاذا طلب الشفيع الشفعة فإنه يمنح وقتاً لتسليم ثمنها ، ولا يجبر على ذلك وقت الطلب ، بل يعطى زمناً ليتبين فيه حاله، ومقدرته على دفع ثمن الشراء من عدمه ¹ وقد أقرت المحكمة العليا هذا المبدأ سابقاً برقم (ك ع 3/3/8) وتاريخ 1434/1/24هـ

ترفع دعوى الشفعة من الشفيع، فلا يجوز لدائنيه ولا لوكيله العام رفع هذه الدعوى²، ويجوز لوكيل الشفيع وكالة خاصة رفعها نيابة عنه، ويجب أن تتوفر في الشفيع أهلية التصرف، كما عرفنا، فإن كان عديم الأهلية أو ناقصها كان من حق الموصى أو القيم طلب الشفعة نيابة عنه بشرط استئذان مجلس الولاية على المال في رفع دعوى، وعلى الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع أو المشتري ولا نجد النص يمنع رفع الدعوى على البائع والمشتري معاً، وإن تعدد البائعون أو المشترون رفعت عليهم جميعاً.

وإذا تبين وجود بائعين أو مشتريين لم يكن يعلم بهم الشفيع، تعين إدخالهم في الدعوى ، وإذا توفي أحد البائعين أو المشتريين وجب اختصام ورثته جميعاً⁽³⁾

ويجب اختصام كافة أطراف الدعوى في جميع مراحل الخصومة، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة. فيجب اختصام كل البائع والمشتري وإن تعددوا وورثة من يتوفى منهم، في جميع مراحل الدعوى، حتى في الطعن بالنقض وترفع الدعوى على البائع الظاهر، متى كان الشفيع حسن النية لا يعلم البائع الحقيقي، لأنه من الغير فله إن يتمسك بالعقد الظاهر، ويتحدد الاختصاص القيمي للمحكمة التي ترفع إليها الدعوى بقيمة الحصاة الشائعة المشفوع فيها .

- إيداع ثمن المبيع خزانة المحكمة

يجب أن يودى الثمن أو جزء منه وفق تقدير المحكمة خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار، فإن لم يتم الإيداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة.

الخلافاً للفقهى:

إذا باع الشريك نصيبه بثمن معلوم وثبتت الشفعة للشفيع، فهل يأخذ الشفيع بالثمن الذي دفعه المشتري للبائع، أم بقيمة العقار، سواء زادت القيمة عن الثمن أم نقصت؟⁴

¹ نihal بنت إبراهيم بن صالح، دراسة باب الشفعة، مرجع سابق، ص 266

² ماهر بن عبدالغني بن محمود الحربي، مرجع سابق، ص 1372

⁽³⁾ راجع نص المادة الثالثة والستون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي

⁴ ماهر بن عبدالغني بن محمود الحربي، مرجع سابق، ص 1373

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين، هما:

الأول : أن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد لا بقيمة العقار وبهذا قال الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة

الثاني: أن الشفيع يأخذ العقار بقيمته لا بالثمن . وهذا القول نسبته الكاساني لأهل المدينة المنورة وحكاه ابن قدامه وإذا وقع البيع بثمن مؤجل، ثم طلب الشفيعُ الشفعة، فهل يجب عليه أن يُعطي الثمن حالاً، أم يأخذه بالأجل الذي وقع به البيع؟

واختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين، هما:-

الأول :أن الشفيع بالخيار بين الأخذ بالثمن حالاً، وبين طلب الشفعة والأخذ بعد الأجل وبه قال الحنفية، والشافعي في الجديد، وهو الصحيح والأظهر عند الشافعية

الثاني: أن للشفيع الأخذ إلى الأجل إن كان مليئاً، أو أتى بحميل مليء ثقة، فإن عجز فلا شفعة له . وبه قال المالكية، والشافعي في القديم، والحنابلة¹

إيداع الثمن ومكانه :

من النص المتقدم يتضح أن المشرع يشترط أن يودع الشفيع بالفعل خزانة المحكمة الثمن أو جزء منه ولا يكتف بمجرد عرضه ذلك دفعا للمنازعات ويكون الإيداع في خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع .

ما يجب إيداعه :

يجب على الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع ويفترض أن الثمن المذكور في عقد البيع هو الثمن الحقيقي ما لم يقم الدليل على غير ذلك فقد يكون الثمن في العقد صورياً كأن يذكر في عقد البيع ثمناً أكبر من الثمن الحقيقي منعاً للشفيع من الأخذ بالشفعة فيكون للشفيع هنا الخيار بين أمرين :

1- إما أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن المذكور في عقد البيع وله بعد ذلك إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات .

3- وإما أن يودع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي للبيع، ويتعرض بعد ذلك لسقوط حقه في الشفعة إذا عجز عن إثبات صورية الثمن . (145)

وقد يذكر المتعاقد أن في البيع ثمناً أقل من الثمن الحقيقي رغبة منها في التحايل مثلاً على نص من نصوص القانون كأن يريد بذلك جعل رسوم التسجيل أقل من الرسوم الواجب أداؤها فيما لو ذكر في العقد الثمن الحقيقي للمبيع فهنا يكون للشفيع حسن النية التمسك بالعقد الظاهر وله أن يودع خزانة المحكمة الثمن المذكور في عقد البيع فقط دون أن يكون لأحد أن يطالبه بعد ذلك بتكملة الثمن

¹ ماهر بن عبدالغني بن محمود الحربي ، مرجع سابق، ص1388

145- محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية، بدون دار أو سنة نشر، فقرة 111، قارن السنهوري، مرجع سابق ، ص 660.

ملحقات الثمن :

إذا كان المنظم السعودي لم يوجب سوى إيداع كل أوجزء من الثمن الحقيقي، فإن الفقه القانوني قد استخلص عدم التزام الشفيع بأداء ملحقات الثمن، سواء كانت رسمية، كرسوم التسجيل أو غير رسمية كالسمسة، لأن المنظم لو أراد أن يشمل الإيداع هذه الملحقات لما فاته النص على استلزامها صراحة ، وإذا كان الشفيع لا يلتزم بإيداع ملحقات الثمن فإنه لا يلتزم بداهة بإيداع المصروفات الضرورية أو النافعة التي يلتزم بأدائها المشترك .

جزاء عدم إيداع الثمن في الميعاد :

يترتب على عدم إيداع كل أوجزء من الثمن ، سقوط الحق في الشفعة ويستطيع البائع أو المشتري أن يتمسك بهذا السقوط على أية حالة كانت عليها الدعوى .

والثمن الواجب إيداعه هو الثمن المسمى في العقد، لأنه يعتبر هو الثمن الحقيقي حتى يثبت العكس⁽¹⁾؛ فإن كان الثمن الأول أكبر من الثاني الذي تم به البيع، كان للشفيع أن يودع الثمن الحقيقي، متى أثبت مجافاته للحقيقة.

وإذا كان الثمن الأول صورياً ويزيد على الثاني وتمكن الشفيع من إثبات صورته كان له الحق في استرداد هذه الزيادة.

ويجوز للشفيع أن يودع الثمن الحقيقي بشرط أن ينجح في إثبات صورة الثمن المسمى أثناء نظر الدعوى⁽²⁾، فإذا فشل في إقامة الدليل على الصورية سقط حقه في الشفعة لتخلف شرط إيداع كل الثمن الحقيقي⁽³⁾.

وللشفيع أن يثبت الثمن الحقيقي بكافة طرق الإثبات، وإذا كان هذا الثمن يزيد على الثمن المسمى فلا يلزم الشفيع أن يودع غير الثمن المسمى في العقد، طالما كان حسن النية لا يعلم صورية هذا الثمن؛ وعندئذ لا يلزمه تكملة الثمن المسمى إلى ما يساوى الثمن الحقيقي على الرأي المعمول به في القضاء⁽⁴⁾. وإن كان ينبغي عليه أن يكمل الثمن لأنه يحل محل المشتري في التزاماته.

واستخلاص الثمن الحقيقي من مسائل الواقع التي ستقل بها قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة⁽⁵⁾ يعد الشفيع من الغير فيما يتعلق بصورية الثمن، ولا يعتبر كذلك بالنسبة لصورية البيع، لأن ثبوت حقه في طلب الشفعة يجعله في وضع يقترب فيه من وضع الخلف الخاص الذي يجوز له التمسك بالصورية ولكنه لا يجوز ذلك

(1) يعتبر الثمن المسمى هو الثمن الحقيقي حتى يثبت الشفيع صورته. نقض مدني مصري في 2/16 / 1950 مجموعة الأحكام س1 ص 248.

(2) نقض مدني مصري في 1980/4/1 طعن 481 س 47 ق.

(3) نقض مدني مصري في 1955/2/10 مجموعة الأحكام س6 ص 657؛ ونقض مدني مصري في 1963 /12/5 طعن 27 س، 29 ق.

(4) انظر نقض مدني مصري في 1953/1/29 مجموعة الأحكام س4، ص411؛ وقارن د/عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص660؛ وقرب د/جميل الشراوي، مرجع سابق، ص389.

(5) نقض مدني مصري في 1988/4/7 طعن 342 س 54 ق؛ ونقض مدني مصري في 1953/ 5/28 مجموعة الأحكام س 4 ص 1099. نقض مدني مصري في 1984/ 10/31 طعن 164 س 49 ق.

بالنسبة لصورية البيع لأنه يعد -في هذه الحالة- أجنبياً. واعتبار الشفيع من الغير بالنسبة للثمن المدون بالعقد يخوله الحق في التمسك بالعقد الظاهر.

ويلزم الشفيع إيداع كل الثمن الحقيقي، حتى لو كان المشتري لم يدفعه أو دفع جزءاً منه أو كان مقسماً عليه، فلا يستفيد الشفيع من تأجيل الثمن إلا بموافقة البائع؛ لأن البائع قد يطمئن إلى المشتري فيؤجل له دفع الثمن ولا يطمئن إلى الشفيع أو لا يقبل أن يؤجل له الثمن إذا باع له ابتداءً⁽¹⁾.

المطلب الثالث

مسقطات الحق في الشفعة

يقصد بمسقطات الحق في الشفعة هي الأسباب التي إذا توفرت ترتب عليها سقوط الشفعة أي إلغاؤها؛ رغم توفر شروطها وانتفاء موانعها

تنص المادة السادسة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (تسقط الشفعة في الحالات الآتية:

أ - إذا نزل الشفيع عن حقه في الشفعة صراحةً أو ضمناً ولو كان ذلك قبل البيع.

ب - إذا لم يتم الشفيع بإعلام البائع والمشتري برغبته في الأخذ بالشفعة خلال (عشرة أيام) من تاريخ الأعدار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري بطلب إبداء رغبته، على أن يتضمن هذه الأعدار البيانات الكافية عن المشتري والمبيع والثمن وشروط العقد.

ج - إذا لم يرفع الشفيع دعوى الشفعة خلال (ثلاثين) يوماً من تاريخ الإعلام الذي وجهه إلى البائع والمشتري.

ومن هذا النص نستنتج الأسباب التالية:

1- نزول الشفيع عن الشفعة -صراحةً أو ضمناً- ولو كان قبل البيع:

ويتحقق ذلك إذا أقر الشريك - قبل البيع - بعدم رغبته في التمسك بالشفعة إذا باع شريكه حصته في العقار الشائع؛ أو نزل - بعد البيع - عن حقه في المطالبة بالشفعة، سواء أكان ذلك صراحةً أم كان ضمناً؛ ويكون صراحةً إذا أعلن - بعد إعلامه بالبائع - عدم المطالبة بها؛ ويكون ضمناً إذا قام بالتوقيع كشاهد على عقد البيع.

2- عدم إعلان الشريك عن رغبته في الشفعة خلال المدة المحددة قانوناً:

(1) نقض مدني مصري في 1963/11/7 طعن 284، س 28 ق.

وهذه المدة هي (عشرة أيام) من تاريخ الأعدار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري بطلب إبداء رغبته.¹

3- عدم إقامة الشفيع دعوى الشفعة خلال المدة المحددة قانوناً:

إذا لم يرفع الشفيع دعوى الشفعة خلال (ثلاثين) يوماً من تاريخ الإعلام الذي وجهه إلى البائع والمشتري، فإن حقه في ذلك يسقط.

4- زوال ملكية الشفيع للحصة المشفوع بها قبل الحكم بالشفعة:

لأن من شروط الحق في المطالبة بالشفعة هو تحقق ملكية الشفيع للحصة المشفوع بها من وقت البيع حتى تمام الأخذ بالشفعة؛ كأن يكون قد تصرف فيها للغير، أو فسخ أو أبطل سند ملكيته لها.

6- زوال حالة الشيوع قبل تمام الأخذ بالشفعة:

فإذا وقعت القسمة النهائية -قبل تمام الأخذ بالشفعة- وآلت إلى الشفيع حصة مفرزة، سقط الحق في الشفعة؛ حيث إنه يشترط توفر السبب فيها (حالة الشيوع) من وقت البيع حتى تمام الأخذ بالشفعة.

غير أنه يثور التساؤل حول مدى حق المشتري للحصة الشائعة في طلب القسمة النهائية الذي يترتب عليها زوال حالة الشيوع ومن ثم يسقط الحق في الشفعة؟

وهل يعد المشتري شريكاً في الملك؟

أم حائزاً لحصة شائعة؟ وهل طلب المشتري يعد من قبيل إخطار باقي الشركاء بالبيع الذي أجراه مع شريكهم؟.

الإجابة عن هذه الأسئلة تكون بالإيجاب وأن طلب المشتري للقسمة النهائية (الاتفاقية أو القضائية) يعد بمثابة إخطاراً لباقي الشركاء بالبيع الذي يخولهم الحق في طلب الشفعة؛ فإذا لم يبدى أحدهم رغبته في طلب الشفعة خلال هذه المدة فإن الحق في الشفعة يسقط.

- حكم الحيلة في إبطال الشفعة

¹ ويرتب القانون المدني المصري سقوط دعوى الشفعة حال عدم إيداع الشفيع كل الثمن المسمى للمبيع خزانة المحكمة المختصة: ويتحقق ذلك في حالتين هما: الأولى - عدم قيامه بالإيداع البتة؛ أو إيداع الثمن الحقيقي، مع عدم المقدرة على إثبات صورة الثمن المسمى. الثانية - إيداعه الثمن بعد انقضاء المدة المحددة لذلك وهي خمسة وأربعون يوماً التالية لتاريخ انقضاء ثلاثين يوماً من إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة. والجدير بالذكر أن دعوى الشفعة لا تقبل إلا إذا كان الشفيع قد أودع الثمن كاملاً.

روى الإمام السرخسي في مبسوطه عدم كراهة الاحتيايل في باب الشفعة لإسقاطها فقال: (واستعمال الحيلة لإبطال الشفعة لا بأس به قبل وجوب الشفعة وبعده).

أما قبل وجوب الشفعة: فلا إشكال في إباحة الحيلة في إبطالها؛ لأنه لم يتعلق بالعقار المبيع قبل الوجوب حق لأحد، كمن قعد عن الاكتساب آخر الحلول حتى لا يبلغ ماله النصاب فلا تجب فيه الزكاة.

أما بعد وجوب الشفعة: فالسعي من أجل إبطال الشفعة احتيايل لدفع الضرر عن نفسه من جار فاسق يتأذى به.

وقيل: هذا قول أبي يوسف في جواز الحيل لإسقاط الشفعة والاستبراء من العدة، والزكاة.

وقال محمد بن الحسن صاحب أبو يوسف: تكره الحيل لإسقاط هذه الأشياء.

وقال صاحب العناية: (اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجوب، أو للدفع).

فالأول: مثل أن يقول المشتري للشفيع: أنا أو ليهاك، فلا حاجة لك في الأخذ بالشفعة، فيقول الشفيع مجيباً المشتري: نعم، فتسقط الشفعة.

وحكم هذا مكروه بالإجماع؛ لأن المشتري قصد بالشفيع الإضرار، فكذب عليه وغرر به.¹

¹ راجع في ذلك د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 45 ويشير إلى حكم الشفعة للكافر على المسلم فيرى أنه لا خلاف بين الفقهاء في ثبوت الشفعة للذمي على الذمي؛ لعموم الأخبار؛ ولأنهما تساويا في الدين والحرمة، فتثبت لأحدهما على الآخر كثنيتها للمسلم على المسلم. وإنما الخلاف في ثبوتها للذمي على المسلم: 1- فقد روي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة، وبه قال النخعي وإياس بن معاوية، وحماد بن أبي سليمان، والثوري، والحنفية، ومالك، والشافعي 2- وروي عن الحسن والشعبي وابن أبي ليلى أن الشفعة لا تثبت للذمي على المسلم الأدلة: استدلت أصحاب الرأي الأول: على ثبوت الشفعة للذمي على المسلم، بالسنة والإجماع والقياس: أما السنة: فعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه، وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به». ووجه الدلالة من هذا الحديث: أن لفظ شريكه من صيغ العموم؛ لأنه اسم جنس مضاف إلى معرفة، فيعم كل شريك، سواء أكان مسلماً أم كان غير مسلم. وبناء على هذا: تثبت الشفعة للذمي على المسلم كما تثبت للمسلم على الذمي، وللمسلم على المسلم. وأما الإجماع: فقد روي عن شريح أنه قضى بالشفعة للذمي على المسلم، وكتب بذلك إلى عمر بن الخطاب -رضي الله تعالى عنه- فأجازه، وكان بمحض من الصحابة -رضي الله عنهم- ولم ينكر أحد عليه، فكان إجماعاً على ثبوت الشفعة للذمي على المسلم وأما القياس: فإن الشفعة خيار ثابت؛ لدفع الضرر عن الشريك أو الجار، فكما جازت للمسلم على المسلم، فكذلك تجوز للذمي على المسلم لاستوائهما في الضرر. واستدل أصحاب الرأي الثاني: على عدم ثبوت الشفعة للذمي على المسلم بالسنة والمعقول:

أما السنة: فيما رواه الدارقطني -في كتاب «العلل»- بإسناده عن أنس أن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: «لا شفعة لنصراني»

وجد الدلالة من هذا الحديث: أنه يخص عموم ما احتجوا به، ويقصر عموم الشفعة على المسلم، وللمسلم على الذمي، ويخرج من العموم الذمي على المسلم فلا يكون شافعاً. ورد هذا الاستدلال: بأن الحديث ضعيف لا يصلح حجة على عدم ثبوت الشفعة للذمي على المسلم، فقد عده البيهقي في السنن الكبرى من الأحاديث المنكرة، فهو لا يصلح حجة في التخصيص لعموم الأحاديث الواردة في ثبوت الشفعة للمسلم والذمي على حد سواء. وأما المعقول: فإن الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم، بمعنى أن الشريعة إنما قصدت بتشريع الشفعة الرفق بالشفيع، والرفق لا يستحقه إلا من أقر بالشريعة وعمل بمقتضاها، والذي لم يقر بها، ولم يعمل بمقتضاها، فلا يستحق الرفق من قبل الشرع. ورد هذا الاستدلال: بأن الشريعة الإسلامية جعلت للذمي ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين، بدليل قول الرسول -صلى الله عليه وسلم-: «هم ما لنا وعليهم ما علينا» بمقتضى

والثاني: مثل أن يهب زيد عمرًا ذرعًا في طول الحد الذي يلي الشفيع ويسلمه إليه، ثم يبيعه ما بقي فلا شفعة للشفيع حينئذ لانقطاع الجوار وصيرورة الموهوب له شريكًا، فيكون أولى من الجار.

وحكمه: فقال أبو يوسف: غير مكروه؛ لأنه لم يتعلق به حق لأحد، وقال محمد: مكروه؛ لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر، فلو أبخنا الحيلة ما دفعناه.

وهذا الاختلاف مبني على اختلافهما في الحيلة لإسقاط الزكاة

هذا هو حكم الحيلة في إسقاط الشفعة فما صورها؟

من صور الحيل:

1- أن يبيع دارًا إلا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة للشفيع حينئذ؛ لانقطاع الجوار.

2- أن يبيع من العقار جزءًا يسيرًا بثمن كثير فتكون الشفعة فيه فيرغب عنه الشفيع، فيملكه المشتري فيصير شريكًا، ثم يشتري الشريك هذا بقية العقار بثمن قليل، وبذلك يتسلم الدار كلها بعد سقوط الشفعة

المبحث الرابع: آثار الشفعة

تقديم وتقسيم:

متى توافرت للشفعة شروطها من السبب فيها وشروطها وتمت إجراءاتها، وأقر المشتري بحق الشفيع أو صدر حكم قضائي يقرر هذا الحق على الحصة العقارية المشفوعة فيها، ترتبت عليها آثار فيما بين الأطراف وفي مواجهة الغير.

تتعاقب التواريخ بتعاقب أعمال الشفعة؛ فهناك تاريخ بيع الحصة الشائعة لأجنبي عن الشركاء، وهذا التاريخ هو الذي يعتد به في نقل الحق العيني من البائع إلى المشتري وهو ذاته الذي يعتد به في انتقال هذا الحق إلى الشفيع بالشفعة؛ وتاريخ إخطار البائع والمشتري لباقي الشركاء بالبيع، فهذا التاريخ هو الذي يحتج به في مواجهتهم، وهو ذاته الذي يبدأ به حساب مواعيد الإجراءات القانونية للشفعة؛ وتاريخ إعلان الشريك عن رغبته في الأخذ بالشفعة، هذا التاريخ حجة فيما بين المعلن

عقد الذمة، والشفعة من الحقوق التي تثبت للمسلمين فتثبت للذمين إذ لا دليل على اختصاص المسلمين بها. والراجح: هو القول الذي يثبت الشفعة للذمين على المسلمين؛ لقوة دليله، ولأن أضرارهم بعدم ثبوت الشفعة لهم على المسلمين يتنافى، وما التزمناه لهم بمقتضى عقد الذمة من معاملة حسنة ما داموا على عهدهم، كما أن في الرفق بهم إظهارًا لسماحة الإسلام، كما أن الوفاء بالعهود والذمم يمنع من الإضرار بهم، ثم إن أهل الذمة التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات، والأخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر، والضرر مدفوع عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين.

والمعلن له، ويتحدد على أساسه متى يكون المشتري حسن النية أو سيئها بالنسبة للأعمال التي قام بها في شأن الحصة المشفوع فيها؛ وتاريخ توفير العلم بإعلان الرغبة على صحيفة العقار الشائع في سجلات التسجيل العقاري، هو التاريخ الذي يحتج به الشفيع على الغير الذي يدعي اكتسابه حقوق على هذه الحصة.

وبناء عليه نقسم هذا المبحث الى ما يلي :

المطلب الأول: أثر الشفعة فيما بين الأطراف

المطلب الثاني: أثر الشفعة في مواجهة الغير

المطلب الثالث: تسجيل الاتفاق أو الحكم النهائي بثبوت الشفعة

المطلب الرابع: الشفعة عند تراحم الشفعاء وتوالي البيوع

الفرع الأول : تراحم الشفعاء

الفرع الثاني: الشفعة عند توالي البيوع

المطلب الأول: أثر الشفعة فيما بين الأطراف

تقديم وتقسيم:

تنص المادة التاسعة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (يثبت الملك للشفيع في العقار المبيع من حين الحكم بثبوت الشفعة أو بتسليم المشتري له بالتراضي، وذلك مع مراعاة ما تشترطه النصوص النظامية في تسجيل ملكية العقار).

يترتب على الشفعة -باعتبارها أحد أسباب كسب الملكية- أثر من الأهمية بمكان يتمثل في انتقال الحق العيني على الحصة الشائعة إلى الشفيع، وينشأ عن هذا الأثر عدة التزامات في ذمة كافة أطرافها (البائع والشفيع والمشتري).

ونستعرض ذلك في الفروع التالية:-

الفرع الأول: الحق العيني

الفرع الثاني: الحقوق الشخصية

الفرع الثالث: التزامات البائع

الفرع الرابع: التزامات الشفيع

الفرع الخامس: التزامات المشتري

الفرع الأول: الحق العيني

وضع النظام أحكام الشفعة من أجل تحقيق غاية يدفع بموجبها الضرر المحتمل عن الشركاء؛ هذه الغاية تتمثل في حلول الشفيع محل المشتري الأجنبي في عقد بيع الحصة الشائعة في عقار، وهذا الحل يترتب عليه انتقال الحق العقاري المشفوع فيه إلى الشفيع؛ أي إخراج من الجانب الإيجابي للذمة المالية للمشتري وإدراجه ضمن العناصر الإيجابية للذمة المالية للشفيع.

اثر الاخذ بالشفعة

تنص المادة السبعون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (يحل الشفيع تجاه البائع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته، وللشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إذا قدم الشفيع للبائع ضمانات كافية).

فترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق و الإلتزامات ما بين البائع و المشتري إلى ما بين البائع و الشفيع فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع فهي عملية قانونية تدور ، و لابد ، بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقى ضرورى فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض و لا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً . و دعوى الشفعة - و المقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء - يجب بحكم الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك ، و من ثم يتحتم إختصاصهم جميعاً في جميع مراحل التقاضى كما جرى به قضاء هذه المحكمة و إلا كانت غير مقبولة¹ .

الفرع الثاني: الحقوق الشخصية

يترتب على حلول الشفيع محل المشتري في الحصة المشفوع فيها التزامات شخصية فيما بين أشخاص الشفعة (البائع والشفيع والمشتري).

متى تقرر للشفيع حقه في الشفعة، بالتراضى أو بالتقاضى حل الشفيع قبل البائع، محل المشتري في البيع الذى أبرمه ولا تقيم الشفعة بيعاً جديداً بين الشفيع والبائع، ولا بين الشفيع والمشتري، بل لا يوجد سوى بيع واحد وإذا كان هناك اتفاق بين الفقهاء حول أثر يقوم بينهم حول الوقت الذى يتم فيه هذا الحل.

¹ حكم محكمة النقض المصرية الطعن رقم 0007 لسنة 19 مكتب فنى 02 صفحة رقم 244 بتاريخ 18-01-1951

فذهب جانب من الفقه على القول بأن حق الشفيع يثبت ويحل محله المشتري في علاقته بالبائع منذ الوقت الذي يسجل فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة .

وذهب رأى آخر في الفقه على القول بأن حلول الشفيع محل المشتري لا يتم وقت إعلان الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، بل وقت رفع دعوى للشفعة

ويرى البعض إلى أن حلول المشتري محل المشتري يتم لا من وقت إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، ولا من الوقت الذي ترفع فيه دعوى الشفعة بل من الوقت التي يتم فيه بيع العقار المشفوع فيه.¹

وأرى أن هذا الحل لا يكون إلا من الوقت الذي صدر فيه حكم بثبوت الشفعة أو من وقت تسليم المشتري بها و هو الذي يتفق مع قواعد القانون حيث إن الشفيع لا يحل محل المشتري في علاقته بالبائع إلا من وقت ثبوت الشفعة للشفيع قضاء أو اتفاقا فالحكم بالشفعة ناقل للملكية لا مقرر لها . ومعنى ذلك أن المشتري مالكا حتى صدور الحكم النهائي للقاضي باستحقاق الشفيع للأخذ بالشفعة، ويكون له الحق في الاستيلاء على الثمار إلى حيث صدور هذا الحكم.

نعرض لهذه الحقوق بالبيان فيما هو آتٍ

الفرع الثالث

التزامات البائع

يلتزم البائع بموجب عقد البيع، الذي حل فيه الشفيع محل المشتري، بالالتزامات الآتية:

أ- القيام بما يلزم لنقل الحق المشفوع فيه إلى الشفيع:

كتقديم سندات ملكيته للحصة المبعة والتوقيع أمام مسئول التسجيل العقاري

يلتزم البائع بنقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ولا تنتقل ملكيته إليه بتسجيل السند الذي يثبت الشفعة فإذا نصت الشفعة بالتراضى، انتقلت الملكية إلى الشفيع بالتأشير على هامش تسجيل البيع بإقرار المشتري بالشفعة إذا كان البيع مسجلا، أو بتسجيل الإقرار بالشفعة مع عقد البيع إذا لم يكن البيع قد سبق تسجيله وإذا تمت الشفعة بالتقاضى انتقلت الملكية بتسجيل الحكم النهائي الذى يقضى بثبوت الشفعة، ولا تنتقل الملكية إلى الشفيع، وفقا لما استقرت عليه محكمة النقض كما تقدم إلا من وقت تسجيل سند التراضى على الشفعة، أو الحكم النهائي الذى قضى بها، سواء فى علاقته

¹ السنهورى، مرجع سابق، فقرة 231.

بالبائع، أو المشتري أو في مواجهة الغير، لأن هذا الحكم أو هذا التراضى منشئ لحق الشفيع، أو ناقل الملكية إليه .¹

ب- تسليم الحصة الشائعة المشفوع فيها إلى الشفيع:

إذا لم يكن البائع قد سلم هذه الحصة للمشتري، فإنه يلتزم بتسليمها للشفيع؛ ويقع على عاتق البائع تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه. وإذا كان التسليم العيني -غير متصور- في الحصة الشائعة، لأنها منتشرة في كل المال الشائع، إلا أنه يستعاض عنها بتسليم المستندات الدالة على الحق العيني الوارد عليها.

وعلى البائع أن يسلم العقار المشفوع فيه إلى الشفيع وهذا يفترض بالضرورة أن يكن العقار المشفوع فيه تحت يد البائع ولم يسلمه المشتري. وعليه أن يسلمه بحالته التي كان عليها وقت البيع، وبنفس مقداره ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك وإذا هلك العقار المشفوع فيه بعد تسليم الشفيع له فإن قيمة هلاك تقع على عاتق الشفيع، أما إذا كان الهلاك قبل التسليم ولو كان راجعاً إلى سبب أجنبي يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف الشفيع مع إخطاره بذلك فإن تبعة الهلاك تكون على البائع إذ هو الذي عليه تنفيذ التزامه بالتسليم.

ج- ضمان التعرض والاستحقاق:

يلتزم البائع نحو الشفيع بضمان التعرض والاستحقاق، لأن الشفيع يعد -في هذه الحالة- مشترياً منه للحصة المشفوع فيها (2).

غير أن ضمان العيوب الخفية، وإن كان من الالتزامات التي تنقل كاهل البائع بموجب عقد البيع في مواجهة المشتري الأجنبي عن الشيء المبيع، إلا أنه من غير المتصور أن يكون كذلك في مواجهة شريكه الشفيع لتماثل حقوق كل منهما على المال الشائع؛ وإن كانت هناك عيوب خفية في هذا المال فإنها تكون معلومة للشركاء أو على الأقل في مقدورهم العلم بها.

وبديهياً أن عقد البيع يرتب التزام على عاتق البائع في مواجهة المشتري بضمان التعرض والاستحقاق، متى كان الأخير حسن النية بأن لم يكن يعلم أو في مقدوره العلم أن الأول يبيع حصة شائعة في عقار.

وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، ذلك أن البائع يلتزم للشفيع، كما كان يلتزم المشتري بضمان تعرضه الشخص سواء كان تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً، كما يلتزم بعناية الاستحقاق، ويلتزم البائع كذلك بضمان العيوب الخفية ويرجع الشفيع به كذلك على البائع وحده³

¹ د وفاء حلمي ابو جميل - مرجع سابق - ص 322

(2) وتنص الفقرة الثالثة للمادة (945) مدني مصري على أنه "3- وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة، فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع".

³ محمد علي عمران، المرجع السابق، ص 151.

الفرع الرابع: التزامات الشفيع

تقرير حق الشفعة للشفيع (اتفاقاً أو قضاءً)، وحلوله محل المشتري في البيع، يلقي على عاتقه ببعض الالتزامات في مواجهة البائع وفي مواجهة المشتري، الذي حل محله .

أ- الوفاء بالثمن:

يلتزم الشفيع بدفع ثمن الحصة المشفوع فيها، سواء أكان للبائع في حالة عدم وفاء المشتري الأجنبي به أم كان للأخير في حالة قيامه بالوفاء به

ولقد ألفينا أن من الإجراءات القانونية، اللازمة لقبول دعوى الشفعة، هو التزام الشفيع بإيداع الثمن المسمى خزينة المحكمة؛ فإذا ما قضت المحكمة بتقرير حق الشفيع في الحل محل المشتري، كان من حق الأخير أن يستوفي من الثمن المودع مقدار ما وفى به للبائع، أما إذا كان لم يتم الوفاء كان للبائع الحق في الحصول على كامل هذا الثمن. ويتم ذلك بتخلي الشفيع عن ملكية الثمن وتقليكه لصاحب الحق فيه (البائع أو المشتري).

أما إذا كانت الشفعة قد تمت بالتراضي فإنه يجب على الشفيع دفع الثمن للبائع، إذا لم يكن المشتري قد وفى به، والوفاء به أو جزئياً أو كلياً للأخير بمقدار الوفاء الذي قام به بحسب الأحوال.

ويجب على الشفيع، في شفعة التراضي، أن يدفع ثمن الحصة المشفوع فيها فوراً، حتى لو كان مؤجلاً على المشتري أو مقسطاً، فليس له أن ينتفع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إلا إذا رضي البائع بذلك.

إذا نصت الشفعة اتفاقاً، وجب على الشفيع أن يدفع للبائع الثمن المتفق عليه في عقد البيع، أما إذا تمت الشفعة قضائياً وهذا هو الفرض الغالب كما تقدم فالواجب على الشفيع أن يؤدي الثمن خزنة المحكمة

فإذا كان الثمن الذي ذكر في عقد البيع سوريا وكان مجاوزاً للحقيقة استطاع الشفيع بعد أن يكون قد أودع الثمن المسمى في العقد خزنة المحكمة، إثبات الصورية فله أن يسحب من خزنة المحكمة الفرق بين ما أودعه وبين الثمن الحقيقي، أما إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي فلا يلتزم الشفيع فيما نرى بتكملة الثمن فالشفيع من الغير وله أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية¹

وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً للوفاء للشفيع الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري في دفع الثمن إذا قدم الشفيع للبائع ضمانات كافية²

ب- دفع نفقات البيع:

يلتزم الشفيع بأن يدفع للمشتري مصروفات البيع الرسمية وغير الرسمية كنفقات السمسرة (الدلالة) وأتعاب المحامي ونفقات تسجيل البيع... إلخ

ج- الوفاء بمقابل ما استحدثه المشتري في الشيء المباع:

¹ عكس هذا الرأي السهوري، ج9، ص 754.

² راجع نص المادة السبعون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي

تنص الفقرة الأولى من المادة الحادية والسبعون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (إذا زاد المشتري في العقار المشفوع شيئاً من ماله أو بنى أو غرس فيه قبل إعلام الشفيع البائع والمشتري برغبته في الشفعة؛ فعلى الشفيع إذا أخذ بالشفعة أن يدفع - تبعاً لما يختاره المشتري - مقدار ما أنفقه أو ما زاد في قيمة العقار بسبب زيادة المشتري أو بنائه أو غراسه).¹

وذلك إذا أحدث المشتري مستحدثات في الحصة المشفوع فيها، سواء أكان قد تم ذلك بموجب الاتفاق على قسمة المهايأة، أم كانت هذه المستحدثات من قبيل أعمال الإدارة غير المعتادة للمال الشائع التي تتطلب اتفاق جميع الشركاء أو الأغلبية الخاصة (ثلاثة أرباع المال الشائع في أكثر من شريك)²

و مقدار التزام الشفيع الوفاء بمقابل هذه المستحدثات يختلف تبعاً للوقت الذي تمت فيه فهل كان قبل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أم كان بعد هذا الإعلان ، على النحو التالي: "إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إجراء يتبعه إجراء تالي هو التأثير بهذا الإعلان على هامش صحيفة العقار في السجل العقاري، ومع ذلك فإن الشخص الذي يحتج به عليه أحدهما يختلف عن الآخر؛ فالاحتجاج بتاريخ الإعلان يكون في مواجهة البائع والمشتري، أما الاحتجاج بتاريخ التأثير يكون في مواجهة الغير، الذي لا يجوز الاحتجاج عليه بالتاريخ الأول لأنه غير معني به، أما التاريخ الثاني نظراً لأن التأثير قد وفر العلم للكافة فإنه يحتج به في مواجهته"

- إحداث المستحدثات سابق على إعلان الرغبة في الشفعة:

متى كانت هذه المستحدثات قد تمت قبل أن يعلن الشفيع عن رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن المشتري يعد حسن النية، ومن ثم فإنه يصبح له الخيار بين أن يطالب الشفيع بأن يدفع المبلغ الذي أنفقه فعلاً (قيمة المواد + أجره العمل) على ذلك أو أن يدفع مقدار ما زاد في قيمة هذه الحصة بسبب البناء أو الغراس

وللمشتري الحق في حبس المبيع تحت يده حتى يقوم الشفيع بالوفاء بجميع المبالغ المستحقة له من ثمن ومصروفات ونفقات بناء أو غراس

- إحداث المستحدثات لاحق لإعلان الرغبة في الشفعة:

تنص الفقرة الثانية من المادة الحادية والسبعون بعد الستمائة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (إذا كانت الزيادة أو البناء أو الغراس بعد الإعلام؛ فللشفيع إذا أخذ بالشفعة أن يطلب الإزالة على نفقة المشتري مع التعويض إن كان له مقتضى، أو أن يستبقي البناء أو الغراس على أن يدفع للمشتري ما أنفقه أو ما زاد في قيمة العقار بسبب زيادة المشتري أو بنائه أو غراسه).

إذا كان البناء أو الغراس قد استحدث في الحصة الشائعة المشفوع فيها، بموجب أعمال الإدارة غير المعتادة، بعد أن أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن المشتري يعد سيئ النية ويصبح للشفيع الخيار بين طلب إزالة البناء أو الغراس

¹ وهو مبدأ صادر عن مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة برقم 210 وتاريخ 1396/10/25

² نihal بنت إبراهيم بن صالح، دراسة باب الشفعة، مرجع سابق، ص 227

وبين طلب استبقائه على أن يدفع ما أنفقه المشتري أو ما زاد في قيمة المشفوع فيه بسببها .

فيجب على الشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة في حالة توالى البيوع أن يستعمل حقه وفقاً لما جرى به نص هذه المادة ضد المشتري الثاني و بالشروط التي إشتري بها متى ثبت أن البيع لذلك الأخير قد تم قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة ، و ذلك لزوال قابلية البيع الأول للأخذ فيه بالشفعة ، و التالى صار متعيناً على الشفيع أن يوجه طلبه إلى طرفي البيع الثانى و بشرط هذا البيع ، فيصبح الخصوم فيه هما البائع فى هذا العقد أى المشتري الأول و المشتري الثانى لا يغير من ذلك أن يكون المشتري الأول قد سبق إختصامه فى الدعوى فى البيع الأول قبل توجيه طلب الشفعة فى البيع الثانى و ذلك لزوال ذلك البيع بحصول الثانى و يكون إعلان الرغبة فى الأخذ بالشفعة لكل من المشتري¹

الفرع الخامس

التزامات المشتري

متى أقر المشتري بحق الشفيع فى الحصة المشفوع فيها أو حكم بهذا الحق له، على النحو الذي يجعل الأخير محل الأول فى البيع المبرم مع الشريك البائع، فإن ذلك يلقي على عاتق المشتري بالتزامات الآتية:

أ- تسليم الحصة الشائعة المشفوع فيها إلى الشفيع:

إذا كان المشتري قد تسلم الحصة المشفوع فيها من البائع، قبل تمام الأخذ بالشفعة، فإنه يقع على عاتق المشتري الالتزام بتسليمها للشفيع. والتسليم - فى هذه الحالة - يكون بتسليم المستندات الدالة على الحق الذي كان للأخير على هذه الحصة.

فإذا كانت هذه الحصة قد هلكت أو استهلكت فإن تبعة ذلك تختلف بحسب حسن وسوء نية المشتري، وذلك وفقاً لأحكام تبعة هلاك الشيء فى يد حائزه ويعتبر المشتري حائزاً سبباً النية بعد إعلانه من الشفيع بالرغبة فى الشفعة، فإذا هلك المبيع بعد هذا الإعلان هلك على المشتري⁽²⁾.

رد الثمار للشفيع:

يختلف التزام المشتري برد الثمار إلى الشفيع، الذي حل محله فى البيع، تبعاً لاختلاف الوقت الذي حصل فيه على ثمار الحصة المشفوع فيها، فإذا كان قد حصل عليها قبل إعلان الشفيع له بالرغبة فى الشفعة، فلا يلتزم المشتري برد هذه الثمار لأنه يعتبر حائزاً حسن النية لاعتقاده أن له الحق فى ذلك بناء عقد البيع .

يذهب رأى آخر إلى إلزام المشتري برد الثمار التي قبضها من وقت إيداع الشفيع ثمن البيع خزانة المحكمة باعتبار أن الشفيع يحرم من ثمار هذا الثمن بعد إيداعه فيعوض عنها بثمار المبيع، وهذا رأى لا سند له من النصوص كما أن خزانة

¹ نihal بنت إبراهيم بن صالح، دراسة باب الشفعة، مرجع سابق، ص 236

⁽²⁾ د/ عبدالرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 769

المحكمة قد لا تلزم بدفع فوائد هذا الثمن للمشتري. (1)

أما إذا كان المشتري قد حصل على ثمار الحصة المشفوع فيها أو قصر في الحصول عليها بعد إعلان الشفيع له بالرغبة في الشفعة فإنه يقع عاتقه الالتزام برد الثمار التي جناها من هذه الحصة أو قصر في جنيها من تاريخ هذا الإعلان، باعتباره حائزاً سيئ النية منذ ذلك الوقت .

ويؤيد ذلك الأحكام القانونية التي تعتبر المشتري الذي يستحدث مستحدثات في الحصة المشفوع فيها في حكم الحائز وليس المالك؛ واعتبره أنه حسن النية من تاريخ البيع حتى وقت إعلان الرغبة في الشفعة، وأنه سيئ النية بعد إعلانه بذلك.

وذهب رأي (2) إلى أن المشتري لا يلتزم إلا برد الثمار التي قبضها بعد صدور الحكم النهائي الصادر بالشفعة أو بعد تسليمه للشفيع بالشفعة، وذلك على أساس أن الشفيع لا يحل محل المشتري إلا من ذلك الوقت.

غير أن هذا الرأي محل نظر، لأن الشفعة لا تنشأ بالتقاضي ولا بالتراضي وإنما تنشأ بتوفر شروطها من وجود شفيع وبيع عقار وإعلان الرغبة في الشفعة، وبتمام هذا الإعلان ينشأ حق الشفيع ويعتبر المشتري معه حائزاً سيئ النية، أما التراضي على الشفعة أو صدور حكم نهائي بها فهو يقرر ذلك ولا ينشئ؛ فهذا الحكم مقرر وكاشف لحق الشفيع وغير منشئ له، وبالتالي يجب أن يحل الشفيع محل المشتري من وقت نشوء حقه وهو وقت إعلان رغبته في الشفعة بعد توفر شروطها.

وذهب رأي آخر (3) إلى أن الشفيع له ثمر المبيع وغماؤه من وقت تمام البيع ووفقاً لشروط عقد البيع المبرم مع المشتري، وعليه تكاليفه من هذا الوقت حيث لا يحل الشفيع محل المشتري في حقوقه والتزاماته، وهو رأي وجيه إلا أنه لا يجعل لحسن نية المشتري وزناً، وهو يكون حسن النية قبل إعلان الرغبة في الشفعة فكان له ثمر المبيع حتى هذا الوقت باعتباره حائزاً حسن النية.

ويعد حلول الشفيع محل المشتري نوعاً من التقايل - بقوة القانون - يؤدي إلى أن يتحلل بموجبه كل من طرقي عقد البيع من التزاماته في مواجهة الآخر، وعندئذ فليس للبائع أن يطالب المشتري بأية التزامات ناشئة عن هذا العقد وليس للثاني الحق في مطالبة الأول بمثل ذلك

(1) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع (37) ج 9 ص 773؛ ود/ محمد ليبب شنب، ص 122 وقريب من هذا رأي آخر د/ منصور مصطفى منصور، مرجع سابق، ص 263

(2) د/ عبد المنعم البدر، ص 410.

(3) جميل الشرفاوي ص 294 و 295.

المطلب الثاني: أثر الشفعة في مواجهة الغير

أن عقد البيع يرتب للمشتري حقوقاً على الحصة المباعة، وأن تقرير حق الشفعة للشفيع يرتب له —أيضاً— عليها حقوقاً؛ فإذا كان حق الأول قد تقرر منذ تاريخ البيع، فإن القانون جعل حق الشفيع في مواجهة الغير من تاريخ علمه بإعلام الرغبة في الشفعة وجعل من التأشير بالإعلان على صحيفة العقار في السجل العقاري قرينة قاطعة على العلم .

فإذا قرر المشتري على الحصة المشفوع فيها حقوقاً عينية (أصلية أو تبعية) أو تقرر في مواجهته حقوقاً تبعية ثم انتقلت ملكيتها إلى الشفيع بالحلول، فهل تسري هذه الحقوق في مواجهة الأخير؟ أم لا؟.

للإجابة عن ذلك يجب التعويل على تاريخ علم الغير (من تقرر لصالحه الحق العيني على الحصة المشفوع فيها) بإعلان الرغبة في الشفعة؛ فإذا توفر له هذا العلم، ولا سيما بالتأشير به على صحيفة العقار في السجل العقاري، فإن الحقوق التي تقرر قبل تاريخ التأشير تكون نافذة في مواجهة الشفيع، فمثلاً لو أن المشتري قام ببيع هذه الحصة إلى مشتري ثان، فلا يكون أمام الشفيع إلا أن يطلب الشفعة من المشتري الثاني وبشروط البيع الثاني وليس الأول.

أما الحقوق التي تقرر على الحصة المشفوع فيها، بعد تاريخ التأشير، فإن القانون قد قضى بعدم سريانها في حق الشفيع، سواء أكان هذا الحق قد رتبته المشتري أم كان ترتب ضده.

وإذا كان هذا الحق في شكل حقوق عينية تبعية، فبالرغم من عدم سريانها في مواجهة الشفيع، إلا أن القانون خول أصحاب هذه الحقوق أولوية في مواجهة المشتري فيما آل إليه من ثمن الحصة المشفوع فيها¹. ومن ثم فإن مثل هذه الحقوق تنتقل بصفاتها ومراتبها إلى القيمة التي حلت محل هذه الحصة؛ لأنه إذا كان الشفيع يحل بالشفعة محل المشتري في الحصة المشفوع فيها فإن الأخير يحل محل الأول في الثمن المودع خزينة المحكمة بمقدار ما وفي به للبائع؛ وعندئذ تنتقل الحقوق التي كانت مقيدة على الحصة المشفوع فيها إلى هذا المقدار الذي آل إلى المشتري.

وإن كان القانون قد قرر بقاء الحق العيني التبعي، نافذاً في مواجهة الشخص الذي آلت إليه الملكية بسبب زوال سند ملكية الراهن بإبطاله أو فسخه أو زواله لأي سبب آخر متى كان صاحب هذا الحق حسن النية في الوقت الذي تقرر فيه حقه على الشيء، إلا أنه قرر —في موضوع آخر— أنه إذا هلك الشيء الذي يرد عليه الحق العيني التبعي أو تلف لأي سبب كان، انتقل هذا الحق بمرتبته إلى الحق الذي حل محله، كالتعويض عن الضرر عن طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية أو

¹ تنص المادة (947) مدني مصري على أنه "لا يسرى في حق الشفيع أي رهن رسمي أو حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر عن المشتري، ولا أي حق عيني رتبته أو ترتب ضده، إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في لا شفعة، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار"

مبلغ التأمين متى تحقق الخطر المؤمن منه أو مقابل الاستملاك لمنفعة عامة

وفي ضوء ذلك يتضح أن القانون لم يرى في حلول الشفيع محل المشتري في الحصة المشفوع فيها (محل الحق التبعية) نوعاً من زوال سند الملكية، وإنما عدها من قبيل هلاك الشيء؛ ولذلك لم يقرر نفاذ الحق في مواجهة الشفيع بعد حلوله في هذه الحصة، بل قرر انتقال هذا الحق بمرتبته إلى المقابل الذي حل محل هذه الحصة.

والجدير بالذكر أن الحقوق التي تقرر بموجب اتفاق جميع الشركاء أو قرار الأغلبية الخاصة بنسبة 75%

المطلب الثالث: تسجيل الاتفاق أو الحكم النهائي بثبوت الشفعة

تنص المادة التاسعة والستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (يثبت الملك للشفيع في العقار المبيع من حين الحكم بثبوت الشفعة أو بتسليم المشتري له بالتراضي، وذلك مع مراعاة ما تشترطه النصوص النظامية في تسجيل ملكية العقار).¹

أن الشفعة تقرر لطالبتها بموجب اتفاق بينه وبين المشتري يتضمن تسليم الأخير للأول بحقه فيها، أما إذا أنكر عليه هذا الحق فلا سبيل أمام طالب الشفعة إلا أن يسلك الطريق القضائي وأن يتخذ الإجراءات القانونية اللازمة لصدور حكم نهائي لصالحه يثبت حقه في الشفعة، فإذا ما تم إقرار حقه في الشفعة بالاتفاق أو بالحكم القضائي النهائي عد ذلك سنداً لحقوقه والتزاماته؛ ولكي تنتقل إليه الملكية يجب على الشفيع أن يقوم بتسجيل هذا السند في سجلات التسجيل العقاري، وإذا حكم بالشفعة فإن هذا الحكم هو الذي يعتبر سنداً لملكية الشفيع ومن ثم تسجيل هذا الحكم أصبح الشفيع مالكا

حيث يترتب على الأخذ بالشفعة تحويل الحقوق و الإلتزامات ما بين البائع و المشتري إلى ما بين البائع و الشفيع فتزول صلة البائع بالمشتري فيما لكل منهما من الحقوق على الآخر بموجب عقد البيع لتكون صلته في تلك الحقوق بالشفيع فهي عملية قانونية تدور ، و لابد ، بين أطراف ثلاثة كل منهم طرف حقيقى ضرورى فيها حتى يمكن قانوناً حصول هذا التحويل الواقع في حقوقهم الثلاثة بعضهم على بعض و لا يتصور إلا قبل ثلاثتهم جميعاً ، و دعوى الشفعة المقصود بها إجراء عملية هذا التحويل قضاء فيجب بحكم الحال أن تكون دائرة بينهم هم الثلاثة كذلك ، و من ثم يتحتم إختصاصهم جميعاً في جميع مراحل التقاضى و إلا كانت غير مقبولة".²

المطلب الرابع: الشفعة عند تراحم الشفعاء

تقديم وتقسيم:

¹ وهذا ما قرره المادة 944 من القانون المدنى المصرى فى حين تناوله المادة 945 آثار الشفعة على النحو التالى : يحل الشفيع قبل البائع محل المشتري فى جميع حقوقه والتزاماته وإنما لا يحق له الانتفاع بالأجل الممنوح للمشتري فى دفع الثمن إلا برضاء البائع وإذا استحق العقار للغير بعد أخذه بالشفعة فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع .

² الطعن رقم 0007 لسنة 19 مكتب فنى 02 صفحة رقم 244 بتاريخ 18-01-1951

على الرغم من أن نظام المعاملات السعودي قد حصر الشفعة في سبب واحد هو حالة الشيوخ، إلا أنه وضع قاعدة تنظم حالة تعدد الشفعاء من الشركاء على الحصة المباعة.

وفي ضوء ذلك يكون لكل شريك الحق في طلب الشفعة في الحصة الشائعة التي باعها شريكهم للأجنبي؛ وعلة ذلك أن المال الشائع مملوك في كل ذرة منه لكل الشركاء فيه، فيكون كل منهم أولى من هذا الأجنبي في ضم الحصة الشائعة المباعة إلى حصته في هذا المال، وإذا طالب أكثر من شريك بالشفعة، استحق كل واحد منهم من العقار المبيع بقدر حصته في العقار المشفوع فيه¹، وإذا أسقط بعض الشفعاء حقه في الشفعة لم يقسط حق الباقيين ولكن عليهم أن يأخذوا جميع المشفوع فيه أو يتركوه وليس لهم أخذ بعضه وهذا مما أجمع عليه أهل العلم²

ويفترض النص السابق أن هناك أكثر من شفعيع واحد توافرت فيهم شروط الأخذ بالشفعة، فإذا لم يتقدم منهم لطلب الشفعة إلا شفعيع واحد، ولم يزاحمه في طلبها أحد من الشفعاء الآخرين، جاز له أن يأخذ بالشفعة كل العقار المشفوع فيه أو بعضه طبقاً لما يقرره نص المادة الرابعة والستون بعد الستين من نظام المعاملات المدنية السعودي (لا تقبل الشفعة التجزئة، فليس للشفيع أن يأخذ بعض العقار جبراً على المشتري، إلا إذا تعدد المشترون واتحد البائع؛ فللشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي)، وسبب المنع أن في أخذ الشفعاء بعض المشفوع فيه وترك بعضه إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر .

وبيان ذلك : أن الشفعة شرعت لدفع ضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤونة القسمة فإذا أخذ باقي الشفعاء بعض المشفوع فيه وتركوا الباقي للمشتري لم يندفع الضرر عنهم لمشاركة الداخل لهم فلا يتحقق معنى الشفعة الذي شرعت لأجله إما إذا تعدد الشفعاء وزاحم بعضهم بعضها في طلب الشفعة فهذا يفتح مجال البحث في المجالات المختلفة لتزاحم الشفعاء

ونشير في هذا المقام إلى موقف القانون المدني المصري في نص المادة 2/937 مدني مصري على أنه (إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه لا توجد صعوبة في تطبيق هذه الحالة على الشفعاء في الطبقات الأربعة الأولى في القانون المدني المصري فإذا طلبوا الأخذ بالشفعة اقتسموا العقار المشفوع فيه كله كل بنسبة حصته، وإذا طلب الأخذ بها بعضهم دون الآخرين وسقط حق أي منهم نتيجة عدم مراعاة المواعيد والإجراءات قسم العقار على طالبي الشفعة أو من كان طلبهم صحيحاً كل بقدر نصيبه في العقار، هذا إذا كانت الصفقة موحدة مع مراعاة عدم التجزئة فيجب على كل منهم أن يطلب الشفعة في كل العقار ما لم يكونوا قد طلبوه مجتمعين في دعوى واحدة نتيجة أن الصفقة واحدة والعقد واحد، تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة نتيجة لعدم إمكانية التجزئة³

ولاجتماع الشفعاء حالتان:

الأولى: كون الشفعاء من طبقة واحدة باتحادهم في سبب الاستحقاق كأن يكونوا شركاء في نفس المبيع، أو شركاء في حق المبيع، أو جيران ملاصقون للمبيع.

الثانية: كون الشفعاء من طبقات مختلفة، ويكون ذلك باختلافهم في سبب الاستحقاق للشفعة، ومثاله: أن يكون أحدهم شريكاً في نفس المبيع، والآخر شريكاً في حق المبيع، والثالث: جار ملاصق للمبيع.⁴

وعليه نتناول نقسم هذا المطلب إلى أربعة فروع :

الفرع الأول: تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة

¹ د وفاء حلمي ابوجميل - مرجع سابق- ص 307 وما بعدها

² عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، تعدد الشفعاء صوره وأحكامه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 13

³ نصت أنظر مصطفى مجدي هرجه، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1993، ط 2، ص 81،

نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علماً وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية 1997، ص 42

⁴ راجع في ذلك د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 17

الفرع الثاني: تزامم الشفعاء من طبقة واحدة

الفرع الثالث: تعدد الشفعاء والمشتري منهم

الفرع الرابع: غيبة بعض الشفعاء

الفرع الأول

تزامم الشفعاء من طبقات مختلفة

ذهب الأحناف إلى القول بثبوت الشفعة لطبقات ثلاث تتفاوت قوة وضعفاً، وهذا مخالف لما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة، حيث إنهم أثبتوا الشفعة للشريك في ذات المبيع، وبناء على مذهب الأحناف إذا تعدد من ثبتت لهم الشفعة من طبقات مختلفة، وأراد كل منهم الأخذ بالشفعة فمن الذي يقدم من الشفعاء؟

الذي يقدم ويجاب إلى طلبه هو صاحب الدرجة الأولى، وهو الشريك في نفس المبيع، فإن سلم أجيب إلى طلب صاحب الدرجة الثانية، وهو الشريك في حق المبيع، فإن سلم فهي لصاحب الدرجة الثالثة وهو الجار الملاصق، نخلص من هذا: إلى أن الأحناف أثبتوا الشفعة لطبقات ثلاث:

1- للشريك في نفس المبيع.

2- للشريك في حق المبيع.

3- للجار الملاصق.

فإن اجتمعوا على طلب الشفعة يقدم الأقوى فالأقوى حسب الترتيب السابق.

واستدلوا على ذلك: بأن المقتضي لثبوت الشفعة هو رفع ضرر الدخيل، وسبب الضرر هو اتصال الأملاك، واتصال الملك بالشركة في ذات المبيع أقوى من اتصال الملك بالشركة في حقوق المبيع؛ لأن الأول ثابت في كل جزء من أجزاء العقار، بخلاف الثاني فإنه شركة في المرافق، واتصال الملك في المرافق كالطريق المشترك والشرب المشترك بين الأملاك أقوى من اتصاله بالجوار الملاصق؛ لعدم الخلطة في الجوار، ووجودها في المرافق، فإن ترك الأقوى حقه في طلب الشفعة انتقل الحق إلى من يليه في الطبقة عند أبي حنيفة ومحمد، وأبي يوسف في ظاهر الرواية¹.

أما دليل أبو يوسف في غير ظاهر الرواية: إن الأضعف محبوب بالأقوى كالميراث، فكما أن الأخ لا ميراث له مع الابن حتى ولو أسقط الابن حقه، فكذلك لا شفعة للأضعف مع وجود الأقوى عند تنازله عن حقه ورد على هذا: بأنه قياس مع الفارق، فإن الملك في الإرث قهري، فلا يسقط بإسقاط من يثبت له .

والراجع:

هو ما ذهب إليه أبو حنيفة ومن معه؛ لقوة دليله؛ ولأن وجود الأقوى وطلبه للشفعة مانع فقط من أخذ الذي يليه في الطبقة، فتنازله كموته عدم للمانع، فينتقل حقه في الشفعة إلى من يليه في الطبقة لدفع الضرر المقصود من تشريع الشفعة.²

وبناء على ما سبق نقرر:

انه إذا تزامم الشفعاء وكانوا من طبقات مختلفة كانت الأفضلية لمن كان من الطبقة العليا على سواء وعلى ذلك : - إذا باع الشريك في حق الانتفاع حصته فيه، وطالب بالشفعة مالك الرقبة، وشريكه في حق الانتفاع كانت الأفضلية لمالك الرقبة، واستقل وحده بالأخذ بالشفعة لأنه في الطبقة، حين أن الشريك في الطبقة الثانية - وإذا باع الشريك في الرقبة حصته فيها، وطالب بالشفعة شريكه فيها، وصاحب حق الانتفاع والجار كانت الأفضلية للشريك في الشيوع، واستقل وحده بالأخذ بالشفعة، لأنه من الطبقة الثانية، حين أن صاحب الانتفاع من الطبقة الثالثة، والجار في الطبقة الخامسة .

¹ وقيل: لا ينتقل إلى من يليه مع وجود الأقوى الذي ترك حقه، وبه قال أبو يوسف في غير ظاهر الرواية. واستدل أبو حنيفة ومن معه: بأن سبب الشفعة اتصال الملك، وهو ثابت في حق الجميع، وتقديم بعضهم على بعض إنما هو معنى في ذلك وهو: قوة التأثير في السبب، فإذا ترك الأقوى حقه انتقل لمن يليه في الطبقة لتقرر السبب

² راجع في ذلك د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص22

وإذا بيعت الرقبة، وطالب بالشفعة صاحب حق الانتفاع والجار كانت الأفضلية لصاحب حق الانتفاع، لأنه من الطبقة الثالثة، حين أن الجار في الطبقة الخامسة .

الفرع الثاني

تزامن الشفعاء من طبقة واحدة

وصورة ذلك : إذا اشترك ثلاثة أشخاص في شراء عقار غير مقسوم أو ورثوه أو وهب لهم : فباع أحدهم نصيبه لشخص أجنبي ، ففي هذه الحالة نجد أن الشركاء اتفقوا في سبب الشفعة وهي الشركة في العقار المشاع ، واتفقوا أيضاً في سبب ملكية هذا العقار وهو الشراء أو الإرث أو الهبة ... الخ .¹

إن اجتمع الشفعاء في درجة واحدة، كأن يكونوا شركاء في نفس المبيع فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم، ولا معتبر لاختلافهم في حصة الملك في العقار المشفوع به، فلو فرضنا أن ثلاثة أفراد: لأحدهم نصفها، وللآخر ثلثها، وللثالث سدسها. فباع صاحب النصف نصيبه، وطلب الشريكان الشفعة قضي بينهما بذلك نصفين، وهذا الرأي للأحناف.

وقد استدل الأحناف على ما ذهبوا إليه في توزيع المشفوع فيه بين الشفعاء إن كانوا من درجة واحدة على عدد رؤوسهم بالتساوي بما يلي :

الدليل الأول : حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : " قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك " .

ووجه الاستدلال من الحديث : أنه يستفاد من قوله " حتى يستأذن شريكه " التسوية بين جميع الشركاء في مقدار ما يأخذه كل واحد منهم ولو كان هناك مفاضلة لبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ونوقش هذا الدليل : بأنه ليس هناك ما يفيد التسوية بين الشركاء عند تعددهم واستحقاقهم للشفعة من هذا الحديث ، فالرسول صلى الله عليه وسلم بيّن وجوب استئذان البائع شريكه أو شركاءه في البيع ؛ وليس في ذلك بيان مقدار ما يأخذه الشريك من هذا الحق .

الدليل الثاني : أن الواحد من الشفعاء إذا انفرد استحق المشفوع فيه كله فكذلك إذا اجتمع الشفعاء فإنهم يتساوون فيما يأخذونه من المشفوع فيه .

ونوقش هذا الدليل : بأن الواحد عند استحقاقه للمشفوع فيه فإنه لا يوجد من يزاحمه ولذا استحقه جميعاً ، ولكن إذا زاحمه غيره ومن هم أكثر نصيباً منه فإنهم يتشاحون في حقوقهم ، فتعين قسمة المشفوع فيه بينهم على حسب أنصبتهم .

الدليل الثالث : قياس تزامن الشفعاء مع تساويهم في سبب الشفعة والملك على البنين في الميراث ، فكما أن البنين يتساوون في أنصبتهم في الميراث فكذا الشفعاء إذا تعددوا وتساوا في سبب الشفعة والملك فإنهم يتساوون في حصصهم في المشفوع فيه .

ونوقش هذا الدليل : بأن البنين تساوا في السبب وهو البنوة فتساوا في الإرث بها ونظيره تساوي الشفعاء في حصصهم فإن المشفوع فيه يقسم بينهم بالسوية .

أما إذا اختلف الشفعاء في مقدار حصصهم فنظيره الجد مع الإخوة والابن مع الأب أو الجد ، والفارس مع الراجل ، وأصحاب الديون إذا نقص المال عن دين أحدهم

الدليل الرابع : إن الشفعاء استوا في سبب استحقاق الشفعة وهو الاتصال بينهم بالشركة فتساوا في استحقاق الشفعة ، وذلك لأن ملك أي جزء من العقار الذي يبيع جزء منه علة تامة لاستحقاق جميع المبيع بالشفعة سواء كان هذا الملك قليلاً أو كثيراً ، غير أنه تجمع في صاحب الملك الكثير علل وصاحب الملك القليل علة واحدة أو علل أقل ، والمساواة

¹ عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر ، تعدد الشفعاء صوره وأحكامه في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، ص 19

تتحقق بين العلة الواحدة والعلل والترجيح يكون بقوة الدليل لا بكثرة ، كما لو أقام أحد المدعين شاهدين وأقام الآخر عشرة شهود فافهم سواء في الإثبات (1) .

وبناء على هذا فإن كل جزء من أجزاء الاتصال علة تامة للشفعة، فإذا اجتمع في حق صاحب الكثير علة كثيرة، وفي حق صاحب القليل علة قليلة، فهما متساويان في سبب الاستحقاق، وهو اتصال ملك الشفيع بملك المشتري، إذن فلا عبرة بكثرة العلة؛ لأن الترجيح إنما يكون بالقوة في الدرجة كأن يكون أحدهما خليط في نفس المبيع والآخر خليط في حق المبيع وليس الترجيح بكثرة العلة، وما دام الشفيعان شريكان في نفس المبيع، فلا قوة لأحد السببين على الآخر؛ لأن كل واحد مقابل بالآخر المساوي له، بدليل أنه لو انفرد صاحب السدس يحق له أن يأخذ الكل، ولو كان مرجوحاً استحق شيئاً في مقابل الراجح فاستويا.

ويرى جمهور الفقهاء: أن المشفوع فيه يوزع على الشركاء في هذه المسألة بنسبة حصصهم التي يشفعون بها، وبناء على هذا فإن النصف المبيع يقسم بين الشريكين أثلاثاً لصاحب الثلث اثنين، ولصاحب السدس واحداً، نظراً لما يملكه كل منهما من العقار المشفوع به، أي: بقدر حصة كل منهما في ملكية العقار.

أما أدلة أصحاب القول الثاني (جمهور الفقهاء): على أن العقار المشفوع فيه يوزع بين الشفعاء بنسبة حصة ما يملكه كل منهما في العقار المشفوع به.

الدليل الأول: الشفعة حق يستفاد بسبب الملك، فتعد من مرافقه، فتقدر بقدر حصة الملك كالريح والثمرة بين الشركاء، ورد هذا: بأنه قياس مع الفارق؛ لأن الريح والثمرة متولدان عن الملك، فيراعى في توزيعها مقدار هذا الملك، وأما الشفعة فليست متولدة عن الملك؛ لأنها استحقاق تملك مال الغير دون رضا، وفقاً للضرر، وليس ذلك ثمرة من ثمرات الملك .

الدليل الثاني: الشفعة حق كالديون، فكما يوزع مال المدين على الدائنين إذا تفاوتت ديونهم، ولم يتسع لها على قدر ديونهم، لا على عدد رءوسهم، فكذلك يوزع المشفوع، على قدر حصصهم لا على عدد رءوسهم،² ورد هذا الدليل: بأنه قياس مع الفارق أيضاً، فإن أصحاب الديون لو انفرد أحدهم لم يأخذ إلا دينه، وليس له الحق في جميع المال، بخلاف الشفعاء، فإن صاحب القليل لو انفرد استحق جميع المشفوع فيه، ومثله صاحب الكثير حين انفراده، فهما أشبه بأصحاب الديون الذين تساوت ديونهم، لا الذين تفاوتت ديونهم.

موقف نظام المعاملات المدنية السعودي:

تنص المادة التاسعة والخمسون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (إذا اجتمع أكثر من شفيع كان استحقاق كل منهم من الشفعة على قدر نصيبه).

فإذا كان الشفعاء من مرتبة واحدة، فلا محل لتفضيل أحدهم على الآخر، بل يستحق كل منهم بالشفعة على قدر نصيبه. فإذا تعدد الشركاء في الشفيع، وباع أحدهم حصته الشائعة، استحق كل منهم من الشركاء الآخرين بالشفعة في العقار المبيع على قدر نصيبه .

فإذا كان مثلاً العقار ملوكاً لأربعة أشخاص على الشيوع لأحدهم النص وقد باعه لأجنبي ولكل من الثلاثة الآخرين السدس، فإن هؤلاء الثلاثة يكتسبون فيما بينهم لكل منهم السدس، فيصبح العقار بعد الأخذ بالشفعة، مملوكاً هؤلاء الثلاثة على الشيوع وبالتساوي فيما بينهم لكل منهم الثلث .⁽¹⁾

الفرع الثالث

تعدد الشفعاء والمشتري منهم

إذا تعدد الشفعاء وكان المشتري منهم فإما أن يكون المشتري مساوياً لبقية الشفعاء في المرتبة أو مختلفاً عنهم في المرتبة

(1) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، تعدد الشفعاء صوره وأحكامه في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 27

² راجع في ذلك د/ جودة عبد الغني بسيوني، المرجع السابق، ص 18

(1) جمال زكي، المرجع السابق، فقرة 249، ص 448.

الفرض الأول- اتفاق المشتري مع بقية الشفعاء في المرتبة :

وصورة ذلك : أن يكون العقار مملوكاً لعدة شركاء فبيع أحدهم نصيبه لأحد الشركاء فهل لبقية الشركاء الأخذ بالشفعة ؟
اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال :

القول الأول : أن الشفعة تثبت لجميع الشركاء وهذا قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ، فهم لا يفرقون بين أن يكون المشتري من الشفعاء أو من غيرهم ، فالشفعة تثبت لجميع الشركاء بمن فيهم هذا المشتري .
جاء في المبسوط (أحد الشفعاء إذا اشترى الدار فهو على شفيعته فيها) .
واستدل الجمهور بالأدلة التالية :

الدليل الأول : عموم النصوص الواردة في الشفعة حيث لم تفرق في حكم الأخذ بها بين أن يكون المشتري شريكاً أو أجنبياً .

الدليل الثاني : أن الشركاء متساوون في سبب الشفعة فلزم من ذلك التساوي في الأخذ بها ولا يفضل شريك على آخر .

القول الثاني : أن الشفعة تسقط إذا كان المشتري من الشفعاء ، فلا شفعة لهم عليه. وهذا القول مروي عن الحسن البصري والشعبي وعثمان البتي في إحدى الروايتين عنهم ، ووجه ما ذهب إليه أصحاب هذا القول : أن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر الشريك الداخل ، والمشتري شركته متقدمة فلا ضرر على بقية الشركاء في شرائه لنصيب شريكه فلا شفعة لهم عليه .

ونوقش هذا الدليل : بأن الشفعة حق شرعي يشترك فيه جميع الشركاء فإذا أخذ المشتري الجميع كان قد أخذ نصيبه ونصيب غيره من الشركاء ، وأخذه لنصيب غيره من الشركاء يكون بغير حق فبقي حقهم في الشفعة .

القول الثالث : أن الشفعة تثبت لبقية الشركاء دون المشتري :

وهذا القول مروي عن الحسن البصري والشعبي وعثمان البتي أيضاً ، وهو نقيض القول السابق عنهم وعلى هذا القول فإن المشتري يسقط حقه في جميع المشفوع فيه وتكون الشفعة لبقية الشركاء ووجه هذا القول : أن الشفعة تستحق في الأصل للمشتري فكيف يستحقها المشتري لنفسه

وناقش الجمهور هذا الدليل من وجهين :

الوجه الأول : أن المشتري لم يأخذ الشفعة من نفسه ، وإنما منح بقية الشركاء أخذ حقوقهم بالشفعة وبقي للمشتري ما بقي له من ملكه وهو نصيبه في الشفعة .

الوجه الثاني : أنه لا مانع من أن يستحق الإنسان على نفسه لأجل تعلق حق الغير به . (1)

الترجيح :

الذي يظهر والله أعلم هو قول جمهور الفقهاء رحمهم الله في ثبوت حق الشفعة لجميع المشتركين حتى لو كان المشتري للمشفوع فيه أحدهم . وذلك لأن الشفعة حق قرره الشارع لمصلحة الشريك سواء كان المشتري للمشفوع فيه أجنبياً عنهم أو أحد الشركاء ، أما ما روي عن بعض التابعين رحمهم الله من أنه لا شفعة لبقية الشركاء إذا كان المشتري منهم وذلك لزوال الحكمة التي شرعت من أجلها الشفعة وهي دفع الضرر عن الشريك فيجانب عنه بأن الشفعة حق ثبت بنص شرعي لجميع من قام به سببه ، وقد قام سبب الشفعة لجميع الشركاء فبقي حقهم فيها ، ثم إن الحكمة من تشريع الشفعة ليست مقتصرة على دفع الضرر عن الشركاء بل تشمل حكماً أخرى منها أن الشفعة من الحقوق المالية (أي التي تؤول إلى المال) فيستفيد منها الشريك في هذا الجانب .

(1) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر ، مرجع سابق ، ص 47

ونجد أن الشارع مكن الشفيع من الأخذ بالشفعة حتى ولو لم يكن عليه ضرر يحتمل من الشريك الأجنبي الجديد ، بأن كان أسمع من الشريك البائع أو قريباً من الشريك الشفيع . أما الرواية الثانية عن الحسن والشعي والبي من إسقاط حق المشتري بالشفعة فليس لها شيء من النظر، والذي يظهر والله أعلم أن الذي نقل عنهم القول شك في رأيهم فذكر القولين عنهم . والله أعلم .

الفرض الثاني - اختلاف المشتري عن بقية الشركاء في المرتبة :

إذا اختلف المشتري عن بقية الشركاء في المرتبة - وهذا لا يكون إلا عند الحنفية الذين يجعلون للشفعة ثلاثة أسباب (الشركة والخلطة والجوار الملاصق) أو الحنابلة في الرواية الثانية عن الإمام أحمد التي نصرها كثير من المتأخرين والذين يجعلون للشفعة سببين (الشركة في الملك ، والجوار الملاصق مع الاشتراك في حق من حقوق الملك) ، والمالكية في شفعة الورثة فلا يخلو الأمر في هذه الحالة من أن يكون المشتري أعلى مرتبة من بقية الشفعاء أو أقل مرتبة منهم وسنبين حكم ذلك:

1- إذا كان المشتري أعلى مرتبة من الشركاء :

وصورة ذلك : أن يكون العقار بين مجموعة شركاء فيبيع أحدهم نصيبه لآخر فهل للخليط في أحد مرافق الملك أو الجار الملاصق حق الشفعة ؟ ومثال آخر عند المالكية : إذا مات شخص وخلف عقاراً وقد ورثه زوجته وعم ، فباع إحدى الزوجتين نصيبها للآخرى فهل للعم الذي يرث بالتعصيب حق الشفعة ؟ الحكم في هذه الحالة أن المشتري إذا كان في مرتبة أعلى من مرتبة بقية الشركاء فإنه لا شفعة لهم عليه، كما لو كان المشتري أجنبياً ، فإذا باع الشريك نصيبه على شريكه الآخر فلا حق للخليط أو الجار الملاصق في أن يطلب الشفعة ، وكذا إذا باع على الخليط فلا حق للجار الملاصق ، وهي كذلك بالنسبة للرواية الثانية عند الحنابلة ومسألة الورثة عند المالكية ودليل ذلك : أن الشفعاء إذا تزاخوا في الأخذ بالشفعة وتساووا فيها فإنه يقدم الأقوى في السبب على من هو دونه.

2- إذا كان المشتري أقل مرتبة من الشركاء :

وصورة المسألة أن تكون دار بين شريكين فيبيع أحدهم نصيبه لجار الدار الملاصق ومثاله عند المالكية : إذا مات شخص وخلف عقاراً وأوصى بثلثه لشخصين وورثه زوجة وبنت ، فباع أحد الموصى لهم نصيبه على الآخر فهل يحق للورثة الأخذ بالشفعة ؟ الحكم في هذه الحالة أن الشفعة تكون للأقوى مرتبة فيقدم على المشتري كما لو كان أجنبياً، وذلك حسب الترتيب عند الحنفية والحنابلة في الرواية الثانية ، والمالكية بالنسبة للورثة (1) والله أعلم .

الفرع الرابع

غيبية بعض الشفعاء

إذا غاب بعض الشفعاء أو كان غير عالم بالبيع فإن حقه في الشفعة لا يسقط بل له أن يطالب به حين مجيئه أو علمه، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يخل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك " وهذا يشمل الحاضر والغائب ، وقوله صلى الله عليه وسلم : " الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً " ولأن الشفعة حق شرعي للشفيع إذا وجد سببها فتثبت له حتى يعفو عنها كالإرث ، ثم إن الغائب شريك لم يعلم بالبيع ، أو أنه علم ولكنه لم يتمكن من المطالبة فتثبت له الشفعة كالحاضر، وإذا طالب أحد الحاضرين بالشفعة فإنه يقضي له بها ، ولا يؤخر إلى حين قدوم الغائب لاحتمال عدم مطالبته فلا يزاحم المتيقن بالمشكوك فيه، ويلزم الحاضر أن يأخذ الكل أو يدع الكل ولا يقتصر على المطالبة بنصيبه فقط ، وذلك حتى لا تبعض الصفقة على المشتري

(1) انظر : عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر ، مرجع سابق ، ص 54

وليس للحاضر أن يؤخر المطالبة بالشفعة والأخذ بها إلى حين قدوم شركائه لأن في التأخير إضراراً بالمشتري وهذا عند جمهور الفقهاء

ويرى الشافعية في الأظهر عندهم أن للحاضر ترك الأخذ بالشفعة إلى حين قدوم الغائب ؛ ولا يسقط حقه بالشفعة لأنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه أو يقاسمه فيه وذلك ضرر به فكان له تأخيرها إلى حين قدوم شركائه.

- وإذا أخذ أحد الشفعاء الحاضرين بالشفعة فقدم أحد الشفعاء الغائبين فإن عفا عن حقه في الشفعة سقط حقه فيها ، وإن طالب به قسم المشفوع فيه بينهم ، وتكون القسمة بحسب عددهم أو على قدر أنصبتهم حسب خلاف العلماء، فإن أتى الغائب الثالث وطالب بالشفعة فإن القسمة الأولى تنقض ويعاد تقسيم المشفوع فيه بينهم مرة أخرى وهكذا إن قدم رابع وخامس ... الخ .

ووجه ما ذهب إليه الفقهاء من صحة القسمة الأولى مع وجود شفعين ثالث أو رابع فيها ، بأن ثبوت حق الشفع لا يمنع التصرف بدليل أنه يصح هبته وبيعه وغير ذلك ويملك الشفع إبطاله ، ولعل هذا الأمر عند عدم وجود آلات الاتصال كما هو عليه الحال في الزمن السابق ، أما في الوقت الحاضر فالذي يظهر للباحث أن المشفوع فيه يبقى مع الشفعين ؛ الأول حتى يُعرف عدد الذين يطالبون بالشفعة من الشركاء ثم يقسم بينهم المشفوع فيه مرة واحدة ؛ حتى لا يتضرر الشفع الأول ومن أتى بعده من تعدد القسمة .¹

وإذا أخذ الحاضر جميع المشفوع فيه ثم قدم الغائب وأراد أن يأخذ نصيبه فقال له الحاضر : أنا أسلم لك الكل فإما أن تأخذ جميع المشفوع فيه وإما تدعه لي ، فليس له ذلك وللغائب أن يأخذ نصيبه فقط . وإذا نعى المشفوع فيه نماءً منفصلاً كبستان فيه شجر فأثمر فإن هذا النماء لمن كان العقار في يده ولا يشاركه فيه غيره ، لأنه انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الأخذ بالشفعة .

وهذا إذا كان الشفع الغائب في مرتبة واحدة مع الشفع الحاضر ، أما إذا كان الشفع الغائب في مرتبة مختلفة - وهذا لا يكون إلا عند الحنفية والرواية الثانية عن الإمام أحمد رحمه الله - فإن كان الغائب في مرتبة أعلى من الحاضر كالشريك مع الجار قُضي للغائب بكل المشفوع فيه ، وإن كان الغائب في مرتبة أدنى من مرتبة الحاضر كالجار مع الخليط منع من الشفعة (2)

المطلب الخامس: الشفعة عند توالي البيوع

تقديم وتقسيم:

تنص المادة الستون بعد الستمئة من نظام المعاملات المدنية السعودي على أنه (إذا اشترى شخص ما تصح الشفعة فيه ثم باعه لآخر قبل إعلام الشفع رغبتة الأخذ بالشفعة وفقاً للفقرتين (ب) و(ج) من المادة) السادسة والستون بعد الستمئة) من هذا النص، فليس للشفع الأخذ إلا بالثمن الذي يبيع به على المشتري الثاني ونفقاته.³ يفترض - في هذه الحالة - أن يبعاً قد تم، في شأن، حصة شائعة في عقار، وأنه قد توفرت فيه شروط الشفعة وانتفت موانعها، ثم قام مشتريها الأجنبي ببيعها لآخر بعد إخطار باقي الشركاء بالبيع الأول .

¹ عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر ، مرجع سابق ، ص16

(2) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر ، مرجع سابق ، ص18 حيث يقول(وهذا ما عليه الحنفية ، أما الحنابلة في الرواية الثانية عن الإمام أحمد فلم نجد نصاً في ذلك على هذه الحالة : والذي يظهر لي في هذه المسألة أن المشفوع فيه إذا كان يتنازع شفعان أحدهما أقوى من الآخر والأقوى غائب فإنه ينتظر بالشفعة ولا يحكم للحاضر حتى يعفو صاحب الحق الأول .)

³ المقابلة لنص المادة (938) مدني مصري "إذا اشترى شخص عينا تجوز الشفعة فيها، ثم باعها قبل أن تعلن أية رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يتم تسجيل هذه الرغبة طبقاً لمادة (942) مدني مصري، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها".

فهل يجوز للشريك طلب الشفعة في البيع الأول أم في البيع الثاني؟

ويلاحظ أن البائع السابق طلب الشفعة في البيع الصادر من المشتري أو من أحد ممن تلقوا الحق عنه، متى توفرت شروط الشفعة⁽¹⁾.

وللإجابة عن هذا السؤال نقول أن الإعلام بالرغبة في الشفعة والتأشير به في سجلات التسجيل العقاري يتخذ معياراً للفرقة بين الحالتين نستعرضهم في فرعين :

الفرع الأول

وقوع البيع الثاني قبل الإعلام

إذا كان البيع الثاني قد وقع قبل إعلام الشريك عن رغبته في الشفعة، أو قبل توفير العلم للغير بهذا الإعلان فإن الإجابة على التساؤل السابق تتطلب التفرقة بين أمرين هما:

1- وقوع البيع الثاني قبل الإعلام عن الرغبة في الشفعة:

متى وقع البيع الثاني لأجنبي بعد أن تم إخطار باقي الشركاء بتمام البيع الأول وقبل أن يعلن أحدهم عن رغبته في الشفعة فإن الشفعة لا تجوز إلا في البيع الثاني؛ لأن الإعلام بالرغبة قد تم بعد وقوع البيع الثاني وليس الأول الذي تم الإخطار عنه.

2- وقوع البيع الثاني قبل توفير العلم للغير بإعلان الرغبة في الشفعة:

إذا كان البيع الثاني قد تم بعد إعلان الرغبة وقبل توفير العلم للغير بهذا الإعلام (بالإخطار أو بالتأشير) فإن الشفعة لا تجوز إلا في البيع الثاني؛ لأن الشفيع، وإن كان قد أعلم عن رغبته في الشفعة، إلا أنه لم يقم بتوفير العلم للغير بهذا الإعلام (بالإخطار أو بالتأشير)، ومن ثم فإنه لا يمكنه الاحتجاج على الغير بإعلام لم يعلم به؛ ولا سبيل له للوصول إلى غايته والحلول محل المشتري في الحصة المشفوعة فيها إلا بطلب الشفعة في البيع الثاني وبشروطه⁽²⁾.

ويقع البيع الثاني قبل أبداء الرغبة في الشفعة أو بعد إبداء هذه الرغبة وقبل التأشير بها في صحيفة العقار في السجل العقاري. "فالوقت المعول عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني هو وقت التأشير بإعلان الرغبة وليس بوقت حصول الإعلان".

ولا يشترط في البيع الثاني أن يكون مسجلاً أو تاريخاً ثابتاً، بل يكفي أن يكون له تاريخ عرفي حتى يمكن الاحتجاج به على الشفيع⁽³⁾.

وكيفي أن يكون البيع الثاني له تاريخ عرفي سابق على تسجيل طلب الشفعة، ولا يلزم ثبوت هذا التاريخ ولا تسجيل هذا البيع، إلا أن للشفيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ بكافة الطرق، لأن الغش فيه بتقديمه على تسجيل طلب الشفعة يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق

ويلتزم الشفيع بالأخذ بالشفعة في مواعيد البيع الثاني وبالثمن الذي تم به، سواء كان هذا الثمن أكثر أم كان أقل من

(1) نقض مدني مصري في 1987/4/28 طعن 1218 س 53 ق.

(2) وانظر في ذلك -أيضاً- المادة (947) والمادة (942) مدني مصري "ونقض مدني مصري في 1988/4/24 طعن 414 س 54 ق. ونقض مدني مصري في 1978/12/12 طعن 102 س 45

(3) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 520 هامش 2، نقض مدني مصري في 1988/3/28 طعن 2423 س 54 ق، ونقض مدني مصري في 1987/1/11 طعن 871 س 53 ق،، نقض مدني مصري في 1954/3/4 م، مجموعة الأحكام، س 5، ص 583،

الذي تم به البيع الأول.

ويختصم المشتري الثاني والبائع له في دعوى الشفعة دون البائع للمشتري الأول ؛ إلا إذا أثبت الشفيع أن التصرف الثاني صوري صورية مطلقة؛ ويحتاج الشفيع إلى إثبات ذلك، إذا كان سيترتب على التصرف الثاني حرمان الشفيع من الشفعة، كما لو كان التصرف الثاني بيعاً لأُم أو لأخت أو هبة أو حصة في شركة مثلاً، إلا إذا تفرقت الصفقة، بأن باع المشتري الأول جزءاً شائعاً من العقار، فيتعين أن يأخذ الشفيع كل العقار بأن يأخذ هذا الجزء الشائع بشروط البيع الثاني والجزء الباقي عند المشتري الأول بشروط البيع الأول حتى لا يضطر المشتري الأول أن يقبل الشفيع شريكاً معه في الشيوع أما إذا باع المشتري الأول جزءاً مفزاً من العقار فالشفيع أن يأخذه بشرط البيع الثاني ويكتفي بذلك، وله أن يأخذ الجزء الذي استبقاه المشتري الأول بشروط البيع الأول فيكتمل له أخذ العقار⁽¹⁾

وطعن الشفيع في صورية البيع الثاني، وإثبات ذلك، يجب أن يتم في مواجهة المشتري الثاني حتى يعتبر الحكم حجة عليه، ويتطلب ذلك اختصامه في دعوى الشفعة في الميعاد، أو إدخاله أو تدخله خصماً ولو بعد فوات ميعاد طلب الشفعة، فإذا حكم بصورية البيع الثاني استمر الشفيع في الأخذ بالشفعة من المشتري الأول وبشروط البيع الأول ، وإذا صدر من مشتري العقار المشفوع فيه بيع لمشتري ثان قبل تسجيل إعلام الرغبة في الشفعة، فإنه يسرى في حق الشفيع، ولا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني بالشروط التي اشترى بها، إلا أن ذلك مشروط بألا يكون البيع الثاني صورياً، فإذا ادعى الشفيع بالصورية وأفلح في إثبات ذلك اعتبر البيع الصادر من المالك للمشتري الأول قائماً وهو الذي يعتد به في الشفعة دون البيع الثاني الذي لا وجود له (قانوناً لصوريته) بما يعني الشفيع من توجيه طلب الشفعة إلى المشتري الثاني، على أنه يجب إثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني لأنه صاحب الشأن الأول في نفي وإثبات جدية عقده ليكون الحكم الذي يصدر بشأن عقده حجة له أو عليه، ويتحقق ذلك باختصامه ابتداء في دعوى الشفعة مع تمسك الشفيع بالبيع الأول ودفعه بصورية البيع الثاني صورية مطلقة، أو بإدخاله أو تدخله خصماً في الدعوى قبل الفصل فيها دون اعتداد بأن يتم هذا الإدخال أو التدخل في المواعيد المحددة لطلب الشفعة، وعندئذ يتعين على المحكمة أن تفصل في الإدعاء بالصورية، إذ يتوقف مصير دعوى الشفعة على ثبوت الصورية أم لا، وبصدور حكم لصالح الشفيع بصورية عقد المشتري الثاني تصح إجراءات طلب الشفعة في البيع الأول " 2

(1) د/عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 530 هامش 2، نقض مدني مصري في 4/2/ 1953 مجموعة الأحكام ص 819
(2) نقض مدني مصري في 10/3/ 1983 طعن 1651، س 49 ق، ونقض 1985/12/21 طعن 1531، س 51 ق، نقض 1987/3/4 طعن 2314، س 52 ق، ونقض 1988/4/20 طعن 604، س 55 ق.
نقض مدني مصري في 13/11/ 1973 طعن 253، س 28 ق، 18/1/ 1951 طعن 7، س 19 ق، وكانت بعض دوائر محكمة النقض المصرية تحكم بوجوب اختصام المشتري الثاني أو إدخاله قبل فوات مواعيد طلب الشفعة، حتى ولو دفع بصورية البيع الثاني ويثبت الصورية هذا بكافة طرق الإثبات، باعتبار أنها غش قصد به التحايل على القانون لتفويت حق الشفيع وتمييز محكمة النقض المصرية للشفيع إثبات الصورية بكافة الطرق على أساس أنه من الغير بالنسبة لطريي البيع سبب الشفعة وإذا أقام الشفيع دعواه للشفعة مستنداً في ذلك على البيع الأول، بالرغم من وقوع البيع الثاني، ولم يدفع - كذلك - بصورية البيع الأخير، فإن القاضي يصدر حكمه برفض الدعوى بسبب وجود هذا البيع.

الفرع الثاني

وقوع البيع الثاني بعد الإعلام

متى كان البيع الثاني قد تم بعد قيام الشفيع بتوفير العلم للغير، سواء أكان بإخطار الغير بإعلام الرغبة في الشفعة أم كان بالتأشير بالإعلام على صحيفة العقار الشائع بالتسجيل العقاري؛ ففي هذه الحالة يستمر الشفيع في الأخذ بالشفعة من المشتري الأول وبشروط البيع الأول، سواء أكان المشتري الثاني شريكاً أم كان أجنبياً عن الشركاء، لأنه لا يسرى في حق الشفيع أي بيع يصدر بعد هذا التأشير¹ وللشفيع أن يطالب الشفعة في البيع الثاني في مواعيده وبشروطه إذا رأى أن شروطه أيسر من شروط البيع الأول²

الخاتمة

يعتبر حق الشفعة من الحقوق الشرعية التي كفلها الإسلام للشريك إذا باع شريكه نصيبه على شخص أجنبي، فيدفع عند الضرر بأخذه نصيب شريكه من المشتري الأجنبي بالثمن الذي قام عليه .

وهي تبين مدى حرص الإسلام على بقاء العلاقات المالية بين الشركاء بعيدة عن الخلافات والمنازعات التي تؤدي إلى الإضرار بهم جميعاً .

وجاءت الشريعة الإسلامية بإثبات الشُّفْعَةِ للشريك لدفع الضرر اللاحق بالقسمة؛ لأن الشريك الحادث قد يطالب بالقسمة وتعتبر الشفعة تطبيقاً واقعياً لقاعدة "الضرر يزال"، و "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، وقاعدة "إذا تعارضت مفسدتان، روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما"، و "الضرر يدفع بقدر الإمكان"

وقد اتفق العلماء على أن الشفعة تثبت للشفعاء في حال تعددهم فلكل منهم أن يطالب بنصيبه منها .

وقد بيّن البحث الحالات التي تكون بين الشفعاء في حال تعددهم وتزاحمهم في الأخذ بالشفعة :

بيد أن هذا الحكم لا يحجر على الشفيع من مباشرة دعوى الشفعة في البيع الثاني، ولا يمنع القاضي من نظر هذه الدعوى، متى أقامها في مواعيد هذا البيع وبشروطه؛ ما لم يكن بين الدعويين (المرفوعة والمرفوعة) مسألة أساسية مشتركة بينهما تم الفصل فيها في الحكم السابق (عدم القبول) وكان هذا الحكم قد تتوفر فيه شروط المنع من إعادة نظرها في الدعوى الجديدة

¹ تنص المادة (947) مدني مصري على أنه "لا يسري في حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان كل ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الشفعة. ويبقى مع ذلك للدائنين المقدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

(د/ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، مرجع سابق، ج9، ص519؛ ود/عبد المنعم الصدة، مرجع (347)، ص47.

- فإذا كان الشفعاء متفقين في سبب الشفعة والتملك والمشتري ليس منهم فإن العلماء يختلفون في كيفية تقسيم المشفوع فيه بينهم فيرى الجمهور أن الشفعة تكون على قدر أنصبتهم ، ويرى بعضهم أن الشفعة تكون على حسب عددهم فيقسم المشفوع فيه بالتساوي بينهم .
 - وإذا تعدد الشفعاء وكانوا متفقين في سبب الشفعة مختلفين في سبب التملك فإن الشفعة تكون لجميع المشتركين في الملك من دون نظر إلى سبب تملكهم مع خلاف بين العلماء في هذه المسألة .
 - وإذا تعدد الشفعاء وكانوا مختلفين في سبب الشفعة فإن الشفعة تكون للشريك في الملك ثم للخليط في أحد حقوق الملك ثم للجار الملاصق .
 - وإذا كان المشتري للمشفوع فيه أحد الشفعاء فإن الشفعة تثبت لجميع الشركاء إذا كان المشتري مساوياً لبقية الشركاء في المرتبة ، وإذا كان بمرتبة أعلى فإنه ينفرد في الأخذ بالشفعة ولا شفعة لهم عليه ، أما إذا كان بمرتبة أقل فإن الشفعة تكون للأقوى مرتبة فيقدم على المشتري في الأخذ بالشفعة .
- وأذكر فيها أهم نتائج البحث التي توصلت إليها من خلال هذا البحث

وهي ما يلي :

- 1- الشفعة تُجمع على جوازها في الأصل، وما نُقل خلافاً لذلك فهو قول شاذ مخالف لنصوص السنة الثابتة والإجماع المنعقد قبله، والذي نُقل فيه الإجماع هو الشفعة في الأرض المشاعة، التي لم تقسم، وهي تقبل القسمة، إذا حصل البيع دون علم الشريك.
- 2- ما عدا ذلك فحصل فيه خلاف بين الفقهاء، ومنه استحقاق الجار للشفعة في عقار جاره، واستحقاق الشفعة للجار الشريك في ملك مرافق العقار وهو العقار المقسوم الذي بقي فيه اشتراك في مرافقه ويسمى المقاسم، واستحقاق الشفعة للشريك في الملك ماعدا الأرض، واستحقاق الشريك للشفعة في الملك المشترك المشاع الذي لا يمكن قسمته.
- 3- اتفق العلماء على ثبوت حق الشفعة لكل واحد من الشفعاء عند تعددهم واتحادهم في سبب استحقاق الشفعة ، ولهم أن يطالبوا بها جميعاً كما أن لكل واحد منهم أن يطالب بجميع المشفوع فيه فإذا أعطي قسم المشفوع فيه بين المطالبين بالشفعة دون من عفا منهم .
- 4- أجمع العلماء على أن ليس لأحد الشفعاء أن يطالب بنصيبه فقط من المشفوع فيه ويترك الباقي لأن في ذلك إضراراً بالمشتري بتبعض الصفقة عليه .
- 5- اختلف العلماء في قسمة المشفوع فيه بين الشفعاء المتفقين في سبب الشفعة والملك ؛ هل يكون على قدر أنصبتهم أم على عددهم والذي يظهر والله أعلم هو قول جمهور الفقهاء من قسمة المشفوع فيه على قدر الأنصبة .

- 6- إذا تعدد الشفعاء وكانوا متفقين في سبب الشفعة مختلفين في سبب التملك فإن الشفعة تكون لجميع المشتركين في الملك من دون النظر إلى سبب تملكهم . وهذا هو قول جمهور الفقهاء وهو الذي يظهر رجحانه .
- 7- يترتب الحنفية الشفعاء إذا اختلفوا سبب الشفعة فيقدم الشريك في الملك ، ثم للخليط في حق من حقوق الملك ، ثم الجار الملاصق .
- 8- على الرواية الثانية عند الحنابلة والتي أخذ بها بعض المحققين من أهل العلم أن الشفعة تكون للجار الملاصق إذا كان شريكاً لجاره في أحد حقوق الملك فإن الشفعة تكون أولاً للشريك في الملك ، فإن عفا ، انتقل الحق إلى الجار الملاصق الشريك في أحد مرافق الملك .
- 9- إذا كان المشتري للمشفوع فيه أحد الشفعاء فإن الشفعة تثبت لجميع الشركاء وهو قول جمهور الفقهاء خلافاً لما روي عن بعض التابعين رحمهم الله . وهذا إذا كان المشتري بمرتبة واحدة مع سائر الشفعاء ، أما إذا كان بمنزلة أعلى فإنه ينفرد في الأخذ بالشفعة ولا شفعة لهم عليه .
- وإذا كان بمرتبة أقل فإن الشفعة تكون للأقوى مرتبة فيقدم على المشتري في الأخذ بالشفعة .

والله أعلم وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ..

قائمة المراجع

أولاً - المراجع العامة :

- إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، بدون دار أو سنة نشر
- جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية الكتاب الأول حق الملكية ، دار النهضة العربية 1973
- عبدالمعظم فرج الصده ، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1978
- عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع ، منشأة المعارف، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة نشر
- عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، بدون تاريخ للنشر
- محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1972

محمود جمال الدين زكى ، الحقوق العينية الاصلية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1978

وفاء حلمي أبوجميل، الحقوق العينية الأصلية ، بدون ناشر، طبعة 2003

ثانياً- المراجع المتخصصة :

إبراهيم بحماني، دعوى الشفعة ، بحث منشور بمجلة الملحق القضائي صادرة عن المعهد العالي للقضاء بالمغرب ، عدد 11، سنة 1983

إبراهيم الدسوقي أبو الليل، خيار الشفعة " دراسة مقارنة مع التعمق في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي ، بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت ، مجلد 12 عدد 2، سنة 1988

بن عمار عبدالحليم، الشفعة وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، بحث منشور على موقع https://www.bibliodroit.com/2020/04/blog-post_232.html -ص1، تاريخ الدخول 2024/9/7

أحمد بك إبراهيم، المعاملات الشرعية المالية، طبعة المطبعة الفنية بالقاهرة، 1355هـ/ 1936م

أحمد عبد الحميد أمين سليمان ، خصوصية طرق الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية وفقاً للنظام السعودي ، بحث منشور في مؤتمر كلية الحقوق الثالث والمقام في كليات الشرق العربي بالملكة العربية السعودية خلال المدة من 19-20 شوال من عام 1444 هـ الموافق من 9-10/5/2023 م

أحمد عبد الحميد أمين سليمان، التقادم المسقط ، بحث منشور بمجلة القانون والعلوم البينية الصادرة عن جامعة زيان عاشور بالجلفة بالجزائر -العدد الثالث مجلد 2 ديسمبر 2023

أحمد عبد الحميد أمين سليمان، دعوى الشفعة كسبب لكسب ملكية العقار وفقاً لأحكام محكمة النقض المصرية، الناشر المكتب العربي للمعارف دار البحوث القانونية، الطبعة الأولى 2021م

جودة عبد الغني بسيوني علي، الشفعة في الفقہ الإسلامي ، بحث منشور بمجلة البحوث الفقہية والقانونية الصادرة عن كلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر فرع دمنهور، سنة 2021

حمود بن سليمان اللاحم، الشفعة في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير ، المعهد العالي للقضاء بالرياض ، عام 1392هـ
خالد بن عبدالله بن محمد اللحيدان ، الشفعة بالجوار ، بحث منشور بمجلة العدل الصادرة عن وزارة العدل السعودية ،
العدد 12 ، شوال 1422هـ

عاصم بن محمد المدخلي ، المنجزات النوعية للتشريع السعودي في اليوم العالمي للقانون، مقال منشور على

<https://www.alwatan.com.sa/article/1113246> بتاريخ 10 /9/ 2022

عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، تعدد الشفعاء صوره وأحكامه في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة الدراسات
الإسلامية الصادرة عن جامعة الملك سعود بالرياض ، المجلد 17، العدد 1 سنة 1425هـ

عبدالرحمن بن محمد بن عبدالعزيز الرميح أحكام الشفعة في الوحدات العقارية" دراسة فقهية معاصرة "، بحث منشور بمجلة
قضاء الصادرة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عدد 28 سنة 2022

ماهر بن عبدالغني بن محمود الحربي، أحكام الثمن في الشفعة في الفقه الإسلامي ، بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية
والقانونية صادرة عن كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر فرع دمهور ، عدد 63، أكتوبر 1443هـ

محمد بن زيد بن محمد الرقيب، أحكام الشفعة في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء — جامعة
الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ، سنة 1408هـ

مصطفى مجدي هرجه، الشفعة في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1993

منصور فؤاد عبد الرحمن ، الشفعة كسب من أسباب كسب الملكية دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية
بفلسطين، 2008

نبيل إبراهيم سعد، الشفعة علمًا وعملاً، منشأة المعارف، الإسكندرية 1997

نحال بنت إبراهيم بن صالح، دراسة باب الشفعة من المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة
والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام 1391 هـ إلى عام 1437 هـ :دراسة فقهية تقويمية مقارنة بمذهب

الحنابلة، بحث منشور بمجلة القضاء الصادرة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، العدد 13 ، سنة 2019

وسام صالح فرج سعد الفاخري ، أحاديث شفعة الجار ومسالك الفقهاء في الاستدلال به، بحث منشور بمجلة الجمعية
الفقهية السعودية الصادرة عن جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، العدد 55 ، سنة 2021،